DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ

HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Cilt: 16 Özel Sayı 2014

PROF. DR. HAKAN PEKCANITEZ'E ARMAĞAN

I

ISSN 1303-6963

İZMİR - 2015



Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ

DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ
DERGİSİ

Cilt / Volume : 16 Özel Sayı / Special Issue Yıl / Year : 2014

PROF. DR. HAKAN PEKCANITEZ'E ARMAĞAN

A Festschrift for Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ
Festschrift für Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ

I

ISSN : 1303 - 6963

İzmir - 2015

DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ YAYINLARI

HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ
Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ'e Armağan - I
Cilt: 16 Özel Sayı Yıl: 2014

Yayın No: 09.1300.0000.000/BY.015.060.776
ISSN: 1303-6963

1. Baskı

Derginin Sahibi : Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi adına Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ

Sorumlu Müdür : Prof. Dr. Sevilay UZUNALLI

Yönetim Yeri : T.C. Dokuz Eylül Üniversitesi - Hukuk Fakültesi - Buca 35400 İZMİR

Yayının Türü : Yerel Süreli - 6 ayda bir yayınlanır.
DEÜHFD (ISSN 1303-6963) yılda iki sayı olarak yayınlanan ULAKBİM (Ulusal Akademik Ağ ve Bilgi Merkezi) ulusal hukuk veri tabanına kabul edilmiş hakemli bir dergidir.

Editör : Prof. Dr. Sevilay UZUNALLI
Armağan Editör Yardımcısı : Doç. Dr. Mine AKKAN

Armağan Yayın Komitesi : Prof. Dr. Muhammet ÖZEKES, Doç. Dr. Murat ATALI, Doç. Dr. Mine AKKAN
Doç. Dr. Ali YEŞİLIRMAK, Yrd. Doç. Dr. Evrim ERİŞİR

Yayın Komisyonu : Prof. Dr. Melda SUR, Prof. Dr. Veli Özer ÖZBEK, Prof. Dr. Oğuz SANCAKDAR
Prof. Dr. Oruç Hami ŞENER, Doç. Dr. Oğuz ŞİMŞEK, Doç. Dr. Murat AYDOĞDU
Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU (İstanbul Üniversitesi)
Prof. Dr. Erdal ONAR (Bilkent Üniversitesi)
Prof. Dr. Fırat ÖZTAN (Çankaya Üniversitesi)
Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ (Dokuz Eylül Üniversitesi)
Prof. Dr. Turan YILDIRIM (Marmara Üniversitesi)
Prof. Dr. Ejder YILMAZ (Ankara Üniversitesi)

Yazışma Adresi : Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dekanlığı, Buca 35390 İZMİR
Tel: (232) 420 18 25 Fax: (232) 420 18 27
www.deu.edu.tr/hukuk

Tasarım ve Mizanpaj : Uzm. Serab ŞEN

Dergide yayınlanan makalelerin bilim, içerik ve dil bakımından sorumluluğu yazarlarına aittir.
Dergide yayınlanan makaleler kaynak gösterilmeden kullanılamaz.

Basım Yeri : Dokuz Eylül Üniversitesi Matbaası
Basım Tarihi : 30 Nisan 2015
Basım Adedi : 600 adet
Basım Yeri Adresi : Dokuz Eylül Üniversitesi Matbaası
DEÜ Tınaztepe Kampüsü 35390 Buca - İZMİR
Tel : 0(232) 301 93 00 - Fax : 0(232) 301 93 13

© Tüm Hakları Saklıdır.

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin

Öz Değerleri

- **A**kıl ve bilim
- **D**ürüstlük, adalet ve etik
- **S**evgi ve hoşgörü
- **H**ukukun üstünlüğü ve egemenliği
- **D**emokrasi kültürü
- **İ**nsan haklarına saygı

Temel Amacımız

Akıl ve bilimin önderliğinde,
çağdaş ve mutlu bir toplum için
hukuku öğretmek ve geliştirmek

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Yayın İlkeleri

1. Dergiye gönderilen yazılar başka bir yerde yayınlanmamış ya da yayınlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.

2. Yazılar A-4 boyutunda tek nüsha olarak teslim edilmelidir.

3. Gönderilecek yazıların Times New Roman karakterinde, ana metnin 1,5 satır aralığında ve 12 punto, dipnotların 10 punto olarak hazırlanması ve 30 sayfayı geçmemesi gerekmektedir. Dipnotlar sayfa altında gösterilmelidir.

4. Yazarlar, unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adresleri ile telefon numaralarını ve varsa e-mail adreslerini bildirmelidir.

5. Yazıların ilk değerlendirilmesi Yayın Komisyonunca yapılacak, yazım yanlışlarının olağanın dışında bulunması, bilimsellik ölçütlerine uyulmaması, yazının Yayın Komisyonu tarafından geri çevrilmesi için yeterli görülecektir.

6. Yayın Komisyonunca yapılacak ilk değerlendirmeden sonra yazılar hakeme gönderilecek, hakemden gelen rapor doğrultusunda yazının yayınlanmasına, yazardan rapor çerçevesinde düzeltme istenmesine ya da yazının geri çevrilmesine karar verilecek ve yazar durumdan en kısa sürede haberdar edilecektir.

7. Hakem raporunun olumsuz olması durumunda ikinci bir hakem incelemesi yapılmayacaktır. Hakem raporunda düzeltme istenmesi durumunda yazar tarafından sadece belirtilen düzeltmeler çerçevesinde değişiklikler yapılabilecektir. Yayımlanmayan yazılar yazarına geri gönderilmeyecektir.

8. Hakem incelemesinden geçen ve yayınlanmasına ve/ya da düzeltilerek yayınlanmasına karar verilen yazıların son şeklinin "Office'98 Word" programı altında kaydedilmiş bir disketle birlikte başlığının İngilizce karşılığı da eklenmek suretiyle A-4 boyutunda tek nüsha olarak teslim edilmesi gerekir.

9. Gönderilen yazıların yazım bakımından son denetimlerinin yapılmış olduğu, yazarın disketteki biçimiyle "basıla" verdiği kabul edilir.

10. Yazılar yayınlanmak üzere kabul edildiği takdirde, Dokuz Eylül Üniversitesi, elektronik ortamda tam metin (her türlü formatta) olarak yayımlamak da dahil olmak üzere tüm yayın haklarına sahiptir. Yazarlar telif haklarını Üniversiteye devretmiş sayılırlar.

SUNUŞ

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ, Fakültemizde, yaşanması arzu edilmeyen bir dönemin ardından, 25.08.2000-24.08.2003 tarihleri arasında yedinci dekan olarak görev yapmıştır. Dekanlık yönüyle bir selefim; akademik açıdan ise, kendisine ağabey diye hitap ettiğim bir büyüğümdür.

Her Dekanın döneminde büyük-küçük bazı değişimler-dönüşümler olmaktadır. *Hakan ağabey*in dekanlık dönemi ise, Fakültenin kendini bulduğu bir dönemdir. O dönemde yapılanların tamamının sayılıp dökülmesine gerek yoktur. Ancak, benim de içinde bulunduğum bazı önemli değişim-dönüşümlerin mutlaka belirtilmesinde yarar vardır.

Bu dönemde,

- bütün niyet ve çabalara rağmen, düzetilememiş-düzenlenememiş olan Fakülte Kütüphanesi, şahsımın Kütüphane Komisyonu başkanlığına getirilmesinin ardından adetâ bir kitap yığınından Kütüphane haline dönüştürülmüştür. Bir kitabın bir baskısından yüzlerce nüshanın Kütüphane raflarında olmasına son verilmiş; kullanılamaz hale gelenler kayıtlardan düşülmüş; kullanılabilir fazlalıklar için yedekleme yapılmak suretiyle *Arşiv* oluşturulmuştur. Kısacası, Kütüphane, kitap yığını olmaktan kurtulmuş; temiz, kullanılabilir bir Kütüphane haline gelmiştir. Son yıllarda yeni alımlar ve bağışlarla birçok yönden gıpta edilen bir kütüphaneye dönüşmektedir.
- Onbeş yıldır yayınlanmayan *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, *hakemli dergi* olarak yayınlanmaya başlamıştır. Dergi Editörlüğü görevi şahsıma tevdi edilmiş ve kendisinin dekanlığı süresince hiçbir sorun yaşanmadan bu görev yerine getirilmiştir. Dergi, Hukuk Fakültesi dergileri arasında saygın bir yere sahiptir. Armağan olarak yayınlanan özel sayıları ve Armağan Takdim törenleri ise, örnek olmaya devam etmektedir.
- Üniversitelerde çok sayıda Araştırma ve Uygulama Merkezi bulunmaktadır. Hukuk alanında Ankara Üniversitesi ve İstanbul Üniversitesinde bazı Enstitüler ve/ya da Merkezler olmasına rağmen, ülkemizin üçüncü eski Hukuk Fakültesi olan Dokuz Eylül Üniversitesi

Hukuk Fakültesinin faaliyet alanında herhangi bir merkez yok idi. Yine bu dönemde, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Merkezi* (*DEHAMER*) kurulmuştur.

- *Aile Hukuku* ile *Ekonomi Hukuku Tezsiz Yüksek Lisans* programları da bu dönemde açılmıştır.
- Ülkemizde Hukuk Fakülteleri içinde ilk defa Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesinde, *Aktif Eğitim/Öğretim* adıyla bilinen *Probleme Dayalı Öğrenme* uygulaması başlatılmıştır. Öğrenci kontenjanlarının artırılması; beşerî imkân ve fizikî mekân yetersizliği yüzünden bu yöntem daha sonraki dönemlerde sürdürülememiş, klâsik öğretim yöntemine maalesef geri dönülmek zorunda kalınmıştır. Aktif Eğitimin benimsenmesi sürecinde *Hakan ağabey*in heyecanını hiç unutamam. Hele değişik toplantılarda bu konuya ilişkin olarak yaptığı sunumlardaki heyecanı görülmeye ve yaşanmaya değerdi.
- Fakültede bir huzur ortamı oluşturulmuş; Fakültenin üniversitede ve hukuk kamuoyunda saygınlığı artmıştır. Ancak, kendisi sadece bir dönem dekanlık yapmış; bu olumlu gelişmelerin devamı maalesef sonraki dönemde devam ettirilememiştir. Arada duraklamalar yaşanmış olsa da, fakülte saygınlığını ve verimliliğini-etkinliğini sürdürmeye devam etmektedir. Bu anlamda, teslim alınan emanete sahip çıkılmaya gayret edildiğini belirtmek gerekir. Fakültemizin bu günlere gelmesinde büyük katkıları olan *Hocamız*a şükran borçluyuz.

Dekan adaylığı önerisi, o dönemde benim de içinde bulunduğum *genç öğretim üyeleri* tarafından yapılmış ve desteklenmiştir. Dekanlık görevi sona erdikten sonra, Fakülteden ayrılıp *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi*ne geçmiştir. Ancak, kuruluş döneminin ilk asistanlarından olduğu ve bir dönem dekanlığını yaptığı Fakültesi ile ilgisini hiç koparmamıştır. Fakat, Fakültenin işleyişine hiçbir zaman müdahil olmamış; arkasında *tortu* bırakmamıştır.

Fakülteden ayrılmış olmasına rağmen, görev yaptığı anabilim dalı öğretim elemanları ile ilişkisini ve iletişimini kesmemiştir. Ortak çalışmaları ve yayınları devam etmektedir. Çünkü, birliktelikleri karşılıklı olarak birbirlerine değer katmakta ve sinerji oluşturmaktadır. Bu sayede, şu an itibariyle

ülkemizin en etkili medenî usûl ve icra-iflâs hukuku ekibi olmak özelliklerini-ayrıcalıklarını sürdürmektedir.

Hakan ağabey, sadece geçmişte ve/ya da şu an görev yaptığı fakültelerde değil, başkanı ve/ya da üyesi olduğu *Kanun Komisyonları* aracılığı ile de çok sayıda meslektaşının *ağabeyi, büyüğü* ve *ustası* olarak nitelendirilmektedir. Çalıştığı alanda ve görev yaptığı kurumlarda *iz bırakanlar*dan olmuştur.

Fakültemizin son altı yılında ilgili olduğu faaliyetlere-toplantılara-kongrelere davet edilmiş; davetlerin hiçbirini geri çevirmemiş; hangi düzeyde ve aşamada katkı talep edildi ise, onu büyük bir özveri ve heyecanla yerine getirmiştir. Kendisine şahsım ve fakültem adına çok teşekkür ediyorum.

Bir vefa borcunu yerine getirmek sadedinde *Fakülte Dekanlığı* ve bir zamanlar mensubu bulunduğu *Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı Başkanlığı* öncülüğünde hazırlanıp yayınlanan ve *Dört Cilt* olarak elinizde tutmakta olduğunuz *Armağan* bir hukuk makaleleri demetidir. Bu *Armağan*, *Hocamız*ın hukuk camiasında tanınmışlığının ve sevildiğinin bir göstergesidir. Sevenlerinin yazılarından oluşan bu *Güldeste*yi kendilerine *Armağan-Takdim* etmekten mutluluk duyuyorum.

Kendisinden çok şeyler öğrendiğimiz ve öğrenmeye devam ettiğimiz ***Hoca***mıza, değerli *ağabey*ime sağlık, mutluluk, barış ve başarı dolu bir ömür diliyorum.

Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ

Dekan

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ'e Armağan
A Festschrift for Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ
Festschrift für Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ

Cilt-Volume-Band 16 / Özel Sayı-Special Issue-Sonderausgabe 2014

İÇİNDEKİLER / CONTENTS / INHALTSVERZEICHNIS

SUNUŞ/Preface/Vorwort **Prof. Dr. Yusuf Karakoç ..... VII**

Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez'in Özgeçmişi XXXV

Biography of Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez
Die Biographie von Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez

Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez'in Eserleri XXXIX

Publications of Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez
Die Veröffentlichungen von Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez

✍ ANILAR / MEMOIRS / ERINNERUNGEN

Prof. Dr. Bilge UMAR XLV
Biraz Anı Biraz Hukuk
A Little Memoir, A Little Law

Prof. Dr. Ramazan ARSLAN..... LIII
Değerli Meslektaşım Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez
My Dear Colleague Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez

Prof. Dr. M. Polat SOYER..... LV
Hakan İçin (Yetersiz de Olsa) Birkaç Söz
A Few Words for Hakan (Although not Enough)

Prof. Dr. Oğuz ATALAY LVII
Hakan Hoca'yı Anlatamamak
Having Difficulty to Explain Professor Hakan Pekcanıtez

Prof. Dr. Muhammet ÖZEKES.....LIX
Değerli Hocam ve Ustam Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez
Dear Teacher and Master, Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez

Doç. Dr. Güray ERDÖNMEZ LXIII
Hocam Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez'e
To Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez

✍ MAKALELER / ARTICLES / AUFSÄTZE

🕮 CİLT I / VOLUME I / BAND I

MEDENÎ USÛL HUKUKU - I / CIVIL PROCEDURE LAW - I
ZIVILPROZESSRECHT - I

Prof. Dr. Hans-Jürgen AHRENS 3-17
Die künftige Patentgerichtsbarkeit der Europäischen Union
The Patent Jurisdiction of European Union in the Future

Prof. Dr. Recep AKCAN 19-34
Hal Hakem Heyeti
Arbitration Tribunal of Market Place

Prof. Dr. Christoph ALTHAMMER..... 35-51
European Principles of Civil Procedure und nationale Mindeststandards – Überlegungen aus deutscher Perspektive
European Principles of Civil Procedure and National Minimum Standards- Thoughts from a German Perspective

Prof. Dr. Oğuz ATALAY 53-76
Anonim Şirketlerde Bilgi Alma ve İnceleme Haklarının Mahkeme Aracılığıyla Kullanılması
The Use of the Right to Information and Examination by Court Order in Joint Stock Companies

Prof. Dr. Ali Cem BUDAK 77-103
6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a Göre Tüketici Hakem Heyetleri
Consumer Arbitration Tribunals under Public Law No. 6502 on Protection of Consumers

Prof. Dr. Adnan DEYNEKLİ 105-122
Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye'de Tanınması ve Tenfizinde Karşılaşılan Sorunlar
Problems Faced in the Recognition and Approval of Foreign Arbitration Awards in Turkey

Prof. em. Dr. Dr.h.c. Dr.h.c. Peter GILLES 123-132
Arş. Gör. Abdulkadir HAŞHAŞ (Çev.)
Almanya'da Kararlara Karşı Kanun Yolları: Çeşitlilik, Karmaşıklık, Klişeler ve Sorgulanabilir Meşruiyet
Remedies against Judgements in Germany: abundance, complexity, cliches, and questionable legitimations

Prof. Dr. iur. Tarkan GÖKSU 133-169
Prozessarmut im Schiedsverfahren: Rechtslage nach der schweizerischen lex arbitri
Procedure Deficiency In Arbitration Procedure: Legal Position in Accordance with Swiss Lex Arbitri

Prof. Dr. Burkhard HESS 171-179
Private Streitbeilegung und staatliche Justiz: auf der Suche nach der richtigen Balance
Private Dispute Settlement and State Justice: In Search of Right Balance

Prof. Dr. Georg E. KODEK 181-200
Justizielle Zusammenarbeit zwischen der Türkei und Österreich – Eine Nachlese
Judicial Cooperation Between Turkey and Austria- An Afterthought

Prof. Dr. Hans KUDLICH 201-216
Nichtige Urteile im Zivil- und Strafprozessrecht
Null and Void Decisions in Civil and Criminal Procedure Law

Prof. Dr. Baki KURU 217-229
Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 3. Maddesinin Anayasa Mahkemesi Tarafından İptal Edilmiş Olması Vesilesiyle İdari Yargının Görevine Giren Bazı Davaların Özel Bir Kanun Hükmüyle Adlî Yargının Görevine Dahil Edilmesi
Incorporation of Some Cases on Which Administrative Justice Has Jurisdiction Into the Ordinary Jurisdiction Through the Provision of a Special Act on The Occasion of the Supreme Court's Decision Nullifying Article 3 of Civil Procedure Code

Professor (em.) Dr. Walter F. LINDACHER 231-237
Befundtatsachenfeststellung durch Gerichtssachverständige im Ausland Anmerkungen zur Beweisaufnahmewegefrage im Lichte von EuGH Rs. C-322/11 - ProRail
Determination of Status Fact through Court Expert Abroad Notes for Questions of Evidentiary Hearing Ways in the Light of the European Court 322/11-ProRail

Prof. Dr. Isaak MEIER unter 239-262
Mitarbeit von Dott.ssa Camilla GIUDICI, MLaw / MLaw Carlo HAMBURGER / BLaw Nicola MÜLLER / MLaw Sarah SCHEIWILLER / MLaw Riccarda SCHINDLER
Einstweiliger Rechtsschutz im schweizerischen Recht zwischen Optimierung und Standardisierung
Interim Legal Protection in Swiss Law between Optimization and Standardization

Prof. Dr. Muhammet ÖZEKES 263-300
HMK Bakımından Dava Dilekçesinde Eksiklik Halinde Yapılması Gereken İşlemler
Proceedings to be Made in Case of Deficiency of Lawsuit Petition in Terms of Civil Procedure Code

Prof. Dr. Hanns PRÜTTING 301-309
Neues zum Streitgegenstand
New to Object of Litigation

Prof. DDr. h.c. Dr. Walter H. RECHBERGER 311-327
Das neue türkische Zivilprozessrecht aus der Sicht eines österreichischen Prozessualisten
The New Turkish Civil Procedure Law from the Viewpoint of one Austrian Civil Procedure Lawyer

Prof. Dr. Herbert ROTH..... 329-344
Die „tatsächliche Vermutung“ im Zivilprozess
The "Actual Presumption" in Civil Procedure

Professor Dr. Marianne ROTH / Dr. Claudia REITH..... 345-367
When the Common Journey Comes to an End – Getting Divorced in Austria

Prof. MMag. Dr. Daphne-Ariane SIMOTTA..... 369-380
Zur örtlichen Zuständigkeit für eine vom Staatsanwalt gegen beide Ehegatten erhobene Klage auf Nichtigerklärung ihrer Ehe
About Local Jurisdiction of Filing Lawsuit by State Prosecutor Against Both Husband and Wife Upon Nullification of their Marriage

Prof. Dr. Andreas SPICKHOFF 381-397
Die Haftung des Notars zwischen öffentlicher Amtshaftung und privater Berufshaftung
Ein Beitrag aus Deutschland
The Liability of Notaries Between Public Liability of Officer and Private Professional Liability
A Contribution from Germany

Prof. Dr. Meral SUNGURTEKİN ÖZKAN 399-410
Anayasal Şikayet ve Adalete Erişim
Constitutional Complaint and Access to Justice

Prof. Dr. iur. Thomas SUTTER-SOMM 411-429
Dr. iur. Benedikt SEILER
Die Schweizerische ZPO und ihre Auslegung -kritische Anmerkungen zur Rechtsprechung des Bundesgerichts
The Swiss Code of Civil Procedure and Its Interpretation- Critical Dictum in Addition to a Judicial Decision of the German Federal Court

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA 431-458
Yrd. Doç. Dr. Sezin AKTEPE ARTIK
Katılma Alacağı Davası Belirsiz Alacak Davası Olarak Açılabilir Mi?
Could an Action of Debt which is Related with Division of Matrimonial Property Be Filed as an Action of Indefinite Debt?

Prof. Dr. Süha TANRIVER 459-468
Hukuk Muhakemeleri Kanunu Bağlamında Akdedilen Yetki Sözleşmeleri Üzerine Bazı Düşünceler
Some Opinions upon Conventions Defining the Competent Court within the Context of the Civil Procedure Code

Prof. Dr. Sema TAŞPINAR AYVAZ 469-482
Asliye Ticaret Mahkemeleri Hakkında Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Tahkimde Görevli Mahkeme
The Court Having Jurisdiction in Arbitration within the Frame of Amendments Made with regard to Commercial Courts

Prof. Dr. Ömer ULUKAPI..... 483-507
Arş. Gör. Taner Emre YARDIMCI
6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Sonradan Delil Gösterilmesi
Submission of Evidence afterwards within The Frame of Civil Procedure Code No. 6100

Prof. Dr. Bilge UMAR 509-514
Tek Oy Farkıyla Çıkabilen Olmayacak Bir İçtihadı Birleştirme Kararı
An Unacceptable Decision of Joint Chambers Taken With one Vote Majority

Prof. Dr. Wolf-Dietrich WALKER 515-530
Die einstweilige Verfügung zur Räumung von Wohnraum nach § 940a Abs. 2 der deutschen ZPO
The Preliminary Injunction in Addition to Eviction of Dwelling House in Accordance with Article 940a Paragraph 2 of German Civil Procedure Code

Prof. Dr. Ejder YILMAZ..... 531-554
Tahkimde İtirazın İptali Davası ve Tahkime Elverişlilik Kuralı
Action for Nullity of Exceptions Case in Arbitration and Rule of Arbitrationworthy

Prof. Dr. Oğuz ATALAY LVII
Hakan Hoca'yı Anlatamamak
Having Difficulty to Explain Professor Hakan Pekcanıtez

Prof. Dr. Muhammet ÖZEKES.....LIX
Değerli Hocam ve Ustam Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez
Dear Teacher and Master, Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez

Doç. Dr. Güray ERDÖNMEZ LXIII
Hocam Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez'e
To Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez

✍ MAKALELER / ARTICLES / AUFSÄTZE

🕮 CİLT I / VOLUME I / BAND I

MEDENÎ USÛL HUKUKU - I / CIVIL PROCEDURE LAW - I
ZIVILPROZESSRECHT - I

Prof. Dr. Hans-Jürgen AHRENS 3-17
Die künftige Patentgerichtsbarkeit der Europäischen Union
The Patent Jurisdiction of European Union in the Future

Prof. Dr. Recep AKCAN 19-34
Hal Hakem Heyeti
Arbitration Tribunal of Market Place

Prof. Dr. Christoph ALTHAMMER..... 35-51
European Principles of Civil Procedure und nationale Mindeststandards – Überlegungen aus deutscher Perspektive
European Principles of Civil Procedure and National Minimum Standards- Thoughts from a German Perspective

Prof. Dr. Oğuz ATALAY 53-76
Anonim Şirketlerde Bilgi Alma ve İnceleme Haklarının Mahkeme Aracılığıyla Kullanılması
The Use of the Right to Information and Examination by Court Order in Joint Stock Companies

Doç. Dr. Mine AKKAN 555-609
Medenî Usûl Hukukunda Tanığa Soru Kâğıdı Gönderilmesi
Sending Questionary to a Witness in Civil Procedure Law

Doç. Dr. İbrahim AŞIK 611-630
Hakimin Yargılama Faaliyeti Sebebiyle Devlete Karşı Açılan Tazminat Davasına İlişkin Yargıtay Büyük Genel Kurulunun Bir Kararı Üzerine Düşünceler
On The Decision of The Court of Appeal Related to the Action of Damages Because of the Judicial Activities of the Judge

Doç. Dr. Murat ATALI 631-652
Hizmet Tespit Davasının Sosyal Güvenlik Kurumuna İhbarı
Notice of Proceeding to Social Security Institution in Action for Fixing of Period of Service

Doç. Dr. Ahmet BAŞÖZEN 653-694
Güncel Yargıtay Kararları Işığında İhtiyati Tedbirlerde "Yaklaşık İspat" ve "İhtimal" Kavramı
The Concepts of "Presumptive Evidence" and "Probability" in Provisional Injuctions in Light of the Current Decisions of the Supreme Court of Appeals

Doç. Dr. Güray ERDÖNMEZ 695-755
HMK. m.57/1, c Hükmü Çerçevesinde İhtiyari Dava Arkadaşlığının Mümkün Olduğu Haller
Cases Where Simple Joinder is Applicable According to Civil Procedure Code art.57/1-c

Assoc. Prof. Dr. James R. MAXEINER..... 757-778
Arş. Gör. Nefise Gökçen GÜRCAN (Çev.)
Arş. Gör. Mehmet Akif GÜL (Çev.)
Amerikan Kuralı: Aslan Payını Alır
The American Rule: Assuring the Lion His Share

Doç. Dr. İbrahim ÖZBAY..... 779-811
Yargıtay'ın Son Kararları Işığında Hakem Kararlarına Karşı Açılacak İptal Davasına İlişkin HMK m. 439 Hükmünün Zaman Bakımından Uygulanması
In The Viewpoint of Supreme Court Decisions with Regard to Time of Action for Nullity Related To Turkish Civil Procedure Code Art. 439

Doç. Dr. H. Özden ÖZKAYA-FERENDECİ..... 813-830
Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndaki Belge Terimi ve İspat Hukukundaki Yeri
The Concept of Document in the New Turkish Civil Procedure Code and its Place in the Law of Evidence

Doç. Dr. Seda ÖZMUMCU..... 831-871
6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Hükümleri ve Yargıtay Kararları Çerçevesinde Tüketici Mahkemelerinin Görev Alanına Giren Uyuşmazlıklara Genel Bir Bakış
The Provisions of Consumer Protection Act No: 6502 and an Overview from the Perspective of Court of Appeal's Decisions on the Conflicts which the Consumer Courts Have Jurisdiction on Them

Assoc. Prof. Dr. Ali YEŞİLIRMAK..... 873-895
Written Advocacy: Submissions Under The ICC Rules of Arbitration

Yrd. Doç. Dr. Tolga AKKAYA..... 897-941
Medeni Usul Hukukunda İradi Taraf Değişikliği (HMK m. 124)
Voluntary Substitution of a Party in Civil Procedure Law (CPA Art. 124)

Yrd. Doç. Dr. Aziz Serkan ARSLAN..... 943-974
HMK Hükümlerine Göre Teminat Kurumu ve Dava Şartı Niteliği
According to Article of HMK Guarantee and Terms of Case

Yrd. Doç. Dr. Kudret ASLAN..... 975-1024
Yrd. Doç. Dr. Leyla AKYOL ASLAN
Yrd. Doç. Dr. Taylan Özgür KİRAZ
Koşulları Oluşmadan Açılan Belirsiz Alacak Davasında Mahkemece Verilecek Karar
The Decision ruled by the Court about Action of Debt that Sued before the Conditions Occurred

Yrd. Doç. Dr. Mesut AYGÜN..... 1025-1066
Yabancılık Unsurunun Mahiyeti ve Yargılamadaki Rolü
The Essential Character of Foreign Element and Its Role on Trial

Yrd. Doç. Dr. Nilüfer BORAN GÜNEYSU 1067-1089
Bir Karar Işığında Yetki Sözleşmesine Bakış
An Inquiry Into Forum Prorogatum Agreements in the Light of a Judgment

🕮 CİLT II / VOLUME II / BAND II

MEDENÎ USÛL HUKUKU - II / CIVIL PROCEDURE LAW - II ZIVILPROZESSRECHT - II

Yrd. Doç. Dr. Cengiz Topel ÇELİKOĞLU 1093-1139
Karşı Tarafa Tahmil Olunan Avukatlık Ücretinin Hukuki Niteliği
Nature of the Attorney Fee Shifting as to Civil Procedure Law

Yrd. Doç. Dr. Evrim ERİŞİR..... 1141-1213
Yetki Şartlarının Genel İşlem Koşulu Denetimi
Standard Terms Control of Choice of Court Agreement

Yrd. Doç. Dr. İbrahim ERMENEK 1215-1252
Hakem Yargılamasında Bağlantılı Davalar
Interrelated Actions in Arbitration Procedure

Yrd. Doç. Dr. Mustafa GÖKSU..... 1253-1273
Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre İhtiyati Tedbirin Uygulanmasını Talep Etme Zorunluluğu
Requirement of Request for the Execution of Provisional Remedy According to The Code of Civil Procedure

Yrd. Doç. Dr. Elif Kısmet KEKEÇ 1275-1297
Topluluk Davalarında Elde Edilen Hükmün Münferiden Açılacak Davalarda Kesin Hüküm Etkisi
The Res Judicata Effect of Class Litigations on Individual Cases

Yrd. Doç. Dr. Nesibe KURT KONCA..... 1299-1320
Yabancı Bayraklı Gemilerde Çalışan Gemi Adamlarının Hizmet Sözleşmelerinden Kaynaklanan Davalarda Görevli Mahkemenin Belirlenmesi

Determination of the Court of Competent Jurisdiction for the Cases Related with the Service Contracts of Seamen Working at Foreign Flagged Ships

Yrd. Doç. Dr. M. Serhat SARISÖZEN 1321-1350
İhtiyati Tedbir Kararlarına Karşı Başvuru Yolu ve İçtihadı Birleştirme Kararı
Remedy Against Interlocutory Injunction and the Decision of Joint Chambers

Yrd. Doç. Dr. Cemil SİMİL 1351-1376
Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevinin Sınırları
Limits of Judge's Requirement of the Clarification of the Case

Yrd. Doç. Dr. Ceyda SÜRAL 1377-1411
Hakem Kararlarının İcrası ve İptal Davası
Execution of Arbitral Awards and Actions for Setting Aside

Yrd. Doç. Dr. Hülya TAŞ KORKMAZ 1413-1482
Boşanma Davasında Sağ Kalan Eşin Bu Sıfatla Mirasçılığına Son Vermek Amacıyla Mirasçılar Tarafından Davaya Devam Edilmesi
Resumption of Divorce Proceedings by Heirs for the Purpose of Terminating The Heirship Capacity of the Surviving Spouse

Yrd. Doç. Dr. Barış TORAMAN 1483-1523
Medeni Usul Hukukunda İspat Hakkına Dair Bazı Tespit ve Değerlendirmeler
Some Analysis on Right to Proof in Civil Procedure Law

Yrd. Doç. Dr. Uğur TÜTÜNCÜBAŞI 1525-1551
Türk Hukukuyla Karşılaştırmalı Olarak Alman Hukukunda Yabancı Yargı Kararlarının Tanınması ve Tenfizi
Recognition and Enforcement of Foreign Judgements in German Law in Comparison with Turkish Law

Yrd. Doç. Dr. Gülümden ÜRCAN 1553-1604
İş Davaları Bakımından Davadan Feragatin Müteselsil Sorumlu Dava Arkadaşlarına Etkileri
The Effects of Waiver of the Law Suit on Jointly and Severally Liable Parties In Terms Of Employment Disputes

Dr. Birce ARSLANDOĞAN (Çev.) 1605-1612
Delil Tespitine İlişkin Bir Alman Federal Mahkemesi Kararı
A Decision of German Federal Court with Regard to Recording of Evidence

Dr. Nazlı GÖREN ÜLKÜ..... 1613-1624
Dava Ortaklığı veya Davaya Müdahale Halinde Hakimin Reddi Talebinde Bulunabilecek Kişiler
The Person Who Has the Right to Recuse in Case of an Interplead or Joinder of Parties

RA Dr. Christoph LIEBSCHER 1625-1643
Objektive Schiedsfähigkeit - eine Skizze
Objective Arbitrability – an Outline

Dr. Mert NAMLI 1645-1668
Yargılamanın Yenilenmesi Yoluna Tekrar Başvurma Yasağı
Ban of Recourse Again to New Trial Procedure

Arş. Gör. Ali Çetin ASLAN 1669-1711
Avukatlık Tekeline Genel Bir Bakış
A General Overview of Lawyer Monopoly

Arş. Gör. Özlem CANBELDEK AKIN..... 1713-1739
Dünya Ticaret Örgütü Uyuşmazlık Çözüm Mekanizmasında Misilleme Yaptırımı
Retaliation in the World Trade Organization Dispute Settlement Mechanism

Arş. Gör. Pınar ÇİFTÇİ..... 1741-1821
Boşanma Sisteminin Yargılamada Doğurduğu Temel Hak İhlâlleri ve İspat Sorunları
Breach of Fundamental Rights and Problems Related to the Law of Evidence in Divorce Cases Arise from Grounds for Divorce

Arş. Gör. Buse DİŞEL 1823-1855
Alman Federal Mahkemesinin Verdiği Bir Karar Işığında Derneklerin "Statüleri Çerçevesinde" Açtığı Topluluk Davaları
Group Actions Taken by Associations "Within The Scope of Their Charters" In The Light of a Judgement Rendered by the German Federal Court

Arş. Gör. Ersin ERDOĞAN..... 1857-1884
Milletlerarası Derdestlik (Lis Alibi Pendens)
International Pendency (Lis Alibi Pendens)

Arş. Gör. Ekin (HACIBEKİROĞLU) ÖMEROĞLU 1885-1912
Milletlerarası Tahkim Hukukunda Görev Belgesi
Terms of Reference in International Arbitration

Arş. Gör. Abdulkadir HAŞHAŞ (Çev.)..... 1913-1933
Yargı Kararlarının Kalitesi
Quality of Judicial Decisions

Arş. Gör. Büşra KAZMAZ 1935-1950
Karar İncelemesi - Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 10. Maddesi Uyarınca Sözleşmenin İfa Yerinin Tespiti
Judgement Analysis – Determination of the Place of Performance of the Contract in Accordance with Article 10 of Code of Civil Procedure

Arş. Gör. Ramazan KORKMAZ..... 1951-1986
Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuruda Uyulması Gereken Süreler
Deadlines Must be Complied with on Individual Application

Arş. Gör. Deniz MERAKLI YAYLA 1987-2013
Yabancılık Unsuru Taşıyan Uyuşmazlıklarda Yetki Sözleşmesinin Tarafları ve HMK Madde 17 Kapsamındaki Yetki Sözleşmesinin Üçüncü Kişilere Teşmili
The Parties of Competence Contracts in Disputes with Foreign Component and Extention of Competence Contract in the Scope of Turkish Civil Procedure Code to Third Parties

Arş. Gör. A. İpek SARIÖZ BÜYÜKALP 2015-2061
Uluslararası Tahkimde "Tahkim Anlaşmasının Hükümsüz, Tesirsiz veya İcrasının İmkansız Olması" Kavramları
When is an Arbitration Agreement "Null and Void, Inoperative or Incapable of Being Performed" in International Commercial Arbitration?

Arş. Gör. Melis TAŞPOLAT TUĞSAVUL 2063-2113
4686 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu Uyarınca Hakemlerin ve Mahkemelerin Geçici Hukuki Koruma Kararı Verme Yetkisi
The Power of Arbitrators and Courts to Decide on Provisional Measures According to International Arbitration Code No:4686

Arş. Gör. Fulya TEOMETE YALABIK..... 2115-2162
Anglo-Amerikan ve Fransız Hukuklarında Bilirkişilik Kurumuna Genel Bakış
An Overview to Expert Witness in Anglo-American and French Law

Arş. Gör. Özlem YAZAR (Çev.)..... 2163-2174
Alman Federal Mahkemesi Kararı "Anonim Şirketlerin Davada Temsili ve Kanun Yolu Aşamasında Fer'i Müdahale"
Judgement of German Federal Court "Representation of the Incorporated Company within the Lawsuit and Secondary Intervention in Course of the Legal Remedies"

🕮 CİLT III / VOLUME III / BAND III

İCRA VE İFLÂS HUKUKU / LAW OF ENFORCEMENT AND BANKRUPTCY ZWANGSVOLLSTRECKUNGS- UND INSOLVENZRECHT

Prof. Dr. Diederich ECKARDT..... 2177-2205
Die „verlängerte Vollstreckungsabwehrklage"
The "extended enforcement defence lawsuit"

Prof. Dr. İbrahim ERCAN..... 2207-2219
Bir Yargıtay Kararı Işığında İcra ve İflâs Kanunu Madde 170'de Düzenlenen Kötü Niyet Tazminatı Hakkında Bazı Düşünceler
In the Light of a Court of Appeal's Decision Some Opinions about Compensation of Mala Fide Regulated in Article 170 of the Code of Execution and Bankruptcy

Prof. Dr. Nikolaj FISCHER..... 2221-2269
Vollstreckungsrechtsdogmatik und Vollstreckungsreform -
Zur Rolle der Prozeßrechtswissenschaft bei aktuellen deutschen
Vollstreckungsrechtsreformen
Dogmatic of Enforcement Law and Reform of Enforcement- In addition to the Role of Procedure Law in Current German Reform of Enforcement Law

Prof. Dr. Dr. h.c. Peter GOTTWALD..... 2271-2294
Europäisches Insolvenzrecht – eine neue Momentaufnahme
European Insolvency Law- A New Snapshot

Prof. Dr. Hatice ÖZDEMİR KOCASAKAL..... 2295-2318
Milletlerarası Yetki Anlaşmalarının İflas Davası Üzerindeki Etkilerine
İlişkin Bir Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi
Evaluation of a Decision of Appellate Court with regard to Effect of International Agreement of Competency upon Bankruptcy Lawsuit

Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK..... 2319-2343
Borca Batık Anonim Şirketlerde İflası Önleyen Yeni Bir Araç Olarak
Sırada Sona Yerleştirme (Sıradan Vazgeçme)
Placement in the Last Rank (Waiver of Rank) as a New Instrument Preventing Bankruptcy in Debt Choked Joint-Stock Companies

Prof. Dr. Christoph G. PAULUS..... 2345-2361
Insolvenzvermeidung und Insolvenzverfahren
Avoidance from Insolvency and its Litigation

Prof. Dr. Christian RUMPF..... 2363-2387
Die Insolvenz des Verbrauchers in Deutschland
The Insolvency of Consumers in Germany

Prof. Dr. Stasys VÉLYVIS / Dr. Vilija MIKUCKIENÉ..... 2389-2404
Arş. Gör. Hande Gül KÜÇÜKKAYA (Çev.)
Roma Hukukunda İflas Prosedürünün Doğuşu
Origin of Bankruptcy Procedure in Roman Law

Doç. Dr. Cenk AKİL..... 2405-2422
Takip Konusu Adi Senetteki Sahtelik İddiasının İcra Takibine Etkisi
Claim of forgery on an ordinary note which is subject to pursuance and effects of this claim of forgery to debt collecting proceedings

Doz. Mag. Dr. Henriette-Christine DUURSMA-KEPPLINGER.. 2423-2446
Die Haftung des Masseverwalters gem § 81 Abs 3 IO – Haftung ex mandato oder Haftung im Zwischenbereich von Vertrag und Delikt
The Liability of Executives of Bankrupt's Estate in accordance with Article 81 Paragraph 3 of Austrian Insolvency Act- Responsibility by Mandate or Liability in between Field of Tort and Contract

Doç. Dr. Mustafa Serdar ÖZBEK..... 2447-2511
İcra ve İflâs Kanununda Mal Beyanında Bulunma Yükümlülüğünün İhlâli Hâlinde Öngörülen Tazyik Hapsi ve Disiplin Hapsinin Mükerrer Cezalandırma Yasağı Bakımından Değerlendirilmesi
An Evaluation of Coercive Detention or Discipline Imprisonment Which is Provided to Violation of the Obligation of Assets Declaration in the Turkish Code of Enforcement and Bankruptcy in Terms of non bis in idem Principle

Yrd. Doç. Dr. Nur BOLAYIR..... 2513-2570
Fikrî Mülkiyet Haklarında Cebrî İcra Sistemi
System of Compulsory Execution in Intellectual Property Rights

Yrd. Doç. Dr. Şükran EKECİK/ Arş. Gör. Osman DURAN..... 2571-2630
İflas Bürosu (İİK m. 221/1 ve 221/4)
The Committee of Bankruptcy (The Turkish Execution and Bankruptcy Code Art. 221/1 and 221/4)

Yrd. Doç. Dr. Emel HANAĞASI..... 2631-2698
Bireysel Emeklilik Sisteminde Haciz Uygulamalarının Değerlendirilmesi
Evaluation of Seizure Applications in the Individual Retirement System

Yrd. Doç. Dr. Nedim MERİÇ..... 2699-2733
İcra ve İflas Kanunu'nda Düzenlenen Süreler ve İrade Özerkliği İlkesi Kapsamında İcra İflas Kanunu Madde 20
Time Arranged in the Execution and Bankruptcy Law and Execution and Bankruptcy Law Article 20 In Terms of the Principle of Autonomy of the Will

Yrd. Doç. Dr. Çiğdem YAZICI TIKTIK..... 2735-2776
Bir İşin Yapılmasına veya Yapılmamasına İlişkin İlâmların İcrası
Compulsory Enforcement Serving to Ensure that Actions are Taken or Refrained from

Yrd. Doç. Dr. Bilgehan YEŞİLOVA 2777-2810
Karar İncelemesi - İcra ve İflâs Kanunu'nun 337. maddesinin [İkinci Fıkrasının (?)] Anayasaya Uygunluğu Sorunu (16. HD., 14.02.2010, 580/1202)
A Review on a Decision - The Constitutional Compatibility of Art. 337 [Second Paragraph (?)] of the Enforcement and Bankruptcy Code (16th Civil Circuit, 14.02.2010, 580/1202)

Öğr. Gör. Dr. İdil TUNCER KAZANCI 2811-2834
İnançlı İşlemde İşlemin Taraflarının İflâsı ve İflâsın İnançlı İşleme Etkisi
Bankruptcy of Parts in Fiduciary Contract and the Influence of Bankruptcy on Fiduciary Contract

Arş. Gör. Erdem AKYAZILI 2835-2853
Akıllı Telefonların Haczi
Legal Attachment of Smart Phones

Arş. Gör. Orhan Emre KONURALP..... 2855-2880
Alacaklıya Rehni Özel Yoldan Paraya Çevirme Yetkisi Verilmesi
Granting Right to the Deptee for Liquidation of Real Securities

Arş. Gör. Ali ÖNAL..... 2881-2907
Yabancı Unsurlu İflâs Davalarında Türk Mahkemelerinin Yetkisi Sorunu
The Authority of The Turkish Courts in Cases of Bankruptcy Concerning The Foreign Elements

Arş. Gör. Volkan ÖZÇELİK 2909-2952
Genel Haciz Yoluyla Takipte İcra Müdürünün Zor Kullanma Yetkisi (İİK m. 80/4)
Right to Use Force of the Bailiff in the Proceeding Without Judgement

Arş. Gör. Ahmet ŞENSÖZ..... 2953-2969
İcra Kefaletinin Şekline İlişkin Bir Yargıtay Karar İncelemesi
The Study of a Decision by the Supreme Court of Appeal Regarding the Form of Surety of Execution'

Hakim Hilmi ŞEKER 2971-3004
İcra ve İflâs Kanunu'nun 89. Maddesi Üzerine Düşünceler
Thoughts on the Article 89 of the Enforcement and Bankruptcy Code

Av. Talih UYAR 3005-3070
Tasarrufun İptali Davasının Tarafları
Parties of Lawsuits for Annulment of Disposal

ÖZEL HUKUK / PRIVATE LAW / PRIVATRECHT

Prof. Dr. Mustafa ALP 3073-3091
Olumsuz İşyeri Uygulaması İle Bir İkramiyenin Kaldırılması - Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ve 22. Hukuk Dairesi- Kararlarının İncelenmesi
Abolition of a Bonus with Negative Workplace Practice - Review of the Decisions of Assembly of Civil Chambers and 22nd Civil Chamber of Supreme Court

Prof. Dr. Şeref ERTAŞ 3093-3104
Sürekli Borç İlişkilerinde (Dauerschuldverhaeltnisse) Zamanaşımı
Prescription In Continuous Obligations

Prof. Dr. Tekin MEMİŞ 3105-3121
Grup İmtiyazının Kabul Edildiği Bankalarda Grup İçindeki Bütün Paylar Nitelikli Pay Sayılır Mı?
Are Every Shares In The Group Regarded as a Qualified Share in the Banks Privilege of Group Granted?

Prof. Dr. Pascal PICHONNAZ 3123-3148
Die Schweiz und das Römische Recht Ein Bild in groben Zügen
A brief look at Swiss and Roman law

Prof. Dr. Pascal PICHONNAZ 3149-3174
Arş. Gör. Nilgün DİNÇER (Çev.)
İsviçre ve Roma Hukuku Özet Halinde Bir Görünüş
A Brief Look at Swiss and Roman Law

Prof. Dr. Peter A. WINDEL 3175-3193
Der neue Vertragstyp des Behandlungsvertrages im deutschen BGB
The New Contract Type of Treatment Contracts in German Code of Civil Law

Doç. Dr. Ali AYLİ / Arş. Gör. Didem YARDIMCIOĞLU..... 3195-3239
Çekte Düzenleme Tarihi ve Önemi
Cheque Drawing Date and Its Significance

Doç. Dr. Metin İKİZLER..... 3241-3260
Avrupa Haksız Fiil Hukuku İlkelerinde Tehlike Sorumluluğu ve Türk Hukuku ile Kısaca Karşılaştırılması
Strict Liability in Principles of European Tort Law and a Short Comparison of PETL and Turkish Law on Strict Liability

Doç. Dr. Mustafa İsmail KAYA 3261-3286
Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Denetim ve Gözetim Görevi
The Role of the Board in Joint Stock Companies in Terms of Auditing and Supervision

Doç. Dr. Hasan PETEK..... 3287-3342
Kamu Tüzel Kişilerinin Karayolları Trafik Kanunu'na Göre Hukukî Sorumluluğu
Civil Liability of Public Corporations According to the Highway Traffic Code

Doç. Dr. Vural SEVEN..... 3343-3350
Sosyal Paylaşım Sitelerinin (youtube –facebook –twitter) Haksız Rekabet Karşısındaki Durumu
Status of Social Media Sites (Youtube-Facebook-Twitter) in the Context of Unfair Competition

Doç. Dr. Nihat TAŞDELEN..... 3351-3387
6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun Anonim Ortaklık Pay Devrine Getirdiği Sınırlamalar
The Restrictions Brought About Share Assignment by Numbered 6102 TCC In Joint Stock Company

Yrd. Doç. Dr. Ahmet TÜRKMEN..... 3389-3448
Tüketici İşlemlerinde Ayıplı Mal ve Hizmetten Doğan Seçimlik Hakların Tabi Olduğu Zamanaşımı ve Bunun Garanti Taahhütleriyle İlişkisi
Statute of Limitation for Elective Rights Regarding Defective Goods and Services in Consumer Transactions and its Relation with Guarantee Undertaking

Yrd. Doç. Dr. Ali Haydar YILDIRIM 3449-3506
Çek Cezası (TTK 783/3)
Penalties Related to Cheques (Turkish Commercial Code 783/3)

Dr. Didem ÖZGÜR..... 3507-3534
Avrupa Birliği Hukukunda Alkollü Sert İçkilerin Üzerindeki Coğrafi İşaretlerin Korunması
The Protection of Geographical Indications on Spirit Drinks in the European Union Law

Av. Uğur ŞİMŞEK 3535-3556
Sağlık Hukukunda Aydınlatılmış Rıza
Informed Consent in Health Care Law

Özge KATIRCI 3557-3578
Die Culpa in contrahendo in der Zuständigkeitsordnung der EuGVO (Brüssel I-VO)
The Culpa in Contrahendo in the Jurisdiction Act Of EuGVO (Brüssel I-VO)

Burak KEÇECİOĞLU 3579-3612
Hayvan Satışında Ayıptan Sorumluluk
Liability From the Defect in Animal Sales

🕮 CİLT IV / VOLUME IV / BAND IV

KAMU HUKUKU / PUBLIC LAW / ÖFFENTLICHES RECHT

Prof. Dr. Mahmut Tevfik BİRSEL..... 3615-3620
Bir Damlada Anadolu İnsanının Dünü, Bugünü, Yarını ve "Korkudan Azade Yaşama Özgürlüğü"
Past, Today, Future of Anatolian People in a Drop and One's "Freedom of a Life Free From Fear"

Prof. Dr. Martin BÖSE 3621-3636
Arş. Gör. Serkan MERAKLI (Çev.)
Alman Ceza Kanunu § 242'de Düzenlenen Hırsızlık Suçunda Malın Bulunduğu Yerden Alınmasının ve Mal Edinmenin Konusu Hakkında Hata
Mistake on the Subject of Displacing and Obtaining Goods in the Crime of Robbery (§ 242 of the German Criminal Code)

Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ 3637-3739
Vergi Cezası Anlaşmazlıklarının Çözüm Yollarından Cezalarda İndirim Müessesesi
Institution of Reduction in Tax Penalties as a Remedy to Tax Penalty Disputes

Prof. Dr. Moris LEHNER 3741-3757
Arş. Gör. Özgecan GÖK (Çev.)
Dönemsel Vergilendirme Işığında Geçmişe Yürüme Sorunu
Retroactivity Problem in the Mirror of the Periodic Taxation

Prof. Dr. Veli Özer ÖZBEK / Arş. Gör. İlker TEPE..... 3759-3797
Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Aleyhe Değiştirme (Reformatio in Peius) Yasağına İlişkin - Öğreti ve Uygulama Boyutlarıyla - Genel Bir Değerlendirme
An Overview of the Prohibition of Reformatio in Peius - In Aspect of Doctrine and Practice – In Turkish Criminal Procedure Law

Prof. Dr. Millard Harrington RUUD 3799-3842
Öğr. Gör. Burçin AYDOĞDU (Çev.)
"Hiçbir Yasa Birden Çok Konu İçermemelidir"
"No Law Shall Embrace More Than One Subject"

Prof. Dr. Oğuz SANCAKDAR..... 3843-3911
Kamu İhale Kurulu Kararlarının Yargısal Denetimi Bağlamında Yürütmenin Durdurulması ve Hukukî Sonuçları
Stay of Execution and Legal Consequences of Public Procurement Board's Decisions in the Context of Judicial Review

Prof. Dr. Yasin SEZER 3913-3947
Kamu İhalelerine Katılmada Davet Yöntemi
Invitation Method for Joining Public Procurement

Yrd. Doç. Dr. Esra ALAN AKCAN 3949-3997
Ceza Hukukunda Mağdurun Korunmasına Yönelik Düzenlemeler
Regulations for the Protection of the Victims in the Criminal Law

Yrd. Doç. Dr. Gülsün Ayhan AYGÖRMEZ UĞURLUBAY 3999-4044
Güncel Tartışmalar ve Gelişmeler Işığında Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda İtiraz
Objection In Turkish Criminal Procedure Law in Light of the Current Discussions and Developments

Yrd. Doç. Dr. Turgay CİN 4045-4116
Yunanistan'daki Azınlıklar ve Bunların Hukuki Durumları
Minorities of Greece and Their Legal Status

Yrd. Doç. Dr. Gökhan GÜNEYSU 4117-4137
Uluslararası Hukuka Sosyolojik Bakış: Georges Scelle ve Uluslararası Hukuk Kuramı
Sociological Approach to Internatıonal Law: Georges Scelle and His Theory of International Law

Yrd. Doç. Dr. Mehmet Nihat KANBUR 4139-4210
6545 Sayılı Kanun Değişiklikleri Çerçevesinde Türk Ceza Kanunu'nda Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu (TCK m.104)
Crime of Sexual Intercourse with Those Who Have Not Achieved Adulthood in the Framework of the Amendments of the Act Number 6545 in the Turkish Criminal Code (TCC art.104)

Yrd. Doç. Dr. Emine KARACAOĞLU (Çev.)..... 4211-4224
İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Dördüncü Bölüm Tabor-Polonya Kararı (2006)
Decision of the European Court of Human Rights regarding the Case of Tabor v. Poland (2006)

Yrd. Doç. Dr. İrem KARAKOÇ 4225-4259
Hicrî Birinci Yüzyılda Hukukçu Kavramı
Jurist Concept in First Hijri Century

Yrd. Doç. Dr. Ömer KORKMAZ..... 4261-4329
Avrupa Konseyi ve Avrupa Birliği Üyesi Olarak Almanya'da Temel Hakların Üçlü Koruma Sistemi
As a Member of the Council of Europe and the European Union, the System of the Tripartite Protection of Fundamental Rights in Germany

Yrd. Doç. Dr. Münevver MERTOĞLU..... 4331-4353
2004 Yılından İtibaren İstanbul ve Bakırköy Adliyesi'ne İntikal Eden Aile İçi Şiddet Olaylarında Sanık, Mağdur ve Şiddet Olaylarının Profili- 6284 Sayılı Yasanın Yansımaları
A Profile of Some Victims of Domestic Violence in the Files of Istanbul Criminal Courts since 2004 and Some of the Impacts of "Law Number 6284 Concerning Victims, Offenders, and Types of Domestic Violence

Yrd. Doç. Dr. Burak PINAR..... 4355-4397
Vergi Denetiminin Hukuka Uygunluğunun Yargı Yoluyla Sağlanmasında Hukukî Dinlenilme Hakkı
(Teori - Uygulama ve Sorunlar)
Right to be Heard at Ensuring Compliance with Laws on Tax Auditing Through Judicial Remedy (Theory, Practice and Issues)

Dr. Anıl ÇAMYAMAÇ..... 4399-4455
Japon Boğazları
Japanese Straits

Dr. Mehmet ÖNCÜ..... 4457-4495
AİHS'nin 6 § 3 e) Hükmü Anlamında Tercüman Yardımından Yararlanma Hakkı
Right to Have a Free Assistance of an Interpreter in the Meaning of Provision Of 6 § 3 e Of European Convention On Human Rights

Dr. Mustafa SALDIRIM..... 4497-4507
Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kuruluna Üye Seçilmesine İlişkin Anayasa Değişikliklerinin Değerlendirilmesi
The Assessment of Constitutional Amendments on Electing Members to the High Council of Judges and Prosecutors

Öğr. Gör. Sabahattin ERİŞİR 4509-4534
İmha Edilen Mallara İlişkin Yüklenilen Katma Değer Vergisinin İndiriminde Uygulanan Kısıtlama Sorunu ve Çözüm Önerisi
Question of Limitation Applied In Discount of Added Value Tax Imposed With Regard to Goods Annihilated

Arş. Gör. Emine Sevcan ARTUN 4535-4566
Karar İncelemesi - Kamu İcra Hukukunda Haciz ve İhtiyatî Haciz İşlemlerine İlişkin Verilen Mahkeme Kararlarının Uygulanması
Review of a Decision - Execution of the Court Decision Given About Attachment and Provisional Attachment Proceeding in Public Enforcement Law

Arş. Gör. Cemal BAŞAR..... 4567-4611
Kamu İcra Hukukunun Anayasal Temelleri
Constitutional Foundations of Public Enforcement Law

Arş. Gör. İsa BAŞBÜYÜK..... 4613-4631
Kamu İcra Hukukunda Kamu Alacağının Tahsiline Etki Eden Suçlar (AATUHK m.110-114)
Crimes with Regard to Collection of Public Receivables within the Public Enforcement Law

Arş. Gör. Uğur BULUT..... 4633-4670
Kamu İcra Hukukunda Borçlunun Üçüncü Kişilerdeki Haklarının Paraya Çevrilmesi ve Genel İcra Hukukuyla Karşılaştırılması
Encashment of the Debtor's Claims on Third Parties in Tax Enforcement Law by Comparison to Enforcement Law in General

Arş. Gör. Burcu DEMİRBAŞ AKSÜT 4671-4735
Kamu İcra Hukuku'nda Menfaat Dengesi
Balance of Interests in Public Enforcement Law

Arş. Gör. Türker ERTAŞ..... 4737-4783
Kamu İcra Hukukunda Sosyal Devlet İlkesi
The Principle of Welfare State in Public Enforcement Law

Arş. Gör. Gözde KAZAKER 4785-4814
Vergi Ceza Hukukunda Kanunîlik İlkesine İlişkin Bir Anayasa Mahkemesi Kararı Üzerine Düşünceler
Thoughts Upon a Judgment of the Turkish Constitutional Court about the Principle of Legality in Criminal Tax Law

Arş. Gör. Müge VATANSEVER ÖZTÜRK 4815-4841
Vergilerin Kanunîliği İlkesinin Tarihî Gelişimi
The Historical Development of the Principle of Legality of Taxes

Arş. Gör. Dilara YÜZER 4843-4898
Kamu İcra Hukukunda Ölçülülük İlkesi
The Principle of Proportionality in Public Enforcement of Law

HUKUK VE BİREY 4899-4901
Law and Individual

Yrd. Doç. Dr. Engin TOPUZKANAMIŞ 4903-4915
Hukuk ve Bireyi Anlamak Üzere Notlar
Notes on Understanding Law and Individual

Yrd. Doç. Dr. Pınar BACAKSIZ 4917-4941
Cezalandırma ve Topluma Yeniden Kazandırma
Punishment and Resocialization

Yrd. Doç. Dr. Yıldırım TAYLAR 4943-4987
Vergi Borcu İlişkisinin Pasif Süjesi Olarak Birey ve Vergilendirme Yetkisinin Bireyin Hak, Özgürlük ve Ödevlerine Etkisi
The Individual as a Passive Subject of the Relationship of Tax Debt and Impact of Taxation Power on Rights, Freedoms and Obligations of Individuals

Yrd. Doç. Dr. Şafak EVRAN TOPUZKANAMIŞ 4989-5010
Anayasalar Yoluyla Toplum Tasarımı ve İnşası:
Anayasaların Gerçek Sahipleri ve Anayasacılık Süreçlerinde Birey
Construction and Design of a Society by Constitutions:
The Real Owners of Constitutions and the Individual in Constitutional Processes

Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez'in

Özgeçmişi[*]

1956 yılında Erciş/Van'da doğdum. Liseyi İzmir Karşıyaka Erkek Lisesi'nde bitirdim. 1974 yılında girdiğim İstanbul Hukuk Fakültesi'nden 1978 yılında mezun oldum. 1979 yılında İzmir'de yeni kurulan Ege Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Kürsüsünün ilk asistanı olarak göreve atandım. Doktora çalışmasına Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde 1980 yılında başladım. 1982-1984 yılları arasında Deutscher Akademischer Austauschdienst (Alman Akademik Değişim Kurumu)'dan aldığım burs ile Freiburg Albert Ludwigs Üniversitesi'nde doktora çalışmalarımla ilgili araştırma yaptım. 1984 yılı sonunda Türkiye'ye dönerek askerlik hizmetimi yaptım. 1986 yılında "*İcra ve İflâs Hukukunda Şikâyet"* isimli tezimle doktor oldum. 1986 yılında Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim dalına yardımcı doçent olarak atandım. 1991 yılında Alexander Humboldt Vakfı'ndan aldığım burs ile yine Freiburg Albert Ludwigs Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde doçentlik tezimle ilgili çalışmalar yaptım. 1991 yılında "*Medenî Usûl Hukukunda Fer'i Müdahale"* isimli tezimle doçent oldum. 1997 yılında "*Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukukunda Yabancı Para Alacaklarının Tahsili"* isimli çalışmamla ilân edilen profesörlük kadrosuna müracaat ettim ve 1997 yılı Mayıs ayında Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalına profesör olarak atandım. 2004 yılında İzmir'den Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ne geçtim. Halen bu Üniversitede görev yapmaktayım.

Adalet Bakanlığı tarafından oluşturulan bilim komisyonlarında görev alarak çeşitli kanun tasarılarının çalışmasında bulundum. Bu çerçevede, 1999-2002 yılları arasında, Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun

---

[*] Özgeçmiş, Hocamızın kendi ifadeleriyle kaleme almış olduğu özgeçmişidir.

Tasarısı'nın hazırlanmasında komisyon üyesi olarak çalıştım. Bu Kanun 2004 tarihinde kabul edilerek yürürlüğe girmiştir. Bu yıllarda Bölge Adliye Mahkemelerinin kurulması halinde medenî usûl hukuku, İcra ve İflâs Kanunu'nda yapılacak değişiklikler hakkındaki kanun tasarılarının hazırlanmasında komisyon üyesi olarak çalıştım. Bu Tasarı da 2004 yılında yürürlüğe girmiştir. Yine Noterlik Kanunu Tasarısı'nda görev aldım. Bunların yanında 2003-2006 yılları arasında Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Komisyon Başkanlığını yürüttüm. Bu Tasarı 2011 yılında Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından kabul edilerek, 6100 sayılı Kanun olarak 1.10.2011 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Keza Hukuk Uyuşmazlıklarında Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri ile ilgili Arabuluculuk Kanunu Tasarısında Komisyon Başkanlığı yaptım. Bu Tasarı da kabul edilerek 2012 yılında yürürlüğe girmiştir. Yine Komisyon Başkanlığı yaptığım İstanbul Tahkim Merkezi Kanun Tasarısı 2014 yılında kanunlaşarak yürürlüğe girmiştir. İcra ve İflas Kanunu'nda önemli değişiklikler getiren 4949 sayılı Kanunu hazırlayan komisyonda görev yaptım. Bu Kanun 2003 yılında yürürlüğe girmiştir. Yine Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerin Yeniden Yapılandırılmasına İlişkin Hükümlerle İlgili Kanun Tasarısının hazırlanması için oluşturulan komisyonda yer aldım. 5092 sayılı bu Kanun 2004 yılında yürürlüğe girmiştir. Kanun komisyonları yanında, Adalet Bakanlığı'nın değişik çalışma gruplarında görev aldım. Ayrıca, Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile ilgili olarak Türkiye Adalet Akademisi ve HSYK tarafından yürütülen, hukuk hâkimlerinin eğitim çalışmalarında ve gerek Türkiye Barolar Birliği tarafından gerekse farklı barolar tarafından gerçekleştirilen eğitim çalışmalarında yer aldım ve Türkiye Noterler Birliği'nin farklı çalışma ve eğitimlerine katıldım.

On yıl süre ile Medenî Usûl Hukukçuları Toplantılarının Organizasyon Komitesi Başkanlığını yürüttüm. Keza, 2015-Mayıs ayında gerçekleştirilecek olan Dünya Usûl Hukukçuları Toplantısı'nın Organizasyon Komitesi Başkanlığını yürütmekteyim.

İdari görevler olarak, 1994-1996 yılları arasında Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü'nde Müdür Yardımcılığı yaptım. 1996-1999 yılları arasında ise Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekan Yardımcısı olarak çalıştım. 2000-2003 yılları arasında Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı görevini yerine getirdim.

Medenî Usûl Hukuku, İcra ve İflâs Hukuku, Avukatlık Hukuku, Noterlik Hukuku, Tebligat Hukuku, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Tahkim konusunda dersler verdim. Bugüne kadar sekiz doktora, oniki yüksek lisans çalışması yönettim. Yirminin üzerinde monografi, başvuru eseri, ders kitabı gibi kitabım veya kanun derlemem ayrıca farklı dergilerde yayınlanmış olan makalelerim bulunmaktadır.

Yurt içinde ve yurt dışında pek çok toplantıda konuşmacı ve katılımcı olarak yer aldım, tebliğ sundum. Yurt dışında da çeşitli Üniversitelerde konferanslar ve dersler verdim. Bunların başlıcaları şunlardır: 1996 yılında Frankfurt Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde Anayasa ve Medenî Usûl Hukuku konulu seminerde, "Türk Hukukunda Anayasanın Medenî Usûl Hukukuna Etkisi" konulu bir tebliğ sundum. 2000 yılında misafir öğretim üyesi olarak bulunduğum Trier Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde "Türk Medenî Usûl Hukukunun Esasları" başlıklı konferans verdim. 2001 yılında Osnabrück Üniversitesi Hukuk Fakültesinde misafir öğretim üyesi olarak yine "Türk Medenî Usûl Hukukunun Esasları" isimli konferans verdim. Dokuz Eylül Üniversitesi, Osnabrück, Trier ve Leibzig Üniversiteleri Hukuk Fakültelerinin ortaklaşa Osnabrück'te düzenlediği İnsan Hakları konulu Sempozyuma "Medenî Usûl Hukukunda İnsan Hakları" konulu tebliğle katıldım. Kültür Üniversitesi'nin 2003 yılında Antalya'da düzenlenen Uluslararası İnsan Hakları Sempozyumunda "İnsan Hakkı Olarak Adil Yargılanma Hakkı ve Aleniyet İlkesi" hakkında bir tebliğ sundum. 2005 yılında Giessen Üniversitesi Hukuk Fakültesi yaz okulunda seçimlik ders olarak "Türk Medenî Usûl Hukuku" isimli dersi verdim. 2011 yılında Zürih Üniversitesi'nde misafir öğretim üyesi olarak "Türk Usûl Hukuku ve İcra ve İflas Hukuku" konulu konferanslar verdim. Son olarak 2013 yılı Mayıs ayında Kyoto Ritsumeikan Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde misafir öğretim üyesi olarak bulundum ve burada "Türk Medenî Usûl Hukuku" ve "Türk İcra ve İflâs Hukuku" isimli konferanslar verdim.

Dünya Usûl Hukukçuları Birliği ve İstanbul Barosu üyesiyim. Bunun yanında Türkiye Noterler Birliği tarafından, bu konudaki çalışmalarımdan dolayı "*onursal noter*" unvanı verilmiştir. Ayrıca, halen İstanbul Ticaret Odası Tahkim Divanı Başkanlığını yürütmekteyim.

Evli ve bir çocuk babasıyım. Almanca bilmekteyim.

Prof. Dr. Hakan Pekçanıtez'in

Eserleri

A. KİTAPLAR

1. İcra-İflâs Hukukunda Şikâyet, Ankara 1986.
2. Anonim Ortaklıkların İflâsı, Ankara 1991.
3. Medenî Usûl Hukukunda Fer'i Müdahale, Ankara 1992.
4. Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukunda Yabancı Para Alacaklarının Tahsili, 3.Bası, İzmir 1998.
5. Medenî Usûl Hukuku, Müfettişlik-Uzmanlık Giriş ve Yeterlik Sınavları, Adli ve İdari Yargı Hâkim Adaylığı Giriş Sınavı, Kaymakamlık Sınavı, Müfettiş ve Uzman Yardımcılığı Giriş Sınavlarına Hazırlık, I-II, Ankara 2000.
6. Medenî Usûl Hukuku Test Soruları, Açıklanmış Doğru Seçenekleri ile Mesleklere Giriş Sınavları Deneme Test Soruları, Ankara 2000.
7. Hukukta Probleme Dayalı Öğrenim (Aktif Eğitim), Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Örneği, İzmir 2005.
8. Hukuk Muhakemesinde İstinaf El Kitabı, Ankara 2007 (Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez Başkanlığında Doç. Dr. Haluk Konuralp, Doç. Dr. Muhammet Özekes, Yargıtay Tetkik Hakimi Mine Kaya, Adalet Bakanlığı Personel Daire Başkanı Mustafa Özçelik, Adalet Bakanlığı Kanunlar Genel Müdürlüğü Tetkik Hakimi Osman Çalışkan'dan oluşan bir heyet tarafından yazılmıştır).
9. Belirsiz Alacak Davası, Ankara 2011.
10. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Değerlendirilmesi, Ankara 2012 (Prof. Dr. Muhammet Özekes, Nazım Kaynak ve Adem Kütük ile birlikte).
11. Medenî Usûl Hukuku Temel Bilgiler, 8. Bası, Ankara 2014 (Prof. Dr. Oğuz Atalay ve Prof. Dr. Muhammet Özekes ile birlikte).
12. İcra ve İflâs Hukuku Temel Bilgiler, 11. Bası, Ankara 2014 (Prof. Dr. Oğuz Atalay ve Prof. Dr. Muhammet Özekes ile birlikte).
13. Medenî Usûl Hukuku, 14. Bası, Ankara 2013 (Prof. Dr. Oğuz Atalay ve Prof. Dr. Muhammet Özekes ile birlikte).
14. Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı, 2. Bası, Ankara 2014 (Prof. Dr. Oğuz Atalay ve Prof. Dr. Muhammet Özekes ile birlikte).

15. İcra ve İflâs Hukuku, 11. Bası, Ankara 2013 (Prof. Dr. Oğuz Atalay, Prof. Dr. Meral Sungurtekin Özkan ve Prof. Dr. Muhammet Özekes ile birlikte).
16. İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2014 (Prof. Dr. Oğuz Atalay, Prof. Dr. Meral Sungurtekin Özkan ve Prof. Dr. Muhammet Özekes ile birlikte).
17. Medenî Usûl Hukuku Pratik Çalışmalar, 16. Bası, Ankara 2014 (Prof. Dr. Muhammet Özekes ve Doç. Dr. Mine Akkan ile birlikte).
18. İcra ve İflâs Hukuku Pratik Çalışmalar, 14. Bası, Ankara 2014 (Prof. Dr. Muhammet Özekes ile birlikte).
19. Gerekçeli Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve İlgili Mevzuat, 6.Bası, Ankara 2014 (Yard. Doç. Dr. Hülya Taş Korkmaz ve Yard. Doç. Dr. Nedim Meriç ile birlikte).
20. Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve İlgili Mevzuat, 4. Bası, Ankara 2014 (Yard. Doç. Dr. Hülya Taş Korkmaz ve Yard. Doç. Dr. Nedim Meriç ile birlikte).
21. İcra ve İflâs Kanunu ve İlgili Mevzuat, 13. Bası, Ankara 2014 (Doç. Dr. Mine Akkan ve Yard. Doç. Dr. Evrim Erişir ile birlikte).

B. MAKALELER

1. Bekletici Sorun (Mesele-i Müstehire), Ege Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.1, S. 1-4, 1980, s. 249-275.
2. Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Ortaklıklarda Denetçiler Tarafından Açılacak Davalar, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.3, S. 1-4, 1988, s. 439-495.
3. İflâsın Kaldırılması I, Adalet Dergisi, 1982/4, s. 731-745.
4. İflâsın Kaldırılması II, Adalet Dergisi, 1982/5, s. 926-937.
5. Geciken Adalet, Manisa Barosu Dergisi, 1987/20, s. 21-27.
6. Davanın Sonucuna Katılma Yasağı (Hasılı Davaya İştirak Yasağı), İstanbul Barosu Dergisi, 1989/Ekim-Kasım-Aralık, C.63, S. 10-11-12, s. 594-623.
7. Die Interventionsarten im türkischen Zivilprozessrecht, Zeitschrift für Zivilprozess, 105 Band, 1992/4, s. 469-486.
8. Yargı Reformu Yapılmasını Gerektiren Nedenler, İzmir Barosu Dergisi, 1995/Nisan, S. 2, s. 103-113.

9. Mukayeseli Hukukta Medenî Yargıda Verilen Kararlara Karşı Anayasa Şikâyeti, Anayasa Yargısı Dergisi 1995, C.XII, S. 12, s. 257-287.

10. Yargıtay Kararları Işığında Yabancı Para Alacaklarının Tahsili, Temmuz 1995, S. 3, s. 13-47.

11. Yargı Faaliyetinde Kişiliğin ve Kişilik Alanının Korunması, İzmir Barosu Dergisi, 1996 Ocak, s. 9-28. (Çeviri)

12. Tüketici Mahkemeleri, İstanbul Barosu Dergisi, 1996/4-5-6, s. 141-162.

13. Tüketici Sorunları Hakem Heyeti, İzmir Barosu Dergisi, 1996 Temmuz, s. 40-58.

14. Bir Yargıtay Kararı Hakkında Düşünceler: Haksız Fiilden Kaynaklanan Tazminat Alacaklarında Yabancı Paraya Hükmedilebilir mi?, İzmir Barosu Dergisi,1997 Ocak, s. 10-21.

15. Medenî Yargıda Adil Yargılama, İzmir Barosu Dergisi, 1997 Nisan, s. 35-55.

16. İcra Hukukunda Yabancı Para Alacakları, 25 Ekim 1998 tarihinde Türkiye Bankalar Birliği tarafından Abant'ta düzenlenen "Bankacılık Uygulamasında Güncel Hukuki Sorunlar II" konulu Sempozyuma sunulan tebliğ, Bankacılar Dergisi, Aralık 1998/27, s. 17-62.

17. Cumhuriyetin 75.Yılında Yargı, Manisa Barosu, Dergisi, 1999 Nisan-Haziran, s. 88 vd.

18. Avukatlık Ücret Sözleşmeleri, Manisa Barosu Dergisi, 1998 Ekim, s. 14-17.

19. Medenî Usûl Hukukunda Aleniyet İlkesi, İzmir Barosu Dergisi, 1999 Ekim, s. 21-42.

20. Medenî Usûl Hukukunda Aleniyet İlkesi, Prof. Dr. Faruk Erem Armağanı, Ankara 1999, s. 635-666.

21. Hukuki Dinlenilme Hakkı, Prof. Dr. Seyfullah Edis Armağanı, İzmir 2000, s. 753-791.

22. Adil Yargılama Hakkının Unsuru Olarak Aleniyet İlkesi, Yargı Reformu 2000, Sempozyumu, İzmir 2000, s. 408-427.

23. İpoteğin Paraya Çevrilmesiyle İlgili Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar, Türkiye Bankalar Birliği, Bankalar, S. 33, Haziran 2000, s. 40-58.

24. Yargının Hızlanmasına İlişkin Avrupa Usûl Hukukundaki Gelişmeler, Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, İzmir 2000, s. 51 vd.

25. Avukatlık Sözleşmesi, Hukuk Kurultayı 2000, C.4, Ankara 2000, s. 387-389.

26. Avrupa Medenî Usûl Kanunu Taslağı ve Değerlendirilmesi, Prof. Dr. Mahmut Birsel Armağanı, İzmir 2001, s. 335-369 (Arş. Gör. Bilgehan Yeşilova ile birlikte).

27. İdari Yargıda Fer'i Müdahil Hükmü Tek Başına Temyiz Edebilir mi?: Karar Tahlili, Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce Armağanı, İzmir 2001, s. 591-603.

28. Elektronik Ticaretin Türk İspat Hukukuna Getirdiği Sorunlar ve Çözüm Önerileri, Uluslararası İnternet Hukuku Sempozyumu, İzmir 2002, s. 389-427.

29. Milletlerarası Tahkim'de Geçici Hukuki Koruma Önlemleri, Milletlerarası Tahkim Semineri, Ankara 2003, s. 115-152.

30. 4949 sayılı Kanunla İcra Hukukunda Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Yıl 16, S. 49, Kasım/Aralık 2003, s. 137-158.

31. İcra Hukukunda Yapılan Yeni Düzenlemeler, Bankacılar Dergisi, S. 47, Aralık 2003, s. 83-93.

32. Avukatlıkta Serbest Dolaşım ve Yerleşme Hakkı, Hukuk Kurultayı 2004, Ankara 2004, s. 384-392.

33. Medenî Usûl Hukukunda Yeni Bir Yargılamanın Yenilenmesi Sebebi, (HUMK. m. 445/11), 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004, s. 515-553.

34. Yeniden Yapılandırma Projesinin Tasdiki ve Uygulanması, İcra ve İflas Kanunundaki Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerin Borçlarının Yeniden Yapılandırılması, İstanbul Ticaret Odası Yayın No: 2004/68, s. 33 vd.

35. İflâsın Ertelenmesi, İstanbul Barosu Dergisi, 2005/2, s. 323-359.

36. Finansal Hizmetler Kanunu Tasarısı Taslağının İcra ve İflâs Hukuku Açısından Değerlendirilmesi, Türk İsviçre Hukuku Haftası, İstanbul 2005, s. 181-201.

37. Bankacılık Kanunu'nun İcra ve İflâs Hukuku Açısından Değerlendirilmesi, Bankacılar Dergisi, Aralık 2005, s. 25-45. (Yard. Doç. Dr. Güray Erdönmez ile birlikte)

38. İcra ve İflâs Hukukuna İlişkin Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi, Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı-IV, Ankara 30 Eylül-1 Ekim 2005, s. 234-255.

39. Medenî Usûl Hukuku'nda Görev Kurallarının Zaman İtibariyle Uygulanması, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2005/2, s. 163-192.

40. Hukuk Muhakemeleri Kanun Tasarısı'nın Tanıtımı, Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı-V, Ankara 8-9 Eylül 2006, s. 3-31.

41. Genel Olarak Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı, Hukukî Perspektifler Dergisi Eylül 2006, s. 69-78.

42. İstinaf Mahkemeleri, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2006/1, s. 17-30.

43. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun Tasarısı'nın Tanıtımı, Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı- VI, İzmir-Çeşme 19-20 Ekim 2007, s. 247-264.

44. Le consommateur et le procès en Turquie, Le consommateur, (Journées Colombiennes-2007) Travaux de l'Association Henri Capitant, Tome LVII, s. 751-765 (Arş. Gör. Nur Bolayır ile birlikte).

45. Islaha İlişkin Bazı Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi, Uğur Alacakaptan'a Armağan, C.II, İstanbul 2008, s. 533-561 (Arş. Gör. Erdem Akyazılı ile birlikte).

46. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nın Genel Olarak Tanıtımı, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nın Getirdiği Yenilikler ve Bu Yeniliklerin Değerlendirilmesi, İstanbul 22-29 Mart 2008, s. 17-34.

47. Medenî Usûl Hukukunda Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilen Delillerin Değerlendirilmesi, Halûk Konuralp Anısına Armağan, C.I, Ankara 2009, s. 789-850.

48. Özel Uzman (Bilirkişi) Görüşü ve Değerlendirilmesi, Prof. Dr. Saim Üstündağ'a Armağan, İstanbul 2009, s. 397-419.

49. İflâsın Ertelenmesinin Değerlendirmesi ve Eleştirmesi, Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı-VIII, Abant 9-10 Ekim 2009, s. 211-225.

50. Belirsiz Alacak Davası, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayı: Prof. Dr. Bilge Umar'a Armağan, C.I, İzmir 2010, s. 509-552.

51. İflâsın Ertelenmesi Kurumuna Eleştirisel Bakış, Legal Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Dergisi 2010/3, s. 477-499.

52. İstanbul Tahkim Merkezi Kanun Tasarısı Taslağı, Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı-IX, Ankara 15-16 Ekim 2010, s. 77-89.

53. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Tüketici Mahkemelerindeki Yargılama Usûlüne Getirdiği Yenilikler, Uluslararası Tüketici Hukuku Sempozyumu 24-25 Kasım 2011, Metinler Kitabı, İstanbul, s. 64-69.

54. İstanbul Tahkim Merkezi Taslağı, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayı: Prof. Dr. Burhan Ceyhan'a Armağan, İzmir 2012, s. 635-655.

55. 6352 Sayılı Kanunla İcra ve İflâs Kanununda Yapılan Değişikliklerin Zaman İtibariyle Uygulanması, İstanbul Barosu Dergisi 2012/6, s. 18-39 (Yard. Doç. Dr. Evrim Erişir ile birlikte).

56. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hakkında Genel Değerlendirme, Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı-X, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Değerlendirilmesi, İzmir 1-2 Ekim 2012, s. 464-476.

57. Haksız Fiilden Kaynaklanan Davalarda Belirsiz Alacak Davası, Yeni Yasal Düzenlemeler Işığında Bedensel Zararların Tazmini Esasları ve Usûlü Kongresi, 4-6 Nisan 2013, Ankara 2013, s. 541 vd.

58. Tüketici Mahkemelerinde Yargılama Usûlü ve Topluluk Davaları, 2. Tüketici Hukuku Sempozyumu, Ses Çözümleri ve Makaleleri, Ankara 2013, s. 134 vd.

59. Grundlinien der Reform der Zivilprozessordnung in der Türkei, Neuere Privatrechtsentwicklungen in Östererreich und in der Türkei, Wien 2013, s. 115-128.

60. Grundlinien der Reform der Zivilprozessordnung in der Türkei, Ritsumeikan Law Review, 30 June 2013, s. 175-189.

61. Türkische Zwangsvollstreckung Das Einleitungsverfahren, Ritsumeikan Law Review, 30 June 2013, s. 191-199.

62. Belirsiz Alacak Davasının İş Hukukunda Uygulanması, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2013, C. XXV, Özel Sayı: Prof. Dr. M. Polat Soyer'e Armağan, İzmir 2014, s. 933-968.

63. Fer'i Müdahalenin Etkisi, Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan, C. II, Ankara 2014, s. 1629 vd.

64. Tahkim Usûlü İle İlgili İptal Sebepleri, XI. Milletlerarası Tahkim Semineri, 14 Nisan 2014 Ankara, s. 85-108.

Biraz Anı Biraz Hukuk

Prof. Dr. Bilge UMAR

GİRİŞ

Akademik meslekte yetişme dönemini, Profesör, Anabilim Dalı Başkanı ve Dekan oluncaya kadar, (kurucu öğretim üyelerinden olduğum) İzmir DEÜ HF'nde geçiren çok sevgili Hakan Pekcanıtez'in de artık "kıdemli hoca" kimliği edinip bir "Armağan" kitabıyla ödüllendirilmesi, benim için de büyük mutluluk vesilesidir.

Doğrusu, yetişme döneminde onun bulunduğu kürsünün başkanı idim ama onun akademik meslekte yetişmesine katkım, istediğim kadar olamadı. Çünkü Fakültemiz 1978'de kurulmuştu ve Hakan Pekcanıtez 1979'da asistan olmuştu; Fakültenin o zamanki kimliği ile (sonradan edindiği ve özellikle Hakan'ın Dekanlığı döneminde çok gelişen) bugünkü kimliği arasında dağlar kadar fark vardır. Böyle olunca, onun "demir leblebi gibi" yetişmesini sağlam kazığa bağlamak amacıyla, Doktora yapma çalışmasını Ankara Hukuk Fakültesinde yapmasını istedim. Arkasından, Almanya için bir burs bulduğunda, kürsümüzde yıllar yılı tek başıma çalışmayı göze alarak, Almanya'da kalmasına izin verdim. Döndüğü zamanda ise, ben artık Evren-Doğramacı düzeninin Üniversitesinde çalışmak istemeyerek emekli statüsüne geçenler arasına katılmıştım. Gerçi o yıllarda, Ankara'dan atanan Dekanlarımız, benden "Kürsüde başka kimse olmadığından bütün iş Hakan'ın üzerine yığıldı, dışarıdan sözleşmeli statüsüyle çalışan öğretim üyesi olmayı kabul et, biraz yardımcı ol" ricasında bulunduklarında, isteneni yaptım ama, katkım haftanın 5 iş gününden birinde Fakülteye gelip ders vermekten, sonra çıkıp gitmekten ibaret olmuştu.

Şimdiki "Pekcanıtez Armağanı'na katkı" yazısında, geçmiş zamandan anılar aktarmayı bu kadarla keserek, böyle bir yazı bakımından beklenir olacağı üzere, birkaç hukuk sorunuyla ilgilenelim.

2011 yılı Ekim'inde yeni HMK metninin önemli bir eksikle yürürlüğe girmesinden bu yana yıllar geçti. Önemli bir eksikle diyorum; çünkü hepimizin bildiği gibi yasanın istinaf yoluyla ilgili kuralları halâ işlerlikte değildir. Geri kalan kurallarının uygulanmasıyla ilgili olarak onbinlerce Yargıtay

kararı çıktı. Bunlardan emsal içtihat işlevinde ve değerinde olacaklara, ilk basımı tükenmek üzere olan HMK Şerhi kitabının ikinci basımında yer vermem gerekeceği için, kitabın yayınlandığı yayınevinin yöneticileri, doğrudan doğruya Yargıtaydan alınmış ve büyük çoğunluğu yayınlanmamış karar metinlerini bir CD'ye kayıtlı durumda bana ilettiler; Bunların hepsini Fakültemdeki bilgisayarımın printer'inde bastım ve üstüste konunca kuleler oluşturan o basılmış kararlar yığınındaki bütün kararları okudum; kitabımın yeni basımında anılacak olanlarını ayırdım, ilgili olduğu HMK maddesinin numarasına göre sıraya dizip her birinin mevcut kitap metninde nereye nasıl bir eklenti içinde konacağını yazdım, diğer söyleyişle yeni basının eklentilerini yazdım ve yayınevine gönderdim. Tabiî ki HMK'nun yürürlüğe girmesinden bu yana yeni çıkarılmış yasalar yahut Anayasa Mahkemesi kararları dolayısiyle de metinde değişiklik yapılması gerekiyordu; bu yönden gerekli değişikliklerin de kitapta nereye nasıl işleneceğini yazıp gönderdim. Yeni basımın 2014 yılı içinde gerçekleşmesini bekliyorum.

Gördüğüm kadarı ile Yargıtayımız HMK'daki yeni kuralları doğru yorumlayıp uygulamak yönünden genelde başarılı olmuştur. Doğaldır ki maddî hukuk ve usul hukuku kurallarının doğru yorumlanıp uygulanması, ancak o kurallar âdil iseler yargıcın yaptığı uygulamayla adaletin gerçekleşmesini sağlayabilir. Demek ki yargıçların, mahkeme kararlarına yansıyan uygulamalarını inceleyip değerlendirirken biz akademisyenlere düşen ikili görev vardır: 1° Yargıcın var olan maddî hukuk ve usul hukuku kurallarını doğru yorumlayıp doğru uygulamış olup olmadığını araştırmak: 2° Bu kuralların doğru yorumlanıp uygulanması, kuralın kendisi yüzünden adaletsiz sonuca yol açabiliyorsa bunu görüp açıklamak, teşhir etmek, kuralı eleştirmek. Akademik meslekte tüm geçmişim boyunca yaptığım gibi şimdi de, yâni yeni HMK'nun uygulanmasını yansıtan içtihatları değerlendirirken de, değerlendirmeyi bu bakış açısından yaptım. Şimdi yeni içtihatların içinde ilginç saydığım birkaç tanesi hakkındaki değerlendirmemi sizinle paylaşacağım.

Önce, yetki sözleşmeleri konusunda şimdiki HMK düzenlemesine göre çok farklı bir düzenleme benimseyen eski HUMK zamanında yapılmış yetki sözleşmelerinin şimdi de geçerli sayılabilip sayılamayacakları sorununa değinelim.

HMK Şerhi'nde (1. bsl., s. 64 sonunda No. 4) bu konuda şunları söylemiştim:

> Kamu hukukuna ve o arada yargılama usulü hukukuna ilişkin yasa kuralları, yürürlüğe girmelerinden başlayarak uygulanırlar ve özel düzenlemeler farklı çözüm getirmiş değilse, müktesep hak tanımazlar. Dolayısiyle, yeni HMK yetki sözleşmelerinin sadece tâcirler ve kamu tüzel kişileri tarafından, yine bu kategorideki kişilere karşı kullanılabilmek üzere, kendi aralarında yapılabileceği ilkesini getirdiğinden; daha önceki zamanda bu çerçevenin dışında kalan kişilerin de sözleşme tarafı olarak yer aldığı sözleşmeler, HMK'nun yürürlüğe girmesinden başlayarak değerlerini yitirmişlerdir.

Abdurrahim Karslı (Medenî Muhakeme Hukuku, 3. bsl., s. 84) karşı görüştedir. Gerekçesi şudur: "Çünkü usulî sözleşmeler, kurulmaları ve geçerlilikleri bakımından maddî hukuk sözleşmelerinin tâbi olduğu hükümlere tâbi olup, kanımca bu durum yeni kanun hükümlerinin yürürlüğe girmesine ilişkin hükümler bakımından da geçerlidir". Keza *Kuru/Arslan/ Yılmaz,* Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı, 3. bsl., s. 159'da aynı gerekçe ile aynı görüşün savunulduğunu görüyoruz. Oysa:

Maddî hukuk bakımından her olayın, her hukukî fiilin ve her hukuksal işlemin, o arada her maddî hukuk sözleşmesinin, gerçekleştiği/yapıldığı andaki maddî hukukun kalıbına dökülmüş ve sonucunu o kalıba göre belirlemiş olacağı doğrudur. Ama usul hukuku açısından doğacak sonuçlar itibariyle her olayın, her hukukî fiilin ve her hukuksal işlemin, o arada usule ilişkin etkiler yaratmak amacıyla yapılmış sözleşmelerin, yapıldıkları andaki usul hukukunun kalıbına dökülüp *gelecekte de değişmemek ve geçerli olmak üzere hukuksal sonuç yaratacakları* görüşünü benimsemek olanağı göremiyorum. Sözü uzatmadan şu örnek üzerinde durmakla yetinelim: Bir kimsenin HMK yürürlüğe girmeden önce avukat olmayan bir kişiyle yaptığı "Beni mahkemelerde temsil etmeğe yetkili vekilim olacaksın" sözleşmesi ve bu sözleşmeye uygun olarak düzenlettiği vekâletnâme, dâvada temsil konusunda avukatlara tekel tanıyan daha sonraki usul hukukuna rağmen, sonradan da geçerli kalabilir mi? Bir başka yoldan gidelim: Yeni yasanın eskisine göre değişik içerikteki usulî kuralı, eski kural zamanında açılmış bir dâvada bile, tamamlanmış işlemlerin geçerli kalması istisnası bir yana, yâni yeni yapılacak işlemler bakımından, eski usul hukuku kuralını bertaraf ediyor,

uygulanmaz kılıyor iken, kanunun değil sizin benim gibi iki kişinin, kendi aralarında görülecek dâva için yürürlüğe koyduğu usul hukuku kuralı, onu ortaya atmış sözleşmeyi *geçersiz* sayan yeni yasa yürürlüğe girdikten sonra dahi bizim aramızdaki dâvalarda mahkemenin uymakla, uygulamakla yükümlü olduğu bir usul kuralı olacak, yasadan etkilenmeyecek, öyle mi? Kişilerin koyduğu kural, devletin yasa ile koyduğu kuraldan daha "muhkem", daha sarsılmaz olabilir mi?

Pekcanıtez/Atalay/Özekes de (Medenî Usul Hukuku, 13. bsl., Yetkin Yayınevi, Ankara 2013, s. 149-150) eleştirdiğimiz görüşün kabul edilmesinin HMK m. 448'deki kural karşısında mümkün olamayacağını, ayrıntılı açıklamayla, vurgulamaktadırlar. Yargıtay içtihadı da (12. HD 17.12.2012, E. 20588 K. 38183) eski HUMK zamanında yapılmış olup şimdiki HMK m. 17 arayışlarını karşılamayan yetki sözleşmesinin yahut şartının geçerli olmayacağı doğrultusundadır: "Tâkibe konu bonoda Fethiye icra dairelerinin yetkili olduğunun yazılması yetki sözleşmesi niteliğinde olup, tâkip tarihi itibarıyla yürürlükte olan 6100 sayılı HMK'nun 17. maddesi gereğince yetki sözleşmesi geçersizdir". Yargıtay görüşü, HMK'nun yürürlüğe girmesinden az önce 25.8.2011'de başlatılmış bir ilâmsız icra tâkibi dolayısiyle 12. HD'nin verdiği 1.11.2012 günlü, E. 13786 K. 31302 sayılı karardan da anlaşılabiliyor. O karar eski zamanda yapılmış olup, keza HMK henüz yürürlükte değilken başlatılmış, sözünü ettiğimiz tâkip için kullanılmış, m. 17 arayışlarına uymayan yetki sözleşmesine göre işlem yapılmasını doğru bulurken, haklı olarak, yeni yasa m. 448'deki, bu yasa tamamlanmış işlemlere uygulanmaz kuralını gerekçe gösteriyor; böylece anlaşılıyor ki, takip HMK yürürlüğe girdikten sonra eski yetki sözleşmesinde gösterilen yerin icra dairesinde başlatılmış olsaydı, geçersizleşmiş sözleşmeye dayanılarak yetkisiz icra dairesinde tâkibe girişilmiş olacaktı, yetkisizlik itirazı haklı olacak ve itirazın kaldırılması istemi icra mahkemesince kabul edilmemek gerekecekti.

Tarafların ikisinin de tâcir veya kamu tüzel kişisi olmaları şartına uymayan, eskiden yapılmış yetki sözleşmesinin yeni HMK yürürlüğe girdikten sonra dahi değer taşıyacağını savunan meslekdaşlarımız, üstelik, bu yetki sözleşmesinde öngörülen yetkili mahkemenin dışında kalan, yasa gereğince görevli sayılmış yer mahkemelerinde dâva açılamayacağını da savunuyorlar (örneğin *Ali Cem Budak*, MİHDER 2012 No.1'deki, HMK'a Göre Yetki Sözleşmesi başlıklı makalesinde s. 18-19). Oysa bu sonuç, söz konusu

meslekdaşlarımızın "eskiden yapılmış olup şimdiki HMK m. 17 arayışlarını karşılamayan yetki sözleşmeleri buna rağmen geçerli kalırlar" görüşünün temel dayanaklarından biri olan, "usulî sözleşmeler, yapılmaları ve geçerlilikleri konusunda maddî hukuk sözleşmeleri ile aynı kurallara tâbidir" savı ile (bu savın kendisini dahi doğru bulmuyorum) "taban tabana" zıd düşmektedir. Çünkü o eski zamanda, *inhisarî (sınırlayıcı)* yetki sözleşmeleri geçerli sayılmıyordu ve bu, HUMK m. 22'deki, yetki sözleşmelerine ilişkin kuralın metninden açıkça anlaşılıyordu. Çünkü o kural, bir yetki sözleşmesinin gösterdiği yerde dava açıldığında mahkemenin, yetkisizlik itirazı yapılsa da, davaya bakmaktan geri duramayacağını söylüyordu ve böylece anlaşılıyordu ki yetki sözleşmesi o kurala göre sadece dâvacıya fazladan seçenek sunucu olabilir, kendi öngördüğü mahkemeye yetki kazandırıcı olabilir; yoksa yasanın yetkili saydığı mahkemelerden birinin, birkaçının veya hepsinin yetkisini kaldırıcı işlevde olamaz. Yargıtay içtihatları da bu doğrultudaydı. Demek ki, eski zamanda yapılmış usul işlemlerinin etkisi, maddî hukuka ilişkin sözleşmeler için doğru olduğu üzere, *yapıldıkları zamanın hukukuna göre* belli olacak ise, eski zamanda yapılmış yetki sözleşmesini geçerli saysak bile buna inhisarî yetki tanımak, inhisarî yetkili mahkeme yaratılmasına cevaz veren *şimdiki* yetki sözleşmesi kuralından bu konu itibariyle onu yararlandırmak, olacak şey değildir. Çünkü, bir daha söyleyelim, yetki sözleşmesinin yapıldığı eski zamanda, inhisarî yetki sözleşmesinin caiz olup olmadığı konusundaki kural şimdikinin tam tersine idi, böyle sözleşmeler geçersiz sayılıyordu.

İkinci konu: 1. HD'nin 29.2.2012 günlü, E. 1383 K. 2081 sayılı kararında, HMK m. 125 uygulaması bakımından düştüğü bir yanlışlık

Karar şöyledir:

> Dâvacı, kayden malik olduğu … taşınmazdaki binayı dâvalının haklı ve geçerli bir nedeni olmaksızın kullandığını …ileri sürerek, el atmanın önlenmesi, ecrimisil isteğinde bulunmuştur. Dâvalı, dâvanın reddini savunmuştur. …Getirtilen kayıtlardan, el atıldığı iddia edilen çekişme konusu ... taşınmazın mülkiyetinin, dâvanın devamı sırasında, dâvacı tarafından HF isimli kişiye …satış yoluyla kayden devredildiği anlaşılmaktadır. …6100 sayılı HMK m. 125, ….dâva konusunun dâvacı tarafından üçüncü kişiye devredilmesi hâlinde devralan kişinin hukuk gereği dâvacı sıfatı ve buna bağlı olarak dâva tâkip yetkisi kazanacağı

> ve dâvanın yeni dâvacı ile süreceği esasını getirmiştir. …Hal böyle olunca, …HF'ye tebligat yapılarak onun huzuru ile dâvanın görülmesi ondan sonra iddia ve savunma doğrultusunda delillerin toplanarak bir hüküm kurulması için karar bozulmalıdır.

Dikkat edilirse, özel daire, taşınmazın HF'ye temlik edilmesini, doğmuş ve dâvada istem konusu edilmiş ecr-i misil tazminatını isteme hakkının da temlikini kapsar diye yorumluyor. Bunun doğru olduğunu sanmıyorum: "Alacağın devrinin geçerliliği, yazılı şekilde yapılmış olmasına bağlıdır" (BK m. 184 f. I). Zımnen devir diye bir şey olamaz. Bina üzerindeki mülkiyet hakkı ile, ecr-i misil tazminatı isteme hakkının eski mâlikin malvarlığında ayrı birer aktif, ayrı birer hak olarak varlığı kuşku götüremez ve bunlar arasında çözülmez bir bağ da yoktur; hak sahibi bunlardan birini devretmeksizin diğerini devredebilir. Demek ki olayda, mülkiyete dayanılarak müdahalenin men'i istemi içeren dâva bölümü ile, ecr-i misil tazminatı istemine ilişkin dâva bölümü ayrılmalı ve birinci dâva için dâvacı sıfatının yeni mâlike geçtiği göz önünde tutularak, o kişi, öncülü (selefi eski malik) yerine dâvayı yürütmeğe çağırılmalı; ecr-i misil tazminatı dâvasını ise tazminat alacağı hakkının sahibi olmuş eski mâlik yürütmeğe devam etmelidir.

Üçüncü konu: Ticarî defterlerin delil olarak kullanılmasına ilişkin bir kararda düşülen hata

Bir tarafın davadaki hasmı, kendisi lehine isbatta bulunabilmek üzere onun ticarî defterlerini ibraz etmesi yolunda mahkemenin karar vermesini isteyecekse, HMK m. 222'de bulunan f. V uyarınca (yeni TTK m. 83 f. II d, "HMK'nun …senetlerin ibrazı zorunluluğuna dair olan hükümleri ticarî işlerde de uygulanır" demekle HMK m. 222 f V'e dahi yollama yapmış durumdadır) iddiasını isbat için başka delil kullanmayacağını ve yalnız hasmın defterlerine dayanacağını açıklayarak delillerini hasretmiş olması gerekir. Yargıtay 19. HD, 23.11.2011 günlü, E. 2011/4634 K. 2011/14565 sayılı kararında, bu gereklilik üzerinde durmuştur: "…Mahkemece dâvalı şirketin ticarî defterlerini ibraz etmediği gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiştir. …Bir tarafın ticarî defterlerinin ibrazının istenebilmesi için iddiada bulunan kişinin TTK m. 83 ve 6100 sayılı HMK m.222 uyarınca münhasıran diğer tarafın defterlerine dayanması gerekir. Dâvacı, dâva açarken dâvalının defterlerine dayanmadığından dâvalının ticarî defterlerini hazır etmediği gerekçesiyle dâvanın kabulüne karar verilmesinde isabet bulunma-

maktadır. Mahkemece bu yönler gözetilerek bir karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçeyle davanın kabulüne karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir".

Ancak, o yönleri gözeterek mahkemenin vereceği karar nasıl olmalıydı, Yargıtay Dairesi o konuda görüşünü açıklamamıştır ve açıklamaması da doğrudur, çünkü yargılamayı sonuçlandırıp hükmü vermek ilk derece mahkemesinin işidir. Konuyu inceleyince, yasaya son anda TBMM Adalet Komisyonunca sokuşturulmuş olan ve "her tarafında mum yanan", m. 222'de, Yargıtayın bozma kararına dayanak olan f. V'i yorumlama tarzı ile, madde başındaki f. I kuralının çelişkisini açıkça görüyoruz. Çünkü f. I, "Mahkeme, ticarî davalarda tarafların ticarî defterlerinin ibrazına *kendiliğinden* veya taraflardan birinin talebi üzerine karar verebilir" diyor ve mahkemenin bu yetkiyi kullanmasını hiçbir şarta bağlamıyor. Yargıtay ise, f. V'deki, *hasım taraf tacirin ticari defterlerinin ibrazını ister ve tacir ibrazdan kaçınırsa* ibraz isteyen taraf iddiasını isbat etmiş sayılır kuralını getirerek, ibraz etmemenin sanki isticvap'da ihtarlı çağrı yazısına rağmen gelmeyen kişinin gelmeyişini bir ikrar fiksiyonu sayan kuraldaki çözüm doğrultusunda, "defterini ibraz etmeyen tâcir hasım tarafın iddiasının doğruluğunu ikrar etmiş gibi hüküm verilir" çözümünü benimseyen kuralı (HMK m. 222 f. V kuralını) adeta ters kepçe ederek, ibraz isteyen kişi yalnız defterlere dayanacağım demiş olmadıkça defter ibrazını mahkeme *isteyemez*, isteyemeyince de, ibraz etmeyen taraf aleyhine karar veremez diye yorumlamıştır. Aynı maddedeki f. I'e bir göz atmak bu yorumun haksızlığını ve kanuna aykırılığını apaçık göz önüne serer.

Değerli Meslektaşım Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez

Hakan Pekcanıtez ile 1981 yılında tanıştığımı hatırlıyorum. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, o tarihlerde Ege Üniversitesine bağlı olarak kurulmuş olan Hukuk Fakültesi'nin Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Kürsüsü'nde (Anabilim Dalı'nda) asistan olarak göreve başlamıştı. Doktora çalışmasını Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde yapmak istiyordu. O tarihte Kürsü Başkanı'mız Hocamız Prof. Dr. Baki Kuru ile görüştüğünü ve Hocamız tarafından isteğinin olumlu bulunduğunu ve teşvik edildiğini öğrenmiştim. Kendisinin çalışma heyecanını, hırsını, isteğini ve sıcakkanlılığını hemen farketmemek mümkün değildi. Bir an önce bir Tez konusu seçmek ve yurt dışına (Almanya'ya) gitmek için çaba sarfediyordu. Tez konusu hakkında benim de görüşümü sorduğunu, bazı konular üzerinde konuştuğumuzu hatırlıyorum. İcra-İflas Hukukunda Şikâyet konusunda çalışmaya karar verdikten sonra, DAAD bursu alarak Almanya'ya giden değerli meslektaşımın, orada dil bilgisini artırma yanında doktora tezi ile ilgili çalışmalar yaptığı haberlerini alıyordum.

1984 yılında Üniversitesine döndükten sonra, Ankara'ya sık sık gelerek, benimle ve arkadaşım Ejder Yılmaz ile tezi ve çalışmaları hakkında görüş alış verişinde bulunuyor ve Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü'nde doktora çalışmalarını sürdürüyordu. Hakan, titiz bir çalışma sonucunda hazırladığı tezini, 9.5.1986 tarihinde, rahmetli Ağabeyim Prof. Dr. Seyfullah Edis'in Başkan olduğu, Doç. Dr. Ejder Yılmaz ve Doç. Dr. Ramazan Arslan'dan oluşan jüri önünde başarı ile savunmuş; Jüri, "Gerek tezi gerek tez savunması jüri tarafından başarılı görülerek oy birliğiyle kendisine 'pekiyi' derece verilmesi kararlaştırılmıştır;" ifadeleri ile, kendisinin "doktor" unvanı almayı hak ettiğini belirtmiştir.

Dr. Hakan Pekcanıtez'in doktora tezi, gerçekten, gelecek için çok umut vericiydi. Nitekim, daha sonraki yıllarda sürdürdüğü başarılı çalışmaları ve ortaya koyduğu ürünleri (eserleri), doktora çalışması ile başlayan akademik hayatının artan, gelişen ve süreklilik arzeden başarılarla devam ettiğini ortaya koymuştur. Hakkında yazdığım bazı atama raporlarında belirttiğim gibi, Dr. Hakan Pekcanıtez, bu çalışmalarının sonucu olarak, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Anabilim Dalı'na, 1986 yılında yardımcı doçent,1992 yılında Doçent, 1997 yılında da

Profesör olarak atanmış ve Anabilim Dalı'nın uzun süre başkanlığını yapmıştır.

Değerli meslektaşım Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez'in, bilimsel yayınlarını ve meslekî çalışmalarını artan oranda sürdürmesi yanında, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdür Yardımcısı, Fakültesinin Dekan Yardımcısı ve Dekanlığı görevlerini de yürüttüğünü öğreniyor; Yükseköğretim Kurumlarında uzun yıllar yönetim görevlerinde bulunmuş bir kimse olarak, bu çalışmalarını başarılı buluyordum. Bu çalışmaları içinde, özellikle, kendisinin Dekan olarak Fakültesi'nde uygulamaya koyduğu, probleme dayalı öğrenme-öğretme modeli, öğrencilerin aktif olarak derse katılmasına yönelik olduğu için, meslektaşlarımızdan olumlu tepkiler ve haklı övgüler alıyordu. Başka bir ifade ile, Hakan Pekcanıtez'in bilim adamı ve yönetici olarak başarılarını duyuyor, görüyor ve memnun oluyordum. Bu duygularımı zaman zaman kendisi ile paylaştığımı hatırlıyorum.

Hakan'ın bir öğretici olarak da çok başarılı olduğunu, öğrencileri tarafından sevildiğini ve onlara örnek olduğunu, bir öğrencisi "ekşi sözlük"te şöyle anlatıyor: "…dersi harika anlatır. Öyle ki, başka bir bölümde okuyor dahi olsanız gidip dinlemek isteyebilirsiniz. En zorlu konuları öylesine yalın bir dille anlatır ki, dersini her dinleyişinizde bir kez daha onun öğretmek için doğduğuna karar verirsiniz..giyinmesini bilir, zevkli bir adamdır…"

2004 yılından beri Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde görevini sürdürmekte olan değerli meslektaşımın, birlikte çalıştığı arkadaşları ve yetişmelerine katkıda bulunduğu genç meslektaşları ile Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku alanındaki ortak kitap yayınlarına önem vermesini ve sürdürmesini de çok isabetli ve kalıcı bir hizmet olarak görüyor ve takdir ediyorum.

Değerli meslektaşımın, gelecekte de takdirle anılacak olan hizmetleri arasında, Adalet Bakanlığı bünyesinde oluşturulan komisyonlarda üye ve başkan olarak yaptığı çalışmalar da yer alacaktır. Kuşkusuz, uzun süre çok ve yoğun emek verdiği Hukuk Muhakemeleri Kanunu Komisyon Başkanlığı'nın bu çalışmalar içinde önemli bir yeri vardır.

Başarılarının devam edeceği umudu ile, kendisine, çok değerli ailesi ile birlikte sağlıklı ve mutlu uzun ömür dilerim.

Prof. Dr. Ramazan ARSLAN

Hakan İçin (Yetersiz de Olsa) Birkaç Söz

Hakan'ı, 1978 yılında Ege Üniversitesi bünyesinde kurulan ve 1982 yılından itibaren Dokuz Eylül Üniversitesi içinde faaliyetini sürdüren Hukuk Fakültesi'nin (yanılmıyorsam -ilk asistanı- olarak) kuruluş yıllarında, önce "uzaktan" tanıdım. "Uzaktan" diyorum; çünkü, Hakan'ı o günlerde, Devlet Güvenlik Mahkemesi'nin boşalttığı binada yerleşen fakültenin büyük fakat bomboş; içinde belki sadece bir masa ve birkaç sandalyenin olduğu salonlarından birinde, kapısının önünden her geçişimde, başka hiçbir şeyle ilgilenmeksizin masasındaki kitapları okurken görüyordum ve o da beni hiç fark etmiyordu. İnsanların birbirlerini "uzaktan" tanıyabildiği ender yerlerden biridir üniversite. İşte, Hakan'ın, başarılı ve örnek bir akademisyen olacağını herhalde bu "sahne"ler göstermekte idi. Yıllar öncesine dayanan bu anımın "bugünkü Hakan"ı anlatmadığı söylenebilir mi ?

1980'li yılların ikinci yarısından itibaren Hakan ile birlikte Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde çalışmaya başladıktan sonra, dostluğumuz giderek ilerledi. O tarihlerde, İzmir'in Alsancak semtindeki (şimdiki) rektörlük binasına yerleşmiş olan Hukuk Fakültesi'nde odalarımız yan yanaydı. Bu "yakınlık", başlangıçtaki "uzaklığı" kısa sürede onardı; akademik konular yanında, iki yakın "arkadaş"ın paylaşabileceği sorunları da görüşmeye başladık; daha sonra, özel bir dost çevresinde buluştuk. Sevgili Bahri Öztürk'ün bize katılması ise, fazla bir zaman gerektirmedi.

1994 yılında Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı görevini üstlenmemle birlikte, Hakan ve Bahri, Dekan Yardımcılığı görevini kabul ettiler. Benim için o dönemde önemli olan, tespit ettiğim bazı hedeflere hiçbir fedakârlıktan kaçınmadan ulaşmaktı[*]. Aynı düşünceyi paylaşan Hakan ve Bahri, bana âdeta hakiki iki kardeş gibi destek oldular. O dönemde birbirimizi ailelerimizden daha fazla görürdük. Dekanlık'ta sabahın erken saatlerinden itibaren hâkim olmaya başlayan yoğun faaliyet ve ciddiyet, mesai saatlerinin sonunda yerini kahkahalara bırakırdı.

---

[*] Bu konuda okuyucu, adıma yayınlanan armağandaki (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt 15, Özel Sayı, Prof. Dr. M. Polat Soyer'e Armağan, İzmir, 2014) anı yazılarından kısmen bilgi edinebilir.

İtiraf etmeliyim ki, o günleri tekrar yaşamak isterdim.

Hakan, oluşturduğumuz bütün projelerde fedakârca çalıştı ve Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin gelişmesinde Dekan Yardımcısı olarak çok önemli bir rol oynadı. Kendisine en içten teşekkürlerimi bu vesileyle bir kez daha sunabildiğim için son derece mutluyum.

2000 yılında Fakülte Dekanlığı'na seçildi ve süresinin sonuna kadar bu görevini başarıyla sürdürdü. O dönemde, Rektör Prof. Dr. Emin Alıcı'nın öncülüğünde, üniversitenin tamamında "aktif eğitim" sistemine geçme çalışmaları yürütülmekteydi. Bu çalışmalara Hukuk Fakültesi'nde de başlandı. Probleme dayalı öğretim sınıfları; öğretim elemanları arasında çalışma grupları oluşturuldu. Hakan bu faaliyetleri herkesi motive ederek en küçük ayrıntısına kadar düzenledi ve izledi. Bu sistemin ne ölçüde yararlı olduğu hiç şüphesiz ki tartışmaya açıktı. Fakat sistem, her an yenilenmeye elverişli idi ve Türkiye bakımından hukuk alanında bir "ilk"ti. Bu "ilk" onun dekanlığında gerçekleşti.

Medenî Usul ve İcra İflas Hukuku alanında Hakan'ın ne kadar önemli bir isim olduğunu belirtmek bana düşmez; bu husus, aynı alandaki meslektaşları tarafından gayet iyi bilinmektedir. Kendisi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde kuvvetli bir kürsü de oluşturmuştur. Fakat İzmir'den ayrılmasının hem fakülte hem de kürsüsü bakımından önemli bir kayıp olduğunu da belirtmem gerekir.

Hakan, akademik kimliğini yayınlarıyla ortaya koyarak ilgili çevreler tarafından ciddi bir bilim adamı olarak tanınmıştır. Bununla birlikte, onun aynı zamanda son derece başarılı bir "hoca" olduğunu sadece öğrencileri ve yakın çevresi bilir. Kendisi, insanî niteliklerini akademik donanımıyla birleştirip öğrencilerini sevgiyle bilgilendirmeyi başarmıştır ve o, bunu daha uzun yıllar devam ettirme gücüne sahiptir.

Hakan hakkındaki temennim, sevdikleriyle uzun ve mutlu bir yaşam sürmesi ve her alanda başarı sağlamasıdır.

Dilerim öyle olur.

Prof. Dr. M. Polat SOYER

Hakan Hoca'yı Anlatamamak

Hakan Ağabey için çıkarılacak armağana benden yazı istendiğinde, bundan otuz yıl önceki bir İzmir sonbaharında askerden yeni dönen bir genç akademisyeni hatırladım. Ben yeni asistan, o benim yeni ustamdı. Hakan Hocaya çırak olmanın ne büyük bir şans olduğunu yıllar bana güzel hatıralarla öğretti. O sadece bir hoca değil, gerçek bir ağabey, sağlam bir binanın mimarı, bir mektebin kurucusu oldu. Hakan Hoca, İzmir'de bir usul kürsüsü kurdu! Bunun ne demek olduğunu ancak bir kürsünün kuruluş aşamasına şahit olanlar bilir.

Yirmi yılı aşkın birlikte çalışmada bir kez olsun çatışmaz mı insan? Hocanız Hakan Hoca ise evet. Gençlikteki bazı hatalarımı beni küstürmeden nasıl ince bir ustalıkla, sabırla (soy adının aksine), demokrat tavrıyla, yapıcı eleştirileriyle, dostane tavsiyeleriyle ve belki de en önemlisi örnek davranışlarıyla düzelttiğini anlatamam. Gerçek ustalara has böyle bir yetenekle, asistanlıktan profesörlüğe kadar birlikte çalışmak herkese nasip olmaz. İnsanın iş arkadaşını seçme şansı yoktur derler ya; inanın olsaydı ben yine Hakan Ağabeyle çalışmayı seçerdim.

Dokuz Eylül ve sonra Galatasaray Hukuktan mezun olan öğrencilerin neden en çok Hakan Hoca'yı sevdiklerini daha fazla anlatmaya gerek var mı? O, öğrencilerinin hatıralarında da hep en sevilen, en güvenilen hoca olarak yaşamaya devam edecek. İzmir'deki genç hukuk fakültesinin rüştünü ispat sürecinde de Hakan Hocanın katkısı oradan mezun olan herkesin malumudur.

İnsani yanı bu kadar müstesna olan Hakan Hocanın bilimsel yanının sağlamlığı da, onun yanında yetişmiş bir hukukçu olarak benim için ayrı bir şans olmuştur. Bilimsel çalışmalarındaki yetkinliği, çalışkanlığı ve uygulamaya yönelik çalışmalarındaki taviz vermez objektifliği, bir akademisyenin uygulamada nasıl bir tavır alması gerektiği konusunda da bana çok şey öğretti.

Her akademik çalışmanın nakde tahvil edilmeye çalışıldığı bir ortamda, ailesinden, rahatından ve kazancından fedakarlık yaparak yıllarca kanun komisyonlarında üyelik ve özellikle Hukuk Muhakemeleri Kanunu hazırlık

komisyonunda başkanlık yapması, bir Hocanın ülkesine olan borcunu, ilminin zekatını nasıl ödemesi gerektiğine emsalsiz bir misaldir. Çok farklı eğilimlerden ve çevrelerden gelen komisyon üyelerini inanılmaz bir ustalıkla, bir orkestra şefi gibi uyum içinde bir arada çalıştıran Hakan Hoca, bu ülkeye modern bir usul kanunu armağan etmiştir. Belki bu sözü abartı olarak görenler olabilir. Fakat bu denli önemli bir kanunun, bu kadar kısa süre içinde ve uyumlu bir çalışmayla hazırlanışının gerçek ustası Hakan Pekcanıtez'dir.

Hakan Ağabey İzmir'den İstanbul'a gitmiş olsa da, eseri burada yaşamaya ve O'nu örnek alan bilim adamları yetiştirmeye devam ediyor ve edecek. Hakan Hocanın İzmir Usul Kürsüsündeki halefi, kardeşi olmak onurunu yaşadığım için ne mutlu bana. Böyle mahir bir ustayı, yardımcı doçentliğinden profesörlüğüne kadar izlemek, O'nun dekan yardımcılığını yapmış olmak, kürsü toplantılarında tartışmak, kanun komisyonlarında çalışmak, kürsü yemeklerinde sohbet etmek öyle güzeldi ki...

Bunca yıldan sonra yazdığım şu bir kaç satıra bakın, bence yapabildiğim tek şey Hakan Hocayı anlatamamak. Fakat ne gam! Anlatamasam da yaşadım ya.

Layıkıyla anlatamadığım "ustama" uzun ve verimli bir ömür diliyorum. Işığında aydınlananlar daha çok olsun diye.

Prof. Dr. Oğuz ATALAY

Değerli Hocam ve Ustam

Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez

Hocamı tanıyalı neredeyse 30 yıla yaklaşıyor. 1987 yılında öğrenciyken, medenî usûl hukuku dersimize girdiğinde tanımıştım ilk Hocamı. Önce öğrencisi, sonra da asistanı oldum Hocamın ve yıllardır tüm akademik basamakları onun yanında çıktım, zaman geçse, mekanlar farklılaşsa da. Akademik aşamaları tek tek geçerken "*Hakan Pekcanıtez'in Asistanı Olmak*" her zaman onurla taşıyacağım bir unvan oldu ve hep öyle devam edecek. Hocamı ilk tanıdığımda duyduğum kalbimdeki yakınlık ve içten saygı, geçen zaman içinde artarak devam etti. Asistan olurken medenî usûl hukukuna duyduğum ilginin ötesinde, Hocanın asistanı olmak, en önemli tercih sebebiydi benim için. O gün bir kısmını anlayıp bir kısmını anlamadığım bir duyguyla iyi şeyler olacağını düşünmüştüm kendimce ve düşündüğümden daha iyisi oldu hep. Hocamın, öğrencisi oldum, asistanı oldum, yardımcılığını yaptım, çalışmalarına ortak etti, ilerlediği noktada elini uzatarak gittiği yere taşıdı, birlikte birçok çalışmada, kanun komisyonunda, toplantıda, organizasyonda bulunduk.

Bugün arkada kalanlara bakıldığında, bir kısmı çok az insana nasip olacak çalışmalarını, hukuk, bilim, insan ve ülke adına bıraktığı eserlerini görmek mümkün. Hocamın Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin kuruluşunda yer alan ilk asistanlarından olması, Fakülteye verdiği içten emek, oluşturduğu kürsü anlayışı, bu Fakülteye hem öğretim üyesi olarak hem de zor bir zamanda dekanlık görevini üstlenerek sağladığı katkı, kendisinin her zaman saygı ve şükranla anılmasını sağladı ve sağlıyor. Bu Fakültede başlayan medenî usûl ve icra iflâs hukuku alanındaki çalışmalara öncülük etmesi, artık bu alanda bir İzmir ekolünü ortaya çıkardı. Başta başkanı olduğu bilim komisyonunun hazırladığı Hukuk Muhakemeleri Kanunu gibi temel bir kanun olmak üzere, birçok kanun ve mevzuat çalışmasındaki başkan olarak toparlayıcılığı ve öncülüğü, ülkemize ve hukukumuza önemli katkı sağladı ve yıllarca anılacak eserler ortaya çıkardı. Hocanın toparlayıcı yönünü ifade etmek bakımından, son yıllarda hazırlanan temel kanunlar içinde baştan sona aynı kadroyla devam eden tek temel kanun komis-

yonunun HMK Bilim Komisyonu olduğunu belirtmek yeterlidir sanırım. Çok zor komisyon toplantılarında "Hakan Hoca olmasa kalmazdım bu çalışmada" diyenleri duydum. Bugün medenî usûl ve icra iflâs hukuku alanındaki vazgeçilmez kitaplar ve eserler bu alanda önemli bir yere sahip. Bunların ötesinde Hocamın başkanlığında başlayıp on yıldan fazla bir süredir devam eden Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukukçuları Birliği ve Toplantıları, bu alanın mensuplarını bir araya getiren önemli bir buluşma noktası oldu ve süreklilik kazandı, artık uluslararası boyuta ulaştı. Farklı fakültelerde dersine girdiği ve yetiştirdiği öğrencilerin gözünde Hocamın hep ayrı bir yeri olduğuna, öncelikle ben bir öğrencisi olarak sayısız defalar şahit oldum. Bazı öğretim üyeleri mesleğinin sonunda birkaç kişiyi bile yetiştirememişken, Hocamın çok genç yaşta, farklı fakültelerde yetiştirdiği, destek olduğu, öne çıkardığı birçok akademisyen bugün akademik basamakların farklı kademelerinde yol alıyor. Haddim olmayarak bana göre Hocamın en büyük ve en değerli ürünü, oldukça fazla sayıda yetiştirdiği, onun eğitiminden geçen bu değerli akademisyenlerdir. Biz bu mutluluğu ve güzelliği ilk önce İzmir'deki kürsümüzde yaşadık. Akademik hiyerarşi, hoca asistan ilişkisi dışında, Hocamız sayesinde hep kendimizi bir aile ortamında hissettik. Bu konuda Sevgili Eşi Banu Hanımın desteği, katkısı ve emeğini ayrıca her zaman sevgi ve şükranla anacağız. Kendisine de bu vesileyle teşekkür ediyoruz.

Öğrenciyken Hocam usûl hukuku dersimize ilk girdiğinde, o güne kadar dersimize giren, tanıdığım diğer öğretim üyelerinden daha farklı bir öğretim üyesi olarak görmüştüm kendisini. Genç bir öğretim üyesi olmasına rağmen, öğretim üyeliğini sadece bir iş olarak değil, aynı zamanda kendisiyle bütünleşmiş, hayatının parçası olarak yapıyordu. Davranışları, dersteki titizliği, insanî yaklaşımı, ders anlatışı, zamana dikkat etmesi, plânlaması, görünüş ve sözlerindeki özeni, beni de diğer öğrencileri de etkilemişti. Öğrenci diyalog kurabiliyordu, çekinmeden yanına gelebiliyordu, öğrenciye saygı duyuyordu ve bu saygının sonucu olarak o günden bugüne kadar öğrencilerine hep "siz" diye hitap ettiğine şahit oldum. Ancak, gerektiğinde uyarıyor ve bu uyarıyı da belirli bir mesafeyi koruyarak yapıyordu. Gerektiğinde karşısındaki kırmamak için özür dilediğine de şahit oldum ve her zaman bir nezaket ölçüsünü koruduğuna da. Hocamı tanıdıktan sonra, daha önce ham bir fikir olan asistan olma düşüncesi olgunlaşmaya başlamıştı

bende. Cesaret gösterip hem hoca hem öğrenci için ciddi bir uğraş anlamına gelen ve tamamen not dışında gönüllü yapılan seminer çalışmalarına katıldım o zaman. Üçüncü sınıfta, az bir öğrenci grubu ile yaptığımız seminerin tadını, hiçbir yüksek lisans ve doktora seminerinde bulamadım daha sonra. İlk seminer çalışmasını "yemin" konusunu hazırlayarak almıştım ve Hocamın deyimiyle "bir yemin ettim ki dönemem" olmuştu, yemin o yemindi, beni bugünlere ve Hocamın yanında yürümeye taşıdı.

O kadar çok şey oldu ki zaman içinde. Bir akademisyene göre genç yaşlarda hepimizin birçok komisyonda ve organizasyonda yer almamızı Hocama borçluyuz. Birçok çalışmayı birlikte yapma, paylaşma şansına sahip olduk. Bunlar hep, "paylaştıkça çoğalırı" Hocamın sayesinde yaşayarak öğrenmemizi ve bizlerin de bunları sürdürmeye çaba göstermesini sağladı. Hocamın sayesinde, şikâyetlerimizi de memnuniyetlerimizi de açıkça, ancak adabınca söylemeyi öğrendik kürsü içinde. Bu sebeple, gizli saklı dedikoduyla değil, diyalog ve konuşarak sorunlarımızı çözdük, söyleyeceklerimizi yalanların arkasından değil, doğruların aydınlığı ile söyledik. Bu açıklık ve samimiyet, yalansız dolansız bizleri bugünlere getirdi ve bazı şeyleri başarmamızı sağladı. Zaman zaman benim heyecanlarım, tez canlılığım sebebiyle Hocama istemeden yaşattığım sıkıntılardan dolayı özür diliyorum. Birçok konuda Hocama duyduğumuz sorumluluk, ona karşı mahcup olmama duygusu, daha iyiyi yapmaya yöneltti bizi. Bugün onları devam ettirmeye çalışıyoruz gücümüz yettiğince.

Hocamın evinde verdiği kürsü yemeklerini, piyano çalarken Oğuz Hocanın neşeli halleriyle eşlik etmesini, Cumba toplantılarını, odasından gelen güzel kahve kokusunu ve her kahve yapışında bizimle paylaşmasını, ilk zamanlarda hangar misali fakültedeki çalışma odamızda soğuk kış günlerinde sıcak çaylarla elektrikli ocağın başındaki sohbetleri, kürsü toplantılarının heyecanını da hep sıcak ve güzel bir duyguyla hatırlıyoruz. Yurt içinde ve yurt dışında katıldığımız toplantılar, bazen insan takatini aşan HMK eğitim çalışmaları, şikâyet etsek de geri durmadığımız komisyon çalışmaları ve koşuşturmalarda Hocamın yanında bulunmak ayrı bir mutluluk oldu. Bu yoğunluktan kurtulmak için uygulayamayacağımız plânlar yaparken, Banu Hanımın bizim bu plânlarımızı gülerek ciddiye almayışını da unutmayacağım, ama galiba sonunda biraz başardık gibi. Bu mutluluğun uzun yıllar süreceğine inanıyorum.

Benim için doçent olmak, profesör olmakla "Hoca" olmak hep ayrı şeylerdi; küçümsemek için söylemiyorum ama, aslında doçent ve profesör olmanın da çok zor olmadığını anladım zamanla… Hele son yıllarda bu konudaki hassasiyetler iyice azaldığında, artık bu unvanlar da eski anlamını kaybetti sanki. Ancak, Hoca olmak, gerçekten Hoca olmak, insanların bunu içinden geldiği gibi söylemesi ve birini "benim Hocam" diye sahiplenip, onur duyup, saygı duyması çok önemli ve zordu… Hocamın asistanı olmak hep bir ayrıcalık oldu benim için. Bir işi daha iyi yapabilmek, okumak, çalışmak, sabırlı olmak ve öncekilerin tecrübelerinden geliştirerek yararlanmakla mümkün. Ancak, hiçbir şey, gördüğünüz ve yaşadığınızdan daha etkili olmuyor. Ben şanslıyım, çünkü önümde Hocam vardı…

Bizlere hayatınızda ayırdığınız yer ve zaman için, bizlerin önünü açtığınız ve anlayışınız için, bu güzellikleri paylaşıp çoğaltma şansını verdiğiniz için ve "Hocam" olduğunuz için çok teşekkür ediyoruz Hocam.

Prof. Dr. Muhammet ÖZEKES

Hocam Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez'e

Hocam Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez'i Galatasaray Üniversitesi'ne gelmeden önce kitaplarından ve makalelerinden tanıyordum. Hoca'nın üzerinde daha önce inceleme yapılmamış konularda yazdığı kitapları, makaleleri ve çevirileri medeni usûl ve icra iflâs hukukuna olan ilgimi ve merakımı daha da artırmıştı. Hoca'nın İzmir'den ayrılarak Fakültemize gelmesiyle birlikte ise, kendisiyle yakından çalışma fırsatı buldum. Hakan Pekcanıtez Hoca'yla aynı kürsüde çalışmaya başladıktan sonra kendisinin ne kadar titiz, disiplinli ve üretken olduğunu; akademik çalışma yapmayı her zaman en ön plânda tuttuğunu ve güncel hukukî sorunları sürekli takip ettiğini gördüm. İlerleyen zamanlarda da Hoca'nın bilineni veya ezberleneni sorgulayan ve dogmaları kabul etmeyen tutumu bana örnek oldu. Yaklaşık on yılı aşan bu süre boyunca kendisinden çok şey öğrendim. Gerçekten, Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez ile birlikte çalışıp hukuk yaşamındaki güncel gelişmelerden uzak kalmak mümkün değildir. Hocam Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez kanun değişikliklerini, Yargıtay'ın verdiği kararları ve Türk usûl hukukunu etkileyen ülkelerdeki gelişmeleri takip etmekle kalmaz, bilgisini ve tecrübesini çevresindekilerle sürekli paylaşır. Hocayla bir araya geldiğimiz kürsü yemekleri ve toplantıları yeni şeyler öğrenmek ve tartışmak için bize hep birer vesile olmuştur. Yeni çıkan bir yayın, Yargıtay'ın verdiği bir karar, kendisine yöneltilen ilginç bir soru, yurt içinde veya yurt dışında yapılacak konferans ve tabiî ki sorduğumuz onlarca soruya sabırla verdiği cevaplar, bizler için ayrı ayrı kazanım olmuştur.

O'nun genç bilim adamlarının yetiştirilmesine ve teşvik edilmesine ilişkin yaklaşımı da bana örnek olmuştur. Hoca'nın akademik hayata yeni nesiller kazandırılması gerektiğini hep savunduğunu ve bu düşüncesi doğrultusunda çok sayıda genç akademisyene yakın ilgi gösterdiğini ve destek olduğunu birlikte çalıştığım süre boyunca gördüm ve bizzat yaşadım. Hocanın çalıştığı veya ders verdiği kurumlarda çok sayıda genç akademisyenin yetişmesi belki de bunun en somut göstergesidir. Hoca'nın mesleğe yeni başlayan akademisyenlere olan desteği her alanda hissedilir. Örneğin akademik hayatın başındaki bir kişi için bilimsel yayın yapmak zor ama heyecan vericidir. Bu sancılı süreçte desteğe ve yol gösteren bir Hoca'ya

ihtiyaç duyulur. Bu bağlamda, Hakan Hocanın aralarında benim de yer aldığım çok sayıda meslektaşımla ortak makalesinin olması bir tesadüf değildir. Akademik yaşamın başındaki bir kişi için Hocayla birlikte ortak makale yayınlamanın ne kadar teşvik edici ve onur verici olduğu açıktır. Çalıştığınız bir makale veya tezle ilgili olan ve belki henüz varlığından dahi haberdar olmadığınız bir toplantıya tebliğ sunmak için davet edilmeniz, Hakan Hoca'nın verdiği desteklere en iyi örneklerden biridir. Yurt dışında araştırma ve tez çalışması yapmak istediğinizde ise kendisi her zaman en büyük destekçinizdir.

Değerli Hocam Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez'in üzerimde çok emeği vardır. Hoca birlikte çalıştığımız dönem boyunca ilgisini ve yardımını hiçbir zaman esirgememiştir. Bu vesileyle, kendisine akademik hayatım boyunca verdiği desteği, yol göstericiliği ve yardımları için şükranlarımı sunuyorum.

Değerli Hocam bundan sonraki yaşamında da bizlere örnek bir bilim adamı olabilme yolunda ışık tutmaya devam edecektir. Kendisine sağlıklı, huzurlu ve mutlu uzun bir ömür diliyorum.

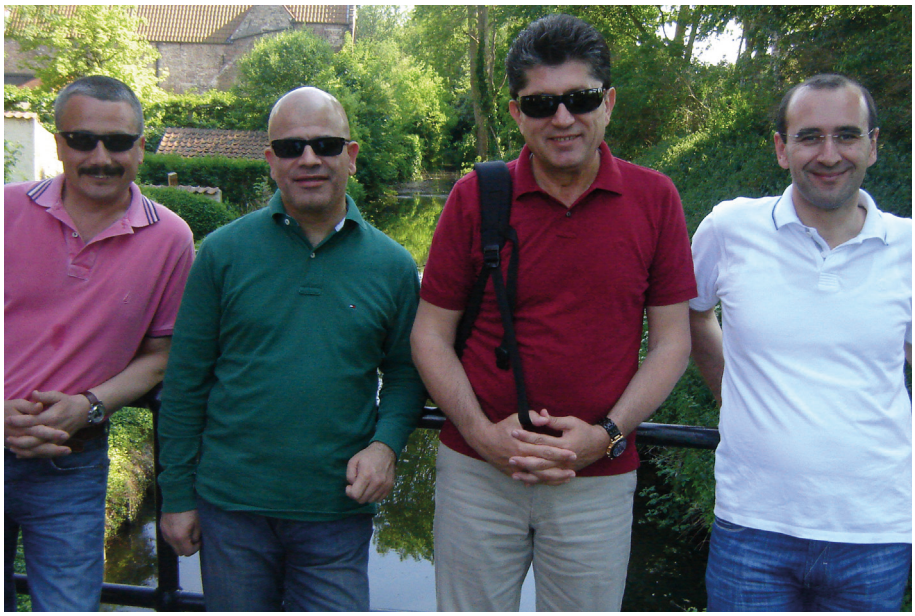
Doç. Dr. Güray ERDÖNMEZ



İzmir Adliyesi, 13 Ocak 2003



**Fakültemizde Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı,
29 Mayıs 2004**



Yurtdışı bilimsel toplantı, 12 Kasım 2005



Yurtdışı bilimsel toplantı, 13 Kasım 2005



Avrupa Parlamentosu ve İnsan Hakları Mahkemesini Ziyaret, 15 Kasım 2005



Erzurum, 24-26 Şubat 2006



Komisyon Başkanı olduğu HMK Toplantıları sonunda yapılan tören,
31 Mayıs 2006



Komisyon Başkanı olduğu HMK Toplantıları sonunda yapılan tören,
31 Mayıs 2006



Komisyon Başkanı olduğu HMK Toplantıları sonunda yapılan tören, 31 Mayıs 2006



Yurt dışı bilimsel toplantı, 17 Kasım 2006



Yurtdışı bilimsel toplantı, 17 Kasım 2006



Arabuluculuk Toplantısı 08-09 Kasım 2007, Kızılcahamam



Osnabrück Usûl Hukukçuları Toplantısı, 3-4 Nisan 2008



Prof. Dr. Bilge Umar Armağanı Takdim Toplantısı (Panel),
18 Mayıs 2008



Ankara'da düzenlenen
Mahmut Esat Bozkurt Kurgusal Duruşma Yarışmasında
birinci olan Fakülte takımımıza plaketlerini verirken, 8 Haziran 2009



Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı-VII,
24-25 Ekim 2008 Çeşme



Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı-VII,
24-25 Ekim 2008 Çeşme



Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı-VII,
24-25 Ekim 2008 Çeşme



Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı-VII,
24-25 Ekim 2008 Çeşme



Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı-VII,
24-25 Ekim 2008 Çeşme



Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı-VIII,
8-9-10 Ekim 2009 Abant



Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı-VIII,
8-9-10 Ekim 2009 Abant



Abant, 9 Ekim 2009



**Uluslararası Usûl Hukuku Toplantısında tebliğ sunarken,
10 Nisan 2010**



Prof. Dr. Baki Kuru ile birlikte, 24 Haziran 2010



Prof. Dr. Baki Kuru ile birlikte, 24 Haziran 2010



24 Haziran 2010



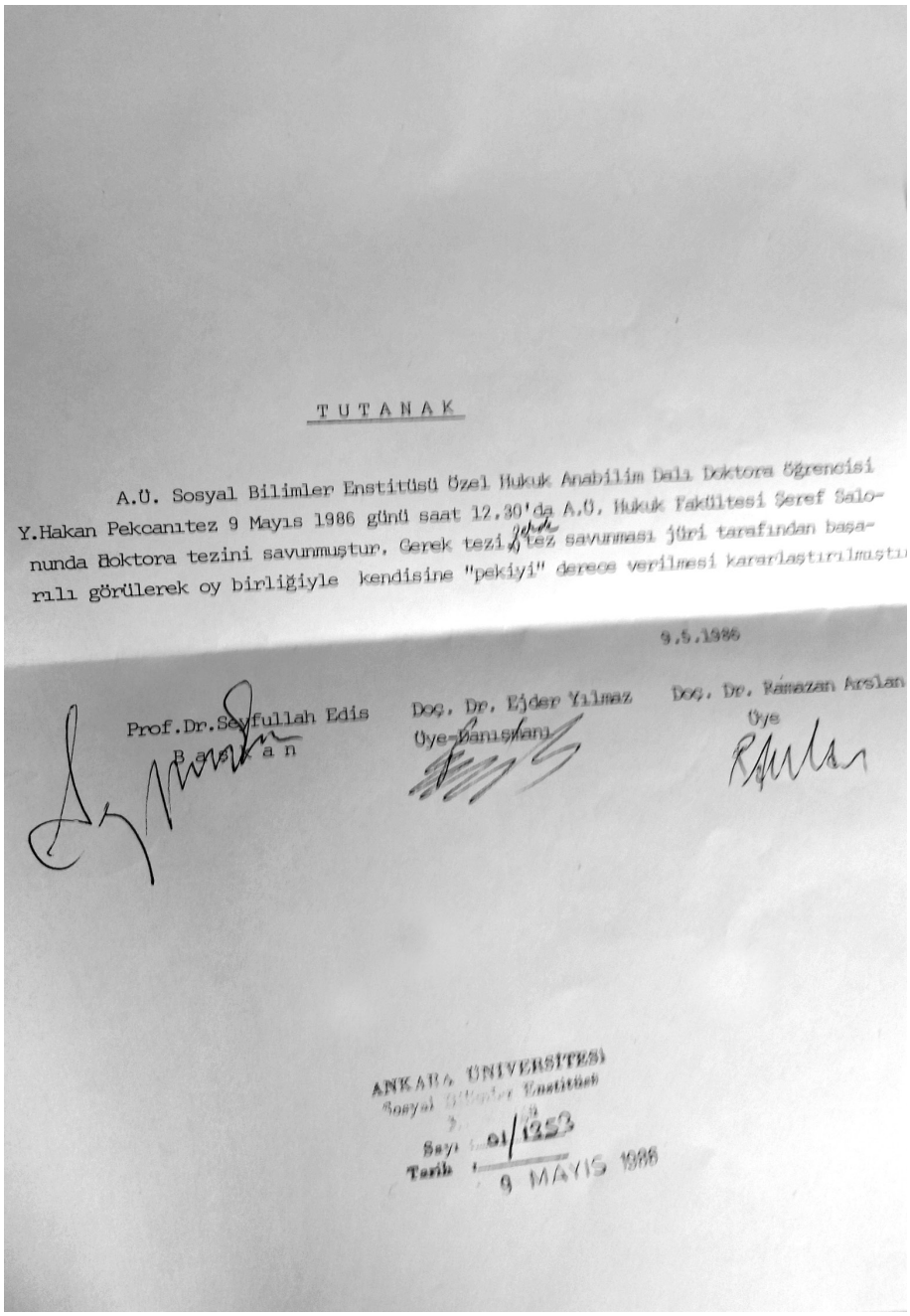
30 Mayıs 2012



Uluslararası Adil Yargılanma Hakkı ve Hukuk Etiği Sempozyumu,
10 Aralık 2013



Fakültemizde Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı,
15 Nisan 2014



T U T A N A K

A.Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora öğrencisi Y.Hakan Pekcanıtez 9 Mayıs 1986 günü saat 12.30'da A.Ü. Hukuk Fakültesi Şeref Salonunda doktora tezini savunmuştur. Gerek tezi gerekse tez savunması jüri tarafından başarılı görülerek oy birliğiyle kendisine "pekiyi" derece verilmesi kararlaştırılmıştır.

9.5.1986

Prof.Dr.Seyfullah Edis
Başkan

Doç. Dr. Ejder Yılmaz
Üye-Danışman

Doç. Dr. Ramazan Arslan
Üye

ANKARA ÜNİVERSİTESİ
Sosyal Bilimler Enstitüsü
Sayı : 01/1253
Tarih : 9 MAYIS 1986

9 Mayıs 1986

MEDENÎ USÛL HUKUKU - I

DIE KÜNFTIGE PATENTGERICHTSBARKEIT DER EUROPÄISCHEN UNION

Prof. Dr. Hans-Jürgen AHRENS*

Der Jubilar hat durch seinen Rat wesentlich zur grundlegenden Reform des türkischen Zivilprozessrechts und der Gerichtsverfassung beigetragen. Zu seinen Ehren soll hier die Neuschaffung eines Gerichts in der Europäischen Union (3-9EU) vorgestellt werden, das auch Bedeutung für die Türkei als Vertragsstaat des Europäischen Patentübereinkommens (EPÜ) erlangen wird.

I. Entstehung des Unionspatentrechts, Rechtsgrundlagen

1. Rechtsquellen

Im Dezember 2012 ist es gelungen, die Rechtsquellen für ein einheitliches Patent der EU zu schaffen. Die darauf bezogene Gesetzgebung besteht aus mehreren Rechtsakten. Sie sind als Paket zu verstehen und werden deshalb auch Patent Package genannt. Nur gemeinsam erlangen die einzelnen Teilakte Wirksamkeit.

Die EU-Verordnung Nr. 1257/2012 (EPVO) regelt die Schaffung des einheitlichen Patentrechts mit sehr wenigen Normen. Eine zweite EU-Verordnung (VO Nr. 1260/2012) befasst sich mit dem Sprachenregime für dieses Patent, also den notwendigen Übersetzungen. Beide Verordnungen sind Teil des Unionsrechts der EU.

---

* em. Universität Professor der Universität Osnabrück/Deutschland, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht, deutsches und internationales Zivilprozessrecht, Vizepräsident des Niedersächsischen Landesjustizprüfungsamtes a.D., Richter am Oberlandesgericht Celle a.D.

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Özel Sayı 2014, s. 3-17 (Basım Yılı: 2015)
Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ'e Armağan

Ein gesonderter völkerrechtlicher Vertrag, der noch von den teilnehmenden Mitgliedstaaten der EU ratifiziert werden muss und der selbst kein Unionsrecht darstellt, soll das für Patentverletzungen benötigte Einheitliche Patentgericht (EPG) schaffen. Teil dieses Übereinkommens (EPGÜ) ist ein Anhang I, der die Satzung des EPG normiert. Dort werden das Dienstrecht der Richter geregelt sowie organisatorische und haushaltsrechtliche Bestimmungen getroffen.

Eine detaillierte Verfahrensordnung für das EPG (EPGVerfO) wird formell vom Verwaltungsausschuss beschlossen (Art. 41 EPGÜ), der für das Gericht zuständig ist. Er setzt sich gem. Art. 12 EPGÜ aus je einem Vertreter der Vertragsstaaten des EPGÜ zusammen. Ein Entwurf der Verfahrensordnung ist von Experten des Patentrechts ausgearbeitet worden.

Das Inkrafttreten der EPVO setzt voraus, dass das am 19. Februar 2013 geschlossene EPGÜ von mindestens 13 EU-Staaten ratifiziert wird, unter denen sich Deutschland, Frankreich und Großbritannien befinden müssen, weil aus diesen Staaten die meisten Patentanmeldungen stammen, die von Anmeldern aus Vertragsstaaten des EPGÜ eingereicht werden (vgl. Art. 89 EPGÜ). Ob sich alle Vertragsstaaten zu einer Ratifizierung entschließen, ist noch offen. Staaten außerhalb der EU sind nicht zur Ratifizierung zugelassen. Italien und Spanien werden auf jeden Fall nicht teilnehmen, weil sie das Patent Package aus Gründen des Sprachregimes abgelehnt haben; sie dürfen aber nachträglich beitreten.

2. Unterscheidung Unionspatent – Europäisches Patent

Zu unterscheiden ist das Einheitspatent der Union, das offiziell „Europäisches Patent mit einheitlicher Wirkung“ genannt wird, vom schon bestehenden „Europäischen Patent“. Das Unionspatent ist aber mit dem System des Europäischen Patents verknüpft.

Das Europäische Patent wird vom Europäischen Patentamt (EPA) in München auf der Grundlage des Europäischen Patentübereinkommens (EPÜ) erteilt. Die Voraussetzungen der Patenterteilung sind dort vereinheitlicht, nicht aber die Rechtsfolgen, so dass die Durchsetzung des Patents durch nationale Gerichte nach nationalem Recht erfolgt. Erteilt wird das Europäische Patent nur für diejenigen Staaten, die der Anmelder bei der

Registrierung angibt. Man spricht deshalb auch von einem Bündelpatent, also dem Bündel (= der Gesamtheit) derjenigen Staaten, die sich der Anmelder als Schutzland auswählt. Das neue Unionspatent nutzt das Erteilungssystem des EPA und ist insoweit von ihm abhängig, es vereinheitlicht aber zusätzlich die Rechtsfolgen.

Das Europäische Patent leidet nicht nur unter der nationalen Zersplitterung der Rechtsfolgen, sondern auch unter der bisher fehlenden verbindlichen Auslegung der Patentansprüche. Über sie entscheiden nationale Gerichte in nationalen Patentverletzungsverfahren ohne eine für das EPÜ zuständige übergreifende Auslegungsinstanz. Trotz Art. 69 Abs. 1 EPÜ kann deshalb der Schutzbereich eines Patents unterschiedlich bestimmt werden.

3. Hindernisse der materiell-rechtlichen und prozessualen Gesetzgebung

a. Das Gerichtswesen

Der Beratungsprozess über die Schaffung des neuen Gemeinschaftsrechts der EU hat mehrere Jahrzehnte gedauert. Eines der Hindernisse war dabei die Gestaltung einer gemeinsamen Patentgerichtsbarkeit der Union. Für die Schaffung einer effektiven Gerichtsbarkeit sind mehrere Entwürfe erarbeitet und wieder verworfen worden, darunter das European Patent Law Agreement vom 14. Dezember 2005 für Europäische Patente (EPLA), das eine gemischte Zuständigkeit für die EU und für Nicht-EU-Staaten des EPÜ schaffen sollte. Gegen die Einbeziehung der EU in das EPLA hatte der Gerichtshof der Union, der EuGH, in seinem Gutachten 1/09 vom 8. März 2011 unionsrechtliche Bedenken erhoben, weil den nationalen Gerichten die Möglichkeit genommen wurde, Auslegungsfragen dem EuGH zur Vorabentscheidung vorzulegen. An die Stelle des gescheiterten EPLA tritt das EPGÜ.

Der vorletzte Anlauf zur Schaffung des Patent Package fand am 29. Juni 2012 statt. Die Konferenz der Regierungschefs der EU-Mitgliedstaaten hatte den verabschiedungsreifen, vom Europäischen Parlament bereits beschlossenen Gesetzestext der EPVO zur Beschlussfassung vorliegen. Wenige Stunden zuvor wurde der Text von der Tagesordnung genommen.

Ein Einwand insbesondere der britischen Regierung richtete sich erneut gegen die Auslegungszuständigkeit des Gerichtshofs der Europäischen Union (EuGH), dem in einer so komplizierten Materie wie dem Patentrecht keine Fachkompetenz zugetraut wird. Die Zuständigkeit des EuGH bezieht sich nur auf das Unionsrecht. Um sie weiter inhaltlich zu begrenzen, ist der ohnehin schon kurze Regelungsumfang der EPVO im Herbst 2012 noch einmal ausgedünnt worden; einige Normen über die Rechtsfolgen der Patentverletzung sind von dem Entwurf der EPVO in das EPGÜ verschoben worden. Über die Auslegung des EPGÜ entscheidet das EPG autonom. Als einzige Rechtsfolge einer Patentverletzung ist der Unterlassungsanspruch in Art. 5 Abs. 1 EPVO verblieben.

b. Der Sprachenstreit

Ein weiteres Problem bei der Schaffung des Unionspatents war die Überwindung des Widerstands von Italien und Spanien, die die Ausklammerung ihrer nationalen Sprachen vom Erfordernis der Übersetzung des Unionspatents beanstandeten. Über die wirtschaftliche Akzeptanz des Unionspatents entscheiden die Kosten der Erteilung, die wesentlich durch den Umfang der Übersetzungen bestimmt werden. Daher muss man sich bei der Zahl der Übersetzungen beschränken, solange keine kostengünstigen und zuverlässigen Maschinenübersetzungen zur Verfügung stehen.

Überwunden wurde der Widerstand Italiens und Spaniens unter Ausnutzung einer Neufassung der Gründungsverträge für die EU, die in Lissabon beschlossen worden und am 1. Dezember 2009 in Kraft getreten ist. Sie erlaubt gem. Art. 326 ff. AEUV eine verstärkte Zusammenarbeit einzelner EU-Staaten. Damit konnten die übrigen EU-Staaten für das Territorium der EU unter Ausklammerung Italiens und Spaniens eine gemeinsame Regelung in der EPVO treffen.

Die Sprachenregelung der Übersetzungsverordnung (EU-VO Nr. 1260/2012) greift etwas modifiziert eine kostensenkende Regelung auf, die bereits im Londoner Übereinkommen vom 13. Oktober 2000 für das Europäische Patent erzielt worden war. Achtzehn Staaten haben dieses Übereinkommen ratifiziert; am 1. Mai 2008 ist es in Kraft getreten. Danach reichen die offiziellen Sprachen des EPA, nämlich Deutsch, Englisch und

Französisch, grundsätzlich aus. Eine vollständige Übersetzung in andere Sprachen ist nur noch im Verletzungsstreit erforderlich.

II. Probleme der Gesetzgebungszuständigkeit

Eine Regelung des Unterlassungsanspruchs in der EPVO war unverzichtbar. Art. 142 Abs. 1 EPÜ gestattet die gemeinsame Erteilung Europäischer Patente für eine Gruppe von Vertragsstaaten des EPÜ; Art. 148 Abs. 2 EPÜ erlaubt die Vereinheitlichung der Rechtsfolgen sowie des Vermögensverkehrs. Die danach erforderliche Einheitlichkeit des Unionspatents ergibt sich aus Art. 3 Abs. 2 EPVO.

Um die völkervertragliche Befugnis des EPÜ durch die Mitgliedstaaten der EU auszunutzen, musste die EU eine Gesetzgebungszuständigkeit in Anspruch nehmen, die sich aus Art. 118 Abs. 1 des Vertrages über die Arbeitsweise der EU (AEUV) ergibt. Art. 118 AEUV erlaubt die Schaffung von Unionsrechten des Geistigen Eigentums mit einheitlicher Schutzwirkung. Zumindest *eine* einheitliche Rechtsfolge musste dafür im Unionsrecht, also in der EPVO, geregelt werden.

Das Europäische Patent (Bündelpatent) bleibt neben dem Unionspatent, also dem Europäischen Patent mir einheitlicher Wirkung, bestehen. Rechtsstreitigkeiten über Bündelpatente sollen künftig ebenfalls vor dem EPG ausgetragen werden (Art. 1 EPGÜ), doch ist diese Regelung während einer Übergangzeit von sieben Jahren nur optional (Art. 83 EPGÜ).

III. Aufbau und Zuständigkeiten des EPG

1. Zwei Instanzen

Das EPG umfasst ein Gericht ersten Instanz und ein Berufungsgericht sowie eine Kanzlei. Das EPG wird als nationales, aber gleichwohl gemeinsames Gericht aller Vertragsmitgliedstaaten behandelt. Sitz des Berufungsgerichts ist Luxemburg.

2. Sitz der Kammern erster Instanz, Geschäftsverteilung

Die interne Struktur des EPG erster Instanz ist ziemlich kompliziert. Es gibt sowohl lokale und regionale Kammern als auch eine Zentralkammer.

Lokale Kammern sollen in einem Vertragsmitgliedstaat errichtet werden, eine regionale Kammer für zwei oder mehr Vertragsmitgliedstaaten, sofern sie dies wünschen. Die Zahl der Lokalkammern eines Vertragsstaates hängt von dem Fallaufkommen ab. Deutschland wird vier Lokalkammern einrichten dürfen, für die die Standorte Düsseldorf, Hamburg, Mannheim und München vorgesehen sind.

Die Zentralkammer wird eine große Rolle spielen, wenn isolierte Nichtigkeitsklagen gegen Patente erhoben werden. Der Sitz der Zentralkammer war heftig umstritten. Ende Juli 2012 ist ein Kompromiss erreicht worden. Danach wird die Zentralkammer ihren Sitz in Paris haben, jedoch werden auswärtige Abteilungen in London und in München ansässig sein, die jeweils für spezifische Technikgebiete zuständig sind. In Anhang II zum EPGÜ ist die Geschäftsverteilung innerhalb der Zentralkammer geregelt. Die Abteilung in London wird sich mit den wirtschaftlich wichtigen Chemiepatenten und damit auch den Arzneimittelpatenten befassen. Die Zentralkammer in Paris wird für viele technische Gebiete zuständig sein, darunter die besonders attraktive Elektrotechnik einschließlich der Elektronik. Für die Abteilung in München blieb im wesentlichen nur der Maschinenbau übrig.

3. Besetzung der Richterbank, Verhandlungssprache

Regelmäßig wird die Richterbank mit drei juristisch qualifizierten ständigen Richtern besetzt. In der ersten Instanz ist allerdings Raum für die Bestellung zusätzlicher technischer Richter. Alle Spruchkörper sind multinational zusammengesetzt (Art. 8 Abs. 1 EPGÜ).

Die Spruchkörper jeder lokalen Kammer umfassen zwei nationale Richter des Sitzstaates der Kammer und einen Richter aus einem anderen Vertragsstaat (Art. 8 Abs. 3 EPGÜ). Bei regionalen Kammern müssen sich die betroffenen Vertragsstaaten über die von ihnen zu stellenden beiden Richter einigen (Art. 8 Abs. 4 EPGÜ). Die im Sitzstaat geltende Amtssprache wird als Gerichtssprache benutzt, jedoch können Ausnahmen vorgesehen werden (Art. 49 EPGÜ).

Jeder Spruchkörper der Zentralkammer ist grundsätzlich mit zwei juristisch ausgebildeten Richtern aus verschiedenen Vertragsstaaten und

einem technisch qualifizierten Richter besetzt (Art. 8 Abs. 6 EPGÜ). Der technische Richter wird aus einem Richterpool entsprechend seiner Qualifikation und seiner Erfahrung auf dem betroffenen Technikgebiet hinzugezogen. Jedoch gibt es Besonderheiten für Klagen, die sich gegen das EPA richten (Art. 8 Abs. 6, 32 Abs. 1 Buchstabe i EPGÜ). Verfahrenssprache vor der Zentralkammer ist die Sprache, in der das Patent erteilt worden ist (Art. 49 Abs. 6 EPGÜ).

Die Spruchkörper des Berufungsgerichts entscheiden in einer multinationalen Zusammensetzung von fünf Richtern. Davon müssen drei Richter Juristen und zwei Richter technisch qualifiziert sein (Art. 9 EPGÜ). Verhandelt wird in der Sprache der ersten Instanz (Art. 50 Abs. 1 EPGÜ), sofern sich die Parteien nicht davon abweichend auf die Sprache der Patenterteilung oder eine andere Amtssprache einigen.

4. Sachliche und örtliche Zuständigkeit des EPG

Das EPG hat eine ausschließliche sachliche Zuständigkeit über Einheitspatente für Verletzungsklagen, für negative Feststellungsklagen, für Klagen auf Nichtigerklärung von Patenten, eingeschlossen die Widerklagen auf Nichtigkeit nach Erhebung von Verletzungsklagen sowie für Schadensersatzklagen und sonstige Zahlungsklagen (Art. 32 Abs. 1 EPGÜ). Patentinhaber mit Sitz außerhalb der EU können das EPG für ihre Europäischen Patente oder ihre Unionspatente im räumlichen Anwendungsbereich des EPGÜ nutzen.

Diffizil ist die Verteilung der Zuständigkeiten auf die verschiedenen erstinstanzlichen Kammern. Sie kann hier nur grob skizziert werden. Verschiedene, qualitativ disparate Kriterien wirken als Anknüpfungspunkte der Zuständigkeitsbestimmung zusammen, nämlich die Klageart, der Verletzungsort und der Sitz des Beklagten innerhalb oder außerhalb des Vertragsgebiets des EPGÜ.

Die Lokalkammern und die Regionalkammern sind für Verletzungsklagen zuständig, wenn entweder der Beklagte seinen Wohn- oder Geschäftssitz in dem betreffenden Mitgliedstaat bzw. der betreffenden Region hat, oder wenn die Verletzung dort stattgefunden hat (Art. 33 Abs. 1 Satz 1 EPGÜ). Die Zuständigkeit der Zentralkammer oder einer Lokal- oder

Regionalkammer am Verletzungsort ist für Verletzungsklagen begründet, wenn sich die Verletzungsklage gegen einen Beklagten richtet, der seinen Sitz außerhalb der EU hat. Ist die Verletzungsklage zutreffend vor einer Lokal- oder Regionalkammer anhängig gemacht worden, weil der Beklagte seinen Sitz innerhalb der EU hat, hat der Beklagte nicht das Recht, den Verletzungsstreit an die Zentralkammer verweisen zu lassen; Ausnahmen gelten, wenn die Verletzungsklage bei einer Regionalkammer anhängig ist und die Verletzung im Gebiet von mehr als drei Regionalkammern stattgefunden hat. Nichtigkeitsklagen und negative Feststellungsklagen sind grundsätzlich bei der Zentralkammer zu erheben (Art. 33 Abs. 4 Satz 1 EPGÜ). Mit geregelt in Art. 33 EPGÜ sind die Fälle doppelter Litispendenz.

Ist eine Nichtigkeitsklage vor der Zentralkammer anhängig, hat der Patentinhaber die Möglichkeit, dort auch eine Verletzungsklage zu erheben (Art. 33 Abs. 5 EPGÜ). Ist eine Verletzungsklage bei einer Lokalkammer oder einer Regionalkammer anhängig, bleibt sie dafür auch dann zuständig, wenn der Beklagte nunmehr widerklagend eine Nichtigkeitsklage oder eine negative Feststellungsklage erhebt. Die Kammer hat dann drei verschiedene Verfahrensmöglichkeiten. Sie kann selbst über die Nichtigkeit entscheiden, dann aber unter Hinzuziehung eines technischen Richters (Art. 33 Abs. 3 Buchstabe a), sie kann die Nichtigkeitswiderklage an die Zentralkammer verweisen und zugleich das Verletzungsverfahren bis zur Entscheidung über die Nichtigkeit entweder aussetzen oder fortsetzen (Art. 33 Abs. 3 Buchstabe b), oder sie kann mit Zustimmung der Parteien den gesamten Rechtsstreit an die Zentralkammer verweisen (Art. 33 Abs. 3 Buchstabe c). Im Falle der Fortsetzung des Verletzungsverfahrens hat die Kammer die Möglichkeit, ihre eine Verletzung bejahende Sachentscheidung vom Fortbestand des Patents und damit vom Ausgang der Entscheidung der Zentralkammer über die Nichtigkeit des Patents abhängig zu machen (Rule 118 Abs. 3 lit. a EPGVerfO). Mit diesen Verfahrensgestaltungen ist ein Kompromiss gefunden worden. Während das nationale deutsche Zivilprozessrecht eine zweispurige Regelung vorsieht, nämlich die Durchführung der Verletzungsverfahren vor den ordentlichen Gerichten und der Nichtigkeitsverfahren vor dem Bundespatentgericht und dem BGH, lässt die britische Einheitsregelung den unbeschränkten Nichtigkeitseinwand im Verletzungsverfahren zu.

5. Zusammenarbeit mit dem EuGH

Die Zusammenarbeit des EPG mit dem EuGH war lange umstritten. Dem Gutachten des EuGH aus dem Jahre 2011 zum EPLA musste hinsichtlich der Rechtsprechungskompetenz des EuGH Rechnung getragen werden. Ein Kompromiss sieht vor, dass der EuGH nicht für Berufungen in Materien des Patentrechts zuständig ist, sondern nur für die letztverbindliche Auslegung des sonstigen Unionsrechts (vgl. Art. 21 EPGÜ).

Da das EPG die Stellung eines nationalen Gerichts der Vertragsmitgliedstaaten hat, muss es mit dem EuGH kooperieren. Ist über eine Auslegung des EUV oder des AEUV zu entscheiden, muss der EuGH in Übereinstimmung mit der Vorlageverpflichtung gemäß Art. 267 AEUV Gelegenheit zu einer Entscheidung bekommen. Diese Entscheidungen des EuGH sind für das EPG verbindlich (Art. 21 Satz 2 EPGÜ).

Die Normen des EPÜ einschließlich der Normen über die Nichtigkeit eines Patents (Art. 138 EPÜ) sind von der Zuständigkeit des EuGH ausgenommen. Das EPG kann und muss deshalb Fragen der Patentfähigkeit grundsätzlich nicht dem EuGH vorlegen. Ausgenommen sind spezielle Normen des Unionsrechts, etwa Streitigkeiten über die Auslegung der Biotechnologierichtlinie. Auch das EPGÜ selbst ist von einer Entscheidung des EuGH ausgenommen, weil die EU kein Vertragsstaat des EPGÜ ist.

Zuständig bleibt der EuGH allerdings für die Auslegung der EPVO. Dies betrifft insbesondere den Unterlassungsanspruch gem. Art. 6 EPVO. Damit wird indirekt doch eine Zuständigkeit des EuGH für Patentverletzungen und die Grenzen der Verletzungsansprüche geschaffen. Insoweit handelt es sich aber nicht um Streitfragen technischer Natur, sondern um Angelegenheiten des Deliktsrechts.

IV. Das Verfahren vor dem EPG

1. Rechtsgrundlagen

Das EPGÜ selbst macht in seinem Teil III grundlegende Vorgaben für die Organisation des Gerichts und für das Verfahren. Nach Art. 40 EPGÜ bestimmt eine Satzung die Einzelheiten der Organisation und der Arbeitsweise des Gerichts. Sie ist als Anhang I dem Übereinkommen

beigefügt. Diese Regelungstechnik erlaubt eine einfache Änderung der Satzungsbestimmungen durch den für das EPG zuständigen Verwaltungsausschuss, ohne dass dafür ein völkerrechtlicher Änderungsvertrag geschlossen werden muss.

Die Verfahrensordnung für das EPG ist gemäß Art. 41 EPGÜ formell vom Verwaltungsausschuss zu beschließen. Das setzt die Ratifizierung des EGPÜ voraus. Der Entwurf soll aber bereits jetzt den ratifizierenden Parlamenten der Vertragsstaaten als Information dienen und die Schulung der künftigen Richter, der Rechtsanwälte und der Patentanwälte ermöglichen. Die bei Fertigstellung dieses Festschriftbeitrags aktuelle 16. Fassung des Entwurfs vom 31. Januar 2014 umfasst 382 Rules, von denen allerdings einige nur Leerziffern darstellen. Diese Fassung kann sich in wenigen Einzelheiten noch ändern. Ausgearbeitet worden ist eine englischsprachige Arbeitsfassung. Sie ist von je einer auf Patentrecht spezialisierten Anwaltskanzlei in die deutsche und die französische Sprache übersetzt worden.

2. Die Satzung des Gerichts

Die Satzung befasst sich mit institutionellen und finanziellen Regelungen für das EPG und reicht damit über traditionelle Inhalte eines Gerichtsverfassungsgesetzes hinaus. Festgelegt werden Anforderungen an die Auswahl, die Ernennung und die Amtsführung der auf sechs Jahre bestellten Richter. Die Präsidenten des Gerichts erster Instanz und des Berufungsgerichts werden von den Richtern des betreffenden Gerichts für eine Amtszeit von drei Jahren gewählt. Jeweils ist eine Wiederwahl möglich. Wie der EuGH erhält auch das EPG einen Kanzler (Registrar), der unter Aufsicht des Präsidenten des Berufungsgerichts für die Organisation und den Geschäftsgang der Gerichtskanzlei (Registry) zuständig ist.

Der Kanzler führt die Liste der Richter, die dem zu bildenden Richterpool angehören. Vermerkt werden die besonderen Befähigungen jedes Richters (Sprachkenntnisse, technisches Fachgebiet, fachliche Erfahrung). Aus dem Richterpool werden die Richter an die Lokalkammern und Regionalkammern berufen. Die Zuweisung an die einzelnen Spruchkörper einer Kammer erfolgt entsprechend den Regeln der

Verfahrensordnung. Ein Richter des Spruchkörpers übernimmt die Aufgabe des Berichterstatters.

3. Vorgaben des EPGÜ für das Verfahren

Das EPGÜ enthält eine größere Zahl allgemeiner Vorschriften für das Verfahren. Art. 42 Abs. 2 normiert den Grundsatz fairer Verfahrensführung, wie er auch in Art. 6 der Europäischen Menschenrechtskonvention und in Art. 47 der EU-Grundrechtscharta enthalten ist. Art. 44 EPGÜ schreibt das elektronische Verfahren vor, insbesondere für die Einreichung der Schriftsätze und Dokumente sowie zur Durchführung von Videokonferenzen. Ob bis zur Errichtung des EPG nach Abschluss der nationalen Ratifizierungen des EPGÜ bereits alle technischen Voraussetzungen für eine elektronische Verfahrensführung gegeben sind, insbesondere eine geeignete Software in den notwendigen Sprachen zur Verfügung steht, ist unsicher. Deshalb wird das EPG in der Anfangszeit vielleicht Akten in Papierform führen müssen. Die elektronische Form wird später ein schnelles Verfahrensmanagement ermöglichen, unter anderem eine schnelle Zustellung von Schriftstücken und eine einfache Kommunikation der inländischen Richter mit dem ausländischen Richter einer Lokal- oder Regionalkammer außerhalb einer mündlichen Verhandlung.

Für Verhandlungen gilt nach Art. 45 EPGÜ der Grundsatz der Öffentlichkeit. Die Verfahrenssprache vor einer Lokal- oder Regionalkammer richtet sich nach der Amtssprache am Sitz der Kammer (Art. 49 Abs. 1), doch kann jeder Vertragsstaat auch eine oder mehrere andere Amtssprachen des EPA zur Verfahrenssprache bestimmen. In Deutschland wird erörtert, ob die englische Sprache zusätzlich gestattet werden soll und wenn ja für welche Verfahrensabschnitte. Verfahrenssprache vor der Zentralkammer ist die Sprache, in der das Patent erteilt wurde (Art. 49 Abs. 6 EPGÜ).

Gemäß Art. 52 Abs 1 EPGÜ gliedert sich das Verfahren in drei Abschnitte, ein schriftliches Vorverfahren, ein Zwischenverfahren und ein mündliches Verfahren.

Art. 53 bis 55 EPGÜ treffen grundlegende Bestimmungen für den Beweis (Beweismittel, Beweislast, Beweislastumkehr, Wahrung von Geschäftsgeheimnissen bei Führung des Gegenteilsbeweises). Wie im englischen Recht ist die Führung des Sachverständigenbeweises grundsätzlich den Parteigutachtern überlassen, doch kann das Gericht gem. Art. 57 EPGÜ von Amts wegen Gerichtssachverständige bestellen.

Zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen und sonstigen vertraulichen Informationen einer Prozesspartei oder eines Dritten kann der Zugang zu Beweisen gem. Art. 58 EPGÜ auf bestimmte Personen beschränkt werden. Darin liegt eine Einschränkung der Gewährung rechtlichen Gehörs im Interesse der Bereitstellung effektiven Rechtsschutzes. Entsprechende Vorbilder des englischen und französischen Rechts hatten bereits ihren Niederschlag in der EU-Richtlinie Nr. 2004/48/EG zur Durchsetzung der Rechte des Geistigen Eigentums vom 29. April 2004 gefunden. Diese Möglichkeit ist im Zusammenhang mit weitreichenden Beweisermittlungsmöglichkeiten zu sehen, die Art. 60 EPGÜ bei Verdacht einer Patentverletzung eröffnet. Die traditionelle Haltung des deutschen Zivilprozessrechts gegenüber der Ausforschung des Prozessgegners ist damit unvereinbar. Sie befindet sich aber ohnehin auf dem Rückzug. Auch ohne ausreichende gesetzliche Grundlage wird ein partielles Geheimverfahren vor der Patentverletzungskammer des Landgerichts Düsseldorf in Verfahren nach nationalem Patentrecht praktiziert.

Art. 59 EPGÜ begründet einen prozessualen Anspruch auf Vorlage von Beweismitteln im Besitz der gegnerischen Prozesspartei oder dritter Personen. Auch diese Regelung geht weiter, als es die §§ 142, 144 ZPO im deutschen Zivilprozessrecht seit dessen Reform von 2001 vorsehen.

Arrest und einstweilige Maßnahmen können auf der Grundlage der Art. 61 f. EPGÜ angeordnet werden. Endgültige Unterlassungsanordnungen gegen Patentverletzungen ermöglicht Art. 63 EPGÜ. Hier zeigt sich englisches Verständnis der Unterlassungsverfügungen als eines prozessualen Instruments, das nicht auf einem Denken in materiell-rechtlichen Ansprüchen beruht. Das sonstige Rechtsfolgensystem der Patentverletzung findet sich in den Art. 64 ff. EPGÜ.

Der Berufung widmet das EPGÜ nur drei Normen. Die Berufung hat ohne besondere richterliche Anordnung keine aufschiebende Wirkung (Art. 74 Abs. 1 EPGÜ), sofern es nicht um eine Nichtigerklärung des Patentes geht (Art. 74 Abs. 2). Es folgen danach allgemeine Bestimmungen, nämlich zur Bindung der Richter an die Parteianträge (Art. 76 Abs. 1), zum rechtlichen Gehör (Art. 76 Abs. 2), zur freien Beweiswürdigung (Art. 76 Abs. 3) und zur grundsätzlich einheitlichen Begründung der Entscheidung, die nur ausnahmsweise ein Sondervotum erlaubt (Art. 77 f. EPGÜ). Art. 82 EPGÜ regelt die Vollstreckung der Entscheidungen und Anordnungen.

4. Die Verfahrensordnung

Die Verfahrensordnung verfeinert die verfahrensrechtlichen Vorgaben des EPGÜ, regelt aber viele Fragen des Prozessrechts auch selbständig. Sie ist in sechs Teile gegliedert, die teilweise wiederum in Kapitel und Abschnitte untergliedert sind. Teil 1 befasst sich mit dem Ablauf des Verfahrens erster Instanz in Bezug auf die drei hauptsächlichen Verfahrensabschnitte, nämlich das schriftliche Verfahren für die einzelnen Klagearten, das Zwischenverfahren und die mündliche Verhandlung, sowie mit gesonderten Verfahren über die Ermittlung der Schadensersatzhöhe und die Kostenfestsetzung. In Teil 2 geht es um den Beweis, in Teil 3 um einstweilige Maßnahmen und in Teil 4 um das Verfahren vor dem Berufungsgericht sowie das Wiederaufnahmeverfahren. Von allgemeinen Bestimmungen handelt Teil 5, zum Beispiel von der Zustellung von Schriftstücken, von den Parteien und Parteivertretern, von der Verhandlungssprache, von der Verfahrensleitung sowie von den richterlichen Entscheidungen und Anordnungen und dem Vergleich. Teil 6 regelt die Gebühren und die Gewährung von Prozesskostenhilfe.

Für die beiden ersten Verfahrensabschnitte ist ein einzelner Richter zuständig, der als Berichterstatter einzusetzen ist (dazu Rules 18 und 101). Im schriftlichen Vorverfahren sind die Schriftsätze der Parteien auszutauschen, für die Strukturvorgaben gemacht werden. Die Regelungen werden getrennt nach Klagearten getroffen. Eine Nichtigkeitsklage kann auch als Widerklage im Verletzungsverfahren erhoben werden (Rule 25 in Verbindung mit Art. 33 Abs. 3 EPGÜ). Die negative Feststellungsklage ist schon vorbeugend zulässig, wenn der Benutzer einer technischen Lösung

deren Vereinbarkeit mit dem geschützten Patent klären möchte, weil der Patentinhaber dazu keine Unbedenklichkeitsbescheinigung abgibt (Rule 60 Abs. 1); das ist eine innovative Lösung, die für andere Schutzrechte übernommen werden sollte.

Das Zwischenverfahren dient der Vorbereitung der mündlichen Verhandlung (Rule 101). Es soll maximal drei Monate dauern. Die Parteien können angehört werden (Rules 101 Abs. 1, 103, 104), auch im Wege einer Telefon- oder Videokonferenz (Rule 105). Der Ablauf einer Zwischenanhörung ist aufzuzeichnen und grundsätzlich öffentlich verfügbar zu machen, sofern die Anhörung im Gericht stattfindet (Rule 106); das ist eine neue Form der Öffentlichkeit des Verfahrens.

Die mündliche Verhandlung soll in der Regel nur einen Tag dauern (Rule 113 Abs. 1). Das Gericht hat die Möglichkeit, den mündlichen Vortrag der Parteien zu beschneiden, wenn es sich ausreichend informiert fühlt (Rule 113 Abs. 3). Umgehend nach der mündlichen Verhandlung hat die Sachentscheidung zu ergehen, die dann nach längstens sechs Wochen schriftlich abzusetzen ist. Wird die Entscheidung unmittelbar im Anschluss an die mündliche Verhandlung verkündet, darf die Urteilsbegründung auch zu einem späteren Zeitpunkt ergehen (Rule 118 Abs. 7 und 8).

Für den deutschen Juristen gibt es ungewohnte beweisrechtliche Besonderheiten. Zwischen Zeugenaussage und Parteivernehmung wird nicht unterschieden. Parteivernehmungen werden nicht einmal erwähnt; sie werden wie Zeugenaussagen behandelt. Es gibt also keine formellen Beschränkungen in der Zulassung der Parteiaussage. Das Eigeninteresse der Parteien am Ausgang des Rechtsstreits kann erst bei der Beweiswürdigung berücksichtigt werden.

Schon erwähnt wurde die Erhebung des Sachverständigenbeweises. Für ihn wird vielfach auf die Regelungen über den Zeugenbeweis verwiesen (Rule 181). Besonders markant ist die liebevolle und detaillierte Regelung der Gutachtenerstattung durch Parteisachverständige. Ihre Gutachten werden nicht wie im deutschen Zivilprozess als bloßer sachkundiger Parteivortrag behandelt, sondern als echter Beweis. Allerdings kann das Gericht auch von Amts wegen Gerichtssachverständige beauftragen, wenn es dies zur Sachaufklärung für notwendig hält (Rules 185 bis 188).

Die Vorgaben des EPGÜ zur Vorlage von Beweismitteln und zur Erteilung von Auskünften sowie insbesondere zur Beweisermittlung werden durch Rules 190, 191 und 192 ff. verfeinert.

Bemerkenswert ist die Regelung zu Schadensersatzklagen. Das Gericht kann im Verletzungsfall vorläufigen Schadensersatz in bestimmter Höhe zusprechen (Rule 119), also nicht nur ein Grundurteil erlassen, in dem die Schadensersatzpflicht dem Grunde nach festgestellt wird. Die endgültige Höhe des Schadensersatzes kann in einem gesonderten Verfahren festgesetzt werden, das der Schadensersatzgläubiger innerhalb eines Jahres beantragen muss (Rule 126). Die Bezifferung der Schadensersatzforderung soll ein Antrag auf Rechnungslegung erleichtern (Rule 141).

Einstweilige Maßnahmen können auch ex parte erlassen werden. Zur Vermeidung einer Entscheidung auf einseitiges Vorbringen hin darf der potentielle Antragsgegner vorsorglich eine Schutzschrift beim Gericht hinterlegen. Diese Möglichkeit ist für das Verfahren der einstweiligen Verfügung in Deutschland richterrechtlich entwickelt worden. Rule 207 regelt die Schutzschrift mit detaillierten Vorgaben, die eine vorweggenommene Sachanhörung ermöglichen. Die Hinterlegung einer Schutzschrift ist kostenpflichtig.

Das Berufungsverfahren ist nicht nur gegen Endentscheidungen vorgesehen. Terminologisch störend ist, dass alle Rechtsmittel als Appeal bezeichnet werden, auch wenn es sich der Sache nach um Beschwerden gegen Verfahrensanordnungen und nicht um Angriffe gegen Endentscheidungen handelt.

Das bis zu zehn Jahre nach Erlass einer rechtskräftigen Endentscheidung zulässige Wiederaufnahmeverfahren kann auf verschiedene Gründe gestützt werden (dazu Art. 81 EGPÜ und Rule 247). Teils geht es um die Geltendmachung einer nachträglich bekannt gewordenen Tatsache, die Gegenstand einer von einem nationalen Gericht als Straftat abgeurteilten Handlung war, teils geht es um grundlegende Verfahrensfehler, nämlich um die wegen fehlender Unparteilichkeit eines Richters falsch besetzte Richterbank oder um fundamentale Verletzungen der Gewährung rechtlichen Gehörs oder der Durchführung eines fairen Verfahrens.

HAL HAKEM HEYETİ

Prof. Dr. Recep AKCAN*

A. GİRİŞ

5957 sayılı "*Sebze ve Meyveler ile Yeterli Arz ve Talep Derinliği Bulunan Diğer Malların Ticaretinin Düzenlenmesi Hakkında Kanun*"[1] ile hal hakem heyeti (kurulu) düzenlenmiştir.

Hukukumuzda 1 Ocak 2012 yılında yürürlüğe giren ilgili Kanun ile; hal hakem heyeti kurulmuş ve yürürlüğe girmiştir[2]. İlgili mevzuatta, "hal hakem heyeti" kavramına yer verildiği için, inceleme başlığı da aynı şekilde belirlenmiştir. Bu heyetin görevleri, verecekleri kararlar, kararlara karşı gidilebilecek hukuki yollar gibi bazı hususların medeni usul hukuku ve icra iflas hukuku yönünden incelenmesinde yarar bulunmaktadır.

B. MEVZUAT

Mevzuatta, hal hakem heyeti ile ilgili bazı düzenlemeler mevcuttur.

---

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

1 5957 sayılı Kanun, Kabul Tarihi: 11/3/2010 - Yayımlandığı Resmi Gazete (RG) Tarih: 26/3/2010 - Sayı: 27533 -Yayımlandığı Düstur: Tertip: 5 - Cilt: 49. Bu kanunla ilgili meclis görüşmeleri esnasındaki müzakereler için bkz: Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurul Tutanağı 23. Dönem 4. Yasama Yılı 72. Birleşim 11/Mart/2010 Perşembe, tutanaklar s. 32 ve devamı (http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tutanak_g_sd.birlesim_baslangic?P4=20599&P5=B&PAGE1=32&PAGE2=32). Kanunla ilgili geçmiş dönem metni ve komisyon bilgileri için bkz: http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tasari_teklif_gd.onerge_bilgileri?kanunlar_sira_no=76671. Bundan sonra: " ***5957 sayılı Kanun***" olarak belirtilecektir.

2 Kanunun bazı maddeleri (m.6 ve 15) farklı tarihlerde yürürlüğe girmiştir (bkz. 5957 sayılı Kanun m. 19). Kanunun tüm maddeleri şu an yürürlüktedir.

Hal Hakemliği, 5957 sayılı Kanun ile düzenlenmiştir. Kanunda, bazı maddelerde hal hakemliğine dair hükümlere yer verilmektedir.

Madde 2/ç, hal hakem heyeti kavramını tanımlamaktadır.

Madde 10, hal hakem heyeti ve toptancı hal konseyi başlığını taşımaktadır. Kanunda, m. 12/2, m. 15/3 ve m. 17/1'de de bazı düzenlemeler mevcuttur.

Hal hakem heyetlerinin kurulmasına ilişkin usul ve esaslar; 5957 sayılı Kanuna istinaden çıkarılan "*Hal Hakem Heyeti ve Toptancı Hal Konseyi Hakkında Yönetmelik*" ile düzenlenmiştir[3].

Mevzuat konusunda, ayrıca 5957 sayılı Kanunun 10. maddesinde yer alan para miktarlarının artırılmasına ilişkin tebliğ vardır[4].

C. TANIMLAR

5957 sayılı Kanun ve Yönetmelik bazı kavramların tanımına yer vermiştir. Bunlardan bazıları şu şekildedir[5]:

Hal hakem heyeti: "*Üreticiler ile meslek mensupları arasında veya meslek mensuplarının kendi aralarında çıkan uyuşmazlıklara çözüm bulmak amacıyla il veya ilçe merkezlerinde oluşturulan heyetler*" şeklinde tanımlanabilir[6].

Meslek mensubu: "*Malların ticaretiyle iştigal eden ilgili meslek odalarına kayıtlı kişileri*"[7] ifade eder.

Üretici: "*Malları üretenleri*" belirtir[8].

---

3 Bkz. R.G. 11.07.2012- Sayı. 28350. Bundan sonra: "***Yönetmelik***" olarak belirtilecektir.

4 Bkz. 5957 sayılı Sebze ve Meyveler ile Yeterli Arz ve Talep Derinliği Bulunan Diğer Malların Ticaretinin Düzenlenmesi Hakkında Kanunun 10 uncu Maddesinde Yer Alan Parasal Sınırların Artırılmasına İlişkin Tebliğ: RG. 24.12. 2013. Sayı: 28861.

5 Bkz. Komisyoncu, künye, meslek kuruluşları, özel toptancı hali, pazarcı, pazar yerleri, perakendeci, semt pazarı, toptancı hali, toptancı hal konseyi, sistem, tüketici örgütü gibi diğer bazı kavramlar için: 5957 sayılı Kanun m. 2; Yönetmelik m.3.

6 Bkz. 5957 sayılı Kanun m. 2/1-ç ve m. 10/1. Yönetmelik m. 3/1-b bir tanım getirmemiş, hal hakem heyetinin kurulacağı il ve ilçe merkezlerinden bahsetmektedir. Ayrıca bkz. Yönetmelik m. 5/1.

7 5957 sayılı Kanun m. 2/1-ı. Yönetmelik m. 3/1-h.

Mal: "*Ticarete konu sebze ve meyveler ile arz ve talep derinliğine göre belirlenecek et ve et ürünleri, süt ve süt ürünleri, su ve su ürünleri, bal ve yumurta gibi diğer gıda maddeleri ile kesme çiçek ve süs bitkilerini*" ihtiva eder[9].

Hal hakem heyeti tanımında, üreticiler ve meslek mensupları yer almaktadır. Pazarcı, pazar yeri, tüketici örgütleri, toptancı hali yönetimi veya personeli, toptancı hallerinin ve pazar yerlerinin yönetim ve işleyişi tanımda yoktur. Bunlarla ilgili uyuşmazlıklar da, hal hakem heyetinin görevleri arasında kabul edilmelidir[10]. Hal hakem heyetinin tanımı içinde, yalnızca üreticiler ve meslek mensupları değil; bunlarla irtibatlı diğer hususlar da düşünülmelidir. Tanım dar değil, geniş yorumlanmalıdır.

D. HAL HAKEM HEYETİ

Mevzuatta, hal hakem heyetinin yetkisi, görevleri, karar vermesi ve bu karara karşı başvuru yolu gibi hükümler vardır.

I. Kuruluş Yerleri, Yetki Alanı ve Oluşum

Hal hakem heyetleri esas olarak il merkezlerinde kurulur. Gümrük ve Ticaret Bakanlığı'nın kararı ile ilçelerde de, hakem heyeti kurulması mümkündür (5957 sayılı Kanun m. 2/1-a ve m.10/1; Yönetmelik m. 3/1-a ve m.4/1).

İlçelerde, heyetin kurulmasında, Yönetmelikte belirtilen ***bazı ölçütler***in esas alınması gerekir. Bu ölçütlerde, tahdidilik ilkesi geçerli değildir. İlgili maddede, belirtilenlerin dışındaki diğer benzer bazı hususların varlığında da, heyetin kurulması mümkündür. Buna göre: İlçelerde hal hakem heyeti kurulmasında, toptancı hali ve pazar yeri adedi, üretici ve meslek mensubu

---

8 5957 sayılı Kanun m. 2/1-r. Yönetmelik m. 3/1-L.

9 5957 sayılı Kanun m. 2/1-ğ. Yönetmelik m. 3/1-g şu şekilde bir tanıma yer vermiştir: "*Mal: Organik ve iyi tarım uygulamaları kapsamında üretilen sertifikalı ürünler dâhil ticarete konu sebze ve meyveleri*" ifade etmektedir. Kanun ve Yönetmelik "mal" konusunda farklı ifadelere yer vermişlerdir ve hal hakem heyetinin görevinin tespitinde kanundaki tanım geçerli olmalıdır.

10 Bkz. 5957 sayılı Kanun m. 10/7.

sayısı, işlem hacmi, uyuşmazlık sayısı ile bütçe imkânları gibi hususlar dikkate alınır (Yönetmelik m. 4/2).

Hal hakem heyetinin oluşumunda ***farklı meslek mensupları*** vardır[11]. Bu meslek mensupları, konuyla doğrudan veya dolaylı olarak ilgili olanlardır. Sanayi ve ticaret il müdürü, üreticiler, komisyoncu veya tacirler, baro, belediye gibi diğer bazı meslek mensupları ve kurumlar da bu hakem heyetinin oluşumunda yer almaktadır.

Bakanlık taşra teşkilatının bulunmadığı yerlerde, hal hakem heyetinin başkanlığı, o yerin mülkî idare amiri veya görevlendireceği bir kamu görevlisi tarafından yürütülür. Tüketici örgütü bulunmayan yerlerde tüketiciler, tüketim kooperatifleri tarafından temsil edilir[12].

Hakem heyeti başkan ve üyelerinin bütün toplantılarda bulunmaları esastır. Toplantıya katılamayacak üyeler, hukuken geçerli mazeretlerini toplantıdan önce hakem heyeti başkanına yazılı olarak bildirir (Yönetmelik m. 15/1).

Hal Hakem Heyeti toplantıları her ayın birinci ve on altıncı gününde, illerde il müdürlüğü, ilçelerde ise kaymakamlık binasında veya hakem heyetine tahsis edilen uygun bir yerde yapılır. Bu günlerin resmi tatil günlerine denk gelmesi durumunda toplantı, takip eden ilk iş günü yapılır (Yönetmelik m. 12/1 ve m.12/4).

---

11 "*Başkanlığı, sanayi ve ticaret il müdürü veya görevlendireceği bir personel tarafından yürütülen hal hakem heyeti; tarım il müdürlüğü, belediye, baro, ziraat odası, ilgili mühendis odası, ticaret ve sanayi odası ile esnaf ve sanatkarlar odaları birliği tarafından görevlendirilecek birer üye ve en fazla üyeye sahip tüketici örgütü ile komisyoncu ve/veya tüccarların oluşturduğu dernekçe seçilecek birer temsilcinin katılımı ve o yerin mülki idare amirinin onayı ile oluşur. Ticaret ve sanayi odasının ayrı olarak kurulduğu yerlerde, ticaret ve sanayi odasından birer üye görevlendirilir. Esnaf ve sanatkarlar odaları birliği tarafından yapılacak görevlendirmeler ihtisas odalarının, ihtisas odası bulunmayan yerlerde ise karma odaların üyeleri arasından yapılır*" (5957 sayılı Kanun m.10/2).

12 Hal hakem heyetinin, o yerde ilgili kuruluşun bulunmamasından kaynaklanan noksan üyelikleri, belediye encümenince resen doldurulur (5957 sayılı Kanun m.10/3). Bkz. Ayrıca: Hal hakem heyeti başkan ve üyelerinin oluşumu ve temsil hususunda: Yönetmelik m. 6.

Hal hakem heyetleri en az altı üye ile toplanır ve katılanların yarısından bir fazlasının oyu ile karar alır. Oyların eşitliği durumunda heyet başkanının bulunduğu taraf çoğunluk sayılır. Toplantılarda çekimser oy kullanılamaz (5957 sayılı Kanun m. 10/9; Yönetmelik m. 16/1). Heyetler, uyuşmazlık başvurularını, müracaat tarih ve sırasına göre en geç dört ay içinde görüşüp karara bağlar (Yönetmelik m. 11/5).

Heyet üyelerinin bazı hallerde ***yasaklılığı*** vardır. Hakem heyeti üyeleri, kendileri, eşleri, ikinci derece dâhil kan veya kayın hısımları ve evlatlıkları ile bunların ortak veya üyesi oldukları tüzel kişiliklerini ilgilendiren işlere ilişkin gündem maddesi görüşülürken toplantılara katılamaz ve oy kullanamaz. Aksi halde, bu gündem maddesine ilişkin alınan karar ve bu karar uyarınca yapılan işlemler hükümsüz kalır (Yönetmelik m. 15/2)[13]. Hakem heyeti üyeleri, belirtilen gerçek kişi ve tüzel kişiliklerle ilgili konularda yasaklıdır. Bu sebeplerde, tahdidilik ilkesi geçerlidir. Mevzuatta, yasaklılık[14] sebeplerine yer verilmiş; ret sebepleri düzenlenmemiştir[15].

Gümrük ve Ticaret Bakanlığı, denetim elemanları ile hal hakem heyetleri, nezdinde bu Kanunun uygulanmasıyla ilgili olarak her türlü araştırma, inceleme ve denetim yapmaya yetkilidir (5957 sayılı Kanun m.17/1).

Hakem heyetinde, heyetin çalışma ve kararlarına yönelik görevleri yürütmek üzere bir raportör görevlendirilir[16]. İl müdürlüğü veya kaymakamlık bünyesinde, hakem heyetine ilişkin diğer iş ve işlemleri yürütmek üzere yeterli sayıda personel görevlendirilir (Yönetmelik m. 10/1 ve 5).

II. Görev ve Yetki

Hal hakem heyetleri, üreticiler ile meslek mensupları arasında veya meslek mensuplarının kendi aralarında Kanunun uygulanmasıyla ilgili olarak ortaya çıkan uyuşmazlıklara çözüm bulmakla görevli ve yetkilidir. 5957 sayılı Kanun Madde 14 dışındaki tüm uyuşmazlıklar, hal hakem heyetinin

---

13 Bkz. Ayrıca: 5957 sayılı Kanun m. 10/10.

14 İstinkaf, memnuiyet, çekinme.

15 Bkz. Karşılaştırma için: Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 34.

16 Bkz. D.III.

görev ve yetkileri kapsamındadır. Kanunun 14. Maddesinde öngörülen idari para cezaları, hakem heyetlerinin görev ve yetkilerine dahil değildir[17].

Toptancı hali yönetimi veya personelinin uygulamalarından veyahut toptancı hallerinin ve pazar yerlerinin yönetim ve işleyişinden kaynaklanan uyuşmazlıklar da, heyetin görevine dâhildir(5957 sayılı Kanun m.10/7).

Teslim alınan malların cinslerine, tabii özelliklerine, standartlarına ve hijyenik şartlara göre özenle korunmaması veya toptancı halinden satın alınan malların bozuk ya da sıhhî olmaması nedeniyle meydana gelen zararlar ile süresi içinde üreticiye ödenmeyen mal bedelleri, ilgililerin talebi üzerine hal hakem heyeti veya mahkeme kararıyla verilen ***teminat***tan kesilerek ödenir. Teminattan karşılanamayan kısım genel hükümlere göre tahsil olunur (5957 sayılı Kanun m.12/2)[18].

Hal hakem heyetinin ***görev*** alanındaki uyuşmazlıkları: Değeri 56.018,27 Türk Lirasının altında bulunan uyuşmazlıklar[19]; değeri 56.018,27 Türk Lirası ve üstündeki uyuşmazlar; toptancı hali yönetimi veya personelinin uygulamalarından veyahut toptancı hallerinin ve pazar yerlerinin yönetim ve işleyişinden kaynaklanan diğer uyuşmazlıklar şeklinde tespit etmek mümkündür. Hal hakem heyetinin görevlerini, para yönünden olan ve

---

17 5957 sayılı Kanun m. 10/7. İdari para cezaları konusunda, yetkili makamlar birden fazladır (5957 sayılı Kanun m. 14/3).

18 5957 sayılı Kanun Madde 12 hükmü şu şekildedir**:**

"*Ticarî güvenin sağlanması ve tarafların haklarının korunması amacıyla, toptancı hallerinde faaliyet gösterenlerden, belediye meclisince belirlenen miktarda nakit, banka teminat mektubu, Hazine bonosu, Devlet tahvili, hisse senedi, gayrimenkul rehni, sigorta teminatı ve nakde çevrilebilir diğer kıymetler teminat olarak alınır*" (**m.12/1**). "*Teminatlar amacı dışında kullanılamaz, üzerine ihtiyati tedbir konulamaz ve haczedilemez*" (**m.12/3**). "*Yerine getirilmesi gereken bir yükümlülüğün bulunmadığı tespit edildikten sonra teminatlar ilgililere iade edilir*" (**m.12/4**)."*Bu madde kapsamında alınacak asgari teminatlara, bunların muhafazası, nakde çevrilmesi ve tamamlattırılmasına, zarar görene ödenmesine, toplam teminat tutarı içinde gayrimenkul rehni oranına, teminatın iadesine ve teminatlarla ilgili diğer hususlara ilişkin usul ve esaslar Bakanlıkça belirlenir*" (**m.12/5**).

19 24/12/2013 tarihli ve 28861 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Gümrük ve Ticaret Bakanlığı'nın Tebliği ile bu fıkralarda yer alan parasal sınır, 1/1/2014 tarihinde yürürlüğe girmek üzere 56.018,27 TL olarak tespit edilmiştir.

olmayan uyuşmazlıklar şeklinde ayırıma tabi tutabiliriz. Para yönünden miktarlar, zamanla artabilecektir[20].

Hakem heyetinin ***yetki çevresi***, kurulduğu ilin veya ilçenin sınırları olacaktır.

Mal alım satım işlemlerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda malı alan ya da satanın faaliyet gösterdiği; diğer uyuşmazlıklarda ise müracaat sahibinin faaliyet gösterdiği veya ikamet ettiği yerdeki heyete başvurulur (Yönetmelik m.11/3)[21]. Heyet belirtilen yerlerden birinde yetkilidir.

Heyet, ***yetkisine giren uyuşmazlıklar***a bakabilir. Yetki alanı dışında kaldığı raportörün tespiti ve heyet başkanının onayı ile belirlenen uyuşmazlıklara ilişkin başvurular, ilgili hakem heyetine intikal ettirilir ve başvuru sahibine yazılı olarak bilgi verilir (Yönetmelik m. 11/6).

---

20 Hal hakem heyetlerinde görüşülecek uyuşmazlıklara ilişkin parasal sınırlar, her takvim yılı başından geçerli olmak üzere o yıl için 4/1/1961 tarihli ve 213 sayılı Vergi Usul Kanununun mükerrer 298 inci maddesi hükümleri uyarınca tespit ve ilan edilen yeniden değerleme oranında arttırılır ve her yıl Aralık ayı içinde Bakanlıkça Resmî Gazete'de ilan edilir. Hal hakem heyetlerinde görüşülecek uyuşmazlıklara ilişkin parasal sınır 1 Ocak 2012'de yürürlüğe giren kanun ile 50 bin Türk lirası olarak belirlenmiştir. 2013 yılı için belirlenen ve ilan edilen uyuşmazlık parasal üst sınırı 53.900 Türk Lirası'dır. 1 Ocak 2014'ten itibaren hal hakem heyetlerinde görüşülecek uyuşmazlıklara ilişkin para yönünden sınır tespit edilmiştir. 1 Ocak 2014'ten itibaren uygulanacak para yönünden sınırlar, yeniden değerleme oranında tespit edilmiş ve 24 Aralık 2013 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan 5957 sayılı Sebze ve Meyveler İle Yeterli Arz ve Talep Derinliği Bulunan Diğer Malların Ticaretinin Düzenlenmesi Hakkında Kanunun 10'uncu Maddesinde Yer Alan Parasal Sınırların Artırılmasına İlişkin Tebliğ ile ilan edilmiştir. Bu kapsamda, 1 Ocak 2014'ten itibaren ortaya çıkacak uyuşmazlıklarda uygulanacak parasal sınır 56.018,27 Türk lirasıdır.

Bu tutarlar, her takvim yılından geçerli olmak üzere her yıl aralık ayında yeniden tespit edilmektedir. Heyetlerde görüşülecek uyuşmazlıklara ilişkin para sınırı her yıl aralık ayında Resmi Gazetede ilan edilecektir. Bkz. Ayrıca: 5957 sayılı Kanun m. 10/6.

21 Örneğin: Antalya'da bir domates üreticisinin, İstanbul Büyükşehir Belediyesi Bayrampaşa Toptancı Halinde faaliyet gösteren bir komisyoncuya satmak üzere 2000 kg domates gönderdiği; ancak, komisyoncunun bu üreticiden teslim aldığı domatesi 5.000 Türk Lirası bedelle bir markete satıp, üreticinin alacağını on beş iş günü içinde ödemediği bir vakıada, üretici söz konusu alacağının tahsili için üretim yaptığı yerdeki Antalya Hal Hakem Heyetine veya komisyoncunun faaliyet gösterdiği yerdeki İstanbul Hal Hakem Heyetine başvurabilir.

Heyetin ***mevzuat ile verilmiş bazı yetkiler***i de mevcuttur. Örneğin: Hal hakem heyeti, uyuşmazlığa ilişkin konularla sınırlı olmak kaydıyla, ilgili kişi veya kuruluşlardan yazıyla bilgi ve belge isteyebilir. Bu istekler gecikmeksizin yerine getirilir[22].

III. Başvuru ve İnceleme

Değeri 56.018,27 Türk Lirasının altında bulunan uyuşmazlıklarda, hal hakem heyetlerine başvuru zorunludur. Söz konusu uyuşmazlıkların, kanunda belirlenen para miktarının altında olması durumunda, hal hakem heyetine intikal ettirilmesi ***kanuni zorunluluk***tur (5957 sayılı Kanun m. 10/5; Yönetmelik m. 11/2). Değeri 56.018,27 Türk Lirasının üzerinde bulunan uyuşmazlıklarda, heyete başvuru zorunlu değildir. Bu halde, 56.018.27 TL üzeri ve fakat 300 bin TL aşağısı uyuşmazlıklarda, asliye hukuk mahkemesi; 300 bin TL üzerindeki uyuşmazlıklarda ***asliye ticaret mahkemesi*** görevli olmalıdır denilebilir[23]. Hal hakem heyeti kararlarına karşı, asliye ticaret mahkemesinde itiraz[24] yolu kabul edildiği için, hal hakem heyetinin görevine giren tüm uyuşmazlıklarda asliye ticaret mahkemesinin görevli olması, uygulamada birliğin sağlanması açısından daha iyi olacaktır.

Zorunluluk bulunan hallerde, heyete yazılı olarak başvurulmalıdır. Hal hakem heyetine başvuru, uyuşmazlık konusunu belirten bir ***dilekçe*** ile yapılır (Yönetmelik m. 11/1). Başvurunun sözlü olarak yapılması mümkün değildir. Heyete başvuruda yazılılık ilkesi geçerlidir. Dilekçede; taraflar, uyuşmazlık konusu ve adres bilgileri yer almalıdır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 119'daki dava dilekçesinde yer alması gereken kayıtlar, uygunluğu ölçüsünde heyete başvuru dilekçesi için de örnek alınabilir. Başvuru, bir ***vekil*** vasıtasıyla da mümkündür. Vekil, başta avukatlar ve kanuni olarak vekalet görevi alabilecek dava takipçisi, stajyer avukat gibi kişiler de olabilir.

---

22 5957 sayılı Kanun m. 10/8. Bu süre on beş iş gününü geçemez (Yönetmelik m.17/2).

23 5235 sayılı Adlî Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun m. 5, III hükmü şu şekildedir: "*Asliye ticaret mahkemesi kurulan yerlerde bu mahkemelerde bir başkan ile yeteri kadar üye bulunur. Konusu parayla ölçülebilen uyuşmazlıklarda dava değeri üç yüz bin Türk lirasının üzerinde olan dava ve işler ile dava değerine bakılmaksızın…".*

24 Bkz. D-IV.

Uyuşmazlığa ilişkin ***delil teşkil eden belgeler*** de, bu dilekçeye eklenmek suretiyle hal hakem heyetine teslim edilir (Yönetmelik m. 11/1). Belgeden, Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 199 anlaşılmalıdır.

Başvurular, mal alım satım işlemlerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda malı alan ya da satanın faaliyet gösterdiği, diğer uyuşmazlıklarda ise müracaat sahibinin faaliyet gösterdiği veya ikamet ettiği yerdeki hakem heyetine yapılır (Yönetmelik m.11/3).

Tarafları ve konusu aynı olan uyuşmazlıklarla ilgili olarak farklı hakem heyetlerine ya da aynı hakem heyetine birden fazla başvuru yapılması mümkün değildir. Aksi takdirde diğer taraf lehine ***derdestlik*** itirazında bulunma hakkı doğar (Yönetmelik m. 11/4). Bu itiraz usuli bir itiraz olup; dava şartları, ilk itirazlar ve hukuki çare gibi diğer usuli itirazları da ihtiva eder. HMK m. 114/1-ı uyarınca derdestlik bir dava şartıdır. Bu itiraz, dosyaya girmese bile, hakem heyeti resen dikkate alabilmelidir. Dava şartlarının özelliği ve usul ekonomisi gibi bazı ilkeler bunu gerekli kılmaktadır.

Bazı uyuşmazlıkların ***öncelikli olarak incelenmesi*** mümkündür. Hal Hakem Heyetlerinde görüşülecek uyuşmazlıklar, raportör tarafından yapılacak hazırlıklar dikkate alınmak suretiyle hakem heyeti başkanı tarafından belirlenir.

Acele olarak sonuçlandırılması gereken başvuruların bulunması halinde, hakem heyeti başkanının veya en az dört üyenin talebi üzerine bunlar öncelikli olarak gündeme alınabilir. Toplantı gündemi, toplantı başlamadan önce üyelere dağıtılır (Yönetmelik m. 13/1-2-3).

Uyuşmazlıkların çözümünde, ***dosya üzerinde veya taraf teşkili*** ile bir sonuca gidilebilir. İlgili düzenlemeden, uyuşmazlıklar çözümünde, kural olarak dosya üzerinde inceleme yapılacağı sonucuna varmak mümkündür. Yönetmelik, uyuşmazlığa dair incelemenin; raportör tarafından hazırlanan rapor ve ilgili belgelerin yer aldığı dosya üzerinden yapılacağına amirdir (m. 17/1). Hal hakem heyeti, tarafları da dinleyebilir (m. 17/2). Yönetmelikte, dosya üzerinde inceleme yapılması kural gibi gözükmekle birlikte; bu konuda takdirin heyette olması ve heyetin dosya üzerinde inceleme veya taraf dinleme konusunu tespit etmesi ve bunu gerekçelendirmesi gerekir. Olması gereken hukuk, adil yargılanma ve hukuki dinlenilme gibi bazı ilkelerin öneminden dolayı, heyet huzurunda taraf dinlemenin ağırlıklı olması

uygun olacaktır. Hakem heyetinin çözmesi gereken uyuşmazlıklar, çekişmeli yargıya dahildir ve burada kural, tarafların dinlenmesidir.

Hal hakem heyeti, uyuşmazlığa ilişkin konularla sınırlı olmak kaydıyla heyet başkanı aracılığıyla ilgili kişi veya kuruluşlardan yazıyla bilgi ve belge isteyebilir. Bu istekler gecikmeksizin, on beş iş gününü geçmeyecek şekilde yerine getirilir (Yönetmelik m. 17/2).

Gerekli görülen durumlarda uyuşmazlıklar, birleştirilerek incelenebilir (Yönetmelik m. 17/1).

Hal hakem heyetlerinde, heyetin çalışmalarına ve kararlarına esas olacak dosyaları hazırlamak ve uyuşmazlığa ilişkin raporu sunmak üzere en az bir ***raportör*** görevlendirilir[25].

İşlem yoğunluğu fazla olan hakem heyetlerinde Bakanlığın izni ile birden fazla raportörün görevlendirilmesi mümkündür. İl hakem heyetinde görev yapacak raportör, müdürlük personeli arasından il müdürünce; ilçe hakem heyetinde görev yapacak raportör ise ilçedeki kamu görevlileri arasından kaymakamca görevlendirilir[26]. Raportörün, Yönetmelik m. 7'deki şartları taşıması zorunludur (Yönetmelik m. 10/2)[27].

---

25 5957 sayılı Kanun m. 10/4. Hal hakem heyeti üyeleri ile raportörlere, katıldıkları her toplantı için (1.500) gösterge rakamının memur aylık katsayısı ile çarpımı sonucunda bulunacak miktarı geçmemek üzere Bakanlıkça belirlenen miktarlarda huzur hakkı ödenir. Ancak, huzur hakkı ödenecek toplantı sayısı bir ayda ikiden fazla olamaz (5957 sayılı Kanun m.10/11). Madde 15'in birinci fıkrasının (a), (b), (c) ve (ç) bentlerinde belirtilen hususlara ilişkin giderler ile hal hakem heyetleri ve Toptancı Hal Konseyinin kuruluşuna ve çalışmalarına, hal hakem heyetleri üyelerine ve raportörlere yapılacak huzur hakkı ödemelerine ilişkin giderler Bakanlık bütçesine konulacak ödenekten karşılanır(5957 sayılı Kanun m.15/3).

26 Yönetmelik m. 10/1-2. Raportörün görevde bulunamadığı izin, hastalık ve diğer hallerde bu maddede belirtilen görevleri yapmak üzere yedek bir kişi de Yönetmelik m. 10 ikinci fıkraya göre görevlendirilir (Yönetmelik m. 10/3).

27 Yönetmelik m. 7 hükmü, hakem heyeti üyelerinde bulunması gereken şartları ihtiva etmektedir. Bu şartlar, raportörler için de geçerlidir (Yönetmelik m. 10/2). Yönetmelik m. 7'de, Yönetmelik m. 6 hükmüne de atıf vardır. Madde 6'deki şartlar, raportörler için geçerli olmamalıdır. Hal hakem heyeti üyeleri ile raportörlerinin, 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 48 inci maddesinin birinci fıkrasının (A) bendinin (1), (4), (5), (6) ve (7) numaralı alt bentlerindeki şartları taşıması zorunludur (5957 sayılı Kanun m.10/12).

Raportörün görevleri şunlardır: a) Uyuşmazlığa ilişkin dosya ve raporu hazırlamak, b) Toplantı gündemine ilişkin hazırlık yapmak ve gündemi heyet başkanının onayına sunmak, c) Oy kullanmamak şartıyla toplantılara katılmak, ç) Toplantı katılım çizelgesini tutmak ve heyet başkanının onayına sunmak, d) Karar defterini tutmak ve kararlara ilişkin bilgileri sisteme aktarmak, e) Hakem heyeti üyelerine ilişkin bilgileri sisteme aktarmak ve bu bilgileri güncellemek, f) Hakem heyeti veya başkanca uygun görülen diğer iş ve işlemleri yapmak (Yönetmelik m. 10/4).

IV. Karar, Tebligat ve Karara Karşı Başvuru

Heyet, uyuşmazlık başvurularını, ***müracaat tarih ve sırasına göre en geç dört ay içinde görüşüp karara bağlar***[28]. Heyet, görev alanına giren ihtilafları, usul ekonomisine uygun olarak belirlenen süre içinde bir karara bağlaması gerekmektedir. Bu süreden sonra verilen kararlar da geçerli kabul edilmelidir.

Hakem heyeti toplantıları için bir ***karar defteri*** tutulur ve tutanak düzenlenir. Karar defteri ve tutanaklar hususunda, Yönetmelikte ayrıntılı düzenlemeler mevcuttur[29].

---

[28] Yönetmelik m. 11/5.

[29] Yönetmelik m. 21/1-6 hükümleri şu hususları ihtiva etmektedir: "*Hakem heyeti toplantıları için bir karar defteri tutulur. Bu defter, kullanılmaya başlanmadan önce sayfa numaraları verilmek ve kaç sayfadan ibaret olduğu belirtilmek suretiyle illerde il müdürü, ilçelerde kaymakamca onaylanır. Karar defterinin her sayfası mühürlenerek hakem heyeti başkanınca paraflanır ve bu defter başkanca muhafaza edilir* (**m.21/1**)*. Hakem heyeti toplantılarına ve toplantılarda alınan kararlara her yıl (1) numaradan başlamak üzere yıl sonuna kadar teselsül eden numaralar verilir* (**m.21/2**)*. Toplantıda alınan kararlar, en az iki nüsha olarak düzenlenen tutanakla tespit edilir. Bu nüshalardan biri dosyasında muhafaza edilir, diğeri ise karar defterinin sayfalarına ayrı ayrı yapıştırılarak il müdürlüğü veya kaymakamlık mührü ile köşelerinden mühürlenir. Tutanaklar, toplantıya katılan üyeler tarafından imzalanır. İmza işlemi, isimlerin bulunduğu sayfanın imzalanması ve diğer sayfaların paraflanması suretiyle yapılır (***m.21/3***). Karar tutanaklarının her sayfasına toplantı tarihi ve numarası yazılır. Ayrıca, alınan kararlara ilişkin oy sayısı ve varsa ret oyu veren üyelerin muhalefet şerhi de belirtilir. Bu tutanaklarda, istemin özeti, yapılan inceleme ve alınan kararlar ile dayanılan mevzuat hükümleri ve delillere de yer verilir (**m.21/4***). Kararlara ilişkin bilgiler sisteme aktarılır. Kararlara ilişkin Bakanlıkça uygun görülen bilgiler, uygun vasıtalarla ilan edilebileceği*

Kararlar, alındığı tarihten itibaren yedi gün içinde taraflara yazılı olarak ***tebliğ*** edilir. Bu tebligatta, kararın tarihi, gerekçesi ve sonucu belirtilir. Yönetmelik m. 18 birinci fıkrası kapsamında[30] verilen kararlara ilişkin bildirimde, itirazın süresi ve itiraz mercii de belirtilir (Yönetmelik m. 19/1). Değeri belli miktarın aşağısındaki uyuşmazlıklara dair hakem heyetinin verdiği kararlar ilam niteliğinde olup; bu kararların tebliğinde itiraz süresi ve itiraz mercii de belirtilmelidir. Ayrıca bu tür kararlarda, karar tarihi, gerekçesi ve sonucu da yer almalıdır. İlam hükmünde olmayan kararlara ilişkin bildirimde, itirazın süresi ve itiraz merciinin belirtilmesine gerek yoktur. Bu nitelikteki kararlar, kararın tarihini, gerekçesini ve sonucunu ihtiva etmesi gerekir.

Toptancı halinde faaliyet gösterenlerin teminatlarından kesilmesine ilişkin kararlar, hükmün yerine getirilmesi için ayrıca ilgili toptancı hali yönetimine de bildirilir[31].

Yönetmelik hükümlerine göre ilgililere yapılması gereken her türlü bildirim, yazılı olarak ilgilinin bizzat kendisine imza karşılığı elden teslim veya iadeli taahhütlü mektup ya da Bakanlıkça uygun görülecek diğer yöntemlerle adresine tebligat şeklinde yapılır (Yönetmelik m. 19/3). Diğer yöntemler konusunda, Tebligat Kanunu m.1, m. 2, m.7, m. 7/a, m.41 örnek alınabilir. HMK m. 243/3 uyarınca, telefon, faks gibi çağımızın teknikle-

---

*gibi, sistem üzerinden herkes tarafından da incelenebilir (***m.21/5***).Karar defteri süresiz, karar tutanaklarının bir örneği ile kararlara ilişkin ekler beş yıl süreyle muhafaza edilir ve bunlar idari ve adlî mercilerin talepleri dışında hizmet binası dışına çıkarılamaz. Diğer mevzuatla daha uzun bir süre belirlenmesi halinde bu sürelere uyulur"* (**m.21/6**).

30 Yönetmelik m. 18/1 Hükmü şu şekildedir: "*Değeri elli bin Türk Lirasının altında bulunan uyuşmazlıklara ilişkin hakem heyetinin vereceği kararlar ilam hükmündedir*". Yönetmelikteki bu değeri, 2014 yılı için: 56.018,27 TL aşağısı olarak anlamak gerekir. Bu miktarlar, önümüzdeki yıllar için ayrıca tespit edilip, Resmi Gazetede ilan edilecektir (Bkz. D-II Dipnot 20).

31 "*Birinci fıkrada belirtilen kararlardan toptancı halinde faaliyet gösterenlerin teminatlarından kesilmesine ilişkin olanlar, gereği için ayrıca ilgili toptancı hali yönetimine de bildirilir*" (Yönetmelik m. 19/2). Yönetmelik m. 19/1 hükmü şu şekildedir: "*Kararlar, alındığı tarihten itibaren yedi gün içinde taraflara yazılı olarak bildirilir. Bu bildirimde, kararın tarihi, gerekçesi ve sonucu belirtilir. 18 inci maddenin birinci fıkrası kapsamında verilen kararlara ilişkin bildirimde, itirazın süresi ve itiraz mercii de belirtilir*".

rinden de yararlanılabilir. Bu hususlar, bir tutanak ile tespit edilip, dosyaya konulabilir.

Yönetmelik m. 19/4 şu şekildedir: "*Bu maddede hüküm bulunmayan hallerde 11/2/1959 tarihli ve 7201 sayılı Tebligat Kanunu hükümleri uygulanır*". Bunun anlamı şudur: Yönetmelik m. 19'daki tebligatla ilgili kurallar özel hüküm niteliğindedir. Tebligat konusunda bu hükümler öncelikle uygulanır. İlgili maddede belirtilen hususlar dışında; tebligatla ilgili olarak Tebligat Kanunu hükümleri nazarı itibara alınacaktır. Yönetmelik m.19/4'-deki Tebligat Kanunu ibaresini geniş yorumlayarak; Tebligat Kanununun Uygulanmasına dair Yönetmelik hükümleri ile, PTT ile tebligat yapılacaksa PTT Tebligat İşletme Esaslarını da gözönüne almak gerekir[32].

Taraflar, değeri 56.018,27 Türk Lirasının altında bulunan uyuşmazlıklara ilişkin hakem heyeti kararlarına karşı;5957 sayılı Kanunun 10 uncu maddesinin beşinci fıkrası uyarınca tebellüğ tarihinden itibaren on beş gün içinde hakem heyetinin bulunduğu yerde ticarî davalara bakmakla görevli asliye ticaret mahkemesine itiraz edebilir.

Belli bir miktarın aşağısındaki uyuşmazlıklarda, ***zorunlu tahkim***in örneklerinden biri mevcuttur. Değeri 56.018,27 Türk Lirasının altında bulunan uyuşmazlıklarda, hal hakem heyetlerine başvuru zorunlu olup; bu uyuşmazlıklarda heyetin vereceği kararlar ilam hükmündedir. Bu kararlar 9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun ilamların yerine getirilmesi hakkındaki hükümlerine göre yerine getirilir[33]. Taraflar, bu kararlara karşı görevli asliye ticaret mahkemesine itiraz edebilir. İtiraz, hal hakem heyeti kararının icrasını durdurmaz. Ancak, talep edilmesi şartıyla hâkim, hal hakem heyeti kararının icrasını tedbir yoluyla durdurabilir. Hal hakem heyeti kararlarına yapılan itiraz üzerine asliye ticaret mahkemesinin vereceği karar kesindir[34] (Yönetmelik m. 11/2, m. 18/1; m.20/1-2-3).

Değeri 56.018,27 Türk Lirasının altında bulunan uyuşmazlıklara ilişkin hal hakem heyetinin vereceği kararlar ***ilam hükmünde*** olduğu için; uyuşmazlığın taraflarını doğrudan bağlar. Ancak tarafların bu kararlara karşı

---

32 Bkz**. Akcan,** R./**Albayrak,** H.; Tebligat Hukuku, Ankara 2014, s. 31 vd., s. 42.

33 Bkz. İİK m. 24 vd.

34 5957 sayılı Kanun m. 10/5.

asliye ticaret mahkemesine itiraz yoluyla başvurma hakları mevcuttur. İtiraz yoluna süresi içinde başvurulmazsa, hakem heyetinin vereceği kararın kesin hüküm olarak kabul edilmesi gerekir. Eski hale getirme dışında[35]; taraflar mahkeme veya arabuluculuk, tahkim gibi mahkeme dışı çözüm yollarına başvuramamalıdır. Aksi hal, bu düzenlemenin amacına aykırı olur. Bu husus, hak arama hürriyetinin engellenmesi olarak görülmemesi gerekir[36]. Bu halde, istinaf ve temyiz[37] gibi olağan kanun yollarına başvuru olması halinde, bu olağan kanun yolu talebi reddedilmelidir. Ancak, ağır usule aykırılıkları ihtiva eden sebepler mevcutsa, olağanüstü kanun yolu olan yargılamanın yenilenmesi yolu kabul edilmelidir[38].

Değeri belli miktarın aşağısındaki uyuşmazlıklarda karara karşı ***itiraz hakkı***, kararın ilgilisine tebliğ edilmesinden itibaren başlar. Yönetmelikte tebellüğden bahsedilmektedir[39]. Tebellüğ tarihi, tebligatın yapılması tarihidir. Tebligat asıla veya vekile ve kanuni temsilciye yapılabilir[40]. İtiraz süresi on beş gündür. Taraflar, değeri 56.018,27 Türk Lirasının altında bulunan uyuşmazlıklara ilişkin hakem heyeti kararlarına karşı, kararın kendilerine ulaştığı tarihten itibaren on beş gün içinde hakem heyetinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesine itiraz etme hakkına sahiptir (Yönetmelik m. 20/1).

Ancak itiraz, hakem heyeti ***kararının icrasını durdurmaz***. İlamlı icraya devam edilir. Tarafların talep etmesi şartıyla hâkim, hakem heyeti kararının icrasını tedbir yoluyla durdurma kararı verebilir. ***İhtiyati tedbir*** kararı verilirken, HMK'daki ihtiyati tedbirlere dair hükümlerin esas alınması gerekir[41].

---

35 Bkz. HMK m. 95 vd.

36 Bkz. Anayasa m. 36.

37 Bkz. HUMK m. 428; HMK m. 341 vd.

38 Bkz. HMK m. 374 vd.

39 Yönetmelik m. 20/1 hükmü şu şekildedir: "*Taraflar, değeri elli bin Türk Lirasının altında bulunan uyuşmazlıklara ilişkin hakem heyeti kararlarına karşı Kanunun 10 uncu maddesinin beşinci fıkrası uyarınca tebellüğ tarihinden itibaren on beş gün içinde hakem heyetinin bulunduğu yerde ticarî davalara bakmakla görevli asliye ticaret mahkemesine itiraz edebilir*".

40 Bkz. Tebligat Kanunu m. 10-11.

41 Bkz. HMK m. 389 vd.

Hakem heyeti kararlarına yapılan itiraz üzerine asliye ticaret mahkemesinin vereceği ***karar kesindir*** (Yönetmelik m. 20/2-3). Bu halde, mahkemeye, mahkeme dışı çözüm yollarına ve kanun yollarına başvuru mümkün olmamalıdır. Şartları varsa, yargılamanın yenilenmesi talebi kabul edilmelidir.

Değeri 56.018,27 Türk Lirası ve üstündeki uyuşmazlıklarda hal hakem heyetinin vereceği kararlar, asliye ticaret mahkemesinde ***delil*** olarak ileri sürülebilir. Değeri 56.018,27 Türk Lirası ve üstündeki uyuşmazlıklara ilişkin hal hakem heyetinin vereceği ***kararların taraflar üzerinde bir bağlayıcılığı yoktur***. Ancak bu kararların ilgili mahkemelerde delil olarak ileri sürülebilmesi mümkündür (Yönetmelik m. 18/2).

Hakem heyetinin, Yönetmelik 5 inci maddenin ikinci fıkrası kapsamındaki uyuşmazlıklar hakkında vereceği kararlar da, ilgili mahkemelerde delil olarak ileri sürülebilir (Yönetmelik m.18/2). Yönetmelik m. 5/2 şu şekildedir: "*Kanunun 14 üncü maddesinde öngörülen idari para cezası dışındaki tüm uyuşmazlıklar, hakem heyetinin görev ve yetkisi kapsamındadır. Toptancı hali yönetimi veya personelinin uygulamalarından veyahut toptancı hallerinin ve pazar yerlerinin yönetim ve işleyişinden kaynaklanan uyuşmazlıklar da bu kapsama dâhildir*".

Bu hükmü şu şekilde anlamak gerekir. Toptancı hali yönetimi veya personelinin uygulamalarından veyahut toptancı hallerinin ve pazar yerlerinin yönetim ve işleyişinden kaynaklanan diğer uyuşmazlıklarda, hal hakem heyetinin vereceği kararlar bağlayıcı olmamakla beraber; ilgili mahkemeler önünde delil olarak ileri sürülebilmesi imkanı mevcuttur (Yönetmelik m. 18/2)[42]. Yani, hal hakem heyetinin, toptancı hali yönetimi veya personelinin uygulamalarından veyahut toptancı hallerinin ve pazar yerlerinin yönetim ve işleyişinden kaynaklanan uyuşmazlıklar ile değeri 56.018,27 Türk Lirası ve üstündeki uyuşmazlıklar hakkında vereceği kararlar, ilgili mahkemelerde delil olarak ileri sürülebilir.

Bu delil, kesin veya takdiri deliller içinde yer almamaktadır. Bunun, Yargıtay deyimiyle güçlü delil, öğreti deyimiyle kuvvetli takdiri delil olup

---

42 5957 sayılı Kanun m. 10/6.

olmayacağı tartışılabilir. Hakim, güçlü delilin aksine de karar verebilir[43]. Bu delil, HMK'daki kanunda düzenlenmemiş deliller (m. 192) içinde yer alabilir. Hakim, bu delili hükmüne esas alabilir veya aksi yönde de karar verebilir. Her iki durumda da, hakimin kararı gerekçeli olmalıdır (HMK m. 297). Hakem heyetinin kararından, delil olarak yararlanma dışında; açılacak hukuk davasında ispat hususunda, HMK m. 187 ve devamı hükümlerinin tatbiki gerekir.

SONUÇ

Hal hakem heyeti, belirtilen konularda uyuşmazlıkların çözümünde adalete olumlu katkılar yapacak niteliktedir.

Uygulaması azdır. Bu tür çözüm şekillerinin teşviki gerekir.

Alternatif (mahkeme dışı) çözüm yollarından biridir. Diğer yargı çeşitlerinde de, benzer çözüm yollarının ve bunun uygulamasının artırılması gerekir.

İlgili mevzuattaki miktarlar her yıl değişecektir. Bu nedenle, hal hakem heyetinin görevli olduğu uyuşmazlıkların miktarı yıllara göre farklı olabilecektir.

Tebligat konusunda, ilgili mevzuattaki özel düzenlemeler dışında; Tebligat Kanunu ve ona bağlı diğer düzenlemeler geçerli olacaktır.

Hakimlerimiz; bu konuda tarafları ciddi şekilde düşünmeye sevkedebilmeli ve onları ikna ederek heyete başvuruya yönlendirebilmelidir. Bu husus, hakimin reddi sebebi olarak görülmemelidir.

---

[43] **Akcan,** R.; Yargıtay Kararlarındaki "Güçlü Delil Kavramının Hukuki Niteliği (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2004/1-2) s. 7-24.

EUROPEAN PRINCIPLES OF CIVIL PROCEDURE UND NATIONALE MINDESTSTANDARDS – ÜBERLEGUNGEN AUS DEUTSCHER PERSPEKTIVE

Prof. Dr. Christoph ALTHAMMER*

I. Einführung

Die Europäische Union kann im Bereich der grenzüberschreitenden justiziellen Zusammenarbeit (Art. 81 AEUV) in den letzten Jahren auf große Erfolge verweisen[1]. Gleichwohl ist bisher ein allgemeiner Ansatz der Europäischen Kommission, welcher den Kern der nationalen Zivilprozessrechtssysteme einer Mindestharmonisierung unterzieht, nicht in Sicht[2]. Sicherlich stößt diese Harmonisierung auf kompetentielle Grenzen, doch ist unter der Ägide von Art. 81 Abs. 1, Abs. 2 f AEUV eine horizontale Angleichung mitgliedstaatlicher Prozessnormen nicht ausgeschlossen, wenngleich die dafür existieren Voraussetzungen hoch sind („die Beseitigung von Hindernissen für die reibungslose Abwicklung von Zivilverfahren, erforderlichenfalls durch Förderung der Vereinbarkeit der in den Mitgliedstaaten geltenden zivilrechtlichen Verfahrensvorschriften"). Einen vielversprechenden Weg bei dieser Prozessrechtsharmonisierung kann die Einbeziehung nationaler und im besten Falle gemeineuropäischer

* Universität Regensburg, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Deutsches, Europäisches und Internationales Verfahrensrecht

1 Dazu auch *Heinze*, JZ 2011, 711 f.

2 *Hes*s, in: Festschrift f. *Erecyński* (2012), S. 1081 f.; *ders.,* in: *Kramer/van Rhee* (Hrsg.), Civil Litigation in a Globalising World (2012), S. 171. Der von *Hess*, Europäisches Zivilprozessrecht (2010), § 3 Rdnr. 45, S. 106, erwartete „*spillover* - Efekt" der sektoriellen Maßnahmen auf die gesamte Breite der Verfahrensordnungen erscheint m.E. dagegen nicht Ausdruck einer kohärenten Harmonisierung.

Mindeststandards weisen. Mindeststandards sollten bereits nach dem Aktionsplan der Europäischen Kommission zur Umsetzung des Stockholmer Programms aus dem Jahre 2010 eine entscheidende Bedeutung beim Ausbau der grenzüberschreitenden Urteilsfreizügigkeit gewinnen[3], da sie das wechselseitige Vertrauen der Mitgliedstaaten in ihre Justizordnungen befördern[4]. DieseFunktion prozessualer Mindeststandards kommt auch in der Europäischen Justizagenda 2020[5] sowie im *Eli-Unidroit*-Projekt („*From Transnational Principlesto European Rules of Civil Procedure*“) zum Ausdruck. Ein für 2013 angekündigteseuropäisches „Grünbuch über Mindestnormen für Zivilverfahren und erforderliche Folgemaßnahmen“ ist bisher nicht existent[6]. Bis zu einem gewissen Grad können auch in den (z.T. sehr konkreten) Empfehlungen der Europäischen Kommission v. 11. Juni 2013 europäische Mindeststandards zum Ausbau nationaler kollektiver Rechtschutzsysteme gesehen werden[7].

---

3 KOM (2010), 171 endg., S. 4: „Der europäische Rechtsraum und das ordnungsgemäße Funktionieren des Binnenmarkts beruhen auf dem zentralen Prinzip der gegenseitigen Anerkennung. Voraussetzung hierfür ist Vertrauen: Vertrauen unter Rechtsanwendern ebenso wie unter Unternehmen und Bürgern. Dafür bedarf es Mindeststandards und eines größeren Verständnisses der unterschiedlichen Rechtstraditionen und -methoden“; vgl. auch S. 9: „Eine wesentliche Voraussetzung für den Erfolg ist gegenseitiges Vertrauen. Hierzu bedarf es gemeinsamer Mindeststandards (z. B. für Verfahrensrechte) und einer Vermittlung der unterschiedlichen Rechtstraditionen und Verfahrensweisen.“

4 Zur Stärkung des wechselseitigen Vertrauens *Hess,* in: Festschrift f. *Erecyński* (2012), S. 1081 f.; zum Vertrauensgrundsatz als Grundlage der Zusammenarbeit auch *Kaufhold,* EuR 2012, 409 f. Vgl. im Übrigen die Mitteilung der Kommission, KOM (2004), 401 endg., S. 11: „Um die gegenseitige Anerkennung auszubauen, muss noch mehr gegenseitiges Vertrauenunter den Mitgliedstaaten geschaffen werden, einschließlich durch die Festlegung von Mindestverfahrensstandards.“

5 Dazu *S. Leible*, EUZ 2014, 76 f.

6 *S. Leible*, Festschrift f. *Gottwald* (2014), S. 391, der das bisherige Konzept der Kommission für zu kurz gegriffen hält. Nach dem Vorbild des europäischen Vertragsrechts gelte es, „*Principlesoftheexisting EC Procedural Law*“ herauszuarbeiten.

7 Empfehlung der Europäischen Kommission vom 11.6.2013: „Gemeinsame Grundsätze für kollektive Unterlassungs- und Schadensersatzverfahren in den Mitgliedstaaten bei Verletzung von durch Unionsrecht garantierten Rechten“, C (2013) 3539; vgl. auch die dazu ergangene Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss undden Ausschuss der Regionen: „Auf

Die folgenden Ausführungen geben lediglich die nationale Perspektive des Autors wieder und gehen der Frage nach, welche (unabdingbaren) Mindeststandards und zentralen Verfahrensgrundsätze dem deutschen Zivilverfahrensrecht zu entnehmen sind[8]. Prozessuale Mindeststandards sind im deutschen Recht regelmäßig nicht als konkrete Rechtsnormen konzipiert. In erster Linie sind damit Grundsätze von Verfassungsrang und die fortschreitende Konstitutionalisierung des nationalen Prozessrechtsangesprochen[9]. Bedeutung gewinnen neben den Garantien der Europäischen Menschenrechtskonvention und der Europäischen Grundrechtecharta vor allem die Verfahrensgrundrechte des deutschen Grundgesetzes. Mit prozessualen Mindeststandards werden aber auch die klassischen Prozessmaximen in Verbindung gebracht, welche dem Erkenntnisverfahren der ZPO einen festen Rahmen geben[10]. Mit dem Beitrag wird die Hoffnung verbunden, dass er auf das Interesse des verehrten Jubilars stößt.

II. Mindeststandards und zentrale Verfahrensgrundsätze im deutschen Recht

1. Verfassungsrechtliche Ebene: Die Bedeutung der Justizgrundrechte im deutschen Recht

Gerichtsverfassungs- und Zivilverfahrensrecht stellen nach einer häufigen Formulierung bereits angewandtes Verfassungsrecht dar[11]. Die Einflussnahme der Grundrechte auf die einfache Rechtsordnung ist ein

---

dem Weg zu einem allgemeinen europäischen Rahmen für den kollektiven Rechtsschutz", COM(2013) 401 final.

8 Vgl. dazu auch demnächst *Ch. Althammer*, in: *Weller/Althammer*, Mindeststandardsim europäischen Zivilprozessrecht: Grundvoraussetzung für „gegenseitiges Vertrauen", (erscheint 2015).

9 Zur Konstitutionalisierung des europäischen Prozessrechts *Hess*, Europäisches Zivilprozessrecht (2010), § 3 Rdnr. 46; *Gilles*, ZZPInt 7 (2002), 29, der eine „Hyperkonstitutionalisierung" des Prozessrechts erkennen will.

10 *Althammer*, ZZP 126 (2013), 3 ff. Auf das enge historische Verhältnis von Verfahrensmaximen und Verfahrensgrundrechten wird an späterer Stelle hingewiesen.

11 *Schwab/Gottwald*, Verfassung und Zivilprozeß (1984), S. 5.

allgemeines Charakteristikum der Rechtsentwicklung in Deutschland, das mit Inkrafttreten des Grundgesetzes im Jahr 1949 begonnen hat. Die im Vergleich zu ausländischen Rechtsordnungen klare Normenhierarchieim deutschen Recht ist, wenn man die europäischen Rechtsakte einmal außerAcht lässt, auch für die Ausgestaltung von Zivilverfahren zwingend. Das Prozessrecht selbst ist erst seit etwa vierzig Jahren gehäuft Gegenstand der Judikatur des BVerfG[12]. Im internationalen Vergleich hat die Konstitutionalisierung des Zivilprozessrechts bedeutsame Fortschritte zu verzeichnen. Ihre Ursache liegt in einem umfassend ausgestalteten allgemeinen Grundrechtskatalog und in derhervorgehobenen Stellung justizieller Grundrechte im 9. Abschnitt des Grundgesetzes begründet. Das Recht auf den gesetzlichen Richter (Art. 101 GG), der Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG)[13] sowie die Gleichheit vor dem Richter bilden insoweit die Pfeiler für einen rechtsstaatlichen Ablauf des zivilprozessualen Erkenntnisverfahrens[14]. Die Bedeutung der Justizgrundrechte kommt in der bekannten Plenarentscheidung des Bundesverfassungsgerichts aus dem 2003 deutlich zum Ausdruck: http://beck-online.beck.de/?vpath=bibdata\komm\mauschmklebetkobverfgg_36\bverfgg\cont\mauschmklebetkobverfgg.bverfgg.p90.glc.glv.gl7.glc.glaa.htm&pos=0&hlwords=Mindeststandard%c3%90und%c3%90Verfahrensgrundrechte - FNID0EZXHKB „Die Verfahrensgrundrechte, insbesondere die des Art. 101 Abs. 1 und des Art. 103 Abs. 1 GG, sichern in Form eines grundrechtsgleichen Rechts die Einhaltung rechtsstaatlicher Mindeststandards.“[15]. Die Bedeutung von Art. 103 GG hat etwa auch dazu geführt, dass der Reformgesetzgeber des Jahres 2001 in § 321a ZPO zunächst eine Anhörungsrüge gegen unanfechtbare Entscheidungen der ersten Instanz eingeführt hat, deren Anwendungsbereich dann im Jahre 2004

---

12 Zu dieser Entwicklung bereits aus der Perspektive des Jahres 1983: *E. Schumann*, ZZP 96 (1983), 140 ff.

13 Vgl. BGH, Urteil vom 12.12.2012 - VIII ZR 307/11, BeckRS 2013, 00691.

14 *E. Schumann*, ZZP 96 (1983), 140, 157 ff.; *ders.*, Der Einfluss des Grundgesetzes auf die zivilprozessuale Rechtsprechung, in: Festgabe BGH, Bd. III (2000), S. 16 f.; *Lipp*, in: *Gsell/Hau*, Zivilgerichtsbarkeit und Europäisches Justizsystem (2012), S. 103, 114.

15 BVerfGE 107, 395 f. = NJW 2003, 1924, 1926; BVerfG NJW 2002, 2619; BGH NJW 2003, 1727; *Althammer*, ZZP 126 (2013), 3 ff., 10 f.

auf verfahrensbeendende Judikate aller Instanzen erweitert wurde. Das BVerfG hat darüber hinaus unter Rückgriff auf das Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) ergänzende Garantien entwickelt, welche die dienende Funktion des Zivilprozesses zum Ausdruck bringen, wie etwa der Justizgewährungsanspruch und das Recht auf ein faires Verfahren[16]. Besondere Bedeutung kommt schließlich dem prozessualen Gleichheitssatz zu, den das BVerfG Art. 3 GG und dem Rechtsstaatsgrundsatz (Art. 20III GG) entnimmt[17]. Beispielsweise folgt hieraus, dass die Verwirklichung des Rechtsschutzes der bemittelten und der unbemittelten Person nach weitgehend gleichen Maßstäben möglich sein muss, was in Deutschland vor allem durch das Institut der Prozesskostenhilfe (§§ 114 ff. ZPO) und der Beratungshilfe gewährleistet wird[18], während andere Instrumente eines gemischten Kostensystems, wie nach dem BVerfG ausnahmsweise zulässige Erfolgshonorare (siehe § 4a RVG), bisher lediglich eine kleinere Rolle spielen[19]. Der Grundsatz prozessualer Waffengleichheit wird auch im Falle der Stoffsammlung und Beweisführung durch die Parteien hoch gehalten[20]. Dass es sich bei der Gleichheit vor dem Richter international betrachtet bereits um eine „gemeineuropäische Gleichheitsmaxime" handelt, hat *R. Stürner* kürzlich in der Festschrift f. *P. Gottwald* herausgearbeitet[21]. Gleichwohl ist Vorsicht geboten, wenn durch sie im Zuge der Konstitutionalisierung des Prozessrechts rechtskulturell erklärbare Kluften vorschnell überdeckt werden sollen. Der Harmonisierungseffekt könnte trügerischer Art sein und nicht lange herhalten. Im Übrigen ergibt auch ein

---

16 BVerfGE 46, 202, 209 (Recht auf ein faires Verfahren); BVerfGE 107, 395, 407 ff. (Justizgewährungsanspruch); *E. Schumann*, ZZP 96 (1983), 140, 160. Das deutsche Verfassungsrecht kennt jedoch anders als Art. 47 Abs. 2 GR-Charta keinen geschriebenen Grundsatz eines fairen Verfahrens; BVerfGE 78, 126 (129); *E. Schumann*, Der Einfluss des Grundgesetzes auf die zivilprozessuale Rechtsprechung, in: Festgabe BGH, Bd. III (2000), S. 15 f., 19; *Althammer*, ZZP 126 (2013), 3 ff., 10 f.

17 BVerfG NJW 2000, 1936; BVerfGE 78, 126 (129).

18 BVerfGE 9, 124, 131 = NJW 1959, 715.

19 BVerfG NJW 2007, 979.

20 BVerfG NJW 2001, 2531; EGMR, Urt. v. 27. 10. 1993 - Rs. 37/1992/382/460, NJW 1995, 1413 - *DomboBeheer B.V./Niederlande*.

21 *R. Stürner*, in: Festschrift f. *P. Gottwald* (2014), S. 631 ff.

Blick auf den deutschen Mikrokosmos, dass das BVerfG in seiner Rolle als „Pannenhelfer“ trotz der unbestreitbaren Verdienste um die Rechtsstaatlichkeit des Verfahrensauch „Unruhe in der formalen Ordnungsfunktion des Prozessrechts“ erzeugt hat[22]. Insoweit sind schonende verfahrensrechtliche Selbstreinigungsmechanismen gegen Grundrechtsverstöße, wie sie in Gestalt von § 321a ZPO und der Gegenvorstellung partiell existieren, vorzugswürdig. Andererseits sollte die deutsche Prozessualistik zukünftig flexibel auf Entscheidungen nationaler und internationaler Höchstgerichte reagieren, welche mit menschen- und grundrechtlichem Impetus bewährte Institute des deutschen Prozessrechts in Frage stellen und zur Modernisierung der eigenen Dogmatik anregen[23]. Herausgehobene Stellung kommt im deutschen Recht dem Justizgewährungsanspruch zu. Jedoch folgt aus diesem Anspruch und dem Gebot effektiven Rechtsschutzes nach (bestrittener) Auffassung des BVerfG keine verfassungsrechtliche Garantie eines Rechtsmittelzuges zugunsten der erstinstanzlichen Parteien[24]. Sobald sich aber der Gesetzgeber für die Eröffnung einer weiteren Instanz entschieden hat, darf der Zugang zum Rechtsmittel nicht in unzumutbarer, aus Sachgründen nicht mehr zu rechtfertigender Weise erschwert werden[25]. Angesprochen sind damit der prozessuale Gleichheitssatz, das Willkürverbot sowie auch der Grundsatz der Rechtsmittelklarheit[26]. Ebenfalls mit Blick auf den Justizgewährungsanspruch festgehalten hat das BVerfG in einem viel

---

22 Ähnlich MüKo/*Rauscher*, Einl. ZPO, Rn. 205 ff.; *Gralf-PeterCallies*, Der Richter im Zivilprozess - Sind ZPO und GVG noch zeitgemäß ?, Verhandlungen des 70. Deutschen Juristentages, Hannover 2014, Bd. I, 2014.

23 Dazu allgemein *G. Hager*, Rechtsmethoden in Europa (2009), S. 222 ff.; *R. Stürner* JZ 2012, 10 ff., 15; *Rüthers*, Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat (2014), S. 29 ff., 103 ff.; für das Prozessrecht *R. Stürner*, ZZP 127 (2014), 307 f.; vgl. zur Orientierung des englischen Verfahrensrechts an Menschen- und Grundrechten *Andrews*, On CivilProcess, Vol. I (2013), Ch. 25, S. 683 ff., Ch. 30, S. 809 ff.; *Zuckerman*, On Civil Procedure, 2. Aufl. (2006), Ch. 2, S. 50 ff.

24 BVerfG NJW 2003, 1924 ff.; dazu kritisch *Voßkuhle*, NJW 1995, 1377 ff.; *ders*., Rechtsschutz gegen den Richter (1993); vgl. zur Kritik an der herrschenden Auffassung auch *Gilles*, JZ 1985, 253, 258 ff.; *Klamaris*, Festschrift f. *Schwab* (1990), S. 269 ff.

25 BVerfGE 69, 385; 125, 104, 136 f.; BVerfG NJW 2003, 1924 ff.

26 BVerfG NJW 2003, 1924 ff.

zitierten Kammerbeschluss, dass der Gesetzgeber keineswegs nur kontradiktorische Verfahren einführen[27], sondern vielmehr auch Anreize für eine einverständliche Streitbewältigung schaffen kann, etwa um die Konfliktlösung zu beschleunigen, den Rechtsfrieden zu fördern oder die staatlichen Gerichte zu entlasten, wenn ergänzend der Weg zu einer Streitentscheidung durch die staatlichen Gerichte eröffnet bleibt[28]. Zu Diskussionen hat dabei die Passage geführt, wonach es „auch in einem Rechtsstaat grundsätzlich vorzugswürdig gegenüber einer richterlichen Streitentscheidung", sei, eine „streitige Problemlage durch eine einverständliche Lösung zu bewältigen". Spätestens wenn sich außergerichtliche Schlichtung und Gerichtsvermeidung, unterstützt durch Kostenanreize und -sanktionen, wie in England zu einem Massenphänomen entwickelt, das im Bereich von Verbraucher-Unternehmerstreitigkeiten die staatliche Gerichtsbarkeit institutionell aushöhlt, wäre auch die institutionelle Garantie der Rechtsprechung in Art. 92 GG als Mindeststandard betroffen[29].

2. Die Bedeutung der Europäischen Menschenrechtskonvention und der Grundrechtecharta

Nach dem in Art. 53 EMRK normierten Günstigkeitsprinzip enthält die Menschenrechtskonvention rechtsstaatliche und damit auch prozessuale Mindeststandards[30]. Art 6 Abs. 1 EMRK ist zu entnehmen, dass die Entscheidung über zivilrechtliche Ansprüche durch ein unabhängiges und unparteiisches, auf Gesetz beruhenden Gericht zu erfolgen hat[31]. Der EGMR entnimmt der Vorschrift u.a. das Recht auf Zugang zu den Gerichten, das

---

27 BVerfG, NJW-RR 2007, 1073, 1074; vgl. auch EuGH, Urteil v. 18.10.2010 – Rs. C-317/08-320/08 *(Alassani./.Telecom Italia SpA)*, Rz. 46 ff.; *Wagner, G.*, Rabels Z 74 (2010), 838; *ders.* JZ 1998, 842 ff.

28 BVerfG, NJW-RR 2007, 1073.

29 Kritisch *Stürne*r, ZZP 127 (2014), 325; *H. Roth*, JZ 2013, 644.

30 Entscheidungen des EGMR rechtfertigen die Wiederaufnahme des Verfahrens (§ 580 Nr. 8 ZPO).

31 *Rebhahn,* AcP 210 (2010), 489 f.; *Hess*, Europäisches Zivilprozessrecht (2010), § 4 Rdnr. 13, S. 135.

Recht auf Gehör[32] und insbesondere das Recht auf ein faires Verfahren sowie auf eine mündliche Verhandlung[33]. Weitere ausdrückliche Gewährleistungen betreffen das Recht auf Öffentlichkeit, auf eine Entscheidung in angemessener Zeit sowie die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Spruchkörpers[34]. Die Vorschrift benennt somit einen Kern prozessbezogener Menschenrechte[35], wobei in der Rechtsprechung des EGMR der Grundsatz eines fairen Verfahrens dominiert[36]. Anders als das ausdifferenzierte Grundgesetz vereint Art. 6 Abs. 1 EMRK die volle Breite der Justizgrundrechte unter einem Dach. Mit Blick auf den ausdifferenzierten Kanon von Justizgrundrechten im GGhaben die in der EMRK enthaltenen Gewährleistungenfür den deutschen Zivilprozess wenig eigenständige Bedeutung erlangt[37]. Die EMRK, die in Deutschland nach dem BVerfG[38] weiter im Rang von einfachem Bundesrecht steht (Art. 59 Abs. 2 GG), und nicht wie in anderen Ländern die Ebene des Verfassungsrechts erklommen hat[39], dient aber als wichtige Auslegungshilfe grundrechtlicher Gewährleistungen[40]. Im Ergebnis können die in der EMRK verbürgten Menschenrechte nur einen geringen Beitrag zur europäischen Verfahrensrechtsharmonisierung leisten. So kann sich zwar über Art. 13 EMRK ein verpflichtender Auftrag an den nationalen Gesetzgeber ergeben[41],

---

32 *Andrews*, in: *Kramer/van Rhee* (Hrsg.), CivilLitigation in a Globalising World (2012), S. 31; *Matscher,* in: Festschrift f. *W. Henckel* (1995), S. 593, 594 f., 598 f.

33 Dazu auch *R. Stürner*, in: Festschrift f. *Kaissis* (2012), S. 991, 1003.

34 Näher *M. Wolf*, in: Festschrift f. *Söllner* (2000), S. 1279 f., 1280; ausführlicher bereits *Althammer*, ZZP 126 (2013), 3 ff.,10 ff.

35 Vgl. *Knöfel*, in: Festschrift f. *Kaissis* (2012), S. 502; *Matscher*, in: Festschrift *H. F. Gaul* (1997), S. 435 ff.;

36 *Matscher,* in: Festschrift f. *W. Henckel* (1995), S. 593, 596; siehe dazu bereits *Althammer*, ZZP 126 (2013), 10 f.; MüKo/*Rauscher*, Einl. ZPO, 4. Aufl. (2013), Rn. 208.

37 *Rebhahn,* AcP 210 (2010), 532; *Oberhammer,* JBl 2006, 498; Vgl. EuGH EuZW 2010, 550 - *Alassini*; *Althammer*, ZZP 126 (2013), 10 f.

38 BVerfGE 111, 307, 315 ff. = NJW 2004, 3407 f.

39 *Rebhahn,* AcP 210 (2010), 493.

40 BVerfGE 111, 307, 315 ff. = NJW 2004, 3407 f.; *Ruffert,* JZ 2009, 391 f.; *Hoffmann/Kollmar,* NVwZ 2014, 1269.

41 *Lipp*, in: *Gsell/Hau*, Zivilgerichtsbarkeit und Europäisches Justizsystem (2012), S. 103, 115 f.

die nationalen Verfahrensgesetze so zu gestalten, dass den Anforderungen von Art. 6 EMRK entsprochen wird[42]. Man denke etwa an die Rechtsprechung des EGMR zur Bekämpfung überlanger Verfahrensdauer, welche präventive und kompensatorische Rechtsschutzmodelle als gleichwertig ansieht und damit in den Grenzen von Art. 46 Abs. 2 EMRK Umsetzungsspielraum gewährt[43]. Dieser ist einer Rechtsvereinheitlichung freilich nicht zuträglich[44]. Gerade mit Blick auf familienrechtliche Verfahren gewinnt zudem in jüngster Zeit auch Art. 8 EMRK erheblichen Einfluss, so dass die generelle Aufgabe eines präventiven Rechtsschutzmodells (in Deutschland: die heute unzulässige Untätigkeitskeitsbeschwerde) durch die kompensatorische Regelung in § 198 GVG aus Sicht des deutschen Gesetzgebers wohl voreilig gewesen sein dürfte. Darüber hinaus kanndie EMRK die Vielfalt nationaler Verfahrenselemente bereits deswegen nicht verhindern[45], weil sie dem Subsidiaritätsgrundsatz verpflichtet ist[46]. Bei einer Verletzung von Unionsrecht enthält auch Art. 47 Abs. 3 EU-GR-Charta prozessuale Garantien. Interessanterweise wird die Wendung „bei der Durchführung von Unionsrecht“ (vgl. Art. 51Abs. 1 EU-GR-Charta) nach der jüngsten Rechtsprechung des EuGH in der Rechtssache *Åkerberg Fransson* aber sehr weit interpretiert[47].

Prozessuale Mindeststandards resultieren zwar auch aus dem europäischen Primärrecht[48], also insbesondere aus den Grundfreiheiten (vgl.

---

42 *Meyer-Ladewig/Petzold,* NJW 2005, 18 f.

43 *Althammer*, ZZP 126 (2013), 3 ff., 15.

44 Die Mindestgarantien der EMRK stehen einer Verbesserung des Rechtsschutzniveaus auf nationaler Ebene aber nicht im Wege stehen, vgl. Art. 53 EMRK; *M. Wolf*, in: Festschrift f. *Söllner* (2000), S. 1279 f.; *Meyer-Ladewig/Petzold,* NJW 2005, 18 f.; näher *Althammer,* JZ 2011, 446 ff.; *ders.*, ZZP 126 (2013), 10 f.

45 EGMR (Große Kammer) NJW 1999, 1174 („Beurteilungsspielraum“); *M. Wolf*, in: Festschrift f. *Söllner* (2000), S. 1279 f.

46 Der EGMR will eine unterschiedliche Auslegung des Grundsatzes der Öffentlichkeit in den Vertragsstaaten nicht verhindern, EGMR NJW 1986, 2177, 2178 - *Pretto u.a./Italien*; EGMR NJW 1993, 1697 - *Hadjianastassiou/Griechenland*.

47 EuGH (Große Kammer), Urt. v. 26. 2. 2013 - C-617/10 (*Åklagare/Hans Åkerberg Fransson*), EuZW, 2013, 302.

48 *Heinze,* EuR 2008, 656.

etwa Art. 28, Art. 49, Art. 56 AEUV) und den Diskriminierungsverboten[49]. Beispielsweise sei an die diskriminierende Regel in § 917 Abs. 2 ZPO a.F. oder an § 110 ZPO a.Ferinnert[50]. Die Verwirklichung des Binnenmarktes setzt jedoch grundsätzlich keinevollständige nationale Prozessrechtsharmonisierung voraus[51]. Stärkeren Einfluss als die Grundfreiheitenhaben aber der unionsrechtliche Effektivitäts- und Äquivalenzgrundsatz gewonnen, welche das nationale Prozessrecht partiell, aber keineswegs immer positiv überformen[52]. Ein Hindernis für die effektive Durchsetzung des Unionsrechts kann sich nach der Rechtsprechung des EuGH im Einzelfall etwa aus dem zivilprozessualen Beibringungsgrundsatz ergeben[53].

3. Zentrale Verfahrensgrundsätze im deutschen Zivilprozessrecht

Begeben wir uns auf die Prinzipienebene des einfachen Zivilverfahrensrechts, das in Deutschland primär durch Zivilprozessordnung und Gerichtsverfassungsgesetz sowie eine Reihe von Nebengesetzen bestimmt wird. Hier formen die Prozessmaximen, die teilweise auch eine verfassungsrechtliche Fundierung besitzen, die eigentliche prozessuale

---

49 EuGH, Urt. v. 22. 6. 1999, Rs. C-412/97 - *ED Srl/ItaloFenocchio*, Slg. 1999, I-3879 f. Rdnr. 11; ausführlich *H. Roth*, in: *Müller-Graff/Roth,* Recht und Rechtswissenschaft (2000), S. 351, 368 f.; *Rösler,* Europäische Gerichtsbarkeit auf dem Gebiet des Zivilrechts (2012), S. 483 f.; *Coester-Waltjen*, JURA 2006, 919; *Hess,* Europäisches Zivilprozessrecht, § 4 Rdnr. 3 f., S. 130 f.

50 EuGH Rs. C 398/92*, Mund*, NJW 1994, 1271; EuGH NJW 1998, 2127.

51 *Stadler*, in: Essays in honourof*Konstantinos D. Kerameus* (2009), S. 1355 f.; ebenso *Wendt,* EuZW 2011, 618.

52 Vgl. auch EuGH NJW 1991, 2621 f. - *Kongressagentur Hagen*; *Hess*, Europäisches Zivilprozessrecht (2010), § 11 Rdnr. 8, S. 621; *ders.,* in: *Kramer/van Rhee* (Hrsg.), Civil Litigation in a Globalising World (2012), S. 159; *Rösler,* Europäische Gerichtsbarkeit auf dem Gebiet des Zivilrechts (2012), S. 479 f.; *Heinze,* EuR 2008, 657 f., 688; *ders.,* JZ 2011, 713; *A. Herb*, Europäisches Gemeinschaftsrecht und nationaler Zivilprozess (2007), S. 187 ff.

53 EuGH, Rs. C-430/93 und C-431/93 - *van Schijndel*, Slg. 1995, I-4705; *Herb*, Europäisches Gemeinschaftsrecht und nationaler Zivilprozess (2007), S. 300; *Heinze,* EuR 2008, 663.

Architektur[54]. In ihnen kommen rechtspolitische Grundentscheidungen und allgemein anerkannte prozedurale Gerechtigkeitswerte zum Ausdruck[55]. Angesprochen sind neben Dispositions- und Verhandlungsmaxime vor allem der Öffentlichkeitsgrundsatz und der Beschleunigungsgrundsatz sowie die Mündlichkeit und Unmittelbarkeit der Verhandlung, ohne diese Prinzipien an dieser Stelle in gleichem Umfang erörtern zu können[56]. Zwar können ihnen regelmäßig keine konkreten Antworten für prozessuale Zweifelsfragen entnommen werden, gleichwohl finden die in den Maximen verkörperten Werte bei der Analyse von Einzelproblemen und bei der Auslegung einzelner Normen Beachtung. Insoweit stellen sie wichtiger Parameter für die inhaltliche Novellierung von Verfahrensnormen dar, die jegliches Abweichen besonders begründungsbedürftig machen[57]. Um seine Bedeutung zu wahren, muss der Maximenkanonaber begrenzt sein. Eine verfassungsrechtliche Fundierung der einzelnen Maxime ist dafür keine *conditio sine qua non*. Ein äußeres Kennzeichen von Prozessmaximen ist jedoch im Regelfall, dass sie als antagonistische Gegensatzpaare (Prinzip und Gegenprinzip) denkbar sind[58].

Die Prozessmaximen haben in Deutschland - im Gegensatz zu den vielgerühmten „*principesdirecteurs*“ des französischen *Noveaue Code de Procédure Civile* von 1976[59] und anders als die allgemeinen Grundsätze der neuen Schweizer Prozessordnung von 2010 (Art. 52 ff. SchwZPO: Treu und

---

54 Ähnlich *Bruns*, in: *Bruns/Münch/Stadler*, Die Zukunft des Zivilprozesses (2013), 55 f.; allgemein MüKo/*Rauscher*, Einl. ZPO, 4. Aufl. (2013), Rn. 287 f. *Laukkanen,* in: *M. Storme* (Hrsg.), Procedural Laws in Europe - TowardsHarmonisation (2003), S. 188 spricht vom „*frameworkof a proceduralsystem*“; *Gilles,* ZZPInt 7 (2002), 28, sieht in Zeiten moderner Informations- und Kommunikationstechniken eine gründliche Revision „klassischer“ Verfahrensmaximen als geboten an.

55 *R. Stürner*, in: Festschrift f. *Baur* (1981), S. 647; *Bruns*, in: *Bruns/Münch/Stadler*, Die Zukunft des Zivilprozesses (2013), 55 f.

56 Ausführlich *Stein/Jonas/Leipold*, ZPO, 22. Aufl. (2005), vor § 128 Rn. 5.

57 *Bruns*, in: *Bruns/Münch/Stadler*, Die Zukunft des Zivilprozesses (2013), 55 f.; zustimmend *H. Roth*, JZ 2014, 802.

58 *R. Stürner*, ZZP 127 (2014), 297 ff.; *Hofmann*, ZZP 126 (2013), 101 f.

59 Dazu *Cadiet/Jeuland*, Droitjudiciaireprivé, 8. Aufl. (2013), S. 395 ff.; aus deutscher Sicht *R. Stürner*, ZZP 127 (2014), 297 ff.

Glauben, rechtliches Gehör, Öffentlichkeit des Verfahrens, Verhandlungs- und Untersuchungsgrundsatz, gerichtliche Fragepflicht, Dispositions- und Offizialgrundsatz) - keine zusammenhänge Kodifizierung erfahren[60]. Obwohl die deutsche ZPO keinen derart allgemeinen Teil besitzt, kommen dort die Prozessmaximen in der Zusammenschau von Detailregelungen dennoch mit großer Prägnanz und Detailtiefe zum Ausdruck.

a. Die Bedeutung der Dispositionsmaxime

Sein entscheidendes Gepräge gibt dem deutschen Zivilprozess zweifellos der Dispositionsgrundsatz, indem er die Befugnis der Parteien enthält, über den Inhalt, den Gang und die Beendigung des Verfahrens zu bestimmen[61]. Diese Maxime korrespondiert mit der ursprünglich sehr liberalen Gesinnung der deutschen ZPO und stellt die prozessuale Entsprechung der für das materielle Recht prägenden Privatautonomie dar[62]. Zusammen mit dem Beibringungsgrundsatz wird das Prinzip der Parteidisposition verwirklicht. Zumindest in ihrem Kernwird die Dispositionsmaxime durch Art. 2 Abs. 1 GG und die Garantie effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 GG, Art. 2 Abs. 1iVm. 20 Abs. 3 GG) verfassungsrechtlich abgesichert, während Randbereiche der Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers unterfallen[63]. Die Dispositionsmaxime klingt deutlich in der Bindung des Richters an die Parteianträge an (§ 308

---

60 Zu den Prozessmaximen aus gesamteuropäischer Sicht *Habscheid,* in: *Müller-Graff* (Hrsg.), Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft (1993), S. 455 f.Zur Schweizer ZPO eingehend und kritisch *Oberhammer,* ZEuP 2013, 751 ff.; Auch die *Principlesof Transnational CivilProcedure* enthalten fundamentale Verfahrensprinzipien wie die richterliche Unabhängigkeit und Unparteilichkeit (*Principle* 1.1, 1.3), den Öffentlichkeitsgrundsatz (*Principle* 20) sowie den Gleichbehandlungsgrundsatz (*Principle* 3).

61 MüKo/*Rauscher*, Einl. ZPO, 4. Aufl. (2013), Rn. 290 ff.; *Bruns*, in: *Bruns/Münch/Stadler*, Die Zukunft des Zivilprozesses (2013), S. 55 f.; *Stein/Jonas/Leipold*, ZPO, 22. Aufl. (2005), vor § 128 Rn. 139 ff.

62 MüKo/*Rauscher*, Einl. ZPO, 4. Aufl. (2013), Rn. 290 ff.; zum Liberalismus aus zivilprozessualer Sicht eingehend *R. Stürner*, öJZ 2014, 1 ff.

63 *Bruns*, in: *Bruns/Münch/Stadler*, Die Zukunft des Zivilprozesses (2013), S. 57; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, 17. Aufl. (2010), § 1 Rn. 28.

Abs. 1 ZPO). § 308 Abs. 2 ZPO stellen dabei nur partielle Durchbrechungen aus Gründen des staatlichen Kosteninteresses bzw. im Interesse eines „sozialen Zivilprozesses“ dar. Deutlichen Ausdruck findet die Dispositionsmaxime auch im Zusammenhang mit der materiellen Rechtskraft des richterlichen Urteils. Denn sie reicht nach § 322 Abs. 1 ZPO „nur“ so weit, „als über den durch die Klage … erhobenen Anspruch[also den Streitgegenstand] entschieden ist“[64], während noch bei *v. Savigny*der Richter über ein bestimmtes, die Streitentscheidung bedingendes materielles Rechtsverhältnis als Ganzes entscheiden sollte[65]. Als Ausgleich für diese engen Rechtskraftgrenzenerachtete der Gesetzgeber die Einführung der Zwischenfeststellungsklage als notwendig (§ 256 Abs. 2 ZPO), was mit der Dispositionsmaxime korrespondiert. Im Ergebnis ist dieseMaxime als zwingendes Prinzip des deutschen Zivilprozessrechts zu begreifen, deren Durchbrechungallenfalls in Einzelfällen in Betracht kommt und die nicht grundsätzlich durch die Offizialmaxime ersetzt werden kann. Dieser Befund verdeutlicht, dass das subjektive Recht als Ausdruck einer die Privatautonomie prägenden individualistischen Sichtweise auch im Prozessrecht seinen Siegeszug angetreten hat[66]. Über den deutschen Kontext hinaus betrachtet, istdie zivilprozessuale Dispositionsmaxime auch als gemeineuropäisches Prinzip in den nationalen Rechten unstreitig anerkannt, wenngleich dort nicht immer eine scharfe Grenze zur Verantwortung der Parteien für Tatsachen und Beweismittel (zum Beibringungsgrundsatz) gezogen wird[67]. Auch verleihtPr. 10 der *Principlesof Transnational CivilProcedure*der Dispositionsmaxime deutliche Anerkennung.

b. Die Bedeutung des Beibringungsgrundsatzes

Nach dem Beibringungsgrundsatz (=Verhandlungsgrundsatz) ist es Aufgabe der Parteien, den tatsächlichen Prozessstoff und die Beweismittel zu unterbreiten. Art. 103 Abs. 1 GG sichert ihn teilweise auf

---

64 Vgl. zu den Motiven des Gesetzgebers: *Hahn,* Materialien II/1, S. 291; *Foerste,* ZZP 108 (1995), 169.

65 *v. Sayigny,* System des heutigen Römischen RechtsVI, S. 350.

66 *R. Stürner*, in: *P. Gilles/Thomas Pfeiffer*, Prozeßrecht und Rechtskulturen (2004), S. 47.

67 Hierzu *R. Stürner,* in: Festschrift f. *Heldrich* (2005), S. 1064 ff.

verfassungsrechtlicher Ebene ab[68]. Die Verhandlungsmaxime ist zusammen mit der Dispositionsmaxime die verfahrensrechtliche Ausprägung einer freiheitlichen Privatrechtsordnung, in der das subjektive Recht im Mittelpunkt steht[69]. Formelle Wahrheitspflicht und richterliche Hinweis- und Aufklärungspflichten schränken den Beibringungsgrundsatz jedoch ein[70]. Im modernen Zivilprozess ist das Gericht gehalten, auf die Vollständigkeit der Tatsachenbehauptungen hinzuwirken und entsprechende Ergänzungen anzuregen (§§ 139 Abs.1, 278 Abs. 3 ZPO), soweit es dadurch seine Neutralitätspflicht nicht verletzt[71]. Insoweit wird richterliche Aktivität im Sinne einer Mitverantwortung für die umfassende Aufarbeitung des Streitsachverhalts (in unterschiedlichem Umfang) als sinnvoll angesehen[72]. Auch auf der Ebene des Beweisantritts ist ein wechselseitiges Agieren von Gericht und Parteien möglich, ohne dass sich indes in Deutschland die Begrifflichkeit der „Kooperationsmaxime" durchgesetzt hätte[73]. Im Ergebnis ist aber die Beobachtung richtig, dass sich der deutsche Zivilprozess einemdialogischenVerfahren zwischen Gericht und Parteien angenähert hat[74]. Da es effizient erscheint, wenn sich die Parteien im eigenen Interesse um die Rekonstruktion des Sachverhalts bemühen, besteht eine starke Verbindung zwischen Verhandlungsmaxime und Prozessökonomie[75]. Auch die *Principlesof Transnational Civil Procedure* stimmen in ihren Einzelregelungen mit der Verhandlungsmaxime überein (*Pr.* 5.4). Im

---

68 MüKo/*Rauscher*, Einl. ZPO, 4. Aufl. (2013), Rn. 307 ff.; *Bruns*, in: *Bruns/Münch/Stadler*, Die Zukunft des Zivilprozesses (2013), S. 59.

69 *Stein/Jonas/Leipold*, ZPO, 22. Aufl. (2005), vor § 128 Rn. 149 f.; MüKo, Einl. ZPO, 4. Aufl. (2013), Rn. 307; vgl. auch BVerfGE 54, 277 (293): „Verfahrensrecht hat … in hohem Maße freiheitsgewährleistende Funktion für den Einzelnen und für das Gemeinwesen."

70 MüKo/*Rauscher*, Einl. ZPO, 4. Aufl. (2013), Rn. 319 f.

71 *Bruns*, in: *Bruns/Münch/Stadler*, Die Zukunft des Zivilprozesses (2013), S. 59.

72 Weiterführend auch *Gaier*, NJW 2013, 2872 f.

73 Vgl. aus österreichischer Sicht *Kugler*, Die Kooperationsmaxime (2002).

74 Grundlegend *R. Stürner*, ZZP 123 (2010), 152 f., 154, der zugleich die Nähe zu Art. 16 *Code de Procédurecivile*betont.

75 MüKo/*Rauscher*, Einl. ZPO, 4. Aufl. (2013), Rn. 308; *Schöpflin* JR 2003, 485, der aber deutlich darauf hinweist, dass die Verfahrensökonomie keine eigenständige Prozessmaxime darstelle.

Grundsatz wird die Verhandlungsmaxime auch im europäischen Zivilprozessrecht geachtet, obwohl keine ausdrückliche gesetzliche Verankerung, sondern nur mittelbare gesetzliche Hinweise existieren[76]. Was es zukünftig bedeuten könnte, wenn die durch das BVerfG[77] für das materielle Recht entwickelten Grundsätze zur strukturellen Unterlegenheit von Vertragspartnern in das Zivilprozessrecht transformiert werden sollten, kann hier nur angedeutet werden[78]. Diese Frage stellt sich insbesondere, wenn man den zivilprozessualen Beibringungsgrundsatz als Fortsetzung der grundrechtlich gewährleisteten Privatautonomie um eine Leistungsmaxime ergänzt, die das Gericht im Falle massiver situativer Unterlegenheit einer Partei zu besonderer Aufklärung verpflichtet[79]. Bedenkenswert erscheint in diesem Zusammenhang auch, wie zukünftig die Attraktivität des zivilprozessualen Erkenntnisverfahrens gegen eine erstarkende private Schlichtungskultur mit spezieller verbraucherschützender Tendenz bewahrt werden kann[80]. Die Vermeidung eines strukturellen Ungleichgewichts bedeutet aber nicht, dass einem rollentypischen Verbraucherschutzprozessrecht das Wort geredet werden sollte. Vielmehr kommt es aus Sicht des Richters in erster Linie auf die Vermeidung eines Kräfteungleichgewichts im konkreten Einzelfall an. Einschränkungen des Beibringungsgrundsatzes könnte in Deutschland zukünftig auch die Einführung eines kollektiven Rechtsschutzsystems mit sich bringen. Der Forderung, den Beibringungsgrundsatz bei Kollektivklagendurch einen (eingeschränkten) Untersuchungsgrundsatz zuersetzen[81], ist jedoch mit Zurückhaltung zu begegnen. Zwingend im Sinne eines prozessualen

---

76 Vgl. etwa das Recht auf Beweis nach Art. 47 EU-GR-Charta.

77 BVerfGE 89, 214 (232 ff.) = NJW 1994, 36.

78 Näher *Ch. Althammer*, in: *Weller/Althammer*, Mindeststandards im europäischen Zivilprozessrecht: Grundvoraussetzung für „gegenseitiges Vertrauen", (erscheint 2015).

79 *Gaier*, NJW 2013, 2872 f.; ausführlicher *H. Roth*, Das Spannungsverhältnis im deutschen Zivilprozeßrecht, in: *P. Gottwald*, Recht und Gesellschaft in Deutschland und Japan (2009), S. 149 f., 169; *Messer*, Der Schutz des Schwächeren im Zivilprozeß, Festgabe BGH, Band III (2000), S. 67, 77; angedeutet auch von *R. Stürner*, Festschrift f. *Frisch* (2013), S. 201.

80 Näher *H. Roth*, JZ 2013, 637 ff.

81 Dazu *Häsemeyer*, in: Festschrift f. *Spellenberg*, 2010, S. 99, 110.

Mindeststandards erscheint der Beibringungsgrundsatz nur mit Blick auf das durch Art. 103 Abs. 1 GG abgesicherte Recht der Parteien, Tatsachen und Beweismittel in den Prozess einführen zu können. Ein teilweiser Rückgriff auf den Untersuchungsgrundsatz durch ausdrückliche gesetzgeberische Anordnung erscheint auch in angestammten Bereichen der Ziviljustiz nicht ausgeschlossen.

III. Ausblick

Prozessuale Mindeststandards, die im deutschen Recht vor allem auf verfassungsrechtlicher Ebene zu finden sind, und konkretisierte Prozessmaximen besitzen für das deutsche Erkenntnisverfahren eine lange Tradition. Selbstverständlich darf die Ausformung der jeweiligen Maximen nicht versteinern. Sie muss vielmehr der zeitlichen Entwicklung angepasst sein und neue Erscheinungen des Zivilprozessrechts angemessen berücksichtigen können[82]. Verfahrensgrundrechte sowie einfache Verfahrensmaximen werden in jüngerer Zeit auch durch ökonomische Aspekte, und insbesondere durch das Kriterium der Verfahrenseffizienz, beeinflusst[83]. Diese Entwicklung ist mit Skepsis zu begleiten. Darüber hinaus wird anerkannten Prozessmaximen zukünftig auch eine wichtige Ausstrahlungswirkung auf mediative außergerichtliche, aber doch rechtsorientierte Verfahren zukommen. Dies gilt insbesondere auch für die erstarkende und auf europäischer Ebene rechtspolitisch geförderte Schlichtung in Verbraucher-Unternehmer-Streitigkeiten. Im (autonomen) europäischen Zivilprozessrechtder Sekundärebene, dessen Mangel an konkreten Normen, dogmatischen Überzeugungen und Prozessinstituten offensichtlich ist, kann das Maximendenken - sofern es sich an national erprobten Prozessprinzipien orientiert - einen wesentlichen Beitrag für die europäische Prozessrechtsharmonisierung leisten[84]. Konkreten

---

82 Ähnlich *Hofmann*, ZZP 126 (2013), 100 f.; ausführlicher *Ch. Althammer*, in: *Weller/Althammer*, Mindeststandards im europäischen Zivilprozessrecht: Grundvoraussetzung für „gegenseitiges Vertrauen", (erscheint 2015).

83 Dazu auch *Knöfel*, in: Festschrift f. *Kaissis* (2012), S. 502 f.

84 *H. Roth,* ZEuP 1997, 567 ff.: „Gemeinsames und Trennendes der nationalen Prozeßordnungen … auf der Grundlage einer breit angelegten Prozeßrechtsvergleichung

Verfahrensmaximen wird dabei ein höherer Erkenntniswert zukommen als wenig konkretisierten Justiz- und Menschenrechten auf verfassungsrechtlicher Ebene[85]. Dabei wird die Kollision divergierender nationaler Prozessprinzipien ein entscheidendes Konfliktfeld bilden, dem sich die Rechtspolitik stellen muss und das auf möglichst angemessene Weise zu lösen ist, um *European Priciplesof Civil Procedure* zu Tage zu fördern.

von einem übernationalen Standpunkt aus“ zu ergründen, um daraus nach Möglichkeit gemeinsame Prinzipien zu gewinnen.

85 Dazu auch *Ch. Althammer*, in: *Weller/Althammer*, Mindeststandards im europäischen Zivilprozessrecht: Grundvoraussetzung für „gegenseitiges Vertrauen“, (erscheint 2015).

ANONİM ŞİRKETLERDE BİLGİ ALMA VE İNCELEME HAKLARININ MAHKEME ARACILIĞIYLA KULLANILMASI

Prof. Dr. Oğuz ATALAY*

I. BİLGİ ALMA VE İNCELEME HAKLARI

1. Genel Olarak

Anonim şirketlerde, pay sahiplerinin tamamının aynı zamanda şirketi yöneten kişiler olması mümkün olmayabilir. Bu durumda şirket yöneticileri ile pay sahipleri arasında bir ayrışma söz konusu olur. Özellikle yöneticileri belirleme ve seçme imkanından fiilen mahrum olan azınlıkta kalan pay sahipleri ile çoğunluk pay sahiplerinin belirlediği yöneticiler arasında bu ayrışma ve pay sahiplerinin şirkete yabancılaşması olgusunun yaşanması kuvvetle muhtemeldir. Bu olgu, pay sahiplerinin yöneticiler karşısında korunması ihtiyacını da beraberinde getirmiş ve bu amaca hizmet edecek müesseseler kabul edilmiştir[1].

Pay sahiplerinin şirketin işleri, yönetimi ve içinde bulunduğu durum hakkında bilgi sahibi olmaları, onların genel kurulda oy kullanırken ve yöneticileri denetlerken sağlıklı karar verebilmeleri ve gerçek verilere dayanarak işlem yapabilmeleri bakımından önemlidir. Özellikle azınlık pay sahiplerinin şirket işleri ve şirketin genel durumu hakkında bilgi sahibi olmaları, onların kaderlerinin yöneticilerin ve çoğunluk pay sahiplerinin eline bırakılmaması bakımından da önem arz eder.

---

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

1 **Ocak**, Nazmi, "Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Bilgi Alma, İnceleme ve Denetleme Hakkı", Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan, C.I, İstanbul 2001 (s. 710-743), s. 710.

Anonim şirketlerde azınlık pay sahiplerinin korunmasına hizmet eden düzenlemeler, risklerin gerçekleşmesinin önüne geçmek (önleyici koruma) ve pay sahiplerinin hak ve menfaatleri ihlal edildiğinde, oluşan zararın giderilmesini sağlamak (tazmin edici koruma) şeklinde iki temel koruma sağlarlar[2].

Pay sahiplerinin menfaatlerine zarar verebilecek risklere karşı önleyici koruma tedbirlerinden ilki, pay sahiplerinin şirketin faaliyeti, işlemleri, ekonomik ve mali durumu hakkında bilgi sahibi olmasını sağlamaya yönelik haklardır. Bu haklar, anonim şirkette yönetimi elinde bulunduranları, şirket kaynaklarını ve imkanlarını hukuka ve dürüstlük kuralına uygun bir biçimde kullanmaya zorlayacak yetkiler içerir. Bu amaca hizmet eden temel ilke, kamuyu aydınlatma ilkesidir. Bu ilke şirketi yönetenlerin bilgi verme yükümlülüğü yükler[3].Kamuyu aydınlatma, anonim şirket yönetimi tarafından, işletmelerin mali durumu ve ekonomik faaliyeti konusunda verilen bilgilerin yapılan açıklamaların tamamını ifade eder[4].

Pay sahiplerine şirket faaliyeti hakkında bilgi verilmesi de anonim şirketi yönetenlerin verme yükümlülüklerinin bir parçasıdır. Pay sahipleri açısından, pasif bilgi alma kaynağı olarak tanımlanabilecek olan bu yükümlülük, pay sahiplerinin şirketin işleri hakkında tam olarak bilgi sahibi olmalarına yetmeyebilir. Bu düşüncelerle söz konusu yükümlülükten bağımsız olarak, kanun tarafından pay sahiplerine aktif olarak bilgi alma ve inceleme hakları da ayrıca tanınmıştır.

"Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı" kenar başlığını taşıyan TK m. 437 de bilgi alma ve inceleme hakları birlikte düzenlenmiştir. İnceleme hakkı, aktif bilgi alma hakkını tamamlayan ve teyid eden nitelikte bir haktır[5].

TK 437'nci maddenin birinci fıkrasında düzenlenen "*pasif (ve geriye dönük) bilgi alma hakkı*", finansal tabloların, konsolide finansal tabloların

---

2 **Öztek,** Selçuk, "Şirketler Gruplarında Yavru Şirketlerdeki Azınlık Pay Sahiplerinin Türk Ticaret Kanunu m. 363/İsviçre Borçlar Kanunu m. 697 Çerçevesinde Bilgi Alma Hakkı", Prof. Dr. Ernst E. Hirsch'in Anısına Armağan (s. 293-333), s. 301.

3 **Kaya**, s. 28-29; **Ocak**, s. 710.

4 **Ocak**, s. 711; **Tekinalp**, Ünal, Anonim Ortaklığın Bilançosu ve Yedek Akçeleri, 2. Bası, İstanbul 1979, s. 13.

5 **Pulaşlı**, s. 1505.

yıllık raporun ve kâr dağıtım önerilerinin pay sahiplerinin incelemelerine hazır tutulmaları anlamına gelir.

Aktif anlamda bilgi alma hakkını düzenleyen TK 437'nci maddenin ikinci fıkrasına göre, "*Pay sahibi genel kurulda, yönetim kurulundan, şirketin işleri; denetçilerden denetimin yapılma şekli ve sonuçları hakkında bilgi isteyebilir*"[6]. Aynı maddenin dördüncü fıkrası ise inceleme hakkını düzenlemektedir; bu hükme göre ise, "*Şirketin ticari defterleriyle yazışmalarının, pay sahibinin sorusunu ilgilendiren kısımlarının incelenebilmesi için, genel kurulun açık izni veya yönetim kurulunun bu hususta kararı gerekir. İzin alındığı takdirde inceleme bir uzman aracılığıyla da yapılabilir"*.

2. Bilgi Alma Hakkı ve Kapsamı

Pay sahibinin haklarını bilinçli bir biçimde kullanabilmesi ve genel kurulda iradesini doğru verilerle kullanabilmesi amacına hizmet eden bilgi alma hakkının konusunu, yönetim ve denetim faaliyetleri içinde değerlendirilebilecek tüm işler ve işlemler oluşturur. Bu çerçevede, bilgi alma hakkı, şirketin ekonomik ve mali durumunun, egemenlik ilişkilerinin ve çoğunluğu oluşturan ve şirkete hakim olan pay sahiplerinin elde ettiği menfaatlerin tam olarak anlaşılması ve bu yolla hakların bilinçli olarak kullanılabilmesi amaçlarına hizmet eder[7]. Pay sahiplerinin şirketin faaliyetleri ve içinde bulunduğu finansal ve ekonomik durumdan haberdar olma ihtiyaçları ve yönetimin karar ve işlemleri ile şirket hesaplarının denetlenmesine ilişkin tüm hususlar ve faaliyet raporunun kapsamına giren mevcut ve geleceğe ilişkin personel politikası, yapısal değişiklikler ve organizasyon değişikliklerine ilişkin işletme stratejisi, araştırma ve geliştirme konuları bilgi alma hakkının kapsamında kabul edilir[8].Bilgi alma hakkının konu bakımından bir sınırı olmadığı

---

6 Anonim şirketlerin tamamında bağımsız denetim söz konusu olmadığından, denetçilerden bilgi alma hakkı, sadece bağımsız denetime tabi olan şirketlerin genel kurul toplantılarında kullanılabilecek bir haktır. Bkz. **Pulaşlı**, Hasan, Şirketler Hukuku Şerhi, C.II, Ankara 2014, s. 1484.

7 **Pulaşlı**, s. 1491; **Tekinalp** (**Poroy/Çamoğlu**), Ortaklıklar ve Kooperatifler Hukuku, 12. Bası, İstanbul 2010, N. 1007.

8 **Kaya**, Arslan, Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı, s. 195; **Öztek**, s. 306-307; **Pulaşlı**, s. 1495; **Tekinalp** (**Poroy/Çamoğlu**), N. 1007.

kabul edilmektedir[9]. Kısaca belirtecek olursak, bilgi alma hakkı, şirketin bağlı şirketler dahil, diğer işletmelerle ve kişilerle olan tüm işlemleri ve iş ilişkilerini kapsar. Pay sahibinin bilgi alma talebine ilişkin kayıtlar finansal tablolarda ve faaliyet raporlarında yer alsa bile, bu belgelerde ki bilgiler pay sahibinin yeterli derecede aydınlatılmasına ve haklarını bilinçli bir şekilde kullanabilmesine imkan verecek derecede değil ise bilgi alma talebi olumlu karşılanmalıdır.

"*Bilgi alma hakkı, kaynak İsv. BK m. 697 (2)'nin aksine pay sahipliği haklarının kullanılabilmesi için "gerekli" olması koşuluna bağlanmamıştır*" (437. madde gerekçesinden)[10]. Diğer taraftan bilgi alma hakkı, bu hakkın kullanıldığı genel kurul toplantısının gündemindeki konularla da sınırlı değildir. Bu husus 437 madde gerekçesinde açıkça ifade edilmiştir: "*Yönetim kurulu şirket işlevi hakkında bilgi verir ve* ***bilgi alma gündem ile sınırlı değildir***".

Pay sahibinin talebi üzerine *verilecek bilgiler, hesap verme ve dürüstlük ilkeleri bakımından özenli ve gerçeğe uygun olmalıdır* (TK m. 437/2, 3. cümle). Maddenin gerekçesinde, "*özenli*" kavramının, baştan savma olmayan, sorunun karşılığı niteliğini taşıyan, ilgisiz konuları içermeyen anlamında olduğu; "*gerçeğe uygunluk*" ile gerçeği aynen yansıtan doğru, yalan ve aldatıcı olmayan bilgiler kastedildiği; "*hesap verme ilkesine uygun olma*" kavramıyla da, hesap verme konumunda bir kişinin hesap vereceği, yani sorumlu olduğu kişiye vermekle yükümlü olduğu kapsamlı, içerikli ve (belgelere dayanan somut) bilgilerin kastedildiği belirtilmektedir.

TK m. 437/2 gereği, bilgi alma hakkı 200. madde çerçevesinde şirketin bağlı şirketlerini de kapsar. TK m. 200'e göre ise, *"Hâkim şirketin her pay sahibi genel kurulda, bağlı şirketlerin finansal ve malvarlığıyla ilgili durumları ile hesap sonuçları, hâkim şirketin bağlı şirketlerle, bağlı şirketlerin birbirleriyle, hâkim ve bağlı şirketlerin pay sahipleri, yöneticileri ve bunların yakınlarıyla ilişkileri, yaptıkları işlemler ve bunların sonuçları hakkında,*

---

9 **Kaya**, s. 202, 235; **Öztek**, s. 305-306; **Tekinalp** (**Poroy/Çamoğlu**), N. 1007; **Usluel**, s. 166.

10 Pay sahipliği haklarının kullanılabilmesi için gerekli olma kriteri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Aslan**, s. 227 vd.

özenli, gerçeği aynen ve dürüstçe yansıtan hesap verme ilkelerine uygun, doyurucu bilgi verilmesini isteyebilir".

Bilgi vermekle yükümlü olanlar, şirket işleri hakkında yönetim kurulu; denetimin yapılış şekli ve sonuçları hakkında ise denetçilerdir[11].

Bilgi alma hakkı, bireysel, bağımsız, vazgeçilemez ve devredilemez, müktesep bir haktır[12]. TK m. 437/6 hükmüne göre*, "Bilgi alma ve inceleme hakkı, esas sözleşmeyle ve şirket organlarından birinin kararıyla kaldırılamaz ve sınırlandırılamaz".*

TK m. 437/3'e göre, "*Bilgi verilmesi, sadece, istenilen bilgi verildiği takdirde şirket sırlarının açıklanacağı veya korunması gereken diğer şirket menfaatlerinin tehlikeye girebileceği gerekçesi ile reddedilebilir"*. Maddenin gerekçesine göre, "*Şirket sırlarının ve korunması gereken şirket menfaatlerinin bilgi vermenin sınırını oluşturduğu üçüncü fıkrada açıkça belirtilmiştir. Bu sınır hem bilgi almayı hem de inceleme hakkını kapsar. Çünkü, genel kurula sadece sağduyulu ve iyiniyetli pay sahipleri katılmamakta, bu kurullar rakiplerce de izlenebilmektedir. İncelemeyi yapan pay sahiplerinin gerçek amacı çok çeşitli olabilir. Bu amaçların bir kısmı bilgi alma hakkının amacı ile bağdaşmayabilir, hatta ona ters düşebilir. Eşit işlem ilkesi uyarınca her pay sahibine bu hak tanındığı için söz konusu hakka sınır konulması menfaatler dengesi gereğidir.*

(...) Şirket sırrında, rakip bir şirketin bilmediği, öğrenmemesi gereken, şirketin zararına kullanabileceği, elde etmek için çalıştığı, peşinde olabileceği "bilgi" ölçüsü kabul edilebilir. Rakiplerin ulaşabileceği, çeşitli kaynaklar aracılığı ile elde edebileceği, verileri ve bilgileri kullanarak yorumlama/ değerleme ile çıkarabileceği bilgiler sır olamaz. Şirket menfaatlerinin zarara uğraması, şirket işletmesinin, bağlı şirketlerinin, müşteriler çevresinin, dağıtım kanallarının ve ilişkilerinin vs.'nin kayba uğraması veya bu nitelikte pek de uzak olmayan bir tehlikenin varlığı demektir. Zarar ile sadece malvarlığı zararı kastedilmemiştir".

---

11 **Pulaşlı**, s. 1491; **Ocak**, s. 730.

12 Bu hakkın nitelikleri ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz.; **Kaya**, s. 75-82; **Pulaşlı**, s. 1485-1488; **Tekinalp** (**Poroy/Çamoğlu**, No: 1007; **Ocak**, s. 715-721, yazar bilgi alma hakkının müktesep hak niteliğini reddetmektedir (s. 717-718).

Bu düzenleme, ***bilgi alma hakkının sınırını*** da belirlemiştir. Buna göre şirket yöneticileri ve denetçiler, pay sahibinin bilgi alma hakkını kullanırken istediği bilgileri vermekten ancak "*şirket sırrı*" ve "*korunmaya değer şirket menfaatleri*" kriterlerine uygun bir gerekçe ile kaçınabilirler[13]. Yönetim kurulu, hiç bir gerekçe göstermeden, soyut ifadelerle, istenen bilgilerin şirket sırrına girdiğini ileri sürerek bilgi vermeyi reddedemez. İşletme sırrı kalkanının ancak haklı gerekçelerin varlığında kullanılabilmesi gerekir[14]. Diğer taraftan, TK m. 437/2, 4.cümleye göre de*, "Pay sahiplerinden herhangi birine bu sıfatı dolayısıyla genel kurul dışında bir konuda bilgi verilmişse, diğer bir pay sahibinin istemde bulunması üzerine, aynı bilgi, gündemle ilgili olmasa da aynı kapsam ve ayrıntıda verilir. Bu hâlde yönetim kurulu bu maddenin üçüncü fıkrasına dayanamaz".* Bu hüküm, bilgi alma hakkının sınırlandırılmasının sınırına ilişkin bir düzenlemedir. Özellikle sadece azınlık pay sahipleri dışındaki diğer tüm pay sahiplerinin yönetimde olduğu küçük aile şirketlerinde, şirket işleri hakkında bilgi alma talebinde bulunan azınlık pay sahiplerine bilgi verilmemesi, kendileri dışındaki tüm pay sahiplerinin, salt pay sahipliği sıfatı ile olmasa dahi bilgi sahibi olmaları sebebiyle bu hükmün uygulanmasını gerekli kılabilir.

Genel olarak anonim şirketin rekabet gücünü azaltacak ve açıklanması ya da kullanılması halinde şirkete zarar verecek bilgiler sır olarak kabul edilebilir[15]. Doktrinde, mutlak şirket sırrı - nispi şirket sırrı ayrımı yapılmakta ve mutlak sırların kesinlikle açıklanamayacağı; nispi sır sayılan hususların açıklanmasının ise şirketin yetkili organlarının takdirine bırakılmış olduğu kabul edilmektedir[16].

Mutlak şirket sırrı, şirketin üçüncü kişilerle yaptığı bir sözleşmeden (gizlilik anlaşması, bir sözleşmedeki gizlilik şartı gibi) veya genel hükümlerden kaynaklanan, mutlak surette açıklamama yükümlülüğü altında olduğu ya da ilgilisinin iradesi dışında açıklayamayacağı, sırrın kullanımının şirketin

---

13 Şirket sırrı ve şirket menfaatleri kavramlarının aynı olduğu ve iki ayrı kavram kullanılmasının gereksiz olduğu yolunda bkz. **Usluel**, s. 167.

14 **Tekinalp** (**Poroy/Çamoğlu**), N. 1007; **Kaya**, s. 226 vd.

15 **Usluel**, Aslı, Gürbüz, Türk Özel Hukukunda Özellikle Anonim Şirketlerde Ticari Sırların Korunması, İstanbul 2009, s. 175.

16 **Kaya**, s. 267; **Pulaşlı**, s. 1498.

iradesinde olmadığı hususlardaki sırlardır[17]. Örneğin, genel olarak Ar-Ge çalışması yapılıp yapılmadığı hususu hariç olmak üzere, teknik konulardaki araştırma-geliştirme ve keşiflerle ilgili bilgiler; diğer pay sahiplerinin ve yöneticilerin banka hesap numaraları ve bilgileri, bir hastanenin hastalarına ilişkin bilgiler mutlak şirket sırlarındandır[18].

Nispi şirket sırrı ise, mutlak şirket sırrı dışında kalan ve şirketin menfaatleri gereği korunması gereken sırlardır; bunlar, bizzat anonim şirketin yararlandığı sırlardır[19]. Bu sırların açıklanması, şirketin yetkili organlarının tasarrufuna kalmıştır. Örneğin, "şirketin müşteri çevresi, belirli bazı işleri, şirketin genel ve ticari işlemleri nispi sırlara girer"[20]. Genel olarak şirketin imajı veya hisselerin borsa değerinin düşeceğine ilişkin gerekçelerle bilgi verilmekten kaçınılamaz. Bilgi vermekten kaçınma hakkı istisnai nitelikte bir hak olarak kabul edilmeli ve kapsamı dar tutulmalıdır[21].

Bilgi alma talebinin, şirket organları tarafından reddedilmesinin haklı sayılabilmesi için, şirket sırlarının ifşa olması ve bundan dolayı şirket menfaatlerinin zarar görmesi veya tehlikeyle karşı karşıya kalması gerekir. "Yönetim kurulu veya denetçiler, pay sahibine pay sahipliği haklarını bilinçli bir şekilde kullanabilmesi için zorunlu olan ve şirket sırlarının açıklanması sonucunu doğurmayan ya da menfaatini tehlikeye sokmayan bilgileri vermekle yükümlüdürler[22]. Bu konuda İsviçre Federal Mahkemesi, kullanmaya elverişli bir kriter geliştirmiştir. Bu kritere göre, bilgi vermekten kaçınılabilmesi için, "*bilgi vermek suretiyle şirketin menfaatleri asla tehlikeye atılmamalıdır; ancak şirketin böyle bir tehlikenin varlığını somut verilere dayandırması gerektiği gibi, ayrıca söz konusu tehlikenin gerçekleşmesi de kuvvetle muhtemel görülmelidir*[23]. Başka bir ifadeyle, bilgi alma talebinin reddedilebilmesi için, şirket menfaatlerinin tehlikeye düştüğü somut bir

---

17 **Kaya**, s. 267; **Pulaşlı**, s. 1498; **Usluel**, s. 169.

18 **Kaya** s. 267; **Pulaşlı**, s. 1498.

19 **Kaya**, s. 267; **Usluel**, s. 169; **Pulaşlı**, s. 1498.

20 **Pulaşlı**, s. 1498.

21 **Pulaşlı**, s. 1499; **Tekinalp** (**Poroy/Çamoğlu**), N. 1007.

22 **Pulaşlı**, s. 1500.

23 BGE 50, II, E, 3b.

biçimde gerekçeleriyle ortaya konulmalı ve iddia edilen tehlikenin gerçekleşmesi de kuvvetle muhtemel olmalıdır (yaklaşık ispat ölçüsü).

Bilgi alma hakkının kullanılmasının diğer bir sınırı da MK m. 2 de ifadesini bulan dürüstlük kuralına aykırı talepte bulunulmasıdır. Hakkın kötüye kullanılması yasağı burada da geçerli bir sınır oluşturmaktadır. Buna göre, pay sahibinin, talep ettiği bilgiyi almasında korunmaya değer güncel bir menfaatinin bulunmadığı ve talebin hakkın kötüye kullanılması teşkil ettiği durumlarda bilgi vermekten kaçınılması haklı kabul edilmelidir.

Bilgi alma hakkı kural olarak, anonim şirketin genel kurulunda, yönetim kuruluna ve denetçilere soru sormak ve bilgi talep etmek suretiyle kullanılabilen bir haktır (TK m. 437/2). Bilgi alma talebi ve sorular şirket genel kurul toplantısında tutanağa geçirilmek zorundadır. Bu tutanak, bilgi alma talebi haksız yere reddedilir veya yeterli bilgi verilmez ise, pay sahibi tarafından mahkemeye yapılacak müracaat üzerine yargılamada delil olarak kullanılacaktır. Bilgi verme sözlü olabilir; ancak yönetim kurulu ya da denetçiler yazılı olarak da cevap verebilir. Pay sahibi de yazılı olarak bilgi verilmesini talep edebilmelidir. Bilgi alma hakkının reddedildiği veya verilen bilginin yetersiz olduğu hususları da, talepte bulunan pay sahibi tarafından genel kurul toplantı tutanağına geçirtilmelidir.

3. İnceleme Hakkı ve Kapsamı

Pay sahibine aktif bilgi edinme hakkı kapsamında tanınan diğer bir hak da şirket defterlerini ve yazışmalarını inceleme hakkıdır. TK m. 437/4'e göre, "*Şirketin ticari defterleriyle yazışmalarının, pay sahibinin sorusunu ilgilendiren kısımlarının incelenebilmesi için, genel kurulun açık izni veya yönetim kurulunun bu hususta kararı gerekir. İzin alındığı takdirde inceleme bir uzman aracılığıyla da yapılabilir"*.

İnceleme hakkı, pay sahibinin açık talebi üzerine, kendisini veya vekili tarafından bizzat yapılacak inceleme sonucu bilgi sahibi olmasını sağlamaya yönelik, paya bağlı ve kanundan doğan bilgi alma hakkını tamamlayan ve destekleyen nitelikte bir haktır[24]. İnceleme hakkı, genel kurulda kullanılan

---

[24] **Kaya**, s. 289; **Pulaşlı**, s. 1505.

bilgi alma hakkına bağlı olmayıp, her pay sahibine tanınan bağımsız, bireysel bir haktır[25].

Anonim şirketin ticari defterleri ve yazışmaları üzerinde inceleme yapılabilmesi genel kurulun açık iznine veya yönetim kurulunun kararına bağlıdır; bu özelliğinden dolayı inceleme hakkı nispi müktesep hak olarak nitelendirilmektedir[26].

İnceleme hakkı anonim şirket genel kurul toplantısında, genel kurul gündeminde yer almasa da kullanılabilir[27]. Pay sahibi, incelemeye izin verilmesi talebini genel kurula karşı ileri sürer, bu talep genel kurul toplantı tutanağına geçirilir ve genel kurulda oylanarak izin talebinin kabulüne veya reddine karar verilir. Ret kararı verilebilmesi için, bilgi alma hakkına ilişkin olarak belirtilen şirket sırrının açıklanması veya şirket menfaatlerinin tehlikeye düşmesi gerekçelerinin somut bir biçimde ortaya konulması gerekir. Hakkın kötüye kullanılması yasağı da (MK m. 2), inceleme hakkının da sınırlarından birini teşkil eder.

İnceleme hakkının kullanımı, genel kurulun iznine alternatif olarak yönetim kurulunun kararına da bağlandığı için, bu hak genel kurul dışında da kullanılmaya uygun bir haktır[28]. Genel kurul toplantısı dışında, öncesinde veya sonrasında pay sahibi, şirket işleri ve faaliyetleri hakkında bilgi edinebilmek amacıyla, şirketin defterleri ve yazışmalarını inceleme talebiyle yönetim kuruluna, sözlü veya yazılı olarak başvurabilir[29]. Ancak, yönetim kurulunun bu hususta bir kararı gerektiğinden, yönetim kurulu üyelerine veya başkanına sözlü bir başvurunun yeterli olmayacağı da kabul edilmelidir[30]. Yazılı talepte bulunulmuş ve bu talep reddedilmiş ise, inceleme hakkının mahkeme aracılığıyla kullanılabilmesi için, talep dilekçesinin yönetim kuruluna ulaştırılmış olduğunu ispata yarayan yollarla gönderilmesi uygun olacaktır. Pay sahibi, yönetim kuruluna müracaatını, noter aracılığıyla

---

25 **Kaya**, s. 291; **Tekinalp** (**Poroy/Çamoğlu**), N. 1013.

26 **Pulaşlı**, s. 1505-1506; **Tekinalp** (**Poroy/Çamoğlu**), N. 1014; **Kaya**, s. 290.

27 Bilgi Alma ve İnceleme hakkının kullanılmasına ilişkin talep, gündeme bağlılık ilkesinin istisnasını teşkil eder. **Pulaşlı**, s. 1506; **Kaya**, s. 284.

28 **Kaya**, s. 295.

29 **Kaya**, s. 295-296.

30 **Pulaşlı**, s. 1506.

veya iadeli taahhütlü mektupla ya da dilekçesini elden tutanakla teslim ederek yapabilir.

Pay sahibi inceleme hakkı kapsamında, kanun gereği pay sahiplerinin incelemesine hazır tutulan bilanço ve kar-zarar hesabı yanında, işletme defterini, envanter defterini, şirketin tutmakla yükümlü olduğu tüm defterleri, tutulması ihtiyari olan defterleri, dayanak belgeleri, yazışmaları, maaş bordrolarını, makbuzları, elektronik veri saklama ortamları ve cihazlarını, şirketin yönetimi ve genel durumu hakkında fikir sahibi olmaya yarayacak tüm belgeleri talep edebilir[31]. Kuşkusuz bu talep, şirket sırrı kriteri ışığında değerlendirilmelidir.

II. BİLGİ ALMA VE İNCELEME HAKLARININ MAHKEME ARACILIĞIYLA KULLANILMASI

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu, bir yenilik olarak, aktif bilgi alma ve inceleme hakkının kullanılması talebinin, anonim şirket genel kurulu veya yönetim kurulu tarafından haksız yere reddedilmesi halinde, pay sahibine mahkemeye müracaat hakkı tanımıştır (TK m. 437/5). Bu yeni düzenlemeye göre, *"Bilgi alma veya inceleme istemleri cevapsız bırakılan, haksız olarak reddedilen, ertelenen ve bu fıkra anlamında bilgi alamayan pay sahibi, reddi izleyen on gün içinde, diğer hâllerde de makul bir süre sonra şirketin merkezinin bulunduğu asliye ticaret mahkemesine başvurabilir. Başvuru basit yargılama usulüne göre incelenir. Mahkeme kararı, bilginin genel kurul dışında verilmesi talimatını ve bunun şeklini de içerebilir. Mahkeme kararı kesindir*".

"Bilgi alma ve inceleme hakları pay sahibine tanınan dava hakkı ile güçlendirilmiştir. Pay sahibi sadece açık bir red halinde değil, taleplerinin cevapsız bırakılması veya cevabın ertelenmesi durumunda da hem bilgi alma hem de inceleme hakkını bir mahkeme kararı ile başarıya ulaştırabilir. Talebin cevapsız bırakılması yetersiz hesap verme ilkesine uymayan cevapları da kapsar. Beşinci fıkra mahkeme kararının hızla verilmesini sağlamaya ve temyizi de kısa sürede sonuçlandırmaya yönelik hükümleri de içermektedir (Gerekçe m. 437/Beşinci fıkra). Gerekçede her ne kadar mahkeme kararının

---

31 **Kaya**, s. 298; **Öztek**, s. 310.

temyizine ilişkin hükümden söz edilmekte ise de, Ön Tasarıda yer alan temyize ilişkin hükümler kanun alınmamıştır; mahkemenin vereceği kararın kesin olduğu hükmü kabul edilmiş, ancak bu değişiklik gerekçeye yansıtılmamıştır[32].

1. Hukuki Korunma Talebinin ve Yargılamanın Hukuki Niteliği (Bilgi Alma Davası)

Hukukumuzda mahkemeler eliyle sağlanan hukuki koruma türleri, çekişmeli yargı, çekişmesiz yargı ve geçici koruma tedbirleri şeklinde üç kategoride ifade edilebilir. Çekişmeli yargı alanına giren bir talep "dava" olarak nitelendirilir. Oysa çekişmesiz yargıya ilişkin talep ise "çekişmesiz yargı işi" olarak görülür. Geçici hukuki korunma talepleri ise, nihai koruma sağlamaya elverişli olmayan, ilgili olduğu uyuşmazlığı ya da çekişmesiz yargı işini esastan halletmeyen geçici hukuki koruma yargılamasına konu olur.

Bilgi alma ve inceleme talebi cevapsız bırakılan, haksız olarak reddedilen veya ertelenen pay sahibi, sorduğu sorulara cevap verilmesi veya talep ettiği incelemeye izin verilmesi için, talebinin reddini izleyen on gün içinde ya da açıkça reddedilmemesine rağmen bilgi verilmesinin sebepsiz sürüncemede bırakılması ya da gerekçesiz bir biçimde inceleme hakkının kullanımının ertelenmesi hallerinde makul bir süre sonra mahkemeye müracaat edebilir. Bu müracaat, kanun koyucu tarafından tanınan bir hukuki korunma ihtiyacının varlığını gösterir. Gerçekten de pay sahibine bir hak tanınıp, şirket tarafından o hakkın kullanımına engel olunması hallerinde mahkemeye müracaat ile yargısal yoldan bir koruma sağlanmaması, bilgi alma ve inceleme hakkının etkin bir biçimde kullanılmasını imkansız hale getirebilir. Nitekim eski kanun (6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu) döneminde bu yolda açık bir hükmün bulunmaması doktrinde eleştirilmekteydi[33].

TTK m. 437/5'e göre, "bilgi alma veya inceleme istemleri cevapsız bırakılan, haksız olarak reddedilen, ertelenen ve bu fıkra anlamında bilgi alamayan pay sahibi, reddi izleyen on gün içinde, diğer hâllerde de makul bir

---

32 **Kendigelen**, Abuzer, Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, İstanbul 2011, s. 290.

33 **Kaya**, s. 313; **Öztek**, s. 314 vd.

süre sonra şirketin merkezinin bulunduğu asliye ticaret mahkemesine başvurabilir. Başvuru basit yargılama usulüne göre incelenir. Mahkeme kararı, bilginin genel kurul dışında verilmesi talimatını ve bunun şeklini de içerebilir. Mahkeme kararı kesindir".

Bilgi alma talebi reddedilen veya yeterli bilgi alamayan pay sahibi, mahkemeye müracaatla, genel kurulda sorduğu sorulara şirket tarafından cevap verilmesini ve bu yolla bilgilendirilmesini veya reddedilen ya da ertelenen inceleme talebinin kabul edilerek kendisine inceleme yetkisi verilmesini talep eder. Şirketin mali durumu ve faaliyetleri hakkında kanaat oluşturmaya elverişli her husus, bilgi alma hakkının da konusunu oluşturduğundan[34], mahkemeye yöneltilen talebin konusu da, bu amacı gerçekleştirmeye uygun bilgi verilmesi veya şirketin incelemeye izin vermesi olacaktır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, bilgi alma ve inceleme haklarının kullanımına ilişkin müracaat, geçici bir hukuki koruma talebi değildir. Zira bu müracaatla mahkemeden, bir davanın ya da çekişmesiz yargı işinin konusunu oluşturan bir mal veya hakkın, esasa ilişkin olan ve nihai hukuki koruma sağlayan bir karara kadar aynen korunmasına, bir ilişkinin veya hakkın kullanımının düzenlenmesine ya da geçici bir ifaya karar vermesi istenmez. Pay sahibi mahkemeden, belli bir konuda (ya da belli konularda) genel kurul toplantısında ya da toplantı dışında kullanmak istediği bir hakkın engellenmesine son verilmesi talebinde bulunur ve bu taleple ulaşacağı sonuç, başka bir dava ya da iş sonunda verilecek bir kararın icrasını temin amacı gütmez. Bilgi alma veya inceleme hakkının kullanımına ilişkin talebin konusu bizzat bu konudaki hakkın ihlaline son verilmesidir. Mahkemece bu talep üzerine yapılacak yargılama sonunda verilecek karar nihai bir hukuki koruma sağlar; geçici nitelikte değildir. Burada özellikle belirtmek gerekir ki, bilgi alma ve inceleme haklarının kullandırılmasına ilişkin talep, delil tespiti talebi değildir. Ortada somut bir vakıa iddiası yok iken, delilden ve onun dava öncesi tespitinden söz edilmesi tek kelimeyle anlamsızdır.

Bilgi alma talebinin reddi veya inceleme yapma hakkının kullandırılmaması ya da ertelenmesi halinde, pay sahibinin mahkemeye müracaatı, dava yoluyla olur.

---

[34] **Kaya**, s. 195.

Mahkemeden istenen hukuki korumanın türüne göre, bilgi alma ve incelemeye izin talebiyle açılan dava, bir eda davası niteliğindedir[35]. Zira maddi hukuk tarafından anonim şirket pay sahibine tanınan ve borçlusu şirket olan bir olumlu talep hakkının, şirket tarafından reddedilmesi ya da ihlal edilmesi üzerine, bu hakkın tanınması ve kullandırılması amacıyla ve şirketin, bir şey yapmaya mahkum edilmesi talebiyle açılan bir dava söz konusudur. Bu davaya kısaca "bilgi alma davası" diyebiliriz[36].

Bilgi alma davasının kabulü halinde mahkeme, davalı şirketi, istenen bilgiyi vermeye veya şirkete ait belli belgeleri, bilgi istediği konuda bizzat (veya uzman aracılığıyla) incelemesi için pay sahibine vermeye (veya ibraz etmeye/hazır tutmaya) mahkum eder. Bu sebeple, davanın kabulü halinde verilecek karar, davalının bir şeyi yapmaya mahkum edilmesine ilişkin bir eda hükmü niteliği taşır[37].

Bir davada, davalı tarafın bir hukuk kuralını ihlal etiğinin tespit edilmesi halinde, davacının talebiyle bir yaptırıma mahkum edilmesi mümkün ise, o davanın bir eda davası olarak nitelendirilmesi gerekir. Bilgi alma davasında, mahkemenin vereceği karar, davalı şirkete bir emir vermekten ibaret olduğu kabul edilecek olsa dahi, bu hususstaki mahkeme emrinin bir yaptırım türü olduğu ve bu sebeple de davanın eda davası olduğunun kabulü gerekir. Talep edilen bilgiyi mahkeme aracılığıyla elde etme imkanı veren eda davası, pay sahibine kanun tarafından tanınan bir hakkı, kanunun aradığı koşullarla temin etmeye yarayan doğrudan yaptırım aracıdır[38].

Bilgi alma davası, pay sahibinin bilgi alma hakkının bulunduğu veya bu hakkının şirket tarafından ihlal edildiği ya da haksız yere reddedildiği hususunun sadece tespitine yönelik bir tespit davası değildir. Kaldı ki, bu yolda bir tespit davası açılmasında da hukuki yarar yoktur. Yani, sadece bilgi alma ya da inceleme hakkının bulunduğun ve bu hakkın kullanılmasına ilişkin talebin anonim şirket tarafından haksız yere reddedilmiş olduğunun tespitine ilişkin bir mahkeme kararı, pay sahibini istediği sonuca kavuşturmaya elverişli bir karar değildir ve bu sebeple böyle bir davada hukuki yarar olamaz.

---

35 **Kaya**, s. 323;**Öztek**, s. 316.

36 **Kaya** s. 323.

37 **Kaya**, s. 323.

38 **Kaya**, s. 320.

Eski Ticaret Kanunu'muzda bilgi alma ve inceleme hakları iki ayrı maddede düzenlenmiş (m. 362 ve 363) olmasına rağmen, bu hakların pay sahibi tarafından kullanılmasına yönelik talebin şirket ya da yetkili organlar tarafından reddedilmesi durumunda mahkemeye müracaat ile dava açma hakkına ilişkin bir düzenleme mevcut değildi. Bu dönemde bilgi alma ve inceleme talebiyle mahkemeye yapılacak müracaatın, pay sahibinin bilgi alma talebinin reddine ilişkin genel kurul kararının iptaline yönelik bir dava şeklinde olması gerektiği de düşünülmekteydi. Bu görüş daha o zaman eleştirilmiş ve bağımsız bir eda davası imkanının mevcut olduğu isabetle savunulmuştur[39]. Diğer taraftan, eski kanun zamanında Yargıtay[40], bilgi alma ve inceleme hakkının mahkeme aracılığıyla kullanılması için, "delil tespiti"nin mümkün olduğu yolunda karar vermiştir. Bu görüşün kabulü mümkün değildir[41].

Bu gün yeni kanunda bağımsız bir dava imkanı tanınmış olmasına rağmen, uygulamada ilk derece mahkemeleri eskiden kalan bir alışkanlıkla olsa gerek, bilgi alma ve inceleme talebiyle yapılan müracaat, "değişik iş" olarak kayda alınmakta ve mahkemelerce, pay sahibinin iptal davası açma hakkı bulunduğu ve delillerin tespitinde bu bakımdan hukuki yarar bulunmadığı gerekçesiyle taleplerin reddedildiği gözlenmektedir.

2. Taraflar

Bilgi alma davasının davacısı, genel kurul toplantısında veya toplantı dışında bilgi alma ve inceleme haklarını kullanma talebinde bulunup da bu talebi, genel kurul ya da yönetim kurulu tarafından haksız yere reddedilen ya da açıkça reddedilmemekle beraber ertelenerek sürüncemede bırakılmak suretiyle hakkı kullandırılmayan pay sahibi ya da intifa hakkı sahibidir[42]. Davalı tarafta ise, anonim şirket tüzel kişiliği yer alır. Zira dava konusu hakkın muhatabı ve ifa borçlusu, pay sahibinin hakkını ihlal eden anonim

---

39 **Kaya**, s. 316-317, s. 337-338; **Öztek**, s. 315.

40 11. HD, 28.12.1986, 796/1045 (**Kaya**, s. 316).

41 Bu konudaki tartışmalar için bkz. **Kaya**, s. 335-336.

42 **Kaya**, s. 152-153; **Kendigelen**, A., Anonim Ortaklık Payı Üzerinde İntifa Hakkı, İstanbul 1994 (intifa) s. 324 (Pay sahibi ve intifa hakkı sahibinin her ikisine birden bu hakkın tanınması gerektiği görüşünde).

şirkettir. Dava yönetim kurulu üyelerine veya denetçilere (şahıslarına) yöneltilemez.

3. Dava Açma Süresi

TTK m. 437/5 deki düzenlemeye göre, "*Bilgi alma veya inceleme istemleri cevapsız bırakılan, haksız olarak reddedilen, ertelenen ve bu fıkra anlamında bilgi alamayan pay sahibi, reddi izleyen on gün içinde, diğer hâllerde de makul bir süre sonra şirketin merkezinin bulunduğu asliye ticaret mahkemesine başvurabilir*". Sürenin başlangıcı, pay sahibince yapılan talebin şirketin yetkili organları tarafından reddedildiği ya da redde eşdeğer olacak biçimde yeterince karşılanmadığı gündür. Bu tarih, bilgi alma hakkının genel kurulda kullanıldığı durumda, genel kurul toplantısının yapıldığı gün; genel kurul dışında yönetim kuruluna müracaat edildiği durumda ise yönetim kurulunun talebi reddettiği tarihtir. Talebin açıkça reddedilmemesine rağmen, cevapsız bırakılarak kullanımının ertelendiği hallerde ise, makul bir süre beklendikten sonra dava açılması gerekir. İşte bu durumlarda dava açma süresinin başlayabilmesi için makul bir süre geçmesi gerektiği kanundaki düzenlemeden anlaşıldığı halde, en çok hangi süre içinde dava açılması gerektiği konusunda bir ibare bulunmamaktadır. Davanın makul bir süre sonra açılması gerektiğine ilişkin hükmü, makul bir süre içinde açılması gerektiği şeklinde anlamak uygun olacaktır[43]. Bu durumda sürenin başlangıcı belirsiz olduğundan, makul bir süre hakkın kullandırılmasını beklemek ve makul sayılabilecek süre geçtikten sonra dava hakkının düşeceğini kabul etmek gerekir. Makul sürenin takdirinde, istenen bilginin hazırlanması için yapılacak çalışmanın ve incelenecek evrakın kapsamı ile, inceleme talebinin karşılanabilmesi için uygun ortamın hazırlanmasına yetecek bir sürenin ne olacağı sorusuna cevap aranmalıdır.

4. Dava Şartları

Bilindiği üzere dava şartları, bir davanın esastan incelenebilmesi için varlığı ya da yokluğu aranan şartlardır[44]. Bilgi alma ve inceleme haklarının

---

43 **Kendigelen**, İlk Tespitler, s. 290.

44 **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, Medeni Usul Hukuku, 14. Bası, Ankara 2013, s. 413.

genel kurulda veya genel kurul dışında kullanılmış olması ve bu yöndeki talebin haksız olarak reddedilmiş olması, bilgi alma davasına özgü özel dava şartları olarak karşımıza çıkar.

a. Bilgi Alma ve İnceleme Haklarının Genel Kurulda veya Genel Kurul Dışında Kullanılmış Olması

Pay sahibinin, şirkete müracaat etmeden doğrudan mahkemeye müracaatla bilgi alma davası açma hakkı yoktur. Pay sahibinin davasının esastan incelenerek bir karara bağlanabilmesi için, davadan önce, bilgi alma ve/veya inceleme hakkının, kanunda öngörülen yollarla şirket nezdinde kullanılması için müracaat etmiş olması olumlu bir dava şartı olarak düzenlenmiştir. Bilgi alma ve inceleme hakları birbirinden bağımsız iki hak olduğundan, bu hakların birlikte kullanılmış olması zorunluluğu yoktur[45]. Şirkete müracaat, ya genel kurulda soru sormak suretiyle belli bir konuda şirket organlarından bilgi istemek ya da genel kurul dışında yönetim kuruluna müracaatla inceleme talebinde bulunmak şeklinde olabilir. Genel kurul dışında yönetim kuruluna yöneltilmiş bir inceleme talebinin reddi de bilgi alma davası açılması için gerekli dava şartını karşılar.

Yönetim kuruluna yapılan talebin reddi üzerine, aynı konuda genel kurul toplantısında bir kez daha bu talebin ileri sürülmesi ya da yönetim kurulunun ret kararının itiraz benzeri bir yolla genel kurul önüne getirilerek bu organdan bir karar alınmaya çalışılması zorunlu değildir[46].

b. Bilgi Alma veya İnceleme Talebinin Reddedilmiş Olması

Bilgi alma veya inceleme talebi genel kurul veya yönetim kurulu tarafından kabul edilmiş ve gerekli bilgi yeterli ölçüde temin edilmiş ise, pay sahibi kural olarak dava açmayacaktır. Bilgi alma veya inceleme talebinin reddedilmiş olması şartının gerçekleşmiş sayılabilmesi için, ya talebin genel kurulda veya yönetim kurulunca açıkça reddedilmiş olması, açıkça reddedilmese dahi fiilen bir cevap verilmemesi bilgi alma ve inceleme haklarının genel kurulda veya genel kurul dışında kullanılmış olması ya da ret sonucu

---

45 **Kaya**, s. 324.

46 Ayrıntılı bilgi için bkz. **Kaya**, s. 326.

doğuracak bir biçimde yetersiz cevap verilmesi gerekir[47]. Bu şart davada davacı tarafından genel kurul toplantı tutanağı veya kendisine verilen cevap yazısı ile ispat edilebilir. Şirket tarafından verilen bilginin yeterli olup olmadığı hakim tarafından takdir edilecektir.

Ayrıca bu dava şartının tahakkuku için, bilgi alma talebinin haksız yere reddedilmiş olması gerekir. Şirket organlarının, korunmaya değer şirket menfaatlerini tehlikeye düşürmeyen ve iş sırrının ifşası anlamına da gelmeyen bilgiyi vermeyi reddetmeleri ya da incelemeye izin vermemeleri halinde, ret haksızdır.

5. Davada İspatı Gereken Vakıalar ve İspat Yükü

Bilgi alma davasında, pay sahibi lehine karar verilebilmesi için gereken koşul vakıalar, *"pay sahibinin somutlaştırılmış bir bilgi alma veya inceleme talebinin varlığı"* ve *"talebin reddinin haksız olduğu*"dur. Alternatif diğer bir koşul vakıa ise, "Pay sahiplerinden herhangi birine bu sıfatı dolayısıyla genel kurul dışında bir konuda bilgi verilmiş olması"dır. Bu vakıaları ispat yükü davacı pay sahibine düşer. Zira mahkemeden kendi lehine karar verilmesini isteyen ve söz konusu koşul vakıaları düzenleyen hukuk normuna dayanan taraf davacı taraftır.

Davada şirket, bilgi verilmesi talebinin reddini, "*bilgi verilmesi, sadece, istenilen bilgi verildiği takdirde şirket sırlarının açıklanacağı veya korunması gereken diğer şirket menfaatlerinin tehlikeye girebileceği"* şeklinde bir gerekçeye dayandıracak olursa, istenen bilginin şirket sırrı olduğu veya korunması gereken diğer şirket menfaatlerinin tehlikeye düşme ihtimalinin yüksek olduğu şeklindeki somut vakıa iddiasını ispatlamalıdır. Zira bu koşul vakıayı içeren TTK m. 437/3, pay sahibinin bilgi alma hakkını doğuran "hak doğurucu norm" karşısında "hakkı engelleyici bir norm" niteliğindedir[48]. Bu nitelikte hakkı engelleyen bir norma dayanan taraf, o hukuk normdaki koşul vakıaları iddia ve ispat etmelidir.

---

47 **Kaya**, s. 327; **Pulaşlı**, s. 1509.

48 Hak doğurucu ve hakkı engelleyici kurallar hakkında bkz. **Atalay**; Oğuz, Medeni Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı, İzmir 2001, s. 61-62.

6. İspat Ölçüsü ve Deliller

Davacı tarafın, *"pay sahibinin somutlaştırılmış bir bilgi alma veya inceleme talebinin varlığı*" ve "*talebin reddinin haksız olduğu*" ya da "*pay sahiplerinden herhangi birine bu sıfatı dolayısıyla genel kurul dışında bir konuda bilgi verilmiş olduğu"* şeklindeki vakıaları hangi derecede ispatlaması gerekir ki, hakim, vakıa iddialarının doğru olduğu konusunda bir kanaate vararak davacı lehine karar verebilsin? İşte bu soru, davacının ispat faaliyetindeki ispat ölçüsünü ortaya koyacaktır.

Bir somut vakıa iddiasının kesinlik sınırındaki ihtimal derecesinde ispatı aranıyorsa tam ispat ölçüsü; şayet hakimde, karar verebilmesi ve vakıayı ispatlanmış sayabilmesi için bu derecede yüksek bir kanaate ulaşması beklenmiyor, sadece vakıa iddiasının gerçek olma ihtimalinin kuvvetli olduğu (vakıanın iddiasının gerçek olmasının ağır basan ihtimal olduğu) yolunda bir kanaatle yetinerek karar vermesi kabul ediliyor ise ispat ölçüsü yaklaşık ispattır[49].

a) Pay sahibinin somutlaştırılmış bir bilgi alma veya inceleme talebinde bulunmuş olması vakıasının tam ispat derecesinde ispatı gerekir. Zira bu vakıa, bilgi alma veya inceleme hakkının şirket nezdinde kullanılması aşamasında somutlaşacak bir vakıadır ve bizzat pay sahibi tarafından gerçekleştirilecek bir işlemdir. Bilgi alma talebinin şirket nezdinde kullanılması sırasında genel ve soyut bir talep yetmez, hangi şirket işleri konusunda bilgi istendiği somut bir biçimde şirkete bildirilmelidir[50]. Bu aşamada somutlaşan talep edilen bilginin konusu ve kapsamı, dava aşamasında da somutlaştırma yükü (HMK m. 194) çerçevesinde iddia olunmalı ve tam ispat ölçüsünde ispat edilmelidir.

Pay sahibi mahkemeden talepte bulunurken, dava öncesinde şirkete yaptığı müracaatın içeriğine uygun bir dava dilekçesi hazırlamalıdır. Genel olarak şirketin mali durumu ve iş ilişkileri hakkında bilgi verilmesi şeklinde bir talep, somutlaştırılmamış bir taleptir[51]. Bu talebin mahkemece açıklatıl-

---

49 Kavramlar için bkz. **Atalay**, s. 39-43. **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 677-682.

50 **Kaya**, s. 332-333.

51 **Pulaşlı**, s. 1509.

ması (HMK m. 31) ve somutlaştırılmasına imkan verilmesi gerekir. Talebin somutlaştırılması halinde ise reddine karar verilmek gerekir.

Bu vakıanın ispatında kullanılabilecek deliller, genel kurul toplantı tutanağı, pay sahibi tarafından şirkete verilen dilekçe ve şirket tarafından verilen cevap yazısı olabileceği gibi, bir hukuki işlemin ispatı söz konusu olmadığından, senetle ispat zorunluluğu (HMK m. 200) olmadan her türlü delille ispat mümkündür.

b) Bilgi alma talebinin şirket tarafından haksız yere reddedilmiş olduğu şeklinde ifade edebileceğimiz somut vakıanın ispatında "reddin haksız olması" koşulunun ispat yükü de davacı tarafa aittir. Ancak bu vakıa iddiası, aslında "reddin haklı bir sebebe dayanmadığı" şeklinde ifade edilebilecek menfi bir vakıa iddiasıdır. Bu sebeple, söz konusu menfi vakıanın ispatında karşı tarafın (şirketin), bir hakkı engelleyici kurala dayanarak, ispatın konusunu teşkil eden menfi vakıa iddiasının aksi olan müspet vakıa iddiasında bulunmaması durumunda dahi, delil ikame yükünün kendisine yüklenmesi gerekir. Başka bir deyişle şirketin, bilgi alma talebinin reddinin haklı bir sebebe dayandığını ya da istenen bilginin verilmesinin şirket sırrının açıklanması veya diğer şirket menfaatlerinin tehlikeye düşmesi sonucunu doğuracağını açıkça iddia etmemesi halinde, reddin haklı sebebe dayanmadığı vakıasını ispat yükü davacı pay sahibinde olsa dahi, bu vakıanın delilleri kendi yetki ve sorumluluk alanında bulunmayan davacıya (pay sahibine) delil ikame yükü yüklenemez. Aksi takdirde bir ispat imkansızlığı doğar ve bu ise ispat hakkı (HMK m. 189) ve hukuki dinlenilme hakkının (HMK m. 27) ihlali anlamına gelir.

Şirketin, vakıaların aydınlanmasına katılma yükü çerçevesinde delil ikame yükünü yerine getirmemesi durumunda, davacı pay sahibinin iddiasını ispatlamış sayılması ve davacı lehine karar verilmesi gerekir. Yani, bu durumda, pay sahibinin bilgi alma talebinin reddedilmesinin haklı bir sebebe dayanmadığı vakıasının karar vermeye yetecek ölçüde ispatlandığı kabul edilmelidir.

Nihayet buradaki menfi vakıanın ispatında ispat ölçüsü yaklaşık ispata düşürülerek, ispat imkansızlığının aşılması da mümkündür[52]. Yaklaşık ispat

---

52 **Kaya**, s. 332.

ölçüsü çerçevesinde hakim, davacı pay sahibinin bilgi alma talebinin şirketçe reddedilmesinin haklı bir sebebe dayanmadığını kuvvetle muhtemel görmesi halinde davacı lehine karar verebilecektir.

Bilgi alma ve inceleme taleplerinin reddinin haklı bir sebebe dayanmadığı vakıası, hukuki işlem olmadığından usulen caiz olan her türlü delille ispatlanabilecek bir vakıadır.

c) Pay sahibi, bilgi alma davasında, "pay sahiplerinden herhangi birine bu sıfatı dolayısıyla genel kurul dışında bir konuda bilgi verilmiş olduğu" yolunda bir vakıa iddiasında bulunursa, bu iddianın ispat yükü de kendisine düşer. Bu somut vakıa iddiasının ispatında ise tam ispat ölçüsü aranmalıdır. Bu vakıanın ispatı da senetle ispat zorunluluğuna tabi değildir; takdiri delilerle ispat mümkündür.

d) Dava dilekçesine verdiği cevapta davalı şirket, pay sahibinin bilgi alma veya inceleme talebinin reddedilmesini, şirket sırrının açığa çıkacağı veya diğer bir şirket menfaatinin tehlikeye gireceği şeklinde bir savunma sebebi ileri sürmüş ise, yukarıda belirtildiği üzere, pay sahibinin bilgi alma hakkını engelleyici bir hukuk kuralına dayanmış olur. Bu tür bir hukuk kuralının hukuki sonuç bölümündeki "hakkın engellenmesi" sonucunun doğabilmesi için, o kurala dayanan tarafın normdaki koşul vakıaları karşılayan somut vakıaları iddia ve ispat etmesi gerekir. Buradaki ispat faaliyeti, davacı tarafın ispat faaliyetine nazaran karşı ispat değil, bağımsız bir asıl ispat faaliyetidir. Şirket, bilgi alma hakkının pay sahibi tarafından kötüye kullanıldığı, bu sebeple bilgi talebinin reddedildiği yolunda bir savunmada bulunursa, bu iddianın ispat yükü de şirkete aittir.

Şirketin, pay sahibine bilgi verilmesi ya da inceleme yapmasına izin verilmesinin, iş sırlarını veya şirket menfaatlerini tehlikeye düşüreceğini somut bir biçimde ortaya koyması gerekir. Bu iddiasın ispat için kullanılabilecek delillerin hemen hemen tamamı şirketin yetki ve sorumluluk alanında, başka bir deyişle şirketin tasarrufu altındaki alanda oluşabilecek deliller olduğundan, delil ikame yükü şirkete aittir.

Davalı şirketin, *"istenen bilginin verilmesi ya da incelemeye izin verilmesinin, şirket sırrının açıklanması sonucunu doğuracağı veya diğer bir şirket menfaatinin tehlikeye girmesine yol açacağı*" şeklindeki iddiası bir müspet vakıa iddiasıdır. Ancak dikkat edilecek olursa burada şirketin iddia-

sına konu olan vakıa davadan önce gerçekleşmiş, algılanabilir hale gelmiş ve somut delilleri bulunan bir vakıa değil, bilginin istendiği şekilde verilmesi halinde gerçekleşebilecek olan bir duruma ilişkin iddiadır. Başka bir deyişle gelecekte bir somut vakıanın gerçekleşeceği iddiası söz konusudur. Bu şekildeki bir vakıa iddiasının da somutlaştırılarak ileri sürülmesi gerektiği tartışmasızdır. Ancak buradaki somutlaştırma sırasında, açıklanması sakıncalı olan şirket sırrının ne olduğu sorusuna tam olarak cevap verilmesi durumunda şirket sırrının zaten açıklanmış olacağı gerçeği de göz önünde bulundurulmalıdır. Burada ticari sırların korunması amacıyla kabul edilmiş olan[53] HMK m. 161/2 hükmünün uygulama alanı bulması ve şirket sırrının içeriğine ilişkin hakimde kanaat oluşturmaya yetecek derecede bilgi içeren belgelerin gizli olarak saklanmasına karar verilmesi ve bu belge ve ilgili duruşma tutanaklarının incelenmesinin ancak hakimin açık iznine bağlanması mümkündür. Böylece şirket, iddiasını somutlaştırılırken, hakimin iş sırlarının açıklanmaması için gizli saklama kararını sıkı bir biçimde uygulaması sayesinde şirket menfaatlerinin zarar görmesinin de önüne geçilebilir.

Bir vakıa gerçekleşmeden o vakıanın gerçekleştiğini gösteren delillerinin oluşması da mümkün değildir. Ancak buradaki vakıa iddiası bir tehlikenin mevcut olduğu yolundaki iddia olduğundan, pay sahibinin bilgi alma talebi sırasında, hangi tehlikenin var olduğu somutlaştırılarak bildirilmeli ve bu tehlikenin gerçekleşmesinin kuvvetle muhtemel olduğu iddia ve ispat edilmelidir. Bu vakıa iddiasının niteliği gereği, ispatta aranacak ölçü yaklaşık ispat olmalıdır (kuvvetle muhtemel olma ölçüsü)[54].

İsviçre Federal Mahkemesi bu konuda önceleri, şirket tarafından gerçekleştirilecek ispat faaliyetinde tam ispatın beklenemeyeceği, şirket menfaatlerinin ihlal edildiğinin muhtemel bir biçimde ortaya konulmasının yeterli olduğu görüşünü benimsemiş iken[55], daha sonra şirket menfaatlerinin ihlal edildiği iddiasının somut gerekçelere dayanması gerektiği ve kuvvetle muhtemel gösterilmesi gerektiğini kabul etmiştir[56].

---

53 HMK m. 161 gerekçesinde,

54 **Kaya**, s. 332.

55 BGE 82 II 222.

56 BGE 109 II 50; BGE 50, II, E, 3b.

7. Mahkemece Verilecek Kararın İçeriği

Bilgi alma davasında görevli mahkeme asliye ticaret mahkemesi, yetkili mahkeme ise, şirket merkezinin bulunduğu yer mahkemesidir (TTK m. 437/5). Dava basit yargılama usulüne göre (HMK m. 316-322) incelenerek karara bağlanır. Mahkemenin incelemeyi duruşmalı olarak yapması gerekir.

Mahkeme, bilgi alma veya inceleme talebinin dava öncesi kullanıldığına ve bu talebin şirketçe reddinin haksız olduğuna, bilgi alma hakkının kötüye kullanımının söz konusu olmadığına, şirket menfaatlerinin tehlikeye düşeceği iddiasının yerinde olmadığına, açıklanacak bilginin şirket sırrı kapsamına girmediği ya da bu nitelikte dahi olsa istenen bilginin başka pay sahiplerine genel kurul dışında verilmiş olduğuna kanaat getirirse, davacı pay sahibinin talebini kabul eder ve somut talebi karşılamaya ve etkin bir hukuki koruma sağlamaya elverişli bir karar verir. Aksi takdirde davayı reddeder. Davanın kabulüne dair mahkeme kararı, bilginin genel kurul dışında verilmesi talimatını ve bunun şeklini de içerebilir (TTK m. 437/5).

Bilgi alma hakkının kullandırılmasına yönelik davayı kabul eden mahkeme, belirli bir süre tayin ederek, yönetim kuruluna ya da denetçilere, genel kurul toplantısında pay sahibi tarafından yöneltilen sorulara yazılı olarak gerçeğe uygun ve tam bir cevap verilmesini emretmelidir. Sözlü bilgi verilmesi şeklinde bir karar, verilen bilginin yeterliliği ve sorulara uygunluğunun denetlenmesinin imkansız olması sebebiyle kabul edilemez. Mahkeme pay sahibin sorduğu soruların kapsamıyla sınırlı olmak kaydıyla şirket nezdinde bulunan belge ve kayıtların ilgili kısımlarının suretlerinin ya da elektronik veri taşıyıcısındaki bilgilerin kopyasının davacı tarafa verilmesine de karar verebilir.

Dava inceleme hakkının kullandırılmasına ilişkin ise, talebi kabul eden mahkeme, kararında, şirket defterlerinin, mizanlarının, bilgi alınmak istenen somut konuya ya da şirket işlerine ilişkin yazışmaların ve ilgili diğer belgelerin şirket nezdinde (merkezinde) incelenmesine şirketçe izin verilmesi; talep edilmiş ise, incelemenin, davacı tarafından belirlenecek uzmanlarca yapılması; uzmanlara, şirket merkezinde çalışma yeri tahsis edilmesi; uzmanlarca sorulacak soruları cevaplayacak bilgi ve yeteneğe sahip şirket ilgililerinin bu incelemede hazır bulundurulması ve davacı ya da uzmanların incelemelerini hangi süre içinde yapabilecekleri hususlarına yer vermelidir.

Ayrıca mahkemenin, kararın şirket tarafından yerine getirilip getirilmediğinin tespiti için bir noter katibinin uzmanlara katılmasına da karar verebilmesi gerekir. Böylece mahkeme kararının etkin bir biçimde uygulanması temin edilmiş olacağı gibi, kararın gereği gibi yerine getirilmediği hallerde, ilamın cebri yoldan icrası aşamasında ortaya çıkabilecek tartışmalara da baştan engel olunabilir.

TTK m. 437/5 son cümle uyarınca mahkeme kararı kesindir. Bu düzenlemeye ilişkin madde gerekçesinde temyizden söz edilmekte olmasına rağmen, temyize ilişkin hükmün madde metninde yer almaması nedeniyle kararın, verildiği anda kesin kararlardan olduğu kabul edilebilir. Ancak diğer taraftan, madde metninde, mahkemenin davayı kabul kararından söz edildiği ve bu kararın içeriğinin ne olabileceğine ilişkin cümleden sonra, kararın kesin olduğu yönünde bir hüküm sevk edilmek suretiyle talebin kabulüne ilişkin mahkeme kararının kesin olduğu; yoksa talebin reddine ilişkin mahkeme kararının kesin kabul edilmesi yönünde bir iradenin bulunmadığı da düşünülebilir.

III. KARARIN İCRASI AŞAMASINA İLİŞKİN BAZI SORUNLAR

Bilgi alma ve inceleme hakkının kullandırılmasına yönelik bilgi alma davasının mahkemece kabulü üzerine verilen kararın, davalı şirket tarafından rızaen yerine getirilmemesi durumunda, davacı pay sahibi "bir işin yapılmasına ilişkin ilamların icrası" yoluna müracaat edebilir (İİK m. 30).

Pay sahibinin ilamlı icra yoluna müracaatı üzerine, icra dairesince düzenlenecek icra emri, mahkemece verilen karara uygun bir emir içermelidir. İcra emriyle, şirkete mahkeme kararında hükmedildiği şekilde ve sürede gerekli yazılı bilgiyi veya belgeleri icra dairesine teslim etmesi ya da mahkeme kararında yazılı olduğu sürede, yerde ve kararlaştırılan usule uygun olarak pay sahibi veya uzmanlarının inceleme yapmasına izin verilmesi ihtar olunur. Belirtilen süre içinde, ilamın gereği olan bilgiyi verme veya pay sahibinin incelemesine uygun ortamı hazırlama işi yapılmadığı takdirde, ilam alacaklısı olan pay sahibin talebi üzerine, ilam zorla yerine getirilir.

İşte bu aşamada icra müdürünün, mahkeme kararına konu bilgiyi zorla nasıl alacağı tartışmaya açık bir konudur. İcra müdürünün, bilgi yerine bilgiyi taşıyan kaynakları ya da belgeleri zorla şirket merkezinden alarak, pay sahibine teslim etmesi şeklinde bir cebri icra, şirket sırlarına ve diğer şirket menfaatlerine de zarar verebilir. Zira icra müdürü istenen bilginin alınabileceği kaynakların neler olabileceği konusunda bir fikre sahip değildir. Bu nedenle belirtilen şekilde bir cebri icraya izin verilmesi uygun olmaz. Masrafı borçludan alınarak ilamdaki işin başkasına yaptırılması mümkün değildir. Nihayet, istenen belgelerin şirket yöneticileri tarafından verilmemesi durumunda, ilamın icrasına muhalefet eden şirkete karşı, İİK m. 345 gereği borçlu şirket yetkililerinin, pay sahibinin şikayeti üzerine icra mahkemesi tarafından cezaya çarptırılmaları (üç aya kadar tazyik hapsi, İİK m. 343) şeklinde bir yaptırım uygulanmasından başka bir yol mevcut değildir.

Pay sahibinin inceleme hakkının tanınması ve şirketin bu hakkın kullanımına uygun ortamı hazırlamaya mahkum edilmesi durumunda, bu kararın cebri icrası aşamasında da benzer bir sorunla karşılaşmak mümkündür. İncelenecek belgelerin neler olduğu mahkeme kararında açıkça belirtilmiş ise, icra müdürünün, inceleme yapacak pay sahibi ya da uzmanları ile şirket merkezine giderek, o belgelerin ibraz edilmesini şirketten talep etmesi ve kararda belirtilen inceleme ortamının hazırlanmasına nezaret etmesi gerekir. Fakat bu sırada şirket tarafından ibraz edilmeyen belgelerin zor kullanılarak alınması ve ilam alacaklısının incelemesine sunulması şeklinde bir uygulama fiilen mümkün olamayacaktır. Zira icra müdürü hangi belgelerin nerede olduğunu, belgelerin inceleme konusu ile ilgili olup olmadığını takdir edebilecek durumda değildir. İncelemeye izin verilmesi ve gerekli belgelerin teslim edilmesi şeklindeki borcu yerine getirmeyen takip borçlusu şirketin yöneticilerinin, alacaklı pay sahibinin şikayeti üzerine, İİK m. 343 uyarınca, üç aya kadar tazyiken hapislerine karar verilir. Hapis cezasının infazına başlandıktan sonra ilamın gereği yerine getirilirse borçlu şirket yöneticileri tahliye olunurlar.

6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a Göre TÜKETİCİ HAKEM HEYETLERİ

Prof. Dr. Ali Cem BUDAK*

Hocamız Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez, medenî usûl ve icra-iflâs hukukunun hemen her konusu ile olduğu gibi, tüketici mahkemeleri ve tüketici hakem heyetleri ile de ilgilenmiş; bu konuda yasama çalışmalarına ışık tutan yayınlar yapmıştır.

4077 sayılı (eski) Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 22. maddesinde, tüketici sorunları hakem heyeti kararlarının belirli bir değere kadar olan uyuşmazlıklar bakımından taraflar için bağlayıcı olması yönünde yapılan 2003 tarihli değişiklik, Pekcanıtez'in önerisi doğrultusundadır[1]. Yine 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un topluluk davasına ilişkin m. 73(6) hükmünün hazırlanmasında da Pekcanıtez'in 4077 sayılı (eski) Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 23. maddesiyle ilgili eleştirilerinden yararlanıldığı görülmektedir[2].

Bu Armağan Kitabında tüketici usul hukukuna ilişkin çalışmaların da bulunması gerekliydi. 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un tüketici mahkemelerine ilişkin yeni hükümleri kürsü arkadaşım Özmumcu'nun makalesinde ele alınmıştır. Tüketici hakem heyetleri hakkındaki yeni düzenlemeler ise aşağıda incelenecektir.

---

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

1 4822 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, R. G. 14.3.2003, sayı: 25048. Bkz. Hakan **Pekcanıtez**, "Tüketici Sorunları Hakem Heyeti", İzmir Barosu Dergisi, Temmuz 1996, s. 40-58, s. 56.

2 Bkz. Hakan **Pekcanıtez**, "Tüketici Mahkemelerinde Yargılama Usulü ve Topluluk Davaları", 2. Tüketici Hukuku Sempozyumu - Ses Çözümleri ve Makaleleri, Ankara: Bilge 2013, s. 454-460, s. 455.

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Özel Sayı 2014, s. 77-103 (Basım Yılı: 2015)
Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ'e Armağan

I. Yeni TKHK Hükümlerinin Yürürlüğe Girmesi

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ("Yeni TKHK") içinde bulunduğumuz yıl yürürlüğe girerek, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'u ("Eski TKHK") yürürlükten kaldırmıştır[3]. Yeni TKHK'un 66. ve devam eden maddelerinde usul hükümleri yer almaktadır: Kanunun 66 ila 72. maddeleri tüketici hakem heyetlerine, 73 ve 74. maddeleri ise tüketici mahkemeleri ve tüketici mahkemelerinde açılacak topluluk davalarına ilişkindir. Tüketici hakem heyetlerinin kuruluş ve çalışma esasları ve tüketici hakem heyetlerinde görev yapacak raportörler hakkında yönetmeliklerde çıkarılmıştır[4].

Yeni TKHK'nun 87. maddesi, bu Kanunun Resmi Gazete'de yayımlandığı tarihten altı ay sonra, 11 Mayıs 2014 tarihinde yürürlüğe gireceğini öngörmüştür. Yeni TKHK'nun 66 ve devamı maddelerinde yer alan usul hükümlerinin de, usul kanunlarının yürürlüğe girmesine ilişkin temel kurala (HMK m. 448) uygun olarak, tamamlanmış işlemleri etkilememek kaydıyla derhal (11 Mayıs 2014 günü) yürürlüğe girdiğini; Kanunun yürürlüğe girmesinden önce açılmış, fakat Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte derdest olan tüketici davaları ve tüketici hakem heyeti incelemelerinde, Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra yapılacak usul işlemleri bakımından uygulanacağını kabul etmek doğru olur. Nitekim Yeni TKHK "tamamlanmış işlemleri etkilememek kaydıyla derhal yürürlüğe girme" kuralını tüketici mahkemelerinin görev ve yetkisine ilişkin hükümler bakımından açıkça öngörmüştür. Kanunun "Geçiş hükümleri" başlıklı Geçici 1. maddesine göre "bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce açılmış olan davalar açıldıkları mahkemelerde görülmeye devam eder".

II. Yeni TKHK'na Göre Tüketici Hakem Heyetlerinin Niteliği

Eski TKHK'nda "Tüketici Sorunları Hakem Heyeti" olarak adlandırılan kurum Yeni TKHK'nda kısaca "Tüketici Hakem Heyeti" şeklinde adlandırıl-

---

3 Yeni TKHK m. 86, m. 88. Kanunun gerekçesi için bkz. TBMM Bülteni, Yasama Dönemi 24, Yasama Yılı 3; Sıra Sayısı 490.

4 Yeni TKHK m. 72 ve 84.Tüketici Hakem Heyetleri Yönetmeliği, R.G. 27.11.2014, sayı: 29188; Tüketici Hakem Heyeti Raportörlüğü Yönetmeliği, R.G. 27.11.2014, sayı: 29188.

mıştır. Yeni TKHK tüketici hakem heyetine ilişkin hükümlere tüketici mahkemelerine ilişkin hükümlerin yer aldığı "Yargılama, Denetim ve Cezaya İlişkin Hükümler" başlıklı Sekizinci Kısım'da değil, "Tüketici Kuruluşları" başlıklı Yedinci Kısım'da yer vermektedir.

Gerçekten, tüketici hakem heyetlerinin sundukları uyuşmazlık çözüm yönteminin, hâkimlerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatından yararlanan meslekten hâkimler tarafından yürütülmediği için, "yargılama dışı" (extra-judicial) bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olduğu görülmektedir. Acaba bu yargı dışı uyuşmazlık çözüm yöntemi, adında yer alan "hakem" sözcüğünün düşündürdüğü gibi "tahkim" veya bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi sayılabilir mi?[5]

Bu soruya verilecek cevap tüketici hakem heyetleri hakkındaki hükümlerin yorumlanması ve boşluklarının doldurulmasında hangi kaynaklardan yararlanılabileceğini belirlemesi bakımından pratik önem taşımaktadır. Örneğin, Sigortacılık Kanununun "Sigortacılıkta Tahkim"e ilişkin 30. maddesinin 23. fıkrası Sigortacılık Kanununda hüküm bulunmayan hallerde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun (şimdi Hukuk Muhakemeleri Kanununun[6]) hükümlerinin sigortacılıktaki tahkim hakkında da kıyasen uygulanacağını öngörmektedir.

Kanımca Tüketici Hakem Heyetlerine başvurmak ihtiyari olmadığı ve tüketici hakem heyetlerinde yer alan hakemleri seçmek konusunda da tarafların bir rolü olmadığına göre, tüketici hakem heyetlerine başvuru HMK'nda ve genel olarak usul hukukunda anlaşıldığı anlamıyla tahkim değildir[7]. Buna göre, tüketici hakem heyetlerine başvuru ve tüketici hakem heyetlerinin

---

5 4077 sayılı eski TKHK hükümleri bakımından bkz. **Pekcanıtez**, "Tüketici Sorunları Hakem Heyeti", s. 41-42; Mehmet Akif **Tutumlu**, Tüketici Sorunları Hakem Heyetlerinin Yapısı, İşleyişi, Sorunları ve Çözüm Önerileri, Ankara 2006, s. 37-39; Mustafa Serdar **Özbek**, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, 3. Bası, Ankara 2013, s. 837.

6 HMK m. 447 (2).

7 İlmi içtihatlarda tüketici hakem heyetlerinin faaliyetini nitelemek için yaygın olarak 3533 sayılı Kanunla (Umumi, Mülhak ve Hususi Bütçelerle İdare Edilen Daireler ve Belediyelerle Sermayesinin Tamamı Devlete veya Belediyeye veya Hususi İdarelere Ait Daire ve Müesseseler Arasındaki İhtilafların Tahkim Yoliyle Halli Hakkında Kanun) düzenlenen ve mahkemelerin uyguladığı bir yargılama usulü için kullanılan "mecburi tahkim" terimi de kullanılmıştır; bkz. **Özbek**, age., s. 839; **Tutumlu**, age., s. 39.

faaliyeti bakımından karşılaşılabilecek kanun boşluklarında HMK'nun tahkim hükümlerini kıyasen uygulamak doğru olmaz. Hatta Yeni TKHK, çözümünde tüketici hakem heyetinin görevli olduğu uyuşmazlıklarda devlet mahkemelerinde dava açmak yolunu tamamen kapadığı için[8], tüketici hakem heyetlerinin faaliyeti dar anlamıyla bir "alternatif" uyuşmazlık çözümü yöntemi de değildir[9].

Aşağıda inceleneceği üzere, tüketici hakem heyetlerinin faaliyeti bazı bakımlardan devlet mahkemelerindeki yargılamaya benzetilmiş; kendine özgü bir yargılama dışı uyuşmazlık çözüm yoludur. Bu bakımdan, mevzuatta görülen boşlukların doldurulmasında devlet mahkemelerindeki yargılamaya ilişkin hükümlerden de yararlanılması doğru olur.

III. Tüketici Hakem Heyetlerinin Görev ve Yetkisi

A. Tüketici Hakem Heyetlerinin Konu İtibarıyla Görev Alanı

Yeni TKHK tüketici hakem heyetlerinin görev alanı "*tüketici işlemleri* ile *tüketiciye yönelik uygulamalar*dan doğabilecek uyuşmazlıklara çözüm bulmak" olarak belirlemiştir[10].

Kanunda "tüketici işlemi" kavramı "mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dahil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dahil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlem" olarak tanımlanmaktadır[11].

"Tüketiciye yönelik uygulamalar" teriminin ise kanunda bir tanımı ve kanımca açık bir anlamı yoktur. Tüketiciye yönelik uygulamalar ifadesi ile

---

8 Yeni TKHK m. 68(1), 1. cümle.

9 Dar anlamıyla alternatif çözümü "uyuşmazlıkların çözümü amacıyla görev yapan *devlet mahkemelerinde görülen dava yolunun yanında seçimlik bir yol olarak işleyen*, genellikle tarafsız bir üçüncü kişinin, mevcut bir uyuşmazlığın çözümü konusunda taraflara yardımcı olmak ve katkıda bulunmak amacıyla katıldığı, bir grup 'uyuşmazlık çözüm yöntemleri topluluğu' olarak tanımlanabilir" **Özbek**, age., s. 167.

10 Yeni TKHK m. 66(1), 1. cümle.

11 Yeni TKHK m. 3 (1)(l).

kastedilenin "haksız ticari uygulamalar" kenar başlıklı 62. maddedeki haller olduğu bir an için düşünülebilir ise de haksız ticari uygulamalar hakkındaki denetim yetkisinin Reklam Kurulunda olduğu ve bu konudaki başvuruların Reklam Kuruluna yapılması gerektiği Kanunun 63. maddesinden anlaşılmaktadır[12].

Yeni TKHK'nda tüketici hakem heyetlerine yapılacak başvurunun "tüketicinin yerleşim yerinin bulunduğu veya *tüketici işleminin yapıldığı* yerdeki tüketici hakem heyetine" yapılacağı da hükme bağlanmıştır (m. 68(3)).

Bu hükümlere göre tüketici hakem heyetlerine yapılacak başvuruların tüketicilerin taraf olduğu hukuki işlemlerin teşkil edeceği anlaşılmaktadır. Hukuki işlemler dışındaki sebeplere (mesela haksız fiil sebebine) dayanan talep ve başvurular kanımca tüketici hakem heyetlerine yapılamaz.

Yeni TKHK "tüketici" kavramını tanımlarken tüketicinin tüzel kişi de olabileceğini öngörmektedir[13]. Buna göre tüzel kişi tüketicilerin, mesela mesleki ve ticari amaç gütmeyen dernek ve vakıfların tüketici hakem heyetlerine başvurabileceklerine şüphe yoktur. Yine, bütün işlemleri ticari iş sayılan ticaret şirketlerinin tüketici sıfatıyla tüketici hakem heyetlerine başvuramayacakları da açıktır[14].

Buna karşılık ticaret şirketlerinin veya daha genel olarak tacirlerin ve serbest meslek sahiplerinin tüketici hakem heyetlerine (deyim yerindeyse "davacı" olarak) başvurup başvuramayacakları kanun hükümlerinden açıkça anlaşılmamaktadır. Doktrinde tüketici hakem heyetlerinin sadece tüketicilerin başvurabileceği; hatta tüketici örgütleri ve Gümrük ve Ticaret Bakanlığının dahi (tüketici mahkemelerinde dava açabilmelerine rağmen[15]) tüketici hakem heyetlerine başvuramayacakları ifade edilmiştir[16].

Kazai içtihatlarda 13. Hukuk Dairesinin bir kararında ise, tüketiciler dışındaki kişilerin tüketici hakem heyetlerine başvurabilecekleri; hatta tüke-

---

12 Bkz. İ. Yılmaz **Aslan**, Tüketici Hukuku, 4. Bası, Bursa 2014, s. 637.

13 Yeni TKHK m. 3 (1)(k).

14 Bkz. TTK m.19.

15 Bkz. Yeni TKHK m. 73(6) ve 74(1).

16 **Aslan**, age., s. 630.

ticiler aleyhine yapılan icra takiplerinde ödeme emrine itiraz edilmesi halinde itirazın iptali için devlet mahkemelerine başvurulamayacağı kabul edilmiştir[17].

Kanımca Kanun hükmünün lafzından aksi anlaşılmadığına ve tüketici uyuşmazlıklarının basit ve çabuk şekilde sonuçlanması amacı başvurunun

---

[17] **"Davacı, abonesi olan davalının 1999 yılı Aralık, 2000 yılı Ocak, Şubat aylarına ait fatura bedellerini ödemediğini, hakkında yapılan icra takibine itiraz ettiğini bildirip, itirazın iptaline ve % 40 icra inkar tazminatına hükmedilmesini istemiştir. (…)** - Mahkemece davanın kısmen kabulü ile 355.856.186 liralık icra takibine itirazın iptaline, takibin bu miktar üzerinden iptaline, ana alacağa takip tarihinden faiz yürütülmesine ve inkâr tazminatının davalıdan tahsiline karar verilmiş; hüküm, davalı tarafından temyiz edilmiştir. - 4822 Sayılı Yasa ile değişik 4077 Sayılı Yasanın 22. maddesinin 5. fıkrasında "Değeri 500.000.000 liranın altında bulunan uyuşmazlıklarda tüketici sorunları hakem heyetlerine başvurusu zorunludur. Bu uyuşmazlıklarda heyetin vereceği kararlar tarafları bağlar. Bu kararlar İcra ve İflas Kanunun ilamlarının yerine getirilmesi hakkındaki hükümlerine göre yerine getirilir. - Taraflar bu kararlara karşı onbeş gün içinde Tüketici Mahkemelerine itiraz edebilirler. İtiraz tüketici sorunları hakem heyeti kararının icrasını durdurmaz. Ancak talep edilmesi şartıyla hâkim, tüketici sorunları hakem heyeti kararının icrasını tedbir yoluyla durdurabilir. Tüketici sorunları hakem heyeti kararlarına karşı yapılan itiraz üzerine tüketici mahkemesinin vereceği karar kesindir." hükmünü getirmiştir. Yasanın bu hükmüne göre, 4077 Sayılı Yasanın uygulanmasından kaynaklanan bu miktarı 2004 yılında 580.500.000 liradan az olan uyuşmazlıkların Tüketici Sorunları Hakem Heyetine götürülmesini öngörüp, hakem heyetince verilen kararlara 15 gün içinde mahkemelerde itiraz edilerek dava açılabileceği ve mahkemelerinde bu tür ihtilaflarda vereceği kararın kesin olacağı belirtilmiştir. Başka ifade ile, **2004 yılında miktarı 580.500.000 liradan az olan uyuşmazlıklar hakkında, Tüketici Sorunları Hakem Heyetine başvurulmadan doğrudan mahkemelerde dava açılamayacak, ancak Tüketici Sorunları Hakem Heyetine başvurusu üzerine, verilen karar aleyhine, mahkemelerde dava açılabilecektir. Somut olayımızda dava konusu alacağın miktarı 357.070.000 lira olup Tüketici Sorunları Hakem Heyetine başvurulmadan icra takibi yapılmış, itiraz üzerine de davacı tarafından 11.05.2004 tarihinde itirazın iptali talebiyle bu dava açılmıştır. Öyle olunca davacının 4077 Sayılı yasanın 22/5. maddesine göre dava açılabilmesi şartı gerçekleşmemiştir.** Mahkemece bu nedenlerle davanın reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde aksi düşüncelerle hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir." 13. HD 8.2.2005, 13486/1755, www.kazanci.com. Uygulamada tüketici hakem heyetlerinin genellikle itirazın iptali talepli şikâyetleri karara bağladıkları; ancak itirazın iptaliyle birlikte icra inkâr tazminatının da talep edildiği hallerde karar vermekten kaçındıkları ifade edilmiştir: **Tutumlu**, agm., s. 118-119.

aktif ve pasif taraflarının kim olduğuna nazaran farklılık göstermeyeceğine göre, tüketicilere mal ve hizmet sağlayan tacirler (bu arada ticaret şirketleri) ve serbest meslek sahiplerinin de, tüketici hakem heyetlerinin görev alanına giren uyuşmazlıklarda tüketici hakem heyetlerine başvurmaları gerekir[18].

B. Tüketici Hakem Heyetlerinin Uyuşmazlığın Miktar ve Değeri İtibarıyla Görev Alanı: Tüketici Hakem Heyetine Başvuru Zorunluluğu

Yeni TKHK, belirli miktar veya değere ilişkin tüketici uyuşmazlıkları bakımından devlet mahkemelerine başvurma yolunu kapatmakta; tüketici hakem heyetlerine başvurmayı kural olarak zorunlu hale getirmektedir[19]. Belirlenen miktar veya değeri aşan tüketici uyuşmazlıkları bakımından ise tüketici hakem heyetlerine başvurulamamaktadır. Yeni TKHK m. 68(1) hükmüne göre:

> "Değeri iki bin Türk Lirasının altında bulunan uyuşmazlıklarda ilçe tüketici hakem heyetlerine, üç bin Türk Lirasının altında bulunan uyuşmazlıklarda il tüketici hakem heyetlerine, büyükşehir statüsünde bulunan illerde ise iki bin Türk Lirası ile üç bin Türk Lirası arasındaki uyuşmazlıklarda il tüketici hakem heyetlerine başvuru zorunludur. Bu değerlerin üzerindeki uyuşmazlıklar için tüketici hakem heyetlerine başvuru yapılamaz."

Kanunun m. 68(4) hükmünde ise söz konusu "iki bin" ve "üç bin" Türk Lirası tutarlı sınırların her yıl Vergi Usul Kanunu'nun 298. maddesine göre tespit ve ilan edilen yeniden değerleme oranına göre artırılması öngörülmüştür[20].

Kanun parasal sınırları büyükşehir statüsünde olan ve olmayan iller bakımından ayrı ayrı, fakat karmaşık bir ifade kullanarak belirlemektedir. 68. maddenin 1. fıkrasındaki "iki bin [2200] Türk Lirasının altında bulunan uyuşmazlıklarda ilçe tüketici hakem heyetlerine, üç bin [3300] Türk Lirası-

---

18 Karş. **Aslan**, age., s. 630.

19 Yeni TKHK m. 68(1). İstisna için bkz. m. 68(5).

20 Yeni TKHK m. 68'deki parasal sınırlar 2015 yılı için 2.200 ve 3.300 TL olarak belirlenmiştir (R.G. 27.12.2014, sayı: 29218).

nın altında bulunan uyuşmazlıklarda il tüketici hakem heyetlerine, büyükşehir statüsünde bulunan illerde ise iki bin Türk Lirası [2200] ile üç bin [3300] Türk Lirası arasındaki uyuşmazlıklarda il tüketici hakem heyetlerine başvuru zorunludur" ifadesindeki görev sınırları aşağıdaki şekilde anlaşılmalıdır:

Büyükşehir Belediyesi olan yerlerde

- 1 - 2200 TL değerindeki uyuşmazlıklarda ilçe tüketici hakem heyeti
- 2200 - 3300 TL değerindeki uyuşmazlıklarda il tüketici hakem heyeti;

Büyükşehir Belediyesi olmayan yerlerde

- İlçelerdeki 1 - 2200 TL değerindeki uyuşmazlıklarda ilçe tüketici hakem heyeti
- İlçelerdeki 2200 - 3300 TL değerindeki uyuşmazlıklarda il tüketici hakem heyeti
- Merkezdeki 1 - 3300 TL değerindeki uyuşmazlıklarda il tüketici hakem heyeti.

Tüketici hakem heyetine yapılan aynı başvuru içinde birden fazla talebin ileri sürülmesi halinde hakem heyetinin görevinin taleplerin toplamına göre mi, yoksa taleplerin her birinin miktar ve değerine göre mi belirleneceği sorulabilir. Tüketici Hakem Heyetleri Yönetmeliğinin 22. maddesinin 2. fıkrasına göre "Aynı tüketici işleminden kaynaklanan birden fazla uyuşmazlık için ayrı ayrı başvuru yapılması durumunda, uyuşmazlığın değerleri toplamı tüketici hakem heyetinin görev sınırı içinde kalmak şartıyla, tek bir başvuruda birleştirilerek karar verilebilir. Aynı tüketici işleminden kaynaklanan birden fazla uyuşmazlığın değerleri toplamının görev sınırını aşması durumunda uyuşmazlıklar hakkında ayrı ayrı karar verilir."

Tüketici hakem heyetlerinin görev sınırı içinde kalan bir tüketici uyuşmazlığının devlet mahkemesinde dava edilmesi halinde mahkemenin ne işlem yapacağı kanunda belirtilmemiştir. Katıldığım görüşe göre, "dava konusu uyuşmazlığın tüketici hakem heyetlerini görev alanına giren bir uyuşmazlık olmaması" HMK m. 114(2) anlamında özel kanun hükmüne

dayalı bir dava şartı sayılmalı; böyle bir uyuşmazlıkla ilgili dava mahkemeler önünde açılacak olursa dava şartı yokluğu sebebiyle, usuli bir kararla reddedilmelidir (HMK m. 115(2), 1. cümle)[21].

Tüketici hakem heyetlerinin görev sınırını aşan (devlet mahkemelerinin görev alanına giren) miktar veya değerdeki bir uyuşmazlığın çözümü için tüketici hakem heyetine başvurulması halinde de, hakem heyeti, HMK m. 115 hükmüne kıyasen, uyuşmazlığı esastan incelemeden başvurunun reddi kararı vermelidir.

Burada hatıra gelen bir soru, miktar veya değeri itibarıyla devlet mahkemelerinin görevine giren bir uyuşmazlık hakkında tüketici hakem heyetine başvurulması halinde, bu usuli eksikliğin başvurudan sonra giderilebilecek bir usuli eksiklik olup olmadığıdır (HMK m. 115(2), 2. cümleye kıyasen). Kanımca, uyuşmazlık tutarının nispeten küçük olduğu hallerde, hukuki bilgisizliği sebebiyle devlet mahkemeleri yerine tüketici hakem heyetine başvuran tüketiciye başvurusunun görev sınırını aşan kısmından (HMK m. 307'ye kıyasen) feragat ederek, tüketici hakem heyetinde karara bağlanmasını talep etmek hakkı tanınmalıdır[22].

Yeni TKHK'nda, tüketici hakem heyetine başvuru zorunluluğunun bir istisnası olarak "Bu madde tüketicilerin ilgili mevzuatına göre alternatif uyuşmazlık çözüm mercilerine başvurmasına engel değildir" hükmü yer almaktadır (m.68(5)). Bu hükme göre tüketiciler (tüketici uyuşmazlığının diğer tarafını oluşturan mal ve hizmet sağlayıcıları değil), tüketici hakem heyetlerinin görev sınırı içinde kalan bir tüketici uyuşmazlığı için de arabulucuya veya Sigortacılık Kanunu'nun 30. maddesi uyarınca sigortacılık tahkimine başvurabilecektir.

---

21 Mehmet Akif **Tutumlu**, 6502 sayılı TKHK'ya göre Tüketici Hakem Heyetlerinin Görev ve Yetki Sınırı", Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Ocak 2014, s. 118; **Aslan**, age., s. 639, dipnotu 11.

22 Tüketici Hakem Heyetleri Yönetmeliği'nde de "Başvurunun, tek bir uyuşmazlıkla ilgili olması ve uyuşmazlık konusunun bu maddede belirtilen parasal sınırları aşması halinde, sınırları aşan kısımdan feragat edilerek tüketici hakem heyetine başvuru yapılabilir. Parasal sınırları aşan kısım için tekrar tüketici hakem heyetine başvuru yapılamaz." hükmüne yer verilmiştir (m.6(3)).

C. Tüketici Hakem Heyetlerinin Yer İtibarıyla Görev (Yetki) Alanı

Yeni TKHK m. 68(3), 1. cümle hükmüne göre "Başvurular, tüketicinin yerleşim yerinin bulunduğu veya tüketici işleminin yapıldığı yerdeki tüketici hakem heyetine yapılabilir."

Ancak her ilçede tüketici hakem heyeti kurulmayacağı için[23], aynı fıkranın 2. cümlesinde "tüketici hakem heyetinin bulunmadığı yerlerde ise başvuruların nerelere yapılacağı ve bu başvuruların hangi tüketici hakem heyetince karara bağlanacağı yönetmelikle belirlenir" hükmüne yer verilmiştir. Bu konuyla ilgili yönetmelik hükmü ise, söz konusu durumda yetkili tüketici hakem heyetinin nasıl belirleneceğini genel düzenleyici işlem şeklinde düzenlememiş; bu yetkiyi, herhangi bir genel kural koymaksızın Gümrük ve Ticaret Bakanlığına bırakmıştır[24]. Bu düzenleme şeklinin kanuna uygun olmadığı kanısındayım.

D. Görevsiz veya Yetkisiz Tüketici Hakem Heyetine Başvurulmasının Sonucu

Tüketici hakem heyetlerinin görev sınırını aşan (devlet mahkemelerinin görev alanına giren) miktar veya değerdeki bir uyuşmazlığın çözümü için tüketici hakem heyetine başvurulması halinde hakem heyetinin, HMK m. 115 hükmüne kıyasen, uyuşmazlığı esastan incelemeden "başvurunun reddi" kararı vermesi gerektiği yukarıda belirtilmişti.

Miktar veya değer itibarıyla ilçe hakem heyetinin görevine giren bir uyuşmazlık hakkında il hakem heyetine (veya il hakem heyetinin görevine giren bir uyuşmazlık hakkında ilçe hakem heyetine başvurulması) ya da yer itibarıyla görevli (yetkili) olmayan bir tüketici hakem heyetine başvurulması halinde ne işlem yapılacağı da kanunda hükme bağlanmamıştır. Yönetmeliğin ilgili hükmüne göre "Tüketici hakem heyetleri …görev ve yetki alanı

---

23 Bkz. Yeni TKHK m.66(1), Tüketici Hakem Heyetleri Yönetmeliği m. 5.

24 Tüketici Hakem Heyetleri Yönetmeliği m. 7(3) hükmüne göre: "…başvuru yapılabilecek ilçede tüketici hakem heyetinin kurulmamış olması halinde tüketiciler o ilçe kaymakamlığına başvuru yapabilir. Yapılan bu başvurular, kaymakamlıklarca gereği yapılmak üzere Bakanlıkça belirlenen yetkili tüketici hakem heyetine intikal ettirilir."

dışında kalan başvuruları, tüketicinin başvuru yapabileceği yerleri de belirterek başvuru sahibine iade eder"[25].

Doktrinde ise tüketicinin yetkisiz tüketici hakem heyetine başvurması halinde heyetin başvuruyu resen yetkili hakem heyetine göndermesi gerektiği ifade edilmiştir[26]. Bu çözüm tarzı, basitlik ve çabukluk bakımından daha uygun görünmektedir. Her halde, devlet mahkemelerinin görevsizlik veya yetkisizlik kararı vermesi halinde yapılacak işlemlere ilişkin HMK m. 20'deki usulün tüketici hakem heyetleri bakımından kıyasen uygulanması, hakem heyetlerinin basit ve çabuk iş görmesi amacıyla[27] bağdaşmaz.

IV. Tüketici Hakem Heyetlerinin Kuruluşu

Yeni TKHK m. 66(1) hükmüne göre "Bakanlık …il merkezlerinde ve *yeterlilik şartları yönetmelikle belirlenen* ilçe merkezlerinde en az bir tüketici hakem heyeti oluşturmakla görevlidir." Bu emredici kanun hükmüne rağmen Yönetmelik hangi ilçelerde tüketici hakem heyeti kurulacağına ilişkin "yeterlilik şartlarını" da genel düzenleyici işlem şeklinde belirlememiş; "başvuru sayısını, nüfus yoğunluğunu, coğrafi şartları ve benzeri hususlar" şeklinde çok genel bir ölçüt koyarak, hangi ilçelerde tüketici hakem heyeti kurulacağını belirleme yetkisini Gümrük ve Ticaret Bakanlığına bırakmıştır.[28]

Tüketici hakem heyetlerinin kimlerden teşekkül edeceği aynı 66. maddede belirlenmiştir[29].Tüketici hakem heyetlerinin beş üyeden oluşacağı;

---

25 Tüketici Hakem Heyetleri Yönetmeliği m. 6(5).

26 **Tutumlu**, agm., s. 116.

27 Tamer İnal, Tüketici Hukuku, 3. Bası, Ankara: Seçkin 2014, s. 1214.

28 Tüketici Hakem Heyetleri Yönetmeliği m. 5(1) hükmüne göre: "Bakanlık, tüketici işlemleri ile tüketiciye yönelik uygulamalardan doğabilecek uyuşmazlıklara çözüm bulmak amacıyla il merkezleri ile Bakanlıkça belirlenen ilçe merkezlerinde en az bir tüketici hakem heyeti oluşturur. Bakanlık, hangi ilçelerde tüketici hakem heyeti kurulacağını belirlerken, başvuru sayısını, nüfus yoğunluğunu, coğrafi şartları ve benzeri hususları dikkate alır".

29 Yeni TKHK m. 66(2) ve (3) hükmüne göre: "(2) Başkanlığı illerde ticaret il müdürü, ilçelerde ise kaymakam veya bunların görevlendireceği bir memur tarafından yürütülen tüketici hakem heyeti;

üyelerinin ikisinin kamu görevlisi, birinin avukat, birer üyenin ise tüketicileri ve tüketicilere mal ve hizmet sunan tarafı temsil eden kişilerden olması öngörülmüştür.

Tüketici hakem heyetlerinin teşekkülü böyle olmasına rağmen, çalışma usulü tüketicilerin yaptığı yazılı başvurunun (deyim yerindeyse "şikâyetin") ilamlı icraya elverişli belge oluşturacak bir karara bağlanması şeklinde olmaktadır. Bu çalışma usulü, basitleştirilmiş ve hızlandırılmış bir hukuk yargılamasına çok benzemekte; bu nedenle de en azından temel hukuk bilgisini gerektirmektedir.

Nitekim, bu ihtiyacı karşılamak üzere Yeni TKHK'nun 67. maddesinde tüketici hakem heyetlerinin "çalışmalarına ve kararlarına esas olacak dosyaları hazırlamak ve uyuşmazlığa ilişkin rapor sunmak üzere" raportörlerin görevlendirilmesi öngörülmüştür[30].Tüketici Hakem Heyeti Raportörlüğü Yönetmeliği'nde ise raportörlerin kural olarak hukuk, siyasal bilgiler, iktisat, işletme, iktisadi ve idari bilimler gibi alanlardan birinde yükseköğrenim görmüş olması şartı aranmaktadır[31].

---

a) Belediye başkanının konunun uzmanı belediye personeli arasından görevlendireceği bir üye,

b) Baronun, mensupları arasından görevlendireceği bir üye,

c) Satıcının tacir olduğu uyuşmazlıklarda ticaret ve sanayi odasının ya da bunların ayrı ayrı örgütlendiği yerlerde ticaret odasının; satıcının esnaf ve sanatkâr olduğu uyuşmazlıklarda, illerde esnaf ve sanatkârlar odaları birliğinin, ilçelerde ise en fazla üyeye sahip esnaf ve sanatkârlar odasının görevlendireceği bir üye,

ç) Tüketici örgütlerinin kendi aralarından seçecekleri bir üye,

olmak üzere başkan dâhil beş üyeden oluşur. Başkan ve üyelerin bu fıkrada yer alan niteliklere sahip yedekleri de ayrıca belirlenir.

(3) Tüketici hakem heyetinin oluşumunun sağlanamadığı yerlerde noksan üyelikler, yönetmelikle belirlenen üyelik niteliklerine sahip Devlet memurları arasından illerde ticaret il müdürü, ilçelerde ise kaymakam tarafından tamamlanır."

30 Hükümet Tasarısı gerekçesi.

31 Tüketici Hakem Heyeti Raportörlüğü Yönetmeliği m. 5(1)(a). Yeni TKHK'nun "raportörlerin nitelikleri"nin yönetmelikle belirleneceği hakkındaki 72. maddesine dayanılarak çıkartılan Yönetmeliğin bu maddesinde de Gümrük ve Ticaret Bakanlığının, genel düzenleyici işlemle düzenlenmesi gereken bir konuda kriter belirleme yetkisini, her bir atama işleminde farklı şekilde kullanabilecek şekilde kendisinde tuttuğu görülmektedir: "Raportör kadrosuna atanabilmek için, -Üniversitelerin en az dört yıllık öğretim veren

V. Tüketici Hakem Heyetlerinin Çalışma Usulü

A. Tüketici Hakem Heyetlerinin Çalışma Usulü Yönetmelik ile Düzenlenmiştir.

Yeni TKHK, tüketici hakem heyetlerinin çalışma usulünü düzenlememiştir. Kanunda tüketici hakem heyetlerinin çalışma usulü ile ilgili tek hüküm "İnceleme" kenar başlıklı 69. madde olup, bu madde de sadece tüketici hakem heyetlerinin "uyuşmazlık konusuna ilişkin her türlü bilgi ve belgeyi taraflardan, ilgili kurum veya kuruluşlardan isteyebileceğini" öngörmektedir.

Kanunun 72. maddesi tüketici hakem heyetlerinin çalışma usulü hakkındaki kuralların belirlenmesini yönetmeliğe bırakmaktadır. Tüketici Hakem Heyetleri Yönetmeliği'nin hakem heyetlerinin çalışma usulü ile ilgili maddeleri 11 ila 28. maddelerdir.

Belirtilmelidir ki, bir dava şartı teşkil ederek devlet mahkemelerine başvurma yolunu kapatan bir düzenlemenin temel esaslarının kanunda yer alması doğru olurdu. Çünkü, Yeni TKHK'nun belirli uyuşmazlıklar için devlet mahkemelerine başvuru hakkını ortadan kaldırması Anayasa'nın 36. maddesinde, temel haklar ve hürriyetler düzeyinde güvence altına alınan hak arama hürriyetine getirilmiş bir sınırlama olup, böyle bir sınırlama Anayasa'nın 13. maddesine göre ancak kanunla yapılabilir.

B. Tüketici Hakem Heyetlerine Başvuru

Yönetmelikte, tüketici hakem heyetinde çözüme bağlanan uyuşmazlığın tarafları için "başvuru sahibi" ve "şikâyet edilen" terimleri kullanılmaktadır[32].

---

hukuk, siyasal bilgiler, iktisat, işletme, iktisadi ve idari bilimler fakülteleri ile adalet meslek yüksekokulu, yüksekokulların adalet, bankacılık ve sigortacılık programları, adalet ön lisans programı ya da bunlara denkliği Yükseköğretim Kurulunca kabul edilen yurt içi veya yurt dışındaki öğretim kurumları ile *en az iki yıllık yüksekokulların Bakanlıkça ihtiyaç duyulan ve sınav ilanında belirtilen bölümlerinden* mezun olmak şartı aranır.

[32] Bkz. Tüketici Hakem Heyetleri Yönetmeliği m. 11(1) ve Yönetmelik ekindeki başvuru formu.

Tüketici hakem heyetine başvuru, başvuru formunun (dilekçesinin) tüketici hakem heyetine verilmesiyle yapılır. Başvurunun güvenli elektronik imza veya mobil imza ile imzalanarak (veya ıslak imzalı formun elektronik ortamdaki başvuru tarihinden itibaren on beş gün içinde ulaştırılması kaydıyla, imzalanmadan) elektronik ortamda yapılması da mümkündür[33].

Başvuru formunun elden teslimi yoluyla yapılan başvurularda, başvuru tarihini tespit etmek için, ilgili tüketici hakem heyetinden (varsa başvuruları almakla görevli olan raportörden[34]) bir alındı belgesi talep edilmesi uygun olur.

Tüketici hakem heyetleri, tıpkı devlet mahkemeleri gibi (Anayasa m. 36(2)), kendilerine yapılan başvuruları, gereğini yapmak üzere, kabul etmek zorundadır[35].

Tüketici Hakem Heyetleri Yönetmeliği hakem heyetlerine yapılacak başvurunun HMK m. 107 hükmüyle düzenlenen belirsiz alacak davasına benzer şekilde, hukuki ilişki ve asgari bir miktar belirtilerek yapılmasına cevaz vermektedir: "Tüketici hakem heyeti, uyuşmazlık ile ilgili karar verirken tarafların talebiyle bağlıdır. Ancak başvurunun yapıldığı tarihte uyuşmazlık miktarının tam ve kesin olarak belirlenebilmesinin mümkün olmadığı durumlarda, başvuru sahibinin hukuki ilişkiyi ve asgari bir miktarı belirtmesi ve inceleme sürecinde uyuşmazlık miktarının bilgi veya belgelerle tam olarak tespit edilmesi halinde talep edilen miktardan daha fazlasına veya daha azına tüketici hakem heyetince karar verilebilir. Verilen kararın her hâlükârda [Kanunda] belirtilen parasal sınırlar dâhilinde olması gerekir[36]".

Tüketici hakem heyetine başvuruda talebin yabancı para üzerinden yapılmasına da engel yoktur. Ancak hakem heyeti "uyuşmazlık bedelinin döviz cinsinden olması durumunda" bu bedeli (daha doğru bir ifadeyle karar vereceği tutarı) kararında "başvuru tarihindeki Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankasının belirlediği efektif döviz satış kuru esas alınarak Türk Lirasına" çevirir[37].

---

33 Tüketici Hakem Heyetleri Yönetmeliği m. 11(4), (5).

34 Tüketici Hakem Heyeti Raportörlüğü Yönetmeliği m. 8(1)(a).

35 Yeni TKHK m. 68(2).

36 Tüketici Hakem Heyetleri Yönetmeliği m. 22(1).

37 Tüketici Hakem Heyetleri Yönetmeliği m. 22(3).

C. Tüketici Hakem Heyetlerinde Derdestlik

Tüketici Hakem Heyetleri Yönetmeliği'nin 11. maddesinin 2. ve 3. fıkralarına göre "(2) Tüketici aynı uyuşmazlık konusu ile ilgili olarak birden çok tüketici hakem heyetine başvuramaz. Aksi takdirde diğer taraf lehine derdestlik itirazında bulunma hakkı doğar. - (3) Tüketicinin aynı uyuşmazlık konusu ile ilgili olarak aynı tüketici hakem heyetine birden fazla başvuru yapması durumunda da ikinci fıkra hükümleri uygulanır."

Yönetmeliğin bu düzenlemesi HMK'ndaki derdestlik kavramını kullanmakta; fakat, HMK'ndan farklı olarak, derdestlik halinde "diğer taraf lehine derdestlik itirazında bulunmak hakkının doğacağını" belirterek, derdestliğin resen dikkate alınması kuralından uzaklaşmaktadır[38]. Kanımca, derdestliğin mükerrer iş yükünü ortadan kaldırmak ve birbiriyle çelişen kararlar verilmesini önlemek şeklindeki amaçları mahkemeler için olduğu gibi tüketici hakem heyetleri için de geçerli olduğundan, tüketici hakem heyetlerinin yapacağı incelemelerde de derdestliğin resen dikkate alınması doğru olurdu.

D. Tüketici Hakem Heyetlerinin Bilgi ve Belge İsteme Yetkisi

Yeni TKHK'nun tüketici hakem heyetlerinin "uyuşmazlık konusuna ilişkin her türlü bilgi ve belgeyi taraflardan, ilgili kurum veya kuruluşlardan isteyebileceği" hakkındaki 69. maddesini takiben, Tüketici Hakem Heyetleri Yönetmeliği'nin 12. maddesinde bilgi ve belge isteme usulünün ayrıntılarını içeren bir düzenleme yapılmıştır.

Söz konusu 12. maddenin son fıkrasına göre "Tüketici hakem heyeti başkanlığınca istenilen bilgi ve belgelerin verilen süre içinde sunulmaması halinde dosyadaki mevcut bilgi ve belgeler üzerinden karar verilir". Bu düzenleme şekli, hakem heyetine yetersiz bilgi ve belgelerle başvurulması ya da istenilen bilgi ve belgelerin kötü niyetle veya ihmal sonucu olarak sunulmaması halinde, duruma göre, başvuru sahibi tüketici veya şikâyet edilen taraf aleyhine haksız kararlar verilmesine yol açabilecektir. Tüketici hakem heyeti başkanlığınca istenilen bilgi ve belgelerin verilen süre içinde sunulmaması halinde, HMK'nun senet ve belgelerin ibrazı mecburiyetine ilişkin kuralların 219 ila 221. maddelerinin kıyasen uygulanması; en azından,

---

38 Karş. HMK m. 114(1)(ı), m. 115.

belgenin ilişkili olduğu uyuşmazlık konusu olgunun, kendisinden istenilen belgeyi (elinde olduğu bilindiği halde) sunmayan taraf aleyhine ispat edilmiş sayılması doğru olur.

E. Tüketici Hakem Heyetlerinin Toplantıları

Tüketici hakem heyetlerine yapılan başvurular, hakem heyeti toplantılarında müzakere edilir, oylanır ve karara bağlanır. Toplantı usulü Tüketici Hakem Heyetleri Yönetmeliğinin 13 ila 18. maddelerinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre toplantılar ticaret il müdürlüğü veya kaymakamlığın belirlendiği yerde en az ayda iki kez yapılır. Toplantı gündemi başkan tarafından belirlenir ve toplantı başlamadan önce üyelere bildirilir (m. 14). Tüketici hakem heyeti, başkan dahilen az üç üyenin hazır bulunması ile toplanır ve toplantıya katılanların oy çokluğu ile karar verir. Üyeler çekimser oy kullanamaz. Oyların eşit olması halinde başkanın oy kullandığı tarafın çoğunluğu sağladığı kabul edilir (m. 15). Tüketici hakem heyeti üyelerinin toplantılara katılması zorunlu olup, bu zorunluluğa uymamanın sonuçları da Yönetmeliğin 16. maddesinde gösterilmiştir.

Tüketici Hakem Heyetleri Yönetmeliğinin 17. maddesi "toplantıya katılmama halleri" kenar başlığı altında, HMK m. 34'te sayılı hâkimin yasaklılık hallerine paralel olarak, heyet üyelerinin yasaklılığı hallerini düzenlemiştir. Yönetmeliğin 17. maddesinde, hâkimin yasaklılığı sebebi olan bütün hallere yer verildiği, buna ek olarak heyet üyesinin "aynı uyuşmazlıkla ilgili bilirkişi olarak dinlendiği veya hakem sıfatıyla hareket etmiş olduğu" hallerin de toplantıya katılamayacağı hallerden sayıldığı görülmektedir. Bu son hal, HMK'nda hâkimin reddi sebeplerinden biri olarak düzenlenmiştir (m. 36(1)(c)). Esasen, HMK'nda hâkimin reddi sebebi olarak sayılan hallerin tümünde (genel olarak heyet üyesinin "tarafsızlığından şüpheyi gerektirecek önemli bir sebebin" bulunması halinde) tüketici hakem heyeti üyesi toplantıya katılmaktan kaçınmalı, bu hal Yönetmeliğin 16. maddesinin 1. fıkrası bakımından, toplantıya katılmamak için "geçerli bir mazeret" sayılmalıdır.

Yönetmeliğin 18. maddesine göre: "Tüketici hakem heyeti incelemeyi, raportör tarafından hazırlanan rapor ve ilgili belgelerin yer aldığı dosya üzerinden yapar. Gerekli görmesi halinde tüketici hakem heyeti ayrıca taraf-

ları ve bilirkişiyi dinler." Bu düzenleme şekline göre, tüketici hakem heyeti üyeleri ancak toplantılar için bir araya gelmekte; heyet üyelerinin başvuru dosyalarını incelemek için yapacakları çalışmanın hangi aşamada ve hangi çalışma ortamı içinde gerçekleştirileceği düzenlenmemiş bulunmaktadır.

F. Tüketici Hakem Heyeti Bilirkişiliği: Tüketici Hakem Heyetleri Tahkikat Yapar mı?

Yeni TKHK'nda ve ilgili yönetmeliklerde tüketici hakem heyetinin faaliyeti için "dava", "tahkikat", "ispat" ve "yargılama" gibi yargıya ilişkin terimler kullanılmasından özenle kaçınılmakta; usul hukukuna ait bu terimler yerine "başvuru" ve "inceleme" gibi, yargı faaliyetini hatırlatmayan sözcükler kullanılmaktadır. Fakat, terimlerin seçilmesinde gösterilen bu dikkat, çalışma usulünün "yargı-benzeri" mahiyeti ile örtüşmemektedir. Fiili durum şudur ki, tüketici hakem heyetleri "başvuru" ile başlayan, "inceleme" ile devam eden ve "karar" ile sonuçlanan; yargılama usulüne benzer bir çalışma usulü içinde faaliyet göstermektedir.

Nitekim, Yeni TKHK, "bilirkişilik müessesesine ilişkin usul ve esaslar …yönetmelikle belirlenir" hükmüyle (m. 72) tüketici hakem heyetlerinin incelemelerinde bilirkişi görevlendirilebileceğini öngörmüş; Tüketici Hakem Heyetleri Yönetmeliğinin 19 ila 21. maddelerinde de tüketici hakem heyeti bilirkişiliği, yine HMK hükümlerine paralel olarak düzenlenmiştir.Bilirkişi incelemesiyle ilgili olarak ortaya çıkabilecek, Yönetmelikte düzenlenmemiş durumlarda (mesela bilirkişi raporuna itiraz konusunda) HMK'nun bilirkişilik hakkındaki hükümleri tüketici hakem heyeti bilirkişiliğine de kıyasen uygulanabilir.

Bilirkişilik dışındaki delillerle ilgili HMK hükümlerinin tüketici hakem heyeti incelemelerinde uygulanması ise, kanımca, ancak istisnai hallerde, bu incelemelerin niteliğine uygun düştüğü ölçüde söz konusu olabilir. Özellikle senetle ispat zorunluluğu gibi ispat hakkı sınırlamaları ile isticvap ve yemin gibi ancak devlet mahkemelerindeki yargılamanın mahiyetine uygun düşen ispat hukuku müesseselerinin tüketici hakem heyeti incelemelerinde uygulama alanı olmadığı kanısındayım.

VI. Tüketici Hakem Heyeti Kararı: Tüketici Hakem Heyetleri Hüküm Verir mi?

Yukarıda ifade edildiği gibi, tüketici hakem heyetleri, üyeleri hâkimlerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatından yararlanan meslekten hâkimler olmadığı için, mahkeme; uyuşmazlığı çözmek konusunda tarafların ihtiyarıyla tayin edilmedikleri için de hakem sayılamazlar. Bu sebeple verdikleri kararlar da "yargı kararı" niteliğinde olmadığı gibi, medeni usul hukukundaki anlamıyla kesin hüküm etkisini haiz sayılamaz.

Ne var ki, tüketici hakem kararlarına özel kanun hükümleriyle tanınan etki, fiilen kesin hüküm etkisine çok yaklaşmaktadır. Çünkü, tüketici hakem heyetlerinin görev alanına giren uyuşmazlıklarda devlet mahkemelerinde dava açma yolu kanun hükmüyle kapatıldığı gibi[39], tüketici hakem heyetleri kararlarının "tarafları bağlayacağı" da açık kanun hükmüyle kabul edilmiştir[40].

Kanunun gerekçesinde hiçbir açıklama olmamasına rağmen, tüketici hakem heyeti kararlarının ilam mahiyetini haiz belgelerden (icra kabiliyetini haiz) olduğu ayrı bir kanun hükmüyle (Yeni TKHK m. 70(2)2. cümle) belirtildiğine göre[41], bu bağlayıcılık ancak kesin hükme benzer bir bağlayıcılık olabilir: Aynı uyuşmazlık için devlet mahkemesine veya ikinci defa tüketici hakem heyetine başvurulamayacağı gibi, mesela tüketici hakem heyeti kararına uyularak cebri icra tehdidi altında ödenen paraların geri alınması için istirdat davası (İİK m. 72) açılamayacağı anlaşılmaktadır.

Tüketici hakem heyeti kararlarına kesin hükmün kesin delil etkisinin tanınıp tanınmadığı ise açık değildir. Mesela tüketici hakem heyeti kararıyla ödenmesine karar verilen alacağın varlığı veya miktarı, aynı taraflar arasında görülen bir davada (mesela takas savunması kapsamında) ihtilaflı hale getirilip getirilemeyeceği, bu soruya nasıl cevap verileceğine bağlıdır. Kanımca, kanunda tam bir açıklık olmayan hallerde, tüketici hakem heyeti kararına tanınan bağlayıcılık özelliğini dar yorumlamak (örneğimizde hakem

---

39 Yeni TKHK m. 68(1).

40 Yeni TKHK m. 70(1), 1. cümle: "İl ve ilçe tüketici hakem heyetinin verdiği kararlar tarafları bağlar."

41 Yeni TKHK m. 70(2), 2. cümle: "Tüketici hakem heyetinin kararları, İcra ve İflâs Kanununun ilamların yerine getirilmesi hakkındaki hükümlerine göre yerine getirilir."

heyeti kararına kesin delil etkisi tanımamak) daha doğrudur. Nitekim, Tüketici Hakem Heyetleri Yönetmeliği de "Tüketici hakem heyeti kararı yalnızca verildiği uyuşmazlık için hüküm ifade eder" hükmünü içermektedir[42].

Tüketici hakem kararlarının içeriği Tüketici Hakem Heyetleri Yönetmeliğinin 22. ve 24. maddelerinde belirlenmiştir. Bu yönetmelik hükümlerine göre kararın yazılmasında, Yönetmelik ekindeki karar tutanağı örneği kullanılır. Tüketici hakem heyeti kararında uyuşmazlık değerinin Türk Lirası cinsinden belirtilmesi zorunludur. Uyuşmazlık değerinin döviz cinsinden olması durumunda başvuru tarihindeki Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankasının belirlediği efektif döviz satış kuru esas alınarak Türk Lirasına çevrilir[43]. Uyuşmazlığın tüketici lehine sonuçlandığı durumlarda, karşı tarafça ödenmesi gereken bilirkişi ve tebligat ücretleri kararda belirtilir[44].

Başvuruya konu uyuşmazlığın, tüketici hakem heyeti tarafından karar verilene kadar çözümlenmesi ve bu durumun ispatına yönelik bilgi veya belgelerin tüketici hakem heyetine iletilmesi durumunda ise, tüketici hakem heyeti uyuşmazlığın konusuz kalması nedeniyle karar verilmesine yer olmadığına karar verir[45].

Tüketici hakem heyetlerine yapılan başvuruların kural olarak başvuru tarih ve sırasına göre en geç altı ay içinde karara bağlanması öngörülmüştür[46].Tarafların ivedi inceleme talebinde bulunması ve bu talebin başkan tarafından uygun görülmesi halinde ise başvuru, tüketici hakem heyetince öncelikle gündeme alınarak sonuçlandırılır[47].

Yeni TKHK, tüketici hakem heyeti kararının 7201 sayılı Tebligat Kanunu hükümlerine göre tebliğ edileceğini öngörmekte; ancak, uygulana-

---

42 Tüketici Hakem Heyetleri Yönetmeliği m. 22(6).

43 Tüketici Hakem Heyetleri Yönetmeliği m. 22(3).

44 Tüketici Hakem Heyetleri Yönetmeliği m. 22(4).

45 Tüketici Hakem Heyetleri Yönetmeliği m. 22(8).

46 İstisnaen: "Yapılan başvurunun niteliği, başvuru konusu, mal veya hizmetin özelliği gibi hususlar dikkate alınarak, karar süresi en fazla altı ay daha uzatılabilir." Tüketici Hakem Heyetleri Yönetmeliği m. 23(1).

47 "Türkiye'de ikametgâhı bulunmayan yabancı uyruklu tüketicilerin uyuşmazlıkları için de bu fıkra hükümleri uygulanır." Tüketici Hakem Heyetleri Yönetmeliği m. 23(2), (3).

cak tebligat usulü hakkında bir açıklık içermemektedir[48]. Tüketici Hakem Heyetleri Yönetmeliği ise, Tebligat Kanunu'ndaki kazai tebligat usulü yerine, kararların taraflara taahhütlü mektupla gönderilmesi esasını kabul etmektedir[49].

Tüketici hakem heyeti kararlarındaki basit yazı ve hesap hataları hakem heyetince resen veya talep üzerine düzeltilebilir[50]. Bu basit "düzeltme" işleminden ayrı olarak, Yeni TKHK, tüketici hakem heyeti kararlarına, yargı kararı imişler gibi, kanun yolu da öngörmüştür.

VII. Tüketici Hakem Heyeti Kararına Karşı İtiraz

Yeni TKHK'nun 70. maddesinin 3 ila 5. fıkralarına göre:

"(3) Taraflar, tüketici hakem heyetinin kararlarına karşı tebliğ tarihinden itibaren on beş gün içinde tüketici hakem heyetinin bulunduğu yerdeki tüketici mahkemesine itiraz edebilir. İtiraz, tüketici hakem heyeti kararının icrasını durdurmaz. Ancak talep edilmesi şartıyla hâkim, tüketici hakem heyeti kararının icrasını tedbir yoluyla durdurabilir.

(4) İtiraz olunan kararın, esas yönünden kanuna uygun olup da, kanunun olaya uygulanmasında hata edilmiş olmasından dolayı itirazın kabul edilmesi gerektiği veya kanuna uymayan husus hakkında yeniden yargılamayı gerektirmediği takdirde tüketici mahkemesi evrak üzerinde, kararı değiştirerek veya düzelterek onama kararı verebilir. Tarafların kimliklerine, ticari unvanlarına ait yanlışlıklarla, yazı, hesap veya diğer açık ifade yanlışlıkları hakkında da bu hüküm uygulanır. Karar, usule ve kanuna uygun olup da gösterilen gerekçe doğru bulunmazsa, gerekçe değiştirilerek veya düzeltilerek onanır.

(5) Tüketici hakem heyeti kararlarına karşı yapılan itiraz üzerine tüketici mahkemesinin vereceği karar kesindir."[51].

---

48 Yeni TKHK m. 70(2), 1. cümle.

49 Bkz. Tüketici Hakem Heyetleri Yönetmeliği m. 25.

50 Bkz. Tüketici Hakem Heyetleri Yönetmeliği m. 27.

51 Tüketici Hakem Heyetleri Yönetmeliği'nin "Karara itiraz" kenar başlıklı 28. maddesinin ilk üç fıkrası da bu üç fıkranın aynıdır.

HMK'nun kanunyolları hükümleri örnek alınarak düzenlenmiş olan yukarıdaki kanun hükümleri, tüketici hakem heyeti kararlarını bir yargı kararı gibi görmekte ve tüketici hakem heyetinin bulunduğu yerdeki tüketici mahkemesine de bir kanunyolu mahkemesi görevi vermektedir[52]. Kanun hükmünde tüketici mahkemesinin sadece "değiştirilerek ve düzelterek onama" yetkisinden bahsedilmiş ise de, tüketici mahkemesinin normal bir onama kararı niteliğinde olmak üzere "itirazın reddi" kararı da verebileceği anlaşılmaktadır.

Tüketici hakem heyeti kararına itiraz üzerine inceleme yapan tüketici mahkemesinin "bozma kararı" veya istinaf usulünde olduğu gibi "yeniden esas hakkında karar" verip vermeyeceği ise kanunun ifadesinden anlaşılmamaktadır. Hükümet gerekçesinde de bu konuda bir açıklama yoktur. Kanımca, tüketici mahkemesinin itiraz üzerine vereceği karar kesin olacağına ve kanunda tüketici mahkemesinin bozma kararı vererek hakem heyeti dosyasını hakem heyetine geri gönderilip, bozmadan sonra dosyanın tekrar inceleneceği hakkında hiçbir açıklık olmadığına göre[53], tüketici mahkemeleri hakem heyeti kararına itiraz üzerine yaptıkları incelemede bozma kararı veremez. Tüketici mahkemesi tüketici hakem heyetinin kararını hatalı bulursa, gerektiğinde yeniden inceleme (esasında "tahkikat ve yargılama") yaparak yeniden esas hakkında karar vermelidir.

VIII. Tüketici Hakem Heyeti İncelemesinde Masraflar

Yeni TKHK m. 70(7) hükmüne göre:

"Uyuşmazlıkla ilgili olarak tüketici hakem heyeti tarafından tüketici aleyhine verilen kararlarda tebligat ve bilirkişi ücretleri Bakanlıkça

---

52 Bu nedenle, tüketici sorunları hakem heyeti kararlarına karşı tüketici mahkemesine yapılan itirazlarda hakem heyeti değil, başvurunun karşı tarafı olan şikâyet edilenin taraf gösterilmesi gerekir. Bkz.13. HD 2.2.2005, 13645/1235, **Aslan**, age., s. 635, dipnotu 13.

53 Tüketici Hakem Heyetleri Yönetmeliği m. 28(4) hükmünde "Tüketici mahkemelerince verilen kesinleşmiş kararlar, Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi üzerinden Bakanlığa iletilir. Tüketici hakem heyeti kararına karşı yapılan itiraz sonucu verilen karar, kararı veren mahkeme tarafından ilgili tüketici hakem heyetine gönderilir". denilmekte ise de, hükmün yazılış şeklinden bu göndermenin sadece bilgi verme maksatlı olduğu anlaşılmaktadır.

karşılanır. Uyuşmazlığın tüketicinin lehine sonuçlanması durumunda ise, tebligat ve bilirkişi ücretleri 21/7/1953 tarihli ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre karşı taraftan tahsil olunarak bütçeye gelir kaydedilir."

Taraflar arasındaki silah eşitliğini bozan ve tüketicilere, masraflarını kamu kaynakları üzerinde bırakmak üzere tamamen temelden yoksun başvurularda bulunabilmeleri konusunda "açık çek" veren bu hükmün, olması gereken hukuk bakımından isabetli olmadığı kanısındayım. Kanımca, tüketicilerden gerek tüketici hakem heyetlerine gerekse tüketici mahkemelerine başvurmaları halinde peşin olarak harç ve gider (gider avansı) alınmaması yeterli bir korumadır[54].

Tüketici hakem heyetlerinde taraflar avukatla temsil edilebilirler[55]. Tüketici hakem heyetlerinin, başvuruda haksız çıkan tarafın karşı tarafa vekâlet ücreti ödemesine karar verip veremeyecekleri idari yargıda, Gümrük ve Ticaret Bakanlığı ile Adalet Bakanlığı ve Türkiye Barolar Birliği arasında dava konusu olmuştur.

Gümrük ve Ticaret Bakanlığı'nın 2014 yılı Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'nin "il ve ilçe tüketici hakem heyetleri nezdinde sunulacak hizmetlerde, hizmete konu işin değerinin %12'sinden aşağı olmamak üzere, ancak hizmete konu işin değeri maktu ücretin (250,00 TL) altında ise hizmete konu işin değeri kadar avukatlık ücretine hükmedilir" şeklindeki hükmünün iptali talebiyle açılan davada, Danıştay 8. Dairesi yürütmeyi durdurma kararı vermiştir[56]. Bu karardan sonra, 10 Eylül 2014 tarih ve 6552 sayılı Kanunun 140. maddesiyle, Yeni TKHK'nun 70. maddesinin ilk fıkrasına "Tüketici

---

54 Bu bakımdan, tüketici mahkemelerinde tüketiciler ve tüketici örgütleri tarafından açılan davalarda sadece harçlardan muafiyet öngören ve gider avansı konusunda bir muafiyet öngörmeyen Yeni TKHK m. 73(2) hükmü de kanımca isabetli değildir. Kanunun mevcut düzenlemesine göre, sadece tüketici örgütleri üst kuruluşları tarafından açılan davalarda gider avansı hesap edilirken bilirkişi ücretinin hariç tutulması gerekmektedir; bkz. Yeni TKHK m. 73(3); **Pekcanıtez**, "Tüketici Mahkemelerinde Yargılama Usulü ve Topluluk Davaları", s. 458.

55 Tüketici Hakem Heyetleri Yönetmeliği m. 22(7).

56 Danıştay 8. D. 4.7.2014, 2014/1419 E., www.kazanci.com.

hakem heyetlerince vekâlet ücreti ödenmesine karar verilemez." hükmü eklenmiştir[57].

Öte yandan, tüketici hakem heyetinde yapılan incelemenin tarafları, hakem heyeti kararına karşı itiraz yoluna başvurulması halinde, tüketici mahkemesinde de avukatla temsil edilebilirler. Yeni TKHK'nun 70. maddesinin 6. fıkrasına göre : "Tüketici hakem heyetlerinin tüketici lehine verdiği kararlara karşı açılan itiraz davalarında, kararın iptali durumunda tüketici aleyhine, avukatlık asgari ücret tarifesine göre nisbi tarife üzerinden vekâlet ücretine hükmedilir"[58].

Bu kanun hükmü, tüketici mahkemesinde açılan itiraz davasının *tüketici aleyhine* karara bağlanması halinde karar verilecek karşı taraf vekâlet hükmüne ilişkindir. Tüketici mahkemesi kararının tüketici lehine olması halinde de, mal veya hizmet sağlayan tarafın vekâlet ücreti ödemeye mahkum edilmesi gerekeceği tabiidir. Bu son halde nisbi tarifenin mi, yoksa maktu tarifenin mi uygulanacağı konusunda kanuni bir düzenleme yoktur.

2015 yılında uygulanacak olan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi ise şu hükme ve tarife maddesine yer verilmiştir[59]:

> "Tüketici hakem heyetleri ve tüketici mahkemelerinde ücret -m. 12- (1) Tüketici hakem heyetlerinin tüketici lehine verdiği kararlara karşı açılan itiraz davalarında, kararın iptali durumunda tüketici aleyhine, avukatlık asgari ücret tarifesine göre nisbi tarife üzerinden vekâlet ücretine hükmedilir. - (2) İş bu tarifenin Birinci Kısım İkinci Bölümünün tüketici hakem heyetlerine ilişkin kuralı, tüketici hakem heyetlerinde avukat aracılığı ile takip edilen işlerde, avukat ile müvekkili arasında çıkabilecek uyuşmazlıkların Avukatlık Kanununun 164. maddesinin 4. fıkrası uyarınca çözülmesine ilişkindir."
>
> *Tarife, Birinci Kısım İkinci Bölüm, 6. sıra:* 250,00 TL ("İl ve ilçe tüketici hakem heyetleri nezdinde sunulacak hizmetlerde, hizmete konu işin değerinin % 12'sinden aşağı olmamak üzere. Ancak hizmete konu işin değeri maktu ücretin altında ise hizmete konu işin değeri kadar")

---

57 Aynı yönde bkz. Tüketici Hakem Heyetleri Yönetmeliği m. 22(7), 2. cümle.

58 Aynı yönde bkz. Tüketici Hakem Heyetleri Yönetmeliği m. 28(5).

59 Bkz. Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi (R. G. 31.12.2014, sayı: 29222).

Bu son düzenlemeyle, tüketici hakem heyetleri ve hakem heyeti kararlarına itiraz halinde, gerek müvekkille avukat arasında uygulanacak gerekse karşı tarafa yükletilecek vekâlet ücretinin hesabı karmaşık bir düzenlemeye tabi tutulmuş olmaktadır. Söz konusu hükümlerine göre:

- Tüketici hakem heyetlerinin tüketici lehine verdiği kararlara karşı açılan itiraz davalarında kararın iptali durumunda tüketici aleyhine "karşı taraf vekâlet ücreti" olarak (250 TL veya "hizmete konu işin değeri" şeklinde bir alt sınır uygulanmaksızın) nispi tarife (%12 oranı) üzerinden vekâlet ücretine karar verilecektir.
- Tüketici hakem heyetlerinde avukat aracılığı ile takip edilen işlerde, kanımca, tüketici mahkemesine itiraz aşaması da dahil olmak üzere ve müvekkilin tüketici mi yoksa mal ve hizmet sağlayıcı mı olduğuna bakılmaksızın, müvekkil ile avukatı arasındaki avukatlık ücretinin belirlenmesi bakımından asgari tutarın hesabı için "hizmete konu işin değerinin % 12'sinden aşağı olmamak üzere 250 TL - ancak hizmete konu işin değeri 250 TL'nin altında ise hizmete konu işin değeri kadar" şeklinde özetlenebilecek ücret hesap şekli uygulanacaktır.
- Nihayet, tüketici lehine karara bağlanan tüketici hakem heyeti kararına itiraz davalarında, karşı tarafa yükletilecek vekâlet ücreti, özel bir düzenleme olmadığına göre, yine ise "hizmete konu işin değerinin % 12'sinden aşağı olmamak üzere 250 TL - ancak hizmete konu işin değeri 250 TL'nin altında ise hizmete konu işin değeri kadar" şeklindeki formüle göre hesap edilecektir.

SONUÇ

Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un tüketici hakem heyetleri hakkındaki hükümlerinin bir bütün halinde incelenmesinden çıkarılabilecek sonuç, bu son kanuni düzenlemeyle birlikte tüketici hakem heyetlerinde yapılan incelemenin devlet mahkemelerinde yapılan yargılamaya çok yaklaştırılmış olduğudur.

Bugünkü düzenlenme şekliyle tüketici hakem heyetlerinin tüketiciler ile mal ve hizmet sağlayıcıları arasında ortaya çıkan uyuşmazlıkları barışçı,

alternatif yollarla çözümleyen uyuşmazlık çözüm yerleri olduğunu söylemek güçtür. Tüketici hakem heyetlerinin görev alanına giren uyuşmazlıklar devlet mahkemelerinde dava konusu yapılamaz. Tüketici hakem heyetindeki inceleme tüketicinin, bir şikâyet şeklinde, tek taraflı başvurmasıyla başlayan, belgelerin toplanması ve bazen bilirkişi incelemesini de içeren, hukuk mahkemelerinde yapılan tahkikat benzeri bir araştırmayla devam eden ve nihayet taraflar bakımından bağlayıcı, icra kabiliyetini haiz bir karar ile sona eren, yargı benzeri bir süreçtir.

Bu yargı benzeri süreçte maddi hukuk kurallarının, özellikle Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun hükümlerinin somut olaya uygulanmasıyla sonuca varılmakta, başvuru sahibinin talebi kabul, kısmen kabul veya reddedilmektedir. Üstelik tüketicinin hakem heyetinin verdiği karara karşı istinaf benzeri bir hukuki çare, deyim yerindeyse bir kanun yolu dahi öngörülmüştür.

Tüketici hakem heyetlerindeki incelemenin yargı benzeri niteliğinin bir sonucu olarak, başvuruları karara bağlamak hukuk bilgisini gerektiren bir meslek faaliyeti olarak ortaya çıkmakta; bu konuda belirleyici rolü kamu görevlisi raportör oynamakta; uyuşmazlık çözüm sürecinin paydaşları gibi görünen tüketici ve mal ve hizmet sağlayan taraf menfaat temsilcilerinin çoğu zaman birkaç haftada bir yapılan toplantılara katılıp oy kullanmakla yetindikleri anlaşılmaktadır.

Bu hukuki ve fiili duruma göre, tüketici hakem heyetleri ile ilgili düzenlemenin amaca uygunluğu kuşkulu olduğu gibi, tüketici hakem heyetlerinin inceleme usulünün büyük ölçüde yönetmelik hükümleriyle düzenlenmiş olmasının Anayasa'ya uygunluğu da tartışılmalıdır. Gerçekten asgari ücret tutarının birkaç katını bulan görev sınırı dikkate alındığında tüketici hakem heyetlerinin baktıkları uyuşmazlıklar toplumun büyük bir kesimi için hiç de küçük uyuşmazlıklar değildir. Bu uyuşmazlıklar bakımından tüketicilerin devlet mahkemelerine gitmek, hâkimin bağımsızlığı ve teminatı kurumlarından yararlanan meslekten hâkimlerin hukuk bilgilerinden yararlanmak hakkının engellenmesi, Anayasa'yla ve İnsan Hakları Sözleşmesi'yle güvence altına alınmış olan hak arama hürriyetine, üstelik büyük ölçüde yönetmelik hükümleriyle, getirilmiş önemli bir sınırlamadır.

Olması gereken hukuk bakımından tüketici hakem heyetlerinin bugün yürürlükte olan düzenlenme şekliyle muhafaza edilmesinin isabetli olup olmadığı tartışılmalıdır. Kanımca, tüketici hakem heyetlerinin bugünkü şekliyle muhafazası yerine, belirli bir parasal sınırı aşmayan tüketici uyuşmazlıklarını yine tüketici mahkemelerinde fakat daha basitleştirilmiş ve çabuklaştırılmış usulle çözümlenmesini öngören bir kanuni düzenleme yapılması daha yararlı olacaktır.

Kaynakça

Aslan, İ. Yılmaz; Tüketici Hukuku, 4. Bası, Bursa 2014.

İnal, Tamer; Tüketici Hukuku, 3. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014.

Özbek, Mustafa Serdar; Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, 3. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2013.

Pekcanıtez, Hakan; "Tüketici Sorunları Hakem Heyeti", İzmir Barosu Dergisi, Temmuz 1996, s. 40-58.

Pekcanıtez, Hakan; "Tüketici Mahkemelerinde Yargılama Usulü ve Topluluk Davaları", 2. Tüketici Hukuku Sempozyumu - Ses Çözümleri ve Makaleleri, Ankara, Bilge 2013.

Tutumlu, Mehmet Akif; Tüketici Sorunları Hakem Heyetlerinin Yapısı, İşleyişi, Sorunları ve Çözüm Önerileri, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2006.

Tutumlu, Mehmet Akif; "6502 sayılı TKHK'ya göre Tüketici Hakem Heyetlerinin Görev ve Yetki Sınırı", Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Ocak 2014.

YABANCI HAKEM KARARLARININ TÜRKİYE'DE TANINMASI VE TENFİZİNDE KARŞILAŞILAN SORUNLAR

Prof. Dr. Adnan DEYNEKLİ*

I. GİRİŞ

Yabancı hakem kararlarının Türkiye'de tanınması ve tenfizi konusunda iki düzenleme bulunmaktadır. Bu düzenlemelerden birisi 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında kanunun 60, 61, 62 v e 63. maddelerinde yer alan hükümleridir. Diğeri ise Türkiye'nin katıldığı Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki 10 Haziran 1958 Tarihli New York Sözleşmesidir[1].

Ayrıca Türkiye ile bazı ülkeler arasında iki taraflı milletlerarası sözleşmelerde bulunmaktadır[2].

1958 tarihli New York Sözleşmesi'nin 1. maddesine göre sözleşme tanıma ve tenfiz istenen devletten başka devlette verilmiş hakem kararlarını kapsamaktadır. Sözleşmenin 1. maddesinin 3. fıkrası uyarınca Türkiye bazı çekincelerle sözleşmeyi onaylamıştır. New York Sözleşmesi Türkiye'nin koyduğu çekinceden dolayı sadece ticari uyuşmazlıklara ve anlaşmaya taraf olan ülkelerden verilen hakem kararlarının tanınması ve tenfizi 1958 tarihli New York Sözleşmesi'ne göre istenebilecektir. Tanınması ve tenfizi istenen

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

1 RG 25.9.1991, sa. 21002.

2 Örneğin Türkiye ile İtalya arasındaki sözleşme (RG 3.3.1929, sa. 1133); Türkiye ile Avusturya arasındaki sözleşme (RG 4.8.1931, sa. 1864): Türkiye ile Romanya arasındaki sözleşme (RG. 23.1.1972, sa. 14137).

yabancı hakem kararının verildiği ülke sözleşmeyi onaylamamışsa yabancı hakem kararının tanınması ve tenfizi 1958 tarihli New York Sözleşmesi'ne göre değil 5718 sayılı MÖHUK hükümlerine göre istenebilecektir.

1958 tarihli New York Sözleşmesi birçok ülke imzaladığı için yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizinde daha çok 1958 tarihli New York Sözleşmesi hükümleri uygulanacaktır. Bu nedenle yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizinde 1958 tarihli New York Sözleşmesi hükümleri esas alınarak açıklama yapılacak, 5718 sayılı MÖHUK ilgili hükümlerine gerekli olduğu ölçüde değinilecektir.

II. YABANCI HAKEM KARARLARININ TANINMASI VE TENFİZİ İLE İLGİLİ HÜKÜMLERİN KARŞILAŞTIRILMASI

Yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi için gerekli koşullar yönünden 1958 tarihli New York Sözleşmesi ile 5718 sayılı MÖHUK arasında önemli olmasa da bazı farklılıklar bulunmaktadır.

1- 5718 sayılı MÖHUK'un 60. maddesinde yabancı hakem kararının tenfiz edilebileceği hükme bağlanmış olup "yabancı hakem kararının" tanımı yapılmamıştır. 1958 tarihli New York Sözleşmesi'nin 1. maddesinde tenfizi talep edilen ülkeden başka bir ülkede verilen hakem kararlarının yabancı hakem kararı olduğu belirtilmiştir. 1958 tarihli New York Sözleşmesi yabancı hakem kararları için ülke (devlet arazisi) kriterini esas almıştır[3].

2- 5718 sayılı MÖHUK tahkim anlaşmasının tabi olacağı kanun yönünden bir düzenleme yapmamıştır. Oysa 1958 tarihli New York Sözleşmesi'nde tarafların tahkim anlaşma yapma ehliyetlerini haklarında uygulanması gereken kanuna, tahkim anlaşmasının geçerliliği tarafların seçtiği kanuna, açıklık yoksa hakem kararının verildiği yer kanununa tabi tutulmuştur. (Sözleşme m. V-I/a) Buna karşılık 5718 sayılı MÖHUK'un 62. maddesinde tenfizin koşulları yönünden düzenleme yapılırken New York Sözleşmesi'nin tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin kabul ettiği bağlama noktaları kabul edilmiştir. Bu nedenle 5718 sayılı MÖHUK madde 62/e

---

3 **Nomer,** Ergin: Milletlerarası Usul Hukuku, İstanbul 2009, s. 211.

ile 1958 tarihli New York Sözleşmesi'nin V-1-a maddesi arasında bir farklılık bulunduğu kabul edilemez.

3- Yabancı hakem kararının tanınması ve tenfizi için gerekli koşulların bulunup bulunmadığını kimin ispat edeceği konusunda da 5718 sayılı MÖHUK ile 1958 tarihli New York Sözleşmesi arasında farklılık bulunmaktadır.

1958 tarihli New York Sözleşmesi'ne göre tenfiz şartlarının gerçekleşmediğini ispat yükü, aleyhine tenfiz istenen davalıya ait bulunmaktadır. Ancak bazı durumlarda tenfiz talebini inceleyen mahkeme tenfiz şartlarını resen inceleyebilir. Hakem kararı tenfizi istenen ülkede tahkime elverişli olmayan bir konuda verilmişse veya tenfizi istenen hakem kararı kamu düzenine aykırı ise mahkeme tenfiz talebini reddetmek zorundadır.

5718 sayılı MÖHUK'un 62. maddesinin 1. fıkrasının (ç), (d), (e), (f), (g) ve (h) bentlerinde yazılı hususları ispat yükü, hakkında tenfiz istenen tarafa ait bulunmaktadır. Buna karşılık aynı maddenin 1. fıkrasının (a), (b) ve (c) bentlerinde[4] yazılı hususları ispat yükü tenfiz talebinde bulunan kişidedir.

4-Yabancı hakem kararlarının tenfiz edilebilmesi için 1958 tarihli New York Sözleşmesi tenfizi istenen hakem kararının bağlayıcı (vacibürriaye) olmasını yeterli kabul ederken 5718 sayılı MÖHUK'un 62/4 maddesine göre hakem kararının usulen kesinleşmiş veya icra kabiliyeti kazanmış olması, yahut bağlayıcı olması veya verildiği yerin yetkili mercii tarafından iptal edilmemiş olması gerekir.

III. TANINMASI VE TENFİZİ İSTENEBİLECEK YABANCI HAKEM KARARLARI

Bir hakem kararının Türkiye'de tanınması ve tenfizi için bu kararın yabancı hakem kararı olması gerekir.

---

4 a) Tahkim sözleşmesi yapılmamış veya esas sözleşmeye tahkim şartı konulmamışsa,
b) Hakem kararı genel ahlaka ve kamu düzenine aykırı ise
c) Hakem kararına konu uyuşmazlığın Türk kanunlarına göre tahkim yoluyla çözümünün mümkün olmaması

Hangi hakem kararının yabancı hakem kararı sayılacağı hususunda 2675 ve 5718 sayılı MÖHUK'da hüküm bulunmamaktadır.

Hakem kararının yabancı hakem kararı olup olmadığı konusunda tarafların vatandaşlığı, hakemlerin milliyeti, hakem kararının verildiği yer, hakem kararının otoritesi altında verildiği konu kriterleri kullanılmıştır.

Türk hukukunda Hukuk Genel Kurulu'nun 7.11.1951 tarihli 126/109 sayılı kararı bu açıdan önemlidir. Hukuk Genel Kurulu bu kararında "bir hakem kararı yabancı bir hakem otoritesi altında verilmiş ise, o kararın yabancı hakem kararı sayılabileceğini" kabul etmiştir[5].

1952 tarihli New York Sözleşmesi, 1. maddesinde bir hakem kararının yabancı hakem kararı sayılabilmesi için iki kıstas getirmiştir.

Birinci kıstasa göre hakem kararı tenfizi istenen ülkeden başka bir yerde verilmişse bu karar yabancı hakem kararıdır. Görüldüğü gibi bu hakem kararının yabancı hakem kararı sayılması için tenfizi istenen ülkeden başka bir ülkede verilmiş olması yeterli sayılmıştır.

İkinci kıstasa göre hakem kararının tanınması ve tenfizi istenen ülkede milli sayılmaması gerekir.

Bir kararın tanınması veya tenfizi talebi ile başvurulan devlet mahkemesi, öncelikle kararın yerli bir hakem kararı mı yoksa yabancı bir hakem kararı mı olduğunu tespit edecektir.

Türk hukuku bakımından yerli hakem kararı Türk usul hukukunun emredici kurallarına uyarak verilmiş olan hakem kararıdır[6]. Yabancı bir devletin usul hukukuna göre verilmiş bir hakem kararı yabancı hakem kararı olarak tanıma ve tenfize konu edilebilir.

Bir hakem kararının 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu veya 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununa göre iptali istenebilecek bir Türk hakem kararı mı yoksa tanınması ve tenfizi istenebilecek yabancı hakem kararı mı olduğu nasıl tespit edilecek?

---

5 HGK 7.11.1951, 126/109, karar metni için bkz. **Sakman,** Ata/**Ekşi,** Nuray/**Yılmaz,** İlhan: Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Mahkeme Kararları, İstanbul 1999, s. 327-328.

6 **Kalpsüz,** Turgut: Türkiye'de Milletlerarası Tahkim, Ankara 2010, s. 100.

1 Ekim 2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu yabancılık unsuru içermeyen ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği uyuşmazlıklar hakkında uygulanacaktır (HMK m. 407).

4846 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu ise yabancılık unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği veya bu kanun hükümlerinin tarafları ya da hakem veya hakem kurulunca seçildiği uyuşmazlıklar hakkında uygulanır. Türkiye'de cereyan eden yabancı unsurlu tahkimler, hangi usule göre icra edilirse edilsin Türk Milletlerarası Tahkim Kanununa tabi olduklarından hakem kararları Türk hakem kararlarıdır[7]. Tahkim yeri olarak Türkiye öngörülmesine rağmen tahkimin 4686 sayılı Kanuna tabi olmayacağı kararlaştırılmışsa hakem kararı yabancılık unsuru içermiyorsa 6100 sayılı HMK hükümlerine tabi olacak, yabancılık unsuru içeriyorsa yabancı hakem kararı sayılacak ve 1958 tarihli New York Sözleşmesi ve 5718 sayılı MÖHUK hükümlerine göre tanıma ve tenfize tabi tutulacaktır[8].

Tanınması ve tenfizi istenebilecek yabancı hakem kararının ad hoc veya kurumsal tahkim sonunda verilen hakem kararı olmasının tanıma ve tenfiz açısından bir önemi bulunmamaktadır. Kurumsal tahkim merkezleri önceden düzenlenmiş kuralları ve zaman içindeki uygulamaların bilinmesi nedeniyle taraflara güven sağlamaktadır. Tanıma ve tenfizi istenen kararlar göz önüne alındığında kurumsal tahkim hizmeti sağlayan merkezlerin bazılarını sayabiliriz.

Bunlar MTO Tahkim Mahkemesi, Londra Uluslararası Tahkim Mahkemesi, Rusya Federasyonu Ticaret ve Sanayi Odası Uluslararası Tahkim Mahkemesi, Avusturya Federal Ekonomi Odası Uluslararası Tahkim Merkezi, Stockholm Ticaret Odası Tahkim Enstitüsü, Amerika Tahkim Odası, Hububat ve Yem Ticaret Birliği Tahkim Mahkemesi (GAFTA), Suni ve Hayvansal Yağ ve Tohum Birlikleri Federasyonu Tahkim Mahkemesi (FOSFA) ve Rafine Şeker Birliği Tahkim Mahkemesidir.

---

7 **Şanlı,** Cemal: Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, 2005, s. 285-286.

8 **Şanlı**, s. 286.

IV. YABANCI HAKEM KARARININ TANINMASI VE TENFİZİ USULÜ

1. Görevli ve Yetkili Mahkeme

Yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizinde görevli mahkeme asliye hukuk mahkemesidir (MÖHUK m. 60/2). Görev kamu düzeninden olup (HMK m. 1) davanın her aşamasında resen gözetilir. (HMK m. 115) Yabancı hakem kararının tanınması ve tenfizi sulh hukuk mahkemesinden istenirse görev dava şartı olması nedeniyle (HMK m. 114) mahkeme resen görevsizlik kararı vermelidir.

Tanınması ve tenfizi istenen yabancı hakem kararı ticari bir uyuşmazlığa dayanıyorsa asliye ticaret mahkemesinde tanıma ve tenfiz talep edilebilir mi?

Şanlı'ya göre ticari uyuşmazlıklarla ilgili olarak verilmiş yabancı hakem kararlarının tenfizi davaları ve bu davaların konusu, "ticari iş" veya "ticari dava" niteliğinde olmadığından, tenfiz davalarında işin esasına girilemeyeceğinden mahkeme burada uzmanlığı gereği bir yargılama yapmayacak, sadece tenfiz şartlarının bulup bulunmadığını tespit edecektir. Bu nedenle uyuşmazlık ticari olsun olmasın yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizinde görevli mahkeme asliye hukuk mahkemesidir[9].

Yargıtay ticari dava niteliğindeki yabancı mahkeme kararının tenfizinde Asliye Ticaret Mahkemesinin görevli olduğunu kabul etmektedir[10].

Asliye hukuk mahkemeleri ile asliye ticaret mahkemeleri arasındaki ilişki iş bölümü ilişkisi iken[11], 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununda 26.6.2012 tarihli 6335 sayılı Kanunla yapılan değişiklik sonucu görev ilişkisi haline getirilmiştir. Bu durumda asliye hukuk mahkemesi ile asliye ticaret mahkemesi arasındaki ilişkide göreve ilişkin usul hükümleri uygulanacaktır.

---

9 **Şanlı,** Çözüm Yolları, s. 288.

10 11. HD 2.5.2013, 5133/8847 (**Ercan,** Tayfun: Ticaret Kanunu, Yargıtay İlke Kararları, Ankara 2014, s. 463-464).

11 Yargıtay, asliye hukuk mahkemesi ile asliye ticaret mahkemesi arasındaki ilişkinin iş bölümü ilişkisi olarak düzenlendiği dönemde verdiği kararlarda yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizinde iş bölümü itirazında bulunabileceğini kabul etmekteydi. Bkz. 19. HD 26.1.2007, 2006-11095/451.

5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Asliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanunun 5. maddesinde 9.2.2011 tarihli ve 6110 sayılı Kanunla yapılan değişiklik sonucunda asliye ticaret mahkemeleri toplu mahkeme iken tek hakimli mahkeme haline getirilmiş ve asliye ticaret mahkemeleri genel mahkememler arasında kabul edilmiştir.

5235 sayılı Kanunda 6545 sayılı Kanunun (RG 28.6.2014, sa: 29044) 45. maddesi ile değişiklik yapılmış ve asliye ticaret mahkemelerinin bazı uyuşmazlıklar için tek hakimli, bazı uyuşmazlıklar için toplu mahkeme olarak görev yapacağı hükme bağlanmıştır.

5235 sayılı Kanunun 5. maddesine eklenen üçüncü fıkranın dördüncü bendinde yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizine yönelik davalara ilişkin tüm yargılama safhalarının bir başkan ve iki üye ile toplanarak heyetçe yürütüleceği ve sonuçlandırılacağı belirtilmiştir. Buradaki düzenlemenin 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun 60. maddesinin ikinci fıkrasındaki düzenlemeyi yürürlükten kaldırıp kaldırmadığı sorunu ortaya çıkabilir.

5235 sayılı Kanunda değişiklik yapan 6545 sayılı Kanun, asliye ticaret mahkemelerinin toplu mahkeme olarak görev yapacağı uyuşmazlıkları sayarken yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizine yönelik davaları da belirtmiştir. Bu düzenlemye göre yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizine yönelik davalarda tenfiz istenen para ile ölçülebilen miktara bakılmaksızın asliye ticaret mahkemeleri görevlidir ve bu mahkemeler anılan uyuşmazlıklarda yargılamayı heyet halinde yapacak ve kararını verecektir. 5235 sayılı Kanununda değişiklik yapan 6545 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizinde uyuşmazlığın ticari iş veya dava niteliğinde olup olmadığına bakılmaksızın görevli mahkemenin asliye ticaret mahkemesi olduğu kabul edilmelidir.

Yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizinde yetkili mahkeme, tarafların yazılı olarak kararlaştırdıkları yerdeki mahkemedir. Taraflar arasında böyle bir sözleşme yoksa davalının Türkiye'deki yerleşim yeri, yerleşim yeri yoksa sakini olduğu yer mahkemesi, sakini olduğu yer de yoksa davalının icraya konu teşkil edebilecek mallarının bulunduğu yer mahkemesidir (MÖHUK m. 60/2). Davalının Türkiye'de icraya konu edilebilecek

malları yoksa Türk mahkemeleri yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi konusunda yetkisiz olacaktır. Ancak yetkinin kesin olmadığı durumlarda mahkeme yetki itirazını resen gözetmez. Davalının cevap süresi içinde yetki ilk itirazında bulunması gerekir[12].

Alacaklı hakem kararının tenfizini istemeden bu karara dayanarak ihtiyati haciz ister ve alınan ihtiyati haciz davalının bir malına örneğin gemisine uygulanırsa 1086 sayılı HUMK'un 12. maddesi uyarınca ihtiyati haciz kararı veren mahkemenin bulunduğu yer yetkili hale gelir mi?

1086 sayılı HUMK'un ihtiyati hacizden sonra açılacak davalarda yetkili mahkemeyi düzenleyen 12. maddesi 6100 sayılı HMK'ya alınmadığından bu hükmün uygulanması mümkün değildir.

Ayrıca 5718 sayılı MÖHUK'un 60. maddesinde yetkili mahkeme yönünden özel düzenleme yapıldığından diğer yetki kurallarına gidilemeyeceği düşüncesindeyim.

2. Tanıma ve Tenfiz Başvurusu

Yabancı hakem kararının tanınmasını ve tenfizini isteyen taraf görevli ve yetkili mahkemeye bir dilekçe ile başvurur. Bu dilekçenin HMK'nun 119. maddesine uygun olarak düzenlenmesi gerekip gerekmediği konusunda tereddüt ortaya çıkabilir. HMK'nun 119. maddesinin a, b, ç, d, ğ, h bentlerinde yer alan hususlar tanıma ve tenfiz talebi dilekçesinde bulunması gerekir.

5718 sayılı MÖHUK, dilekçeye bazı belgelerin eklenmesini zorunlu kılmıştır. 1958 tarihli New York Sözleşmesi'nin IV. maddesinde yabancı hakem kararının tanınmasını ve tenfizi isteyen tarafın sunması gereken belgeleri belirtmiştir.

5718 sayılı MÖHUK'un 61. maddesine göre eklenecek belgeler şunlardır:

i- Tahkim sözleşmesi veya şartının, aslı yahut usulüne göre onanmış örneği

---

12 "…Ancak yetki itirazı ilk itirazlardan olup, tenfiz talebi hakkında yetkisizlik kararı verilebilmesi için karşı tarafın yetki itirazında bulunması gerekir…" 19. HD 1.10.2004, 208/10105; aynı yönde 11. HD. 19.4.2011, 2009-12096/4619.

ii- Hakem kararının usulen kesinleşmiş ve icra kabiliyeti kazanmış veya taraflar için bağlayıcılık kazanmış aslı veya usulüne göre onanmış örneği,

iii- Yukarıda sayılan belgelerin tercüme edilmiş ve usulen onanmış örnekleri

1958 tarihli New York Sözleşmesi'nin IV. maddesine göre dilekçeye eklenecek belgeler şunlardır:

i- Hakem kararının usulüne göre tasdik edilmiş aslı yahut aslına uygunluğu tasdik edilmiş bir sureti.

ii- Kararın dayandığı tahkim anlaşmasının aslı veya usulü dairesinde tasdik edilmiş sureti.

iii- Hakem kararı veya onun dayandığı tahkim anlaşması tenfizi istenen mahkemenin resmi dilinde yazılmamışsa tercümesi.

3. Başvuruda Alınacak Harç

Yabancı hakem kararlarının tenfizinde tenfiz isteyen taraftan başvuru harcı ve nisbi harca tabi davalarda nisbi karar ve ilam harcının % 68,31'inin 1/4'ü harç alınır. Uygulamada da harcın bu şekilde alınacağı kabul edilmektedir.

"*yabancı hakem kararlarının tenfizine ilişkin mahkeme kararından hakem kararının mahiyetine göre (Türk hakem kararları gibi) karar ve ilam harcı alınır. Bu durumda yabancı hakem kararının tenfizini isteyen taraftan başvurma harcı ve nisbi harca tabi davalarda nispi karar ve ilam harcı alınır. Somut olayda nispi harç alınması gerektiği gözetilmeden maktu harç alınması da isabetsizdir.*"[13].

Harçla ilgili 1958 Tarihli New York Sözleşmesi'nin III. maddesi önemli bir düzenlemedir. Hükme göre sözleşme kapsamında hakem kararlarının tanınması ve tenfizi için milli hakem kararlarına nispetle oldukça ağır şartlar yükleyemeyecek ve adli harç alınmayacaktır. 4686 sayılı MTK'nun 15/B maddesine göre hakem kararına karşı açılan iptal davasının reddine

---

[13] 19. HD. 15.9.2009, 5700/8256. Aynı yönde 19 HD 4.3.2010, 70/2007.

ilişkin kararın kesinleşmesinden sonra hakem kararının icra edilebilir olduğuna ilişkin belge istemde bulunan tarafa verilir. Bu belgenin verilmesi harca tabi değildir. Hakem kararının icraya konulması halinde Harçlar Kanunu hükümleri uygulanır. Bu hüküm uyarınca yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizinde nispi değil maktu harç alınması gerektiği düşünülebilir.

4. Teminat

Yabancı hakem kararının tanınması ve tenfizi talebi de dava olduğundan tanıma ve tenfiz hakkında bulunan davacı yabancı ise 5718 sayılı MÖHUK'un 48. maddesine göre, Türkiye'de mutat meskeni bulunmayan Türk vatandaşı ise 6100 sayılı HMK'nun 84. maddesine göre teminat göstermek zorundadır. Davacının mensup olduğu veya ikamet ettiği ülke ile Türkiye arasında teminattan muafiyet konusunda iki veya çok taraflı anlaşma varsa teminat istenmeyecektir[14].

5. Uygulanacak Yargılama Usulü

5718 sayılı MÖHUK'un 61. maddesinin atıf yaptığı 55. maddeye göre tenfiz istemine ilişkin dilekçe duruşma günü ile birlikte karşı tarafa tebliğ edilir. İstem basit yargılama usulü hükümlerine göre incelenerek karara bağlanır. Basit yargılama usulü 1086 sayılı HUMK'un 507/511 maddeleri arasında düzenlenmişken 1 Ekim 2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı HMK'nun 316-322 maddeleri arasında düzenlenmiştir. Bu yargılama usulünde cevap süresi iki haftadır. Bu süre zarfında mahkemeye başvuran davalıya durum ve koşullara göre bir defaya mahsus olmak üzere iki haftayı geçmemek üzere ek süre verilebilir (HMK m. 317).

Taraflar dilekçeleri ile birlikte tüm delillerini açıkça ve hangi vakıanın delili olduğunu bildirmek, ellerindeki delilleri dilekçelerine eklemek zorundadır (HMK m. 318).

İddianın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağı dava açılmasıyla, savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağı cevap dilekçesinin mahkemeye verilmesiyle başlar (HMK m. 319).

---

14 **Şanlı,** Çözüm Yolları, s. 288.

Yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi talebiyle açılan davalarda ön inceleme ve tahkikat kesin çizgilerle birbirinden ayrılmamıştır (HMK mk.320). Mahkeme ilk duruşmada dava şartları ve ilk itirazlarla hak düşürücü süre ve zamanaşımı hakkında tarafları dinledikten sonra tarafların iddia ve savunmaları çerçevesinde anlaştıkları ve anlaşamadıkları hususları tek tek tespit eder. Uyuşmazlık konularının tespitinden sonra hakem tarafları sulhe teşvik eder. Tarafların sulh olmaları halinde sulhe göre karar verir[15]. Taraflar sulh olmazlarsa anlaşamadıkları hususlar tutanağa yazılır ve tutanağın altı hazır bulunan taraflarca imzalanır (HMK m. 320/2).

Mahkeme tahkikat işlemlerini ön inceleme duruşması hariç iki duruşmada tamamlar. Duruşmalar arasındaki süre bir aydan uzun olamaz. İşin niteliği gereği bir aydan fazla süreli duruşma günü belirleyebilir ve ikiden fazla duruşma yapabilir (HMK. m. 320).

Yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi talebiyle açılan davalar bir defa takipsiz bırakılabilir. İkinci defa takipsiz bırakılması halinde davanın açılmamış sayılmasına karar verilir (HMK m. 320/4).

1086 sayılı HUMK'un 176. maddesinde basit yargılama usulüne tabi davaların adli tatilde görülebileceği belirtilmiştir. Bu kanun yerine yürürlüğe giren 6100 sayılı HMK'nun 103. maddesinde adli tatilde görülecek dava ve işler arasında basit yargılama usulüne tabi tutulan dava ve işler sayılmamıştır. HMK'nun 103. maddesinin (h) bendinde kanunlarda ivedi olduğu belirtilen dava ve işlerin adli tatilde görülebileceği hükme bağlanmıştır. Basit yargılama usulüne tabi dava ve işlerin ivedi olduğuna ilişkin bir düzenleme yapılmadığı sürece kanun yoluna başvuru süreleri adli tatilde işlemeyecektir.

Basit yargılama usulünde iddianın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağı dava açılmasıyla, savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağı cevap dilekçesinin mahkemeye verilmesiyle başlar (HMK m. 319). Davacı yabancı hakem kararının tenfizini isterken kararda belirtilen yargılama giderini talep etmemişse ve daha sonra yapacağı talep davalının iddianın genişletildiği savunmasıyla karşılaşabilir. Bu durumda davacı diğer tarafın açık muvafakatı veya ıslah yoluyla (HMK m. 141/2) yargılama giderini talep edebilir.

---

[15] 19. HD. 9.3.2011, 2010-12358/3045; 11. HD 15.6.2006, 4080/6964.

Davacı yabancı hakem kararının tenfizini talep ettikten sonra alacağın tahsiline hükmedilmesini ıslah yoluyla istemesine engel bir durum mevcut değildir (HMK m. 180).

6. Davalının İleri Sürebileceği İtirazlar

5718 sayılı MÖHUK'un 614. maddesinin 2. fıkrasının atıf yaptığı 55. maddesinin 2. fıkrasındaki hüküm yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizinde uygulanacaktır. Davalı tenfiz şartlarının bulunmadığını veya yabancı mahkeme ilamının kısmen veya tamamen yerine getirilmiş olduğunu veya yerine getirilmesine engel bir sebep bulunduğunu ileri sürerek tenfiz talebine itiraz edebilir. Bu itirazlar sınırlı olup genişletilemez[16]. Ancak davalı tenfiz isteyen kişinin talepte bulunurken dilekçesine eklemesi gereken belgeleri hiç eklemediğini veya eksiklik bulunduğunu belirterek de itirazda bulunması mümkündür.

Davalı tahkim yargılamasında ileri sürülen ancak kabul edilmeyen ödeme savunmasını, tenfiz davasında itiraz sebebi olarak ileri süremez. Ancak hakem kararının verilmesinden sonraki ödemeler gözetilir (İİK m. 33, 71).

7. İncelemenin Kapsamı

1958 tarihli New York Sözleşmesi'nde ve 5718 sayılı MÖHUK'da mahkemelerin yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi davalarında işin esasına giremeyeceği kabul edilmiştir. Yargıtay kararlarında da tenfiz mahkemesinin hakem kararının esasına ilişkin hususlarda inceleme yapamayacağı belirtilmektedir.

> "*Davalı tek sözleşme olmasına rağmen iki kere tazminata hükmedilmesini savunmanın dikkate alınmadığını gösterdiğini belirterek tenfiz talebinin bu nedenle de reddi gerektiğini savunmuştur. Bu iddia kararın esasına ilişkin olup, hakem kararının doğruluğunu inceleme yapma yasağı (revision au fond) kapsamında bulunduğundan tenfiz mahkemesine bu iddiaları inceleme yetkisi tanınmamıştır.*"[17].

---

16 **Nomer,** Ergin/**Ekşi,** Nuray/**Öztekin Gelgel**, Günseli: Milletlerarası Tahkim Hukuku; C.1, İstanbul 2008, s. 78.

17 19. HD. 9.11.2000, 7171/7602.

"*... edimin imkansızlık nedeniyle ifa edilememesinin esasa ilişkin bir itiraz niteliğinde olması nedeniyle tenfiz istenen mahkemece incelenemeyecek olmasına...*"[18].

Tenfiz talebini inceleyen mahkeme tenfiz talebinin reddini gerektiren hususlar yönünden inceleme yapacaktır. MÖHUK'un 62. maddesinde (ç), (d), (e), (f), (g) ve (h) bentlerinde yazılı hususları ispat yükü, hakkında tenfiz istenen tarafa aittir. Aynı maddenin (a), (b) ve (c) bentlerinde yazılı hususlarda ise ispat yükü tenfiz talep eden davacıya ait bulunmaktadır.

1958 tarihli New York Sözleşmesi'ne göre tenfiz şartlarının gerçekleşmediğini ispat yükü, aleyhine tenfiz istenen davalıya aittir. Ancak tenfiz talebini inceleyen mahkeme de hakem kararının tahkime elverişli olmayan bir konuda verildiğini veya kamu düzenine aykırı olduğunu tespit ederse tenfiz talebini reddeder (m. V-2).

Davalı hakem tenfizini veya hakemlik prosedürünün kendisine haber verilmediğini belirterek tenfiz talebinin reddini isterse bu durumda menfi vakıanın ispatı mümkün olmadığından ispat yükünün davalıda değil davacıda olduğunu kabul etmek gerekir[19].

V. YABANCI HAKEM KARARININ TANINMASI VE TENFİZİ İÇİN GEREKLİ KOŞULLAR

1. Tenfizi İstenen Kararın Yabancı Hakem Kararı Olması

Bir hakem kararının Türkiye'de tanınmasının veya tenfizinin istenebilmesi için bu kararın yabancı hakem kararı olması gerekir.

2. Hakem Kararının Kesinleşmesi ve İcra Kabiliyeti Kazanması veya Taraflar İçin Bağlayıcı Olması (İptal Edilmemiş Olması veya İcranın Geri Bırakılmamış Olması)

1958 tarihli New York Sözleşmesi'nde tenfizi istenen yabancı hakem kararının bağlayıcı olması gerektiği kabul edilmiştir (m. V-e). 5718 sayılı MÖHUK'un 60. maddesine göre kesinleşmiş ve icra kabiliyeti kazanmış

---

18 19. HD. 19.2.2004, 2000-5140/1428.

19 **Kalpsüz**, s. 221.

veya taraflar için bağlayıcı olan yabancı hakem kararları tenfiz edilebilir. 2675 sayılı kanunda yer almayan yabancı hakem kararının bağlayıcı olması 5718 sayılı kanunla getirilmiştir. Bu hükmün amacı yabancı hakem kararlarının tanınmasını ve tenfizini kolaylaştırmaktır. Yargıtay da tenfizi istenen yabancı hakem kararının bağlayıcı olmasını yeterli kabul etmektedir.

> "*Davacı vekili, taraflar arasında 25.08.1997 tarihinde pamuk alım satım sözleşmesi akdedildiğini, davalının sözleşmeden doğan edimini yerine getirmediğini, Liverpool Pamuk Birliği Hakem Mahkemesine yapılan müracaatın karara bağlandığını ileri sürerek hakem kararının tenfizine karar verilmesini talep ve dava etmiştir.*
>
> *Davalı vekili 25.08.1997 tarihli sözleşmedeki imzanın müvekkiline ait olmadığını, taraflar arasında geçerli bir tahkim sözleşmesi bulunmadığını, hakemde görülen davada savunma hakkı tanınmadığını, tebligatların usulsüz olduğunu belirterek tenfiz talebinin reddini istemiştir.*
>
> *Mahkemece, tahkim sözleşmesinin geçerli olduğu, davalının savunma hakkına riayet edildiği, hakem kararının bağlayıcı olduğu, tahkimle çözümlenmesi mümkün bir konuya ilişkin bulunduğu, kamu düzenine aykırı olmadığı gerekçesiyle hakem kararının tenfizine karar verilmiş, hüküm davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.*
>
> *Dosyadaki yazılara kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere, delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre, davalı vekilinin yerinde görülmeyen bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün Onanmasına, aşağıda yazılı onama harcının temyiz edenden alınmasına, 21.02.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.*"[20].

3. Tahkim Anlaşmasının Bulunması

Taraflar arasında tahkim sözleşmesi yapılmamışsa veya esas sözleşmeye tahkim şartı konulmamış ise tenfiz talebini inceleyen mahkeme tenfiz talebini reddeder (5718 sayılı MÖHUK, m. 62).

---

[20] 19. HD. 21.2.2008, 2007-8481/1465.

Türk hukukunda tahkim sözleşmesinin yazılı olarak yapılması geçerlilik şartı olarak kabul edilmiştir. (HUMK m. 517/2; 4686 sayılı MTK m. 4; HMK m. 412/2) 4686 sayılı MTK'nun 4. maddesi, HMK'nun 412/2 maddesi ve 1958 tarihli New York Sözleşmesi'nin II/2. maddesinde tahkim sözleşmesinin her iki tarafın imzasını taşıyan bir sözleşme ile yapılabileceği gibi, mektup veya telgraf teatisi yoluyla da yapılabileceği kabul edilmiştir.

Tahkim sözleşmesinin yazılı olması şartının gerçekleşip gerçekleşmediği tarafların anlaşmayı tabi kıldıkları hukuka veya böyle bir anlaşma yoksa hakem kararının verildiği yer kanununa göre tayin edilir (1958 tarihli New York Sözleşmesi m. V/1-a).

Türk hukukuna göre tahkim sözleşmesinin şekli, tarafların bu anlaşmaya uygulanmak üzere seçtikleri hukuka ve böyle bir hukuk seçimi yoksa Türk hukukuna göre belirlenir (4686 sayılı MTK m. 4/3).

Tahkim sözleşmesini imzalayan temsilcinin yetkisizliğinden dolayı tahkim sözleşmesinin geçersizliği şekil kapsamında mı, ehliyet kapsamında mı yoksa esası kapsamında mı değerlendirileceği hususu tartışmalıdır.

Temsilcinin tahkim sözleşmesi yapmasına özel yetki verilmiş olması halinde engel bulunmamaktadır (818 sayılı BK m. 388; 6098 sayılı TBK m. 504; 6100 sayılı HMK m. 74).

Temsil yetkisi bulunmayan kişinin imzaladığı tahkim sözleşmesi geçerli değildir. Asıl sözleşmenin geçerli olması veya geçerli kabul edilmesi tahkim sözleşmesini geçerli hale getirmez. Ancak tahkim sözleşmesinin geçersizliğinin ileri sürülmesinin MK'nun 2. maddesine aykırılık teşkil etmesi halinde bu itiraz dinlenmez[21].

Tahkim sözleşmesini imzalamayan kişi yönünden sözleşme hükümleri uygulanamaz. Tahkim sözleşmesi istisna nitelikte olup, sözleşmenin taraflarını bağlar[22].

Bir sözleşmede yer alan tahkim kurumunun tereddüde yer vermeyecek açıklıkta bulunması gerekir. Bir olayda "*bu sözleşme, İngiliz hukukuna tabi olup, uyuşmazlıklar MTO'ya havale edilir*" şeklindeki kayıt MTO nezdinde

---

21 11. HD. 17.4.2007, 2005-14428/6022.

22 19. HD. 11.3.2004, 200-2654/2603.

tahkime başvuru nedeni anlaşılır olmadığından MTO tahkim prosedürünün izlenmesini sağlayacak bir tahkim kaydı olarak kabul edilmemiştir[23].

Yargıtay bir kararında "çıkacak ihtilafların İngiltere'deki Uluslararası Tahkim Mahkemesinde çözümleneceğine" ilişkin ibareyi Paris'te bulunan MTO tahkim mahkemesine başvuru için yeterli görmeyerek tahkim mahkemesi olarak kararlaştırılmayan bir hakemin verdiği kararın tenfiz edilemeyeceği kabul etmiştir[24].

4. Aleyhine Karar Verilen Tarafın Hakem Tayininden veya Tahkim Yargılamasından Haberdar Edilmesi

Yabancı hakem kararının aleyhine tanınması veya tenfizi istenen tarafın hakem tayininden haberdar edilmiş olması veya başka bir sebep yüzünden iddia ve müdafaa vasıtalarını ikame etmek imkânından mahrum edilmemiş olması gerekir.

Adil bir yargılama çerçevesinde verilen hakem kararının tanınması ve tenfizi istenebilir.

- Hakemde yapılan yargılamada davalı tarafa usulüne uygun tebligat yapılmalıdır (HMK m. 227).
- Hakem seçimi, delillerin sunulması veya savunma hazırlanması için verilen sürelerin yeterli olması gerekir.

5. Uyuşmazlığın Tahkime Elverişli Bulunması

Tenfizi istenen hakem kararının tenfiz devletinin hukukuna göre tahkim yolu ile çözümü mümkün olan bir uyuşmazlıkla ilgili olması gerekir. Taşınmaz mallar üzerindeki ayni haklardan (TMK m. 683, d. 779 vd.) kaynakların uyuşmazlıklar tahkime elverişli değildir (MTK m. 1; HMK m. 408).

Ayrıca tarafların iradelerine tabi olmayan işlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar da tahkime elverişli değildir. Tenfizi istenen bir kararla ilgili

---

23 **Şit,** Banu: Kurumsal Tahkim ve Hakem Kararlarının Tanınma ve Tenfizi, Ankara 2005, s. 203 vd.

24 19. HD. 10.10.2011, 13008/11516 (YKD, 2012/3, s.522-524).

uyuşmazlığın tahkime elverişli olup olmadığının itiraz üzerine mi yoksa re'sen mi inceleneceği konusunda çeşitli görüşler ileri sürülmüştür.

Tenfizi istenen yabancı hakem kararlarının tahkime elverişli olmaması halinde tenfiz talebini inceleyen mahkeme tenfiz talebini reddedecektir. Uyuşmazlık kısmen tahkime elverişli ise tenfiz istenen kararın tahkime elverişli olan kısmının tenfizine karar verilecektir.

Konu ile ilgili en büyük sorunlardan bir tanesi ise tahkime elverişliliğe hangi hukukun uygulanacağıdır.

1958 tarihli New York sözleşmesinin V/2-a maddesinde bir düzenleme bulunmaktadır. Hükme göre tanıma ve tenfiz isteğini öne sürüldüğü ülkenin kanuna göre uyuşmazlık konusunun tahkime elverişli olmaması halinde tanıma ve tenfiz isteği reddolunabilir.

İtalyan Temyiz Mahkemesi 1979 tarihli bir kararına bu görüşü kabul etmiştir. İş hukukundan kaynaklanan bir uyuşmazlığın İtalyan hukukuna göre tahkime elverişli olmadığı kabul edilerek tanıma ve tenfiz talebi kabul edilmemiştir.

6. Hakem Kararının Tenfiz Devletinin Kamu Düzenine Aykırı Olmaması

Hakemleri bağımsız ve tarafsız olmaması, tahkim anlaşması da taraflardan birine üstünlük tanınması, sözleşme konusunun ahlâka aykırı olması, hakem kararını gerekçesiz olması durumda hakem kararının kamu düzenine aykırı olduğu kabul edilebilir (1958 tarihli New York Sözleşmesi m. V/2-b; 5718 sayılı Kanun m. 62/I-b 62/1-b).

VI. SONUÇ

Yabancı hakem kararlarının verildiği ülkeden başka bir ülkede etki doğurması isteniyorsa, bu kararın o ülkede tanınması ve tenfizi gerekir. Yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizinde ad hoc ve kurumsal hakem kararları arasında bir fark bulunmamaktadır. Yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizinde sorunlardan biri yabancılık unsurunun tepsitidir. 1958 tarihli New York sözleşmesi yabancılık unsuru gözetilerek düzenlenmiştir.

1958 tarihli New York sözleşmesi ve 5718 sayılı MÖHUK yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizinde paralel düzenlemeler yapmakla birlikte bazı hallerde farklı düzenlemeler de bulunmaktadır.

Yabancı hakem kararının Türkiye'de tenfizini isteyen tarafın nisbi harç mı yoksa maktu harç mı yatıracağı konusunda istikrarlı bir uygulama bulunmamaktadır. Konu ile ilgili düzenleme yapılması veya Harçlar Kanununa konuyu düzenleyen bir hükmü konulmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

Yabancı hakem kararının tanınması ve tenfizinde mahkeme hakem kararının esasını inceleyemez. "*Revision au fond*" yasağı Türk Mahkemelerince kabul edilerek uygulanmaktadır.

Yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizine engel haller gerekli 1958 New York Sözleşmesinde gerekse 5718 sayılı Kanunda sayılmıştır. Tahkime elverişlik ve kamu düzeni konusunda uygulamada birlik sağlanmamıştır.

ALMANYA'DA KARARLARA KARŞI KANUN YOLLARI: ÇEŞİTLİLİK, KARMAŞIKLIK, KLİŞELER VE SORGULANABİLİR MEŞRUİYET*

Prof. em. Dr. Dr.h.c. Dr.h.c. Peter GILLES**

(Çev.) Arş. Gör. Abdulkadir HAŞHAŞ****

Rapor

Alman Hukuk Sisteminde tüm yargı kararlarına karşı başvurulabilecek tüm kanun yolları -daha çok medenî yargı çerçevesinde- ciddi bir şekilde, aşırı sayıda çeşitli, aşırı karmaşık ve hatta etkisiz olarak nitelendirilir. Bunun bir sonucu olarak Almanya bugün sadece olumlu anlamda hukuk devleti (**"Rechtsstaat"**) olarak anılmakla kalmamakta, olumsuz anlamda kanun yolları devleti (**"Rechtsmittelstaat"**) olarak da anılmaktadır.

I. Çeşitlilik

Tüm kanun yolları arasından sadece Alman Medenî Usûl Kanunu'nda ("ZPO") yer alanları listeleyerek bile kanun yolları sayısındaki aşırı fazlalığın ve çeşitliliğin bir görüntüsünü çizmek mümkündür. En az bunun kadar zor olan başka bir şey de, bu yolların kafa karıştıran Alman hukuk

---

* 2012 yılında Dubrovnik'te "Etkinlik ve Adillik Bağlamında Temyiz ve Kararlara Karşı Diğer Başvuru Yolları" başlıklı konferansta sunulan tebliğ. Yazarın kendi isteği üzerine Türkçeye çevrilmiştir.

** 2003 yılında emekli olan Profesör Gilles halen Frankfurt Üniversitesi'nde ve dünyada birçok üniversite ile akademilerde dersler, konferanslar vermekte ve bilimsel araştırmalarda bulunmaktadır.

*** Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Özel Sayı 2014, s. 123-132 (Basım Yılı: 2015)
Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ'e Armağan

terminolojisindeki kullanımlarının İngilizce'de ki uygun karşılıklarını bulmaktır.

Diğer birçok ülkede olduğu gibi bizde de, olağan kanun yolları medenî usûlün en önemli öğesi olarak, ZPO'nun üçüncü kitabında düzenlenmiştir. **"Rechtsmittel"** başlığı altındaki ilk temyiz[1] olarak **"Berufung"** (§ 511 ZPO), aynı şekilde ikinci temyiz olarak **"Revision"** (§ 542 ZPO), tüm yargı kararlarına karşı ve ara kararlara karşı acele şikâyet **"Sofortige Beschwerde"** (§ 567 ZPO) ve şimdilik son olarak **"Rechtsbeschwerde"** (§ 574 ZPO) bulunmaktadır. Bunlardan başka Almanya'da çapraz kanun yollarının değişik varyasyonları da mevcuttur: **"Anschlussberufung"** (§ 524 ZPO), **"Anschlussrevision"** (§ 554 ZPO), **"Anschlussbeschwerde"** (§ 567 ZPO), **"Anschlussrechtsbeschwerde"** (§ 574 ZPO). Ayrıca ilkesel (kabule bağlı) temyiz[2] **"Zulassungsrevision"** (§ 543 ZPO), **"Nichtzulassungsrevision"** (§ 544 ZPO) ve sonuncusu ama bir o kadar da önemlisi, ilk kanun yolu derecesini atlama ihtiyacı olduğunda, atlamalı temyiz **"Sprungrevision"** (§ 566 ZPO) yolları mevcuttur.

Yukarıda sayılan "olağan kanun yolları"ndan (**ordentliche Rechtsmittel**) tamamen farklı olarak, olağanüstü (**außerordentliche Rechtsmittel**) diye adlandırılan, kesin hüküm **"res judicata"** ile sonuçlanmış bir yargılamanın tekrar açılması anlamına gelen, iptal davası **"Nichtigkeitsklage"** (§ 579 ZPO) veya yargılamanın yenilenmesi anlamında **"Restitutionsklage"** (§ 580 ZPO) yollarının ikisi de **"Wiederaufnahme des Verfahrens"** olarak adlandırılmaktadır.

Daha sonra Almanya'da **"Einsprüche"** diye adlandırılan, gıyapta verilen karara itiraz (§ 338 ZPO) (**Versäumnisurteile**) veya takip hukuku emirlerine karşı (itiraz) (§ 700 ZPO) (**Vollstreckungsbescheide**), hukuki çarelerini bulmak mümkündür.

Bununla birlikte Alman kanun yolu sistemi sadece belirli itirazları, karşı koymaları, protestoları ya da belirli yargısal kararlara karşı vetoları

---

1 İngilizce metinde hem istinaf hem de temyiz için "appeal" kullanılmıştır. Burada kastedilen istinaftır. (Ç.N.)

2 **Ercan** İ., Güncel Tartışmalar Işığında Hukuk Yargısı Bağlamında Alman İstinaf Sistemi, Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 2001, C. I, s. 675. (Ç.N.)

("Einsprüche") düzenlemez; aynı zamanda ödeme emirlerine karşı (§ 694 ZPO) ya da haciz ve geçici tasarruflara karşı (§ 924 ZPO, § 936 ZPO) birkaç itiraz, karşı koyma ve protestoları **("Widersprüche")** da düzenler. Ek olarak, örneğin yetkili veya istinabe edilen hakimlerin ya da tasdikli memurların veya adli memurların kararlarına karşı, bir çok ihtar, erteleme, karşı çıkma ve itirazı **("Erinnerungen")** da düzenler. İlaveten en ithal ve oldukça yeni olan hukukî dinlenilme temel hakkına **("Anhörungsrüge"** § 321 a ZPO) karşı olası ihlaller olursa diye mini anayasal şikâyeti (Article 103 Grundgesetz (GG), Article 8 Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte (EMRK)) ve değişik ihtarlar ile uyarıları (**"Rügen"**) düzenler.

Ayrıca Alman sistemi mahkemenin verdiği hükümlerin değiştirilmesi konusunda çeşitli yollar barındırmaktadır. Bunlar; değişiklik davası (**"Abänderungsklagen"**) (§ 323 ZPO), nafaka hükümlerine karşı (§ 654 ZPO), haciz ve geçici tasarruf alanlarındaki mahkeme kararlarının iptali için (**"Aufhebungsklage"**) (§ 927, 936 ZPO) dir. Alman kanun yolu sistemi normatif düzenlemelerle aşırı yüklenmiş olmasına rağmen, gitgide daha fazla kanun yolu icat etmekte ve sisteme yüklenmektedir. ZPO'da düzenlenenlerin dışında, yeni itiraz ve şikâyetler **("Gegenvorstellung")** ve bariz, apaçık kanuna aykırılıklara karşı acil şikâyet **("Ausnahmebeschwerde wegen greifbarer Gesetzeswidrigkeit")** yolları da öngörülmüştür.

Alman usûl hukuku, şeklî düzeltmeler için hükmün tashihi ve hükmün tavzihi **("Urteilsberichtigungs- und Urteilergänzungsverfahren"**, §§ 319, 321 ZPO) ve sürelerin kaçırılması ile eski hale getirme **("Wiederinsetzung in den vorigen Stand"**, § 233 ZPO) durumlarında da bazı özel usûller öngörmüş bulunmaktadır. ZPO'nun sekizinci kitabında düzenlenen cebri icra hukukuna karşı başvurulacak yolların sayısındaki fazlalığı da ayrıca belirtmek isterim. Burada da başvuru yollarının fazlalığından, kafa karıştırıcılığından ve karmaşıklığından muzdaripiz. Örneğin; belirli icra tedbirlerine karşı itiraz **("Vollstreckungserinnerung"** § 766 ZPO), haksız icralara karşı **("Vollstreckungsschutzerinnerung"** § 765 a ZPO), icra takibine karşı itiraz davası için **("Vollstreckungsabwherklage"**, § 767 ZPO), icra şartına karşı dava **("Klage gegen Vollstreckungsklausel"**, § 768 ZPO), icraya üçüncü kişinin müdahalesine karşı **("Drittwiderspruchsklage"**, § 771 ZPO) ve son

olarak icra prosedürü içerisinde acele şikâyet **("sofortige Beschwerde im Vollstreckungsverfahren"**, § 793 ZPO).

Çekişmesiz yargıya ilişkin özel kanun yolları bu bağlamda kapsam dışı bırakılmıştır.

Bu kadarla da kalmamaktadır; çünkü Avrupalılaşma kavramı kapsamında Alman medenî yargısında insan hakları şikâyetine ilişkin de yollar bulunmaktadır **("Menschenrechtsbeschwerde"**, md. 25, 26 Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)).

Federal Almanya Cumhuriyeti'nin federal yapısından dolayı -Doğu ve Batı Almanya'nın birleşmesinden bu yana- 16 Alman eyaleti de kendi anayasasına sahiptir. Bu anayasalar Eyalet Hukuk Sistemi içerisinde yargısal faaliyetlere ilişkin geniş çapta başvuru imkânı içermektedir. Örnek olması açısından benim yaşadığım Hessen Eyaleti'nde, Hessen Anayasası'nda (Art. 2 III, 17 II, 133 Hess. Verf.) düzenlenen ve Hessen Eyalet Anayasa Mahkemesi'ne **("Staatsgerichtshof"**) yöneltilen şikâyet yolu **("Beschwerdeweg"**) mevcuttur.

Kesinlikle en önemli ve en etkili kanun yolu ise, Ultra-, Süper- veya her şeyin üstünde olarak nitelendirilebilecek, Federal Anayasa Mahkemesi'ne **("Bundesverfassungsgericht"**) yapılan Federal Anayasa Şikâyetidir **("Verfassungsbeschwerde"**) ("Art. 93 Grundgesetz (GG), § 90 Bundesverfassungsgerichtsgesetz [BverfGG]). Gittikçe daha da fazlalaşan anayasallaştırma **("Verfassungsverrechtlichung")** anlayışının bir sonucu olarak bu yolun önemi ve etkililiği yükselerek artmaktadır.

II. Karmaşıklık

Aşırı çeşitli ve karmaşık olan Alman Kanun Yolu Sistemi "labirent" veya "balta girmemiş orman" olarak da adlandırılmaktadır. Bu sistem teori, pratik ve yasamadaki farklı anlayışların, yanlış anlamaların, kafa karışıklığının ve hataların kaynağıdır. Ayrıca bu sistem, hukuka erişime engel kapsamında yetkinlik ve şeffaflıkla ilgili büyük sorunlara neden olmaktadır. Bu durum sadece detaylarda veya önemsiz, ihmal edilebilir konularda değil, temel konularda, kanun yollarının yapı ve fonksiyonunda da kendini göstermektedir.

Bu bağlamda bir yan not: Alman Yasama Organı, hem geçmişte hem de bugünlerde birçok girişimde bulunarak türü ne olursa olsun bütün yargı kararları için muhtemel bir kanun yolu belirlemeye çalışmıştır. Ancak bu girişimlerden her zamanki gibi vazgeçilmiştir, çünkü böyle bir orijinallik oldukça zor, kapsamlı ve pahalı olacaktır.

Konuya geri dönersek, bilim adamları ve uygulamacılar birinci ve ikinci temyizi çok yoğun ve yorucu olarak görmektedir. Kanun yollarının asıl karakteri veya doğası gereği, bu yollar, eski dosyanın ikinci kez ve hatta üçüncü kez yeni bir kararla **("Novum Judicium"**) sonuçlandırılacak şekilde, devam ettirme **("Fortsetzung"**), yineleme **("Wiederholung"**) ve/veya sadece yenileme **("Erneuerung"**) şeklinde görülmesini zorunlu kılmaktadır. Bu hâkim görüş, Alman Medenî Usûl Kanunu'nun Üçüncü kitabında (§ 511 ZPO) yer alan amir hükümlerle uyuşmamaktadır. Kanaatimce kanun yolları, yargı kararlarındaki muhtemel yanlışlıklara ve hatalara karşı koymak ve onları kontrol etmek için kullanılan araçlardır. Asıl amaç, kendisine karşı koyulan, esas itibariyle bir hukuka aykırılığın bulunduğu ve ağır bir şekilde tartışmalı olan kararın bozulmasıdır **("Kassation"**). "Kararın bozulması" yolu **("Anfechtungsmittel"**), zorunlu olmamakla birlikte orijinal dosyayla ilgili yeni bir karar verilmesi veya dosyada sadece yapısal bir değişiklik yapılması ile birleştirilebilir.

Alman doktrinine göre, kanun yolları sürecine karakterini kazandıran iki önemli karakteristik unsurun bulunması gerekir. Bu unsurlar; erteleyici etki **("Suspensiveffekt"**) ve aktarıcı etki **("Devolutiveffekt"**) dir. Bunlardan ilki, orijinal dosyayı bekleterek aynı dosyanın devam etmesi veya orijinal dosyanın yeniden görülmesi ihtimalini içerirken, ikincisi mevcut dosyanın kararı veren mahkemeden başka bir mahkemeye aktarılması -çoğunlukla alt mahkemeden üst mahkemeye (ne anlama geliyorsa artık!) doğru- ihtimalini içerir. Her iki etkinin de yanlış anlaşıldığı gerçeğini bir tarafa bırakırsak, bu iki etki sadece tali, yapısal değişkenlerdir.

Kanun yollarının ana karakterine ilişkin birbirinden tamamen farklı görüşler, bir taraftan kanun yolunun davacısının ve davalısının hukukî durumları, görevleri, sorumlulukları, yetkilerine ilişkin, diğer taraftan kanun yoluna başvurunun caizliği **("Zulässigkeit"**) ve yerindeliği **("Begründetheit"**) konularında ve daha birçok konuyla ilgili sonu olmayan tartışmalara sürüklemektedir.

Bu bölümü bitirirken ZPO' nun mevcut durumu ile ilgili birkaç eksikliğe değinmek istiyorum. Kanun yollarına ilişkin hükümler çok eski ve çağdışı hükümlerdir. 1877 tarihli olan ZPO'nun ikinci kitabında, eyalet mahkemelerinin yargılama usûlü prototip olarak düzenlenmiştir. Bu usûl birkaç yüz maddede düzenlenen (§ 253[3] bis 510 b ZPO) aşırı şeklî ve üçü hâkim ve ikisi avukat olan beş yetkin[4] hukukçu arasındaki etkileşime dayalı profesyonel bir usûldür. Yerel mahkemelerdeki yargılama usûlü ise, bir eklenti gibi daha doğrusu ihmal edilmiş bir şekilde yirmiden daha az maddede yer almaktadır (§ 495 – 510 b ZPO). Yasal prototip eyalet mahkemelerinin yargılama usûlü iken, istikrarlı bir şekilde artan ve bugünlerde 5.000 Euro'ya ulaşan dava konusunun değeri ("**Streitwert**") yerel mahkemeler ile eyalet mahkemeleri arasındaki görevi belirlemekte, gittikçe artan dava sayısı, çok az maddede düzenlenen ve fiili prototip olan yerel mahkemelerce sonuçlandırılmaktadır. Sadece bilgilendirme amacıyla resmi istatistiklere baktığımızda, yeni gelen ve sonuçlandırılan dosya sayısı yerel mahkemelerde 1.250.000'e ulaşmışken bu sayı bölge mahkemelerinde 360.000 civarındadır.

III. Klişeler

Bir önceki bölümde ifade edilen medeni usûle ilişkin yasama prototipi kürsüdeki hâkimlerin toplu olarak bulunmasını öngörmüştür. Örneğin; Bölge Mahkeme'sinde en az üç hâkim (Heyet), Yüksek Bölge Mahkemesi'nde ve Federal Mahkeme'de beş hâkim (Daire) kürsüdeyken, yerel mahkemelerde kürsüde tek hâkim bulunmaktadır **("Alleinrichter")**. Ancak güçlü bir reform eğilimi olarak toplu mahkemede ki bir hâkimin yalnız başına (**"Einzelrichter"**, § 526, § 527 ZPO) yargılamayı yürütmesi ve karara bağlaması durumuyla da karşılaşılmaktadır.

Bir başka yan not: Onlarca yıldan beri Almanya'da, şimdiki ikili sistemin yerine tek girişli mahkemeyle[5], mahkeme teşkilat sisteminin basitleş-

---

[3] Orijinal metinde bir yazım hatası nedeniyle bu hükümlerin 553. paragraftan başladığı belirtilmişken, çeviri de ZPO' da ki başlangıç numarası olan 253 kullanılmıştır. (Ç.N.)

[4] Yazar burada "full fledge" terimini kullanmıştır. Bu terim kuş bilimine özgü olup, yavru bir kuşun uçabilecek kadar tüylenmesini ifade etmektedir. Gelişimini tamamlamış anlamına gelecek şekilde "yetkin" kelimesi tercih edilmiştir. (Ç.N.)

[5] "one entrance court" (Ç.N.)

tirilmesi tartışması mevcuttur. Bununla dava konusunun değerine dayanan ayrımın kaldırılarak bu ikili sisteme son verilmesi kastedilmektedir. Ancak böyle bir reform bugüne kadar, böyle bir sistemle avukatla temsil zorunluluğu (**"Antwaltszwang"**) ortadan kalkacağından gelir kaybedeceği korkusuyla, avukatlar tarafından engellenmiştir. Bu bağlamda özellikle reform projeleri göz önünde bulundurulduğunda zihniyet ve tutumun yanı sıra hâkimlik ve avukatlık kavramlarının bütününde hâkimlerin ve avukatların yaklaşımlarını ve alışkanlıklarını gösterecek bazı klişelere dikkat çekmek anlamlı olacaktır. Ancak bütün bu klişeler arasından yalnızca aşağıda seçtiğim iki tanesi yargılamaya katılan insanlar arasında da görülmektedir.

Birçok ülkede "iki kişi, tek kişiden daha fazlasını görür"[6] bilgeliğine rastlamak mümkünken bununla birlikte "çok fazla malzeme yemeğin tadını bozar"[7] bilgeliğine de rastlamak mümkündür. Adalet sistemleri alanında birinci deyime, ne kadar çok hâkim o kadar iyi karar, şeklinde diğerinden daha fazla rastlanmaktadır. Ama bu klişe tartışmalıdır, çünkü hâkimin tek başına verdiği karar ile toplu mahkemece verilen karara karşı yapılan kanun yolları yargılamasına ilişkin birçok gözlemsel sosyolojik araştırma mevcuttur. Bu araştırmalarla, tek hâkimli veya toplu mahkemelerin verdiği kararların kanun yolu incelemesi sonunda, bozulan veya onanan kararların kalitesi arasında önemli bir farklılığın olmadığı sonucuna varılmıştır. Daha yaygın bir klişe ise, mahkemeler hiyerarşisi içerisinde daha yüksek dereceli mahkemenin kararının daha düşük dereceli mahkemenin kararına göre daha iyi olacağı, kısaca: "daha yüksek daha iyi" şeklinde formüle edilmiştir. Bu bağlamda İskandinav bir meslektaşımın yapmış olduğu dikkat çekici bir tespiti paylaşmak isterim. Kendisinin öne sürdüğü fikre göre, ülkenin en iyi hâkimleri, iyi organize olmuş ilk derece mahkemelerinde, halkın gözü önünde çalışırlarsa birçok gereksiz kanun yolu başvurusu önlenmiş olacaktır.

Ben Alman imajının, yargının kariyer ve gelir odaklı unsurlarının ve avukatlığın böyle bir düşüncenin lehine oy vereceklerine inanmıyorum.

---

6 Yazar burada İngilizcede "iki kişi, tek kişiden daha fazlasını görür" anlamına gelebilecek "four eyes see more than two eyes" deyimini, toplu mahkemelerde üç hâkimin bulunmasına gönderme yapmak için "six eyes see more than two eyes" şeklinde değiştirmiştir. (Ç.N.)

7 Yazar burada "many cooks spoil the meal" deyimini kullanmıştır. (Ç.N.)

Ancak buna rağmen Alman yargı sisteminin modern reformcuları, reform enerjisinin ve kaynaklarının kanun yolu aşamalarından ziyade ilk derece mahkemelerinin geliştirilmesi için kullanılmasını talep etmektedirler. "Daha yüksek daha iyi" anlayışı içerisinde, duruşma avukatlarınca ilk derece yargılamasının sonuçları ile ilgilenilmemesinde ve onların sloganları olan "ikinci dereceden önce ciddi ve etkili bir yargılamaya başlamayız" sözünde "derece zihniyeti/takıntısı" (**Instanzen Mentalität**) diye adlandırılan bir şey gözlemlemek mümkündür. Bu da bir başka bunaltıcı klişenin sonucudur. Bu klişe ise daha düşük dereceli mahkemede yapılan ilk yargılamanın, sadece geçici ve zayıf donanımlı bir yargılama veya önemsiz bir geçiş istasyonu veya daha yüksek ve daha iyiymiş gibi varsayılan bir adalete ulaşmada basamak taşı olarak görülmesidir. Bunun yanında bazı hukukçular da dahil olmak üzere geniş bir kitle, mahkeme hiyerarşisinin, eski zamanlarda kamu hizmetindeki **("Öffentlicher Dienst"**) hiyerarşi -ayaklı bir merdivenin basamakları gibi düşük, orta, yüksek ve en yüksek seviyedeki memurlar **("Beamte"** vs.)- ile benzer olması veya tamamen aynı olması gerektiğine inanmaktadır. Bununla kastedilen eski zamanlarda daha yüksek rütbeli memurun daha düşük rütbeliye göre daha çok güce sahip olmasıdır. Bu güç, yüksek rütbelinin düşük rütbeliye talimat verme yetkisi (**"Weisungsbefugnis"**) ve bağlayıcı emir verme yetkisini (**"Weisungsgebundenheit"**) içermektedir. Yine bu güç, düşük rütbelinin daha iyi bir pozisyonda ve daha iyi gelirli bir pozisyonda çalışması için neredeyse otomatik bir kariyer değişikliği ve terfi (**"Beförderung"**) yetkisini de içermektedir. Yargı bağımsızlığı gibi katı bir ilkenin varlığı, mahkemelerin bu şekilde üstün, amir veya hâkimiyet sahibi bir devlet otoritesinin altında çalışmasına engeldir. Başka bir deyişle yargı, bir bütün olarak veya tek bir mahkeme veya tek bir hâkim açısından tamamen bağımsızdır (**"Richterliche Unabhängigkeit"**). Bu durum, Alman Anayasası ve birçok diğer düzenlemeyle belirtilmiştir (Art. 97 Grundgesetz (GG), § 1 Gerichtsverfassungsgesetz (GVG), § 25 Deutsches Richtergesetz (DRiG)). Tüm hâkimler için kanaatlerine göre özgürce karar verme garantisi de (§ 286 ZPO) yukarıdaki bahsi geçen yargı bağımsızlığı kapsamında değerlendirilmelidir.

Yukarıda ki değerlendirmeler, mahkeme hiyerarşisinin meşruiyetini sorgulamamıza ve yatay bir yapılanma yerine dikey mahkeme hiyerarşisine

bağlı kalarak ve farklı yargısal güçleri göz önünde bulundurmadan yapılan meşrulaştırmanın sorgulanmasına yönlendirmektedir.

IV. Meşruiyet

Kanun yolu sisteminin meşruiyeti konusunda birtakım problemler mevcuttur. Örneğin; neden bazı kararların kontrol edilmesi bazen o kararı veren hâkimce (**Judex a quo**) yapılırken, diğer çoğu karar daha yüksek bir hâkim (**Judex a quem**) tarafından kontrol edilmektedir. Ayrıca şöyle bir soru da ortaya çıkmaktadır: Kanun yolu sisteminin somut dosya adaleti **("Einzelfallgerechtigkeit")** ile özel menfaatler bakımından ulaşmak istediği amaç ve yargıda birlik (**"Einheit der Rechtssprechung"**) ile kamu menfaati bakımından ulaşmak istediği amaç nedir? Bu soru bizi yargılama giderleri, yargılama süresi ve tarafların yargılamadaki rolü konularına götürür. Bu durum ilk derece mahkemeleri ile yüksek mahkemeler arasında veya yüksek mahkemelerin daireleri arasında büyük hukuki görüş ayrılıklarına sebep olmaktadır. Bu da hukukta birliği sağlamayı zorlaştırmakla birlikte hukukta birliğin sağlanıp sağlanmaması gerektiğini sorgulatmaktadır. Çünkü hukukî görüş ayrılıkları, hukukun gelişmesine olumlu bir katkı sağlamakta ve yanlış fikirlerin herkes tarafından kabul edilmesini engellemektedir. Ancak Almanya'da kanun yolu sisteminin meşruiyeti bakımından asıl tartışma temel anayasal bir hak olan kanun yoluna başvurma hakkı **("Grundrecht auf Rechtsmittel")** ile ilgilidir. Bu konuda Federal Anayasa Mahkemesi olumsuz ama tartışmalı bir karar vermiştir. Karara göre, diğer çoğu Avrupa ülkesi anayasalarına kıyasla Alman Anayasası'nda kanun yoluna başvurma hakkı düzenlenmemiştir. Çünkü ilk dereceye başvurmakla "hak arama hürriyeti" (**"Justizgewährungsanspruch"**) yerine getirilmiş sayılmaktadır. Tamamı değilse bile çoğu hukukçu bu kararı benimsemiştir. Karşı görüş ise, tüm kamu güçlerinin kontrol edilmesi gerekliliğine işaret eden anayasal ilkeye gönderme yapmaktadır. Yargının, yargı bağımsızlığı var diye yasama ve yürütmenin haberi olmadan kendi kendine yaptığı yargısal iç kontrol, demokrasi ve hukuk devletinin (**"Rechtsstaat"**) gereklerine ve bu ilkeye uygun olmayacaktır. Bu durum, bu konferansın genel temasının sloganlarından biri olan "adillik" ve son başlıkta değineceğimiz "etkinlik" anahtar kelimelerine de uygun düşmeyecektir.

V. Etkinlik

En sonunda Alman kanun yolları sisteminin etkinliğine baktığımızda, aile ve iş uyuşmazlıkları hariç medenî yargıya ilişkin 2009-2011 yılları arasındaki resmi istatistikler bu sistemin etkin bir sistem olarak kabul edilebileceğini gösterir. Etkinliliği anlamak için birçok unsuru bir arada değerlendirmek gerekir. Bunlar; süre, giderler, uzunluk, maliyet, harçlar, iş yükü, dosya yönetimi ve dosya tasfiyesidir.

	Eyalet Mahkemesi (District appellate court)	Yüksek Eyalet Mahkemesi (Higher district court)	Federal Mahkeme (Fedaral court)
Bekleyen başvuru sayısı	29.786	34.767	4792
Gelen başvuru sayısı	59.794	53.154	5152
Sonuçlanan başvuru sayısı	59.386	52.215	5146

PROZESSARMUT IM SCHIEDSVERFAHREN: RECHTSLAGE NACH DER SCHWEIZERISCHEN LEX ARBITRI

Prof. Dr. iur. Tarkan GÖKSU*

I. Problemstellung

1. Gemäss Art. 29 Abs. 3 BV (Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999; SR 101) hat jede Person, die nicht über die erforderlichen Mittel verfügt, Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint; ausserdem hat sie, soweit es zur Wahrung ihrer Rechte notwendig ist, Anspruch auf unentgeltlichen Rechtsbeistand. Mit der unentgeltlichen Rechtspflege soll jeder Betroffene grundsätzlich ohne Rücksicht auf seine finanzielle Situation unter den von der Rechtsprechung umschriebenen Voraussetzungen Zugang zum Gericht und Anspruch auf Vertretung durch einen Rechtskundigen haben[1]. Als prozessuales Grundrecht (sog. Verfahrensgarantie) gewährleistet der Anspruch auch finanzschwachen Personen den Rechtsweg, um ihre Rechte zu wahren, wenn ein Rechtsverlust oder ein als unzulässig erachteter Eingriff in ihre Rechte droht[2], und sorgt damit für prozessrechtliche Chancengleichheit (sog. Waffengleichheit)[3]. Dies wird dadurch erreicht, dass die begünstigte Person davon befreit wird

* Rechtsanwalt in Bern/Freiburg (Schweiz), Lehrbeauftragter an der Universität Freiburg i.Ue. (Schweiz)

1 BGE 131 I 350 E. 3.1.

2 BGE 135 I 102 E. 3.2.1.

3 Frank **Emmel**, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. Auflage, Zürich/ Basel/Genf 2013, N 1 zu Art. 117 ZPO.

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Özel Sayı 2014, s. 133-169 (Basım Yılı: 2015)
Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ'e Armağan

(Art. 118 Abs. 1 ZPO), Gerichtskostenvorschüsse zu bezahlen oder Sicherheitsleistungen an die Gegenpartei zu erbringen (lit. a) und bei Unterliegen Gerichtskosten zu bezahlen (lit. b); ausserdem hat sie Anspruch auf Bestellung eines Anwalts, welcher vom Staat entschädigt wird (lit. c). Für den Zivilprozess wird die verfassungsmässige Garantie in den Art. 117 ff. ZPO (Schweizerische Zivilprozessordnung; SR 272) umgesetzt und näher geregelt.

2. In der Bundesverfassung von 1874, welche bis zum 31. Dezember 1999 in Kraft stand, war die unentgeltliche Rechtspflege nicht geregelt. Das Schweizerische Bundesgericht hat den Anspruch aber schon früh aus dem damaligen Art. 4 der alten Bundesverfassung von 1874 hergeleitet. Erwähnenswert ist dies deshalb, weil dieser Art. 4 den Grundsatz der Rechtsgleichheit lediglich in allgemeinster Form (nach dem Wortlaut übrigens nur auf Schweizer beschränkt, nicht auch bezüglich Schweizerinnen oder Ausländer) festhielt[4]. Dies hinderte das Bundesgericht aber nicht daran, bereits mit Urteil vom 30. September 1887 den Grundstein dafür zu legen, damit aus dem Rechtsgleichheitsgebot ein Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege hergeleitet werden kann, und zwar mit nachfolgenden Worten (BGE 13 I 251 E. 3):

> „*Richtig ist nun, daß die fragliche Norm alle Bürger formell gleich behandelt. Allein ebenso klar ist auf der andern Seite, daß dadurch dem Bedürftigen, welcher die gesetzliche Gebühr von 130 Fr. zu leisten nicht im Stande ist, der Rechtsschutz durch die obere Instanz thatsächlich einfach abgeschnitten wird. Dies ist mit dem Prinzipe der Rechtsgleichheit nicht vereinbar. Dieses fordert gewiß, daß dem armen Angeklagten die gleichen Garantien richtiger Rechtsprechung gewährt werden, wie dem Begüterten. Eine Bestimmung wie die hier in Frage stehende des Walliserrechts steht, mag sie auch äußerlich alle Bürger gleich behandeln, der praktischen Wirkung nach in schneidendem Widerspruche mit diesem Postulat der Gerechtigkeit; sie gewährt die, dem Wortlaute des Gesetzes nach allen Angeklagten zustehenden,*

---

[4] Art. 4 Abs. 1 aBV hatte folgenden Wortlaut (vgl. AS 1 1): „Alle Schweizer sind vor dem Gesetze gleich. Es gibt in der Schweiz keine Untertanenverhältnisse, keine Vorrechte des Orts, der Geburt, der Familien oder Personen."

Rechtsmittel dem Armen in That und Wahrheit nur zum Scheine, da sie dieselben an eine Voraussetzung knüpft, welche der Arme von vorneherein nicht erfüllen kann."

Im konkreten Fall war die kantonale Vorinstanz auf ein Rechtsmittel nicht eingetreten, weil der verlangte Kostenvorschuss nicht bezahlt wurde. In späteren Urteilen verfeinerte und erweiterte das Bundesgericht diese Rechtsprechung[5]. Freilich war dieses Institut des Armenrechts (wie die unentgeltliche Rechtspflege früher genannt wurde) 1887 in den meisten kantonalen Prozessordnungen bereits verankert[6]. Erwähnenswert an dieser Stelle ist, dass - nach anfänglichem bundesgerichtlichem Zögern - der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege nicht nur natürlichen Personen zugestanden wurde, sondern unter (sehr) eingeschränkten Voraussetzungen auch juristischen Personen[7].

Dieser rechtshistorische Hinweis auf die gedanklichen Ursprünge des Instituts der unentgeltlichen Rechtspflege ist von Bedeutung, weil der Rechtsgleichheitsgrundsatz im Schiedsverfahren eine sog. zwingende Verfahrensgarantie ist (vgl. Art. 373 Abs. 4 ZPO bzw. 182 Abs. 3 IPRG)[8], deren Verletzung beim Bundesgericht mit Beschwerde angefochten werden kann (vgl. Art. 393 lit. d ZPO bzw. 190 Abs. 2 lit. d IPRG). Darauf ist später noch zurückzukommen[9].

---

5 Vgl. dazu Jörg Paul **Müller**/Markus **Schefer**, Grundrechte in der Schweiz, Im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, 4. Auflage, Bern 2008, S. 893 f., mit weiteren Hinweisen.

6 Lukas **Huber**, in: Alexander Brunner/Dominik Gasser/Ivo Schwander (Hrsg.), ZPO – Schweizerische Zivilprozessordnung, Kommentar, Zürich/St. Gallen 2011, N 3 zu Art. 117 ZPO.

7 Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kann für eine juristische Person ausnahmsweise dann ein Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung bestehen, wenn ihr einziges Aktivum im Streit liegt und neben ihr auch die wirtschaftlich Beteiligten mittellos sind. Dabei ist der Begriff der „wirtschaftlich Beteiligten" weit zu verstehen; er umfasst neben den Gesellschaftern auch die Organe der juristischen Person oder gegebenenfalls interessierte Gläubiger (BGE 131 II 306 E. 5.2.2; **Emmel** [Fn. 2], N 2 zu Art. 117 ZPO).

8 Tarkan **Göksu**, Schiedsgerichtsbarkeit, Zürich/St. Gallen 2014, N 1288.

9 Vgl. unten Ziff. 49.

3. In Schiedsverfahren ist die unentgeltliche Rechtspflege ausgeschlossen. Art. 380 ZPO hält dies für die Binnenschiedsgerichtsbarkeit ausdrücklich fest. Für die internationale Schiedsgerichtsbarkeit gilt nichts anderes[10]. Damit stellt sich aber die Frage, wie eine mittellose Partei, die an eine Schiedsvereinbarung gebunden ist, noch zu ihrem Recht kommen kann. Bekanntlich sind Schiedsverfahren teuer (regelmässig teurer als staatliche Verfahren) und müssen vollständig von den Parteien vorfinanziert werden. Für die ohnehin schon finanzschwache Partei stellen die Kosten des Schiedsverfahrens daher eine unüberwindliche Rechtswegbarriere dar. Diese sieht sich alleine aus dem Grund einem Rechtsverlust ausgesetzt, weil sie sich keine effektive Vertretung leisten kann; der Staat schützt die mittellose Schiedspartei nicht davor, und genauso wenig kann sie erwarten, dass Schiedsgericht oder Schiedsinstitution auf ihr Honorar verzichten oder dass ihr diese oder die Gegenpartei die Vertretung (vor-)finanzieren[11]. Die Kostenproblematik steht alsdann in einem Spannungsverhältnis zum Rechtsgleichheitsgrundsatz, denn - in den Worten des Bundesgerichts - offen steht alsdann die Rechtsverfolgungsmöglichkeit „*dem Armen in That und Wahrheit nur zum Scheine, da sie dieselben an eine Voraussetzung knüpft, welche der Arme von vorneherein nicht erfüllen kann.*“[12].

II. Bedeutung des Ausschlusses der unentgeltlichen Rechtspflege

1. Allgemeines

4. Die unentgeltliche Rechtspflege ist im Schiedsverfahren ausgeschlossen (Art. 380 ZPO)[13]. Es besteht kein Anspruch auf eine irgendwie geartete staatliche Unterstützung, wenn für die Durchsetzung eines Rechts oder der Abwehr geltend gemachter Rechte der schiedsgerichtliche Weg beschritten werden muss. Die Parteien können also nicht etwa vom staatlichen Gericht am Ort des Schiedsgerichts (oder von irgendeiner anderen Behörde) verlangen, dass ihnen für das

---

10 BGE 4A_178/2014 E. 4.

11 Marco **Stacher**, Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band III (Art. 353-399 ZPO und Art. 407 ZPO), Bern 2014, N 8 zu Art. 380 ZPO.

12 BGE 13 I 251 E. 3.

13 BGE 4A_178/2014 E. 4.

Schiedsverfahren Kostengutsprache oder Kostenbevorschussung oder dergleichen gewährt und ein Rechtsbeistand bestellt wird (vgl. Art. 118 ZPO)[14]. Der Ausschluss der unentgeltlichen Rechtspflege bedeutet auch, dass kein gesetzlicher Anspruch gegenüber dem Schiedsgericht oder die gewählte Schiedsinstitution oder gar gegen die Gegenpartei besteht, die notwendigen finanziellen Mittel der finanzschwachen Partei zur Verfügung zu stellen bzw. auf entsprechende Kostenvorschüsse zu verzichten. Freilich ist nicht völlig ausgeschlossen, abweichende vertragliche Abmachungen schon in der Schiedsvereinbarung selber oder später zu treffen. Auch die gewählte Verfahrensordnung kann Möglichkeiten der Abhilfe vorsehen. So besteht nach der Verfahrensordnung des Sportschiedsgerichts in Lausanne (TAS/CAS) eine sog. *legal aid* für bedürftige Schiedsparteien[15].

5. Der Ausschluss der unentgeltlichen Rechtspflege bei der Schiedsgerichtsbarkeit ist im Übrigen sachgerecht. Die Parteien entscheiden sich frei für die Schiedsgerichtsbarkeit und verzichten damit freiwillig auf die Vorteile der staatlichen Gerichtsbarkeit und damit auch auf die Möglichkeit der unentgeltlichen Rechtspflege[16]. Es ist nun nicht Aufgabe des Staates, einer Schiedspartei ihren Anteil an den Verfahrenskosten oder die Kosten ihres Rechtsbeistands zu finanzieren, wenn sie sich freiwillig für eine alternative Streitschlichtung entschieden hat[17]. Der Ausschluss der unentgeltlichen Rechtspflege gründet daher nach der schweizerischen Rechtsprechung in der Natur der Institution Schiedsgerichtsbarkeit[18].

---

14 **Stacher**, Berner Kommentar (Fn. 11), N 5 zu Art. 380 ZPO. Vgl. kritisch Marcel **Strome**, Schiedsgericht nur für Reiche?, in: Birgit Bachmann/Stephan Breidenbach/Dagmar Coester-Waltjen/Burkhard Hess/Andreas Nelle/Christian Wolf (Hrsg.), Grenzüberschreitungen, Beiträge zum Internationalen Verfahrensrecht und zur Schiedsgerichtsbarkeit, Festschrift für Peter Schlosser zum 70. Geburtstag, Tübingen 2005, S. 965 f.

15 Vgl. dazu unten Ziff. 22.

16 Felix **Dasser**, in: Paul Oberhammer/Tanja Domej/Ulrich Haas (Hrsg.), ZPO - Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurzkommentar, 2. Auflage, Basel 2014, N 2 zu Art. 380 ZPO; Rolf A. **Schütze**, in: Bernhard Wieczorek/Rolf A. Schütze (Hrsg.), Zivilprozessordnung und Nebengesetze, Grosskommentar, Elfter Band: §§ 916-1066, 4. Auflage, Berlin 2014, N 82 zu § 1029 ZPO/D.

17 **Stacher**, Berner Kommentar (Fn. 11), N 2 zu Art. 380 ZPO.

18 BGE 99 Ia 325 E. 3b.

6. Der Ausschluss der unentgeltlichen Rechtspflege bei der Schiedsgerichtsbarkeit wird denn auch als verfassungskonform und menschenrechtskonform betrachtet, da weder die Rechtsweggarantie gemäss Art. 6 Ziff. 1 EMRK noch der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege gemäss Art. 29 Abs. 3 BV eine Grundlage für einen entsprechenden Anspruch in Schiedsverfahren vermitteln[19].

2. Unentgeltliche Rechtspflege im staatlichen Verfahren

A. Vor dem Juge d'appui

7. In der Literatur wird vertreten, dass der Ausschluss der unentgeltlichen Rechtspflege nicht nur für das eigentliche Verfahren vor dem Schiedsgericht gilt, sondern auch für die schiedsgerichtsbezogenen Verfahren vor staatlichen Gerichten (z.B. vor dem *Juge d'appui*)[20]. Tatsächlich besteht beim staatlichen Hilfsverfahren *prima vista* keine Notwendigkeit zur unentgeltlichen Rechtspflege, zumal gerade bei der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit die Meinung vorherrschend sein dürfte, dass die Parteien eines Schiedsverfahrens halt vermögend zu sein haben. Wird zudem davon ausgegangen, dass die Schiedsvereinbarung mit der Kündigung wegen Mittellosigkeit *ex nunc* dahinfällt[21], dann dürfte es aufgrund der Unzuständigkeit des Schiedsgerichts gar nicht erst zu einem staatlichen Verfahren kommen. So sieht denn die *lex arbitri* mitunter vor, dass das staatliche Gericht nicht tätig wird, wenn keine gültige Schiedsvereinbarung zwischen den Parteien besteht (vgl. etwa Art. 362 Abs. 3 ZPO bzw. 179 Abs. 3 IPRG für die hilfsweise Ernennung eines Schiedsrichters). Allerdings kann es bisweilen aufwändig sein, das Erlöschen einer Schiedsvereinbarung zu überprüfen, zumal das staatliche Gericht regelmässig nur bei offensichtlicher Unzuständigkeit des Schiedsgerichts darauf erkennen soll (Grundsatz der Kompetenz-Kompetenz

---

19 Philipp **Habegger**, Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Auflage, Basel 2013, N 9 und 13 zu Art. 380 ZPO; **Stacher**, Berner Kommentar (Fn. 11), N 3 zu Art. 380 ZPO.

20 **Göksu** (Fn. 8), N 1887; **Habegger**, Basler Kommentar (Fn. 19), N 3 zu Art. 380 ZPO.

21 Vgl. dazu unten Ziff. 44.

des Schiedsgerichts). Obwohl also inhaltlich die Schiedsvereinbarung erloschen sein kann, könnte sich das staatliche Gericht mangels Offensichtlichkeit dazu verleitet sehen, dennoch das staatliche Hilfsverfahren durchzuführen[22]. Ganz abgesehen davon erfordert auch die staatsgerichtliche Erkenntnis des Erlöschens der Schiedsvereinbarung ein Verfahren vor dem staatlichen Gericht, welches auf Seiten der Parteien Kosten generiert bzw. finanzielle Dispositionen erfordert, die zu erbringen sie nicht in der Lage sein können. Wenn beispielweise die klagende Partei entgegen der Kündigung der Schiedsvereinbarung durch die mittellose beklagte Partei das staatliche Gericht um Ernennung eines Schiedsrichters ersucht, muss sich die mittellose Partei im staatlichen Verfahren verteidigen und gegebenenfalls die unentgeltliche Rechtspflege beantragen können. In derartigen Konstellationen muss auch im staatlichen Verfahren die unentgeltliche Rechtspflege beanspruchbar sein.

8. Die Meinung, dass im staatlichen Hilfsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege ausgeschlossen wird, ist daher zu relativieren. Tatsächlich ergibt sich weder aus dem 12. Kapitel des IPRG (bezüglich der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit) noch aus Art. 380 ZPO (bezüglich der nationalen Schiedsgerichtsbarkeit), dass die unentgeltliche Rechtspflege im staatlichen Hilfsverfahren ebenfalls ausgeschlossen wäre. Insbesondere aus dem Wortlaut von Art. 380 ZPO lässt sich derartiges nicht ableiten. Auch die systematische Einordnung von Art. 380 ZPO im Titel über das Schiedsverfahren spricht dafür, dass der Ausschluss nur das eigentliche Verfahren vor dem Schiedsgericht selber betrifft[23]. Umgekehrt kommen beim staatlichen Verfahren ohnehin die allgemeinen Bestimmungen über die ZPO zur Anwendung[24], mithin auch die Art. 117 ff. ZPO über die unentgeltliche Rechtspflege.

---

22 Vgl. dazu unten Ziff. 57 ff.

23 **Stacher**, Berner Kommentar (Fn. 11), N 6 zu Art. 380 ZPO.

24 **Göksu** (Fn. 8), N 308; Pierre **Lalive**/Jean-François **Poudret**/Claude **Reymond**, Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse, Edition annotée et commentée du Concordat sur l'arbitrage du 27 mars 1969 et des dispositions sur l'arbitrage international de la Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé, Lausanne 1989, N 2 zu Art. 27 KSG; Michael E. **Schneider**/Matthias **Scherer**, Basler Kommentar, Internationales Privatrecht, 3. Auflage, Basel 2013, N 61 zu Art. 184 IPRG.

B. Im Beschwerdeverfahren

9. Soweit ersichtlich wird die Ansicht, dass die unentgeltliche Rechtspflege in Beschwerde- oder Revisionsverfahren ausgeschlossen ist, nicht vertreten. In BGE 4A_631/2011 E. 4 und 4A_178/2014 E. 6 hat das Bundesgericht das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege im Beschwerdeverfahren wegen Aussichtslosigkeit (vgl. Art. 64 Abs. 1 BGG) abgewiesen, nicht dagegen weil die unentgeltliche Rechtspflege bei der Schiedsbeschwerde grundsätzlich ausgeschlossen wäre. Dies liesse sich juristisch auch schlecht begründen: Art. 64 BGG schränkt die unentgeltliche Rechtspflege bei Schiedsverfahren nicht ein, und auch Art. 77 BGG, welcher ausdrücklich einzelne Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes bei der Schiedsbeschwerde für unanwendbar erklärt, erwähnt Art. 64 BGG eben gerade nicht. Und auch sonst liesse sich mit Blick auf den verfassungsmässigen Justizgewährungsanspruch (Art. 29 Abs. 3 BV) nicht vertreten, weshalb im Beschwerdeverfahren gegen den Schiedsspruch, wo dieser danach überprüft wird, ob er die elementaren Grundsätze eines Entscheidverfahrens einhält, die unentgeltliche Rechtspflege nicht gelten sollte. Gleiches gilt für den seltenen Fall, dass die Parteien bei Binnenschiedsfällen das obere kantonale Gericht als Beschwerdeinstanz bestimmen (Art. 390 ZPO): Weder aus den Art. 389 ff. ZPO noch aus deren allgemeinen Bestimmungen, die im Übrigen für dieses Beschwerdeverfahren anwendbar sind (vgl. Art. 390 Abs. 2 ZPO)[25], ergibt sich, dass die unentgeltliche Rechtspflege ausgeschlossen wäre. Mithin kann die unentgeltliche Rechtspflege im Beschwerdeverfahren beansprucht werden[26].

C. Im Revisionsverfahren

10. Diese Überlegungen führen zum gleichen Ergebnis für Revisionsverfahren, die vor dem staatlichen Gericht (Bundesgericht bei einem internationalen Schiedsspruch, oberes kantonales Gericht bei einem Binnenschiedsspruch) stattfinden[27]. Die Frage der unentgeltlichen

---

25 **Göksu** (Fn. 8), N 2011.

26 Vgl. auch **Stacher**, Berner Kommentar (Fn. 11), N 5 zu Art. 380 ZPO.

27 **Göksu** (Fn. 8), N 2295.

Rechtspflege kann sich etwa stellen, wenn die (unterlegene) Partei nach dem Schiedsspruch mittellos wurde. Die Schiedsvereinbarung zu kündigen[28], bringt ihr alsdann nichts mehr, da der Schiedsspruch bereits ergangen ist. Leidet der Schiedsspruch an einem Revisionsgrund, bleibt ihr daher nichts anderes übrig, als das zuständige staatliche Gericht anzurufen, um zu ihrem Recht zu kommen. Dabei sehen weder das für das bundesgerichtliche Revisionsverfahren massgebende BGG noch der für das kantonale Verfahren massgebende 3. Teil der ZPO Ausnahmen von der unentgeltlichen Rechtspflege vor.

11. Die unentgeltliche Rechtspflege gilt aber nur für das Verfahren vor der staatlichen Revisionsinstanz. Ausgeschlossen ist sie - bei Gutheissung des Revisionsgesuchs - vor dem Schiedsgericht, das neuerlich entscheiden muss. Allerdings wird die mit ihrem Revisionsgesuch erfolgreiche, mittellose Partei die Kündigung der Schiedsvereinbarung erwägen mit der Folge, dass die Zuständigkeit des Schiedsgerichts nicht mehr gegeben ist und die Sache vor das staatliche Gericht gebracht werden kann[29]. Nach der hier vertretenen Meinung ist also alsdann das neu aufgerollte Verfahren vor dem zuständigen staatlichen Gericht durchzuführen.

D. Im Vollstreckungsverfahren

12. Nicht grundsätzlich ausgeschlossen ist die unentgeltliche Rechtspflege im Vollstreckungsverfahren, wenn es also darum geht, den Schiedsspruch zwangsweise durchzusetzen. Freilich ist zu unterscheiden zwischen der Zwangsvollstreckung von Geldschulden, die sich nach dem SchKG richtet, und der Zwangsvollstreckung von Nicht-Geldschulden, die sich nach den Art. 335 ff. ZPO richtet. Wenn auch in beiden Fällen ein Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege im Grundsatz besteht, so ist er jedenfalls im SchKG ausserhalb gerichtlicher Verfahren (vorab im Rechtsöffnungsverfahren; Art. 80 ff. SchKG) kaum anzutreffen. Es bestehen aber keine Einschränkungen im Recht auf unentgeltliche Rechtspflege allein deshalb, weil die Vollstreckung eines Schiedsspruchs zur Diskussion steht.

---

28 Vgl. dazu unten Ziff. 21 ff.

29 Vgl. dazu unten Ziff. 43.

E. Zusammenfassung

13. Zusammenfassend ist demnach festzuhalten, dass der Ausschluss der unentgeltlichen Rechtspflege nur das eigentliche Verfahren vor dem Schiedsgericht betrifft, nicht dagegen konnexe staatliche Verfahren. Mithin sind sowohl das Verfahren vor dem *Juge d'appui* wie auch andere Verfahren vor den staatlichen Gerichte wie Beschwerde-, Revisions- oder Vollstreckungsverfahren jedenfalls im Grundsatz der unentgeltlichen Rechtspflege zugänglich.

III. Behandlung der Mittellosigkeit im Schiedsverfahren

1. Allgemeines

14. Mit der Schiedsvereinbarung verzichten die Parteien auf das staatliche Gericht. Das ist - soweit die (objektive) Schiedsfähigkeit gegeben ist - auch nicht weiter problematisch. Indem die Rechtsordnung Rechtsmittel (vorab Beschwerde, aber auch die Revision) gegen den Schiedsspruch zur Verfügung stellt, gewährleistet sie, dass nur einem staatlichen Urteil gleichgestellt wird, was auch die minimalen Anforderungen an ein faires und gerechtes Verfahren erfüllt. Nicht gelöst wird damit aber die Frage, wie die Situation derjenigen Partei zu behandeln ist, welche deshalb kein Verfahren einleiten oder sich an diesem beteiligen kann, weil sie es sich nicht leisten kann. Die Schiedsvereinbarung bringt also den Justizgewährungsanspruch und das Recht auf ein faires und gerechtes Verfahren von Anfang an in Not, wenn das Schiedsverfahren infolge Mittellosigkeit nicht angehoben oder verfolgt werden kann.

15. Rechtsdogmatisch führt dies zu einem Dilemma: Einerseits haben die Parteien eine Schiedsvereinbarung getroffen. Daran sind sie gebunden (*pacta sunt servanda*). Wie wichtig rechtstheoretisch die Bindungswirkung des gegebenen Wortes ist, braucht nicht näher erklärt zu werden. Andererseits ergibt sich gerade aus dieser Bindungswirkung, dass die mittellose Partei nicht zu ihrem Recht kommt, weil sie die vereinbarte Verfahrensart (Schiedsverfahren) nicht finanzieren kann. Wie wichtig dieser Justizgewährungsanspruch ist, bedarf angesichts seiner verfassungsrechtlichen Grundlagen (Art. 29 Abs. 3 BV) und seiner

rechtshistorischen Ursprünge (Rechtsgleichheitsprinzip) auch keiner ausschweifenden Erklärung. Es bleibt die Feststellung, dass das Dilemma jedenfalls nicht mit dem Argument gelöst werden kann, dass eine Prinzip sei wichtiger oder grundlegender und würde daher das andere vollständig verdrängen[30].

16. Eine mögliche Lösung des Dilemmas hätte darin bestanden, der mittellosen Partei die unentgeltliche Rechtspflege im Schiedsverfahren zuzugestehen. Damit wären beide Grundsätze ohne Einschränkungen respektiert worden: Die Schiedsvereinbarung bliebe erhalten und die mittellose Partei würde aufgrund entsprechender Finanzhilfe (seitens des Staats) das Schiedsverfahren durchführen können. Nach der schweizerischen *lex arbitri* ist dies aber eben gerade ausgeschlossen[31]: Dem Staat obliegt es nicht, ein Schiedsverfahren zu finanzieren. Das ist ein politischer Entscheid, den es in der Rechtsanwendung zu respektieren gilt. Es stellt sich aber dann die Frage, welche andere Lösung aus diesem dogmatischen Dilemma „*pacta sunt servanda* versus Justizgewährungsanspruch" führen kann.

17. Anders als der deutsche Bundesgerichtshof hat sich das schweizerische Bundesgericht - soweit erkennbar - noch nie zu dieser Problematik geäussert. Immerhin hat es einmal die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen eine abgeschlossene Schiedsvereinbarung bei Fehlen finanzieller Mittel im Hinblick auf die Rechtsweggarantie (Art. 29a BV bzw. Art. 6 Ziff. 1 EMRK) gekündigt werden kann, aufgeworfen, aber schliesslich offengelassen[32].

18. Das Problem der mittellosen Schiedspartei ist der Schiedsgerichtsliteratur nicht fremd. Gelöst wird es ausgehend von einem anderen schuldrechtrechtlichen Prinzip, nämlich der *clausula rebus sic stantibus*: Der Grundsatz *pacta sunt servanda* gilt ja nicht schrankenlos. Ein starres Festhalten an der Vertragstreue kann gegen den Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 2 ZGB) verstossen, wenn wichtige Gründe vorliegen, welche das Festhalten an der Vereinbarung als unzumutbar erscheinen

---

30 Vgl. auch Peter **Schlosser**, in: Stein/Jonas, Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 7/2, 21. Auflage, Tübingen 1994, N 43 zu § 1025 ZPO/D.

31 Vgl. oben Ziff. 4.

32 BGE 4A_178/2014 E. 4.

lassen[33]. Das gilt auch für die Schiedsvereinbarung[34]. Wie jedes Dauerschuldverhältnis ist daher auch die Schiedsvereinbarung aus wichtigen Gründen kündbar[35]. Ein solcher Umstand ist nun aber darin zu erblicken, dass eine Partei seit Abschluss der Schiedsvereinbarung mittellos geworden ist. Ihr kann ein Festhalten an der Schiedsvereinbarung nach Treu und Glauben nicht mehr zugemutet werden, wenn ihre finanzielle Situation ihr die Rechtsverfolgung nicht gestattet. Dies scheint denn auch die herrschende Lehre in der Schweiz zu sein[36]. Dogmatisch lässt sich demnach mit der Figur

---

33 Peter **Gauch**/Walter **Schluep**, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, 10. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2014, N 1290.

34 Vgl. **Schlosser**, Stein/Jonas (Fn. 30), N 43 zu § 1025 ZPO/D.

35 Joachim **Münch**, Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, Band 3, 2. Auflage, München 2001, N 57 zu § 1029 ZPO/D, mit weiteren Hinweisen auf die deutsche Rechtsprechung.

36 Vgl. Bernhard **Berger**/Franz **Kellerhals**, International and Domestic Arbitration in Switzerland, 2. Auflage, N 527 und 1043; **Dasser**, Kurzkommentar (Fn. 16), N 3 zu Art. 380 ZPO; Dominik **Gasser**/Brigitte **Rickli**, Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), 2. Auflage, Zürich/St. Gallen 2014, N 5 zu Art. 357 ZPO; Daniel **Girsberger**/Nathalie **Voser**, International Arbitration in Switzerland, 2. Auflage, Zürich 2012, N 388 und 397; **Göksu** (Fn. 8), N 1888; Dieter **Gränicher**, Basler Kommentar, Internationales Privatrecht, 3. Auflage, Basel 2013, N 85c zu Art. 178 IPRG; Max **Guldener**, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Auflage, Zürich 1979, S. 614; **Habegger**, Basler Kommentar (Fn. 19), N 30 zu Art. 378 ZPO und N 13 zu Art. 380 ZPO; **Habscheid**, FS Walder, S. 331; Christoph **Müller**, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zu Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2013, N 4 zu Art. 380 ZPO; Gabrielle **Kaufmann-Kohler**/Antonio **Rigozzi**, Arbitrage international, 2. Auflage, Bern 2010, N 280a; Stefanie **Pfisterer**, Berner Kommentar, Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band III (Art. 353-399 ZPO und Art. 407 ZPO), Bern 2014, N 22 zu Art. 352 ZPO und N 71 zu Art. 357 ZPO; Jean-François **Poudret**/Sébastien **Besson**, Comparative Law of International Arbitration, 2. Auflage, Zürich 2007, N 381 ff.; Thomas **Rüede**/Reimer **Hadenfeldt**, Schweizerisches Schiedsgerichtsrecht, 2. Auflage, Zürich 1993, S. 103, mit Hinweisen auf die verschiedenen Lehrmeinungen; Rolf A. **Schütze**, Armut im internationalen Schiedsverfahren, Kollisionsrechtliche Aspekte, in: Birgit Bachmann/Stephan Breidenbach/Dagmar Coester-Waltjen/Burkhard Hess/Andreas Nelle/Christian Wolf (Hrsg.), Grenzüberschreitungen, Beiträge zum Internationalen Verfahrensrecht und zur Schiedsgerichtsbarkeit, Festschrift für Peter

der *clausula rebus sic stantibus* relativ zwanglos herleiten, dass an der Schiedsvereinbarung nicht festgehalten werden kann, wenn sich eine Partei ein Schiedsverfahren nicht mehr leisten kann.

19. Die *clausula rebus sic stantibus* setzt allerdings eine Veränderung der Verhältnisse voraus[37]. Nur wenn demnach die finanzielle Situation einer Partei sich seit Abschluss der Schiedsvereinbarung verändert hat und im Zeitpunkt, da der Rechtsschutz beansprucht wird, ihr die Rechtsverfolgung verunmöglicht, greift diese Ausnahme vom Grundsatz *pacta sunt servanda*. Ausgeschlossen wäre danach die Kündigung der Schiedsvereinbarung, wenn die mittellose Partei schon im Zeitpunkt ihres Abschlusses in vergleichbar schlechter finanzieller Situation war, mithin keine in diesem Sinn wesentliche Veränderung der Verhältnisse eingetreten ist. Nichtsdestotrotz wird in der schweizerischen Lehre in Anlehnung an die Rechtsprechung in Deutschland vertreten, dass auch bei „ursprünglicher" Mittellosigkeit ein wichtiger Grund besteht, welcher die Kündigung der Schiedsvereinbarung rechtfertigt[38]. Auch der Umstand also, dass eine Partei im Zeitpunkt des Abschlusses der Schiedsvereinbarung mittellos war, berechtigt zur Kündigung der Schiedsvereinbarung aus wichtigen Gründen[39]. Dies ist von der Sache her angesichts der Bedeutung des Justizgewährungsanspruchs richtig, lässt sich aber mit dem Prinzip der *clausula rebus sic stantibus* methodisch nicht mehr erklären. Vielmehr zeigt sich darin eben gerade, dass in diesem Punkt - wenn es darauf ankommt - der Justizgewährungsanspruch wichtiger erscheint als die Vertragstreue. Die Interessenabwägung erfolgt im Extremfall also zulasten des Grundsatzes *pacta sunt servanda*.

Schlosser zum 70. Geburtstag, Tübingen 2005, S. 868 ff.; **Stacher**, Berner Kommentar (Fn. 11), N 12 zu Art. 380 ZPO; Gerhard **Wagner**, Impecunious Parties and Arbitration Agreements, SchiedsVZ 2003, S. 213 ff.; vgl. auch BGH, NJW 2000, S. 3720 ff. Vgl. dagegen Martin **Bernet**, Schiedsgericht und Konkurs einer Partei, in: Monique Jametti Greiner/Bernhard Berger/Andreas Güngerich (Hrsg.), Rechtsetzung und Rechtsdurchsetzung, Festschrift für Franz Kellerhals, Bern 2005, S. 13 f.

37 **Gauch/Schluep** (Fn. 33), N 1281.

38 **Göksu** (Fn. 8), N 1888. Vgl. auch BGH, NJW 2000, S. 3720; **Schütze**, ZPO Grosskommentar (Fn. 16), N 84 zu § 1029 ZPO/D.

39 Kritisch dazu **Schütze**, ZPO Grosskommentar (Fn. 16), N 83 zu § 1029 ZPO/D.

20. In Deutschland, wo - anders als in der Schweiz - eine regelrechte Gerichtspraxis zur Prozessarmut im Schiedsverfahren besteht, wird diese Möglichkeit der Flucht aus der Schiedsvereinbarung sehr grosszügig gewährt[40]. Die Rechtsprechung nimmt also leichthin Mittellosigkeit an und betrachtet mithin ebenso einfach die Schiedsvereinbarung aus diesem Grund als dahingefallen. Immerhin wird in der Schweiz der – seltene – Fall offenbaren Rechtsmissbrauchs (Art. 2 Abs. 2 ZGB) vorzubehalten sein[41]. Allein im Umstand, dass eine Partei in Kenntnis um ihre Prozessarmut und damit um die Unwirksamkeit der Schiedsklausel wissend, *nolens volens* der Schiedsklausel zustimmt, wird aber kein Rechtsmissbrauch erkannt werden können und erst recht nicht in denjenigen Fällen, wo die mittellose Partei die Tragweite einer Schiedsklausel gar nicht erfasst hat (was gerade bei Konsumenten regelmässig der Fall sein dürfte). Immer wird zudem eine Kündigung zugestanden werden müssen, wenn zwar eine Partei im Zeitpunkt des Abschlusses der Schiedsvereinbarung prozessarm war, aber (nicht zuletzt aufgrund des abgeschlossenen Vertrags) darauf hoffen konnte, in Zukunft über genügende Mittel zur dereinstigen, eventuellen Durchführung eines Schiedsverfahrens zu besitzen[42].

2. Kündigung der Schiedsvereinbarung

A. Voraussetzungen

a. *Mittellosigkeit*

21. Grundvoraussetzung für die Kündigung der Schiedsvereinbarung ist die Mittellosigkeit der betroffenen Partei. Es erscheint naheliegend, auf den gleichen Begriff wie in Art. 117 lit. a ZPO abzustellen. Eine Person ist demnach bedürftig, wenn sie nicht in der Lage ist, für die Prozesskosten aufzukommen, ohne dass sie Mittel beanspruchen müsste, die zur Deckung ihres Grundbedarfs und derjenigen ihrer Familie notwendig sind[43]. Mit anderen Worten ist ein wichtiger Grund für die Kündigung der

---

40 **Schütze**, ZPO Grosskommentar (Fn. 16), N 82 zu § 1029 ZPO/D.

41 Vgl. auch **Schütze**, ZPO Grosskommentar (Fn. 16), N 85 zu § 1029 ZPO/D.

42 BGHZ 77, 65; **Schütze**, ZPO Grosskommentar (Fn. 16), N 84 zu § 1029 ZPO/D.

43 BGE 135 I 22 E. 5.1; 128 I 225 E. 2.5.1.

Schiedsvereinbarung immer dann gegeben, wenn im staatlichen Verfahren auch die unentgeltliche Rechtspflege gewährt würde. Ob die Mittellosigkeit verschuldet wurde, ist irrelevant[44].

22. Keine Mittellosigkeit besteht, wenn die Prozesskosten anders als durch eigene Mittel bestritten werden können. Sieht beispielsweise eine Schiedsinstitution eine Finanzierungshilfe für bedürftige Schiedsparteien vor (wie z.B. die Assistance judiciaire [*Legal Aid*] des Sportschiedsgerichts in Lausanne [TAS] nach Art. S6.9 der Schiedsordnung des Sportschiedsgerichts sowie die *Directives sur l'assistance judiciaire au Tribunal arbitral du sport* [Guidelines on Legal Aid before the Court of Arbitration for Sport]), dann steht dies der Kündigung der Schiedsvereinbarung entgegen. Die mittellose Partei hat alsdann diese Finanzierungshilfe in Anspruch zu nehmen und das Schiedsverfahren zu bestreiten. Dabei ist den Schiedsinstitutionen zu empfehlen, derartige Hilfen nach den gleichen Kriterien zu gewähren, wie sie auch eine Auflösung der Schiedsvereinbarung rechtfertigen würden. Idealerweise geht also die Schiedsinstitution vom gleichen Begriff der Mittellosigkeit aus wie Art. 117 lit. a ZPO und wie es für die Kündigung der Schiedsvereinbarung verlangt wird. Wird die Prozesshilfe unter strikteren Voraussetzungen erteilt, sodass die betroffene Partei nach Art. 117 lit. a ZPO gleichwohl als mittellos betrachtet werden muss, dann bleibt ihr die Möglichkeit zur Kündigung der Schiedsvereinbarung erhalten; sie hat alsdann auch gar keine andere Wahl, als zu kündigen. Ebenso besteht keine Mittellosigkeit, wenn - was bei Binnenschiedsgerichten bisweilen anzutreffen ist - eine Rechtsschutzversicherung Kostendeckung auch bei Schiedsverfahren gewährt. Alsdann ist an der Schiedsvereinbarung festzuhalten.

23. Denkbar, wenn auch unwahrscheinlich, ist, dass das Schiedsgericht oder die Schiedsgerichtsinstitution auf den entsprechenden Anteil des Honorars (vorerst) verzichtet oder dass die Gegenpartei

---

44 **Schlosser**, Stein/Jonas (Fn. 30), N 43 zu § 1025 ZPO/D; **Schütze**, FS Schlosser (Fn. 36), S. 869; **Stacher**, Berner Kommentar (Fn. 11), N 19 zu Art. 380 ZPO; Thilo **von Bodungen**/Karl **Pörnbacher**, Kosten und Kostentragung im Schiedsverfahren, in: Wissenschaftlicher Gesprächskreis Schiedsrecht München (Hrsg.), Taktik im Schiedsverfahren, München 2008, S. 143; **Wagner**, SchiedsVZ (Fn. 36), S. 213.

Bereitschaft zeigt, das Verfahren und die Kosten der mittellosen Partei zu finanzieren[45]. Namentlich die Gegenpartei kann dadurch die Kündigung der Schiedsvereinbarung verhindern, indem sie die Kosten vorfinanziert oder übernimmt[46]. Sie kann insbesondere bei internationalen Verhältnissen ein entsprechendes Interesse haben, wenn ansonsten, bei Kündigung der Schiedsvereinbarung, kein Klägergerichtsstand besteht, sie also am Beklagtengerichtsstand das Verfahren durchführen müsste. Insofern kann sie sich ausrechnen und es vorziehen, dass der Prozess, wenn er schon unvermeidbar ist, von ihr finanziert vor dem vorgesehenen Schiedsgericht durchgeführt wird als vor den staatlichen Gerichten der mittellosen Partei. In diesen Fällen ist im Interesse der Vertragstreue an der Schiedsvereinbarung festzuhalten. Vertragstechnisch verpflichtet sich damit die Gegenpartei, sämtliche vom Schiedsgericht verlangten Kostenvorschüsse und sonstige durch das Verfahren verursachte Kosten zu bezahlen[47]. Dazu gehören auch die Anwaltskosten der mittellosen Partei[48]. Dieser kann nicht zugemutet werden, ohne anwaltlichen Beistand ihre Rechte zu verfolgen[49], die Anwaltskosten erscheinen insofern notwendig. Immerhin wird vertreten, dass die Anwaltskosten nicht übernommen werden müssen, wenn es sich bei der mittellosen Person um einen Rechtsanwalt handelt, der sich selbst vor dem Schiedsgericht verteidigen kann[50]. Sollte die nicht-mittellose Partei ihren Pflichten während des Verfahrens nicht nachkommen (z.B. weigert sie sich, die Reisekosten der Zeugen der mittellosen Partei zu bevorschussen), lebt nach der hier vertretenen Auffassung das Kündigungsrecht der mittellosen Partei infolge Bedürftigkeit wieder auf; es ist also nicht so, dass die mittellose Partei alsdann weiterhin an die Schiedsvereinbarung gebunden

---

45 **Stacher**, Berner Kommentar (Fn. 11), N 4 zu Art. 380 ZPO.

46 **Schütze**, ZPO Grosskommentar (Fn. 16), N 86 zu § 1029 ZPO/D; **Stacher**, Berner Kommentar (Fn. 11), N 18 zu Art. 380 ZPO.

47 **Schütze**, FS Schlosser (Fn. 36), S. 869 f.; **Stacher**, Berner Kommentar (Fn. 11), N 18 zu Art. 380 ZPO; **von Bodungen/Pörnbacher** (Fn. 44), S. 143 f.; **Wagner**, SchiedsVZ (Fn. 36), S. 215.

48 BGH, NJW 1969, S. 511.

49 **Wagner**, SchiedsVZ (Fn. 36), S. 215 f.

50 Ingo **Saenger**, in: Zivilprozessordnung, Handkommentar, 5. Auflage, Baden-Baden 2013, N 6 zu § 1032 ZPO/D.

wäre, aber immerhin einen vertraglichen Anspruch auf Erstattung ihrer Kosten (die sie ja nicht bevorschussen kann) hätte.

24. Kein Kündigungsrecht besteht, wenn schon Abreden in der Schiedsvereinbarung selber für Abhilfe sorgen. Wenn beispielsweise nach der Vereinbarung in der Schiedsklausel die Gegenpartei ohnehin das gesamte Verfahren einschliesslich Kosten des Rechtsbeistands und der Beweismittel auch der anderen (mittellosen) Partei (vor-)finanzieren müsste, liegt kein Kündigungsgrund vor. Sollte jene Partei ihren Pflichten nicht nachkommen, sodass die mittellose Partei das Schiedsverfahren nicht durchführen kann, aktualisiert sich der letzteren Partei Kündigungsrecht infolge Mittellosigkeit.

b. *Weitere Voraussetzungen*

25. Die Schiedsvereinbarung kann bei Mittellosigkeit deshalb gekündigt werden, weil die unentgeltliche Rechtspflege im Schiedsverfahren ausgeschlossen ist. Damit wird gedanklich vorausgesetzt, dass die mittellose Partei im staatlichen Verfahren im Genuss der unentgeltlichen Rechtspflege stehen würde. Ist dies aus irgendeinem Grund nicht der Fall, dann hat die mittellose Partei keinen Vorteil, wenn sie die Schiedsvereinbarung kündigt. Mithin ist die Kündigungsmöglichkeit grundsätzlich zu verneinen und an der Schiedsvereinbarung festzuhalten, wenn sich die mittellose Partei auch im staatlichen Verfahren nicht zur Wehr setzen könnte[51]. Dann gibt es nämlich keinen Grund, den Grundsatz *pacta sunt servanda* zu opfern.

26. Bei Binnensachverhalten beurteilt sich die Frage, ob die mittellose Partei die unentgeltliche Rechtspflege erhalten würde, nach den Art. 117 ff. ZPO. Bei internationalen Verhältnissen müssten demgegenüber die zivilprozessualen Regeln im mutmasslichen Forumstaat massgebend sein[52]. Stünde die mittellose Partei dort nicht im Genuss der unentgeltlichen Rechtspflege oder vergleichbarer staatlicher Unterstützung, beispielsweise weil dies dort nicht vorgesehen ist, dann besteht auch kein Anlass, eine

---

51 Vgl. auch **Wagner**, SchiedsVZ (Fn. 36), S. 214.

52 A.M. **Stacher**, Berner Kommentar (Fn. 11), N 17 zu Art. 380 ZPO, der immer auf die Voraussetzungen der lex fori zur Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege abstellen will, also in der Schweiz auf Art. 117 ff. ZPO.

Kündigungsmöglichkeit für die Schiedsvereinbarung vorzusehen. Allerdings ist immer auch zu berücksichtigen, ob im Forumstaat die Rechtsverfolgung günstiger ist als bei einem Schiedsverfahren. Ferner sind Konstellationen im Auge zu behalten, wo eine mittellose Partei auch ohne Zusprechung der unentgeltlichen Rechtspflege aufgrund des Verfahrensrechts des Forumstaats zu ihrem Recht kommen kann, auch wenn sie keine Kosten zu tragen in der Lage ist. Dies kann etwa der Fall sein, weil für fragliche Streitigkeiten im Forumstaat eine Art Untersuchungsgrundsatz und/oder Offizialmaxime gilt, welche faktisch kostenloses Prozessieren erlaubt, oder weil die mittellose Partei im Forumstaat als Beklagter keinen Gerichtskostenvorschuss leisten muss, ihre Beweisanträge sie nichts kosten und sich anwaltlicher Beistand auch ohne Bevorschussung finden lässt. In derartigen Fällen steht die mittellose Partei trotz fehlender unentgeltlicher Rechtspflege nicht völlig schutzlos da und hat mithin im staatlichen Verfahren einen veritablen Vorteil gegenüber dem Schiedsverfahren, sodass sich die Kündigung rechtfertigt. Stehen mehrere Gerichtsstände zur Diskussion, so genügt es, dass die mittellose klagende Partei an einem dieser Gerichtsstände besser dastünde als im Schiedsverfahren, da anzunehmen ist, dass sie an diesem Gerichtsstand klagen würde. Bei der mittellosen beklagten Partei ist indes bei mehreren Gerichtsständen auf denjenigen Gerichtsstand abzustellen, bei der anzunehmen ist, dass am ehesten geklagt wird.

27. In der Lehre wird vertreten, dass der Umstand, dass das staatliche Verfahren günstiger ist als das Schiedsverfahren, für sich allein die Kündigung der Schiedsvereinbarung nicht rechtfertigt. Das staatliche Verfahren sei zwar in der Regel günstiger, führe aber dafür über mehrere Rechtsmittelinstanzen[53]. Diesen Ausführungen kann jedenfalls in dieser allgemeinen Form nicht beigepflichtet werden. Es ist nämlich einerseits möglich, dass die Finanzlage der mittellosen Partei es ihr gerade noch erlaubt, ein staatliches Verfahren zu finanzieren, aber nicht mehr ein Schiedsverfahren. Zudem kommt es auch hier auf das Forum an: Es gibt Staaten (und auch Kantone)[54], wo sich die Kosten mit denjenigen von

---

53 **Stacher**, Berner Kommentar (Fn. 11), N 17 zu Art. 380 ZPO; **Wagner**, SchiedsVZ (Fn. 36), S. 214.

54 Vgl. **Göksu** (Fn. 8), N 9.

Schiedsverfahren messen können; demgegenüber gibt es nicht wenige Staaten, wo die Gerichts- und Anwaltskosten deutlich unter denjenigen des fraglichen Schiedsverfahrens liegen. Es sind also letztlich die konkret in Frage stehenden Schiedsgerichtskosten mit den Kosten eines Gerichtsverfahrens im betreffenden Staat in Relation zu setzen. Ist der Unterschied erheblich, dann ist das ein Umstand, welcher der mittellosen Partei im konkreten Fall bei der Rechtsdurchsetzung weiterhelfen kann. Schliesslich kompensiert das staatliche Rechtsmittelverfahren in der Regel kaum jemals die Kosten des erstinstanzlichen Schiedsverfahrens. Kann hingegen die mittellose Partei auch bei niedrigeren Kosten im Forumstaat ihre Rechte infolge ihrer Finanzschwäche nicht wahrnehmen, dann besteht tatsächlich kein Grund, die Schiedsvereinbarung aufzuheben.

28. Im staatlichen Verfahren in der Schweiz hängt die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege von weiteren Voraussetzungen ab, allen voran davon, dass die Rechtsbegehren nicht aussichtslos sind (vgl. Art. 117 lit. b ZPO)[55]. Auch wird die unentgeltliche Rechtspflege juristischen Personen nur einschränkend gewährt. Befindet sich der Gerichtsstand für das staatliche Verfahren in der Schweiz, so hängt die Kündigungsmöglichkeit der Schiedsvereinbarung auch von diesen Umständen ab[56]. Wie erwähnt besteht kein Grund, die Schiedsvereinbarung aufzuheben, wenn sich im staatlichen Verfahren das Finanzierungsproblem gleichermassen stellt, wenn also die mittellose Partei beispielsweise infolge Aussichtslosigkeit ihrer Rechtsbegehren im staatlichen Verfahren die unentgeltliche Rechtspflege nicht zugesprochen erhielte.

29. Auf die Parteirollenverteilung kommt es bei der Kündigungsmöglichkeit infolge Mittellosigkeit nicht an[57]. Kläger und Beklagter sind nicht unterschiedlich zu behandeln, da sie sich grundsätzlich in der gleichen Situation befinden. Der mittellose Beklagte kann sich ebenso gezwungen sehen, die Schiedsvereinbarung zu kündigen, wie der Kläger. Die Mittellosigkeit ist also je nach Parteirollenverteilung nicht

---

55 Vgl. auch **Wagner**, SchiedsVZ (Fn. 36), S. 213.

56 Vgl. **Stacher**, Berner Kommentar (Fn. 11), N 22 zu Art. 380 ZPO.

57 **Stacher**, Berner Kommentar (Fn. 11), N 13 zu Art. 380 ZPO; **Wagner**, SchiedsVZ (Fn. 36), S. 213.

unterschiedlich zu beurteilen[58]. Immerhin wird sich der Kläger regelmässig von Anfang an genötigt sehen, die Schiedsvereinbarung zu kündigen. Der mittellose Beklagte dagegen könnte sich auf das Verfahren einlassen und somit die Bevorschussung der gesamten Schiedskosten dem Kläger überlassen, eventuell auch in der Hoffnung, dass dieser dann auf das Schiedsverfahren verzichtet und vor den staatlichen Gerichten klagt (vgl. Art. 378 Abs. 2 ZPO), wo dann die unentgeltliche Rechtspflege beantragt werden kann. Die Frage nach der Kündigung der Schiedsvereinbarung kann für den Beklagten erst aktuell werden, wenn für ihn Kosten anstehen, die er nicht zu tragen vermag (z.B. weil das Schiedsgericht die Kosten für die vom Beklagten beantragten Beweisabnahmen von diesem bezahlt haben will), oder wenn er selbst die Anwaltskosten nicht mehr bevorschussen und somit eine Rechtsvertretung beiziehen kann. Daher gilt eine beklagte Partei selbst dann als mittellos, wenn die Gegenpartei zwar den Kostenvorschuss für das Schiedsgericht leistet, aber sie einen eigenen Anwalt nicht honorieren kann[59], sofern nach der Natur des streitigen Rechtsverhältnisses Auftreten ohne anwaltschaftlichen Beistand unzumutbar ist[60], was in Schiedsverfahren schnell anzunehmen ist[61].

30. Hat die beklagte Partei infolge Mittellosigkeit die Schiedsvereinbarung gekündigt, kann die andere Partei gleich beim staatlichen Gericht klagen. Die allfällige Einrede der Schiedsvereinbarung (Art. 61 lit. a ZPO, 7 lit. a IPRG und II Ziff. 3 NYÜ) ist nicht zu hören, da sie nicht nur rechtsmissbräuchlich (Art. 2 Abs. 2 ZGB) wäre, sondern weil nach der Kündigung auch gar keine wirksame Schiedsvereinbarung mehr besteht, welche der Durchführung des staatlichen Verfahrens entgegenstehen würde.

31. Auf den Zeitpunkt des Eintritts der Mittellosigkeit kommt es nicht an. Das Kündigungsrecht besteht selbst dann, wenn die Mittellosigkeit

---

58 Vgl. **Schütze**, ZPO Grosskommentar (Fn. 16), N 87 zu § 1029 ZPO/D.

59 Wolfgang **Voit**, in: Hans-Joachim Musielak (Hrsg.), Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz, Kommentar, 11. Auflage, München 2014, N 12 zu § 1029 ZPO/D.

60 **Schlosser**, Stein/Jonas (Fn. 30), N 43 zu § 1025 ZPO/D; BGH, NJW 1969, S. 277.

61 Vgl. oben Ziff. 23.

bereits vor Abschluss der Schiedsvereinbarung bestand, und nicht nur wenn sie erst danach eintrat[62]. Es wird also nicht eine Veränderung der Verhältnisse seit Abschluss der Schiedsvereinbarung vorausgesetzt, was allerdings aufgrund der dogmatischen Grundlagen des Kündigungsgrunds (*clausula rebus sic stantibus*) vorauszusetzen gewesen wäre. Der Justizgewährungsanspruch erscheint hier wichtiger als dogmatische Hindernisse des Kündigungsrechts[63].

c. *Sonderfall: Konkurs*

32. Ist eine Verfahrenspartei derart mittellos, das über sie der Konkurs eröffnet werden musste, stellt sich die Frage nach dem weiteren Schicksal des Schiedsverfahrens. Ob ein Schiedsverfahren nach Konkurseröffnung zu sistieren ist (vgl. Art. 207 SchKG), beurteilt sich nach dem auf das Schiedsverfahren anwendbaren Recht (Art. 187 Abs. 1 IPRG) und nicht nach dem ausländischen Konkursstatut[64]. Ob die Eröffnung des Konkurses über eine Partei der Schiedsvereinbarung einen Rechtsnachfolgetatbestand auslöst und ob gegebenenfalls ein Insolvenzverwalter oder andere Personen an die vom Schuldner abgeschlossene Schiedsvereinbarung gebunden sind, beurteilt sich nach dem *Konkursstatut*[65]. Ist schweizerisches Recht anwendbar, so findet kein Übergang der Rechte und Pflichten des Schuldners auf die Konkursmasse statt; die vom Schuldner abgeschlossenen Schiedsvereinbarungen bleiben aber auch für die Konkursmasse verbindlich, und zwar sowohl für Aktiv- als auch Passivprozesse und unabhängig davon, ob das Schiedsverfahren bei Konkurseröffnung bereits eingeleitet war oder nicht[66].

---

62 **Schütze**, FS Schlosser (Fn. 36), S. 869; **Stacher**, Berner Kommentar (Fn. 11), N 19 zu Art. 380 ZPO; **Wagner**, SchiedsVZ (Fn. 36), S. 213; a.M. **Poudret/Besson** (Fn. 36), N 381.

63 Vgl. oben Ziff. 19; **Gränicher**, Basler Kommentar (Fn. 36), N 85c zu Art. 178 IPRG.

64 **Göksu** (Fn. 8), N 659; Michael **Günter**, Internationale Schiedsgerichtsbarkeit und Insolvenz, Zur Berücksichtigung von Insolvenzverfahren und ihren Auswirkungen vor internationalen Schiedsgerichten mit Sitz in der Schweiz, Zürich/Basel/Genf 2011, N 542.

65 BGE 138 III 714 E. 3.5.1; 4A_428/2008 E. 3.3.

66 BGE 138 III 714 E. 3.6; 136 III 107 E. 2.5; vgl. dagegen noch BGE 33 II 648 E. 4.

B. Modalitäten

33. Die Schiedsvereinbarung fällt nicht von Gesetzes wegen dahin, wenn eine Schiedspartei mittellos wird. Vielmehr muss die Schiedsvereinbarung gekündigt werden[67]. Damit ist auch gesagt, dass die mittellose Partei an der Schiedsvereinbarung festhalten kann. Die andere Partei kann nicht gegen den Willen oder anstelle der mittellosen Partei die Schiedsvereinbarung kündigen[68].

34. Aus der Kündigung muss sich zumindest sinngemäss ergeben, dass sich der Erklärende an die Schiedsvereinbarung nicht mehr gebunden fühlt, und zwar aufgrund seiner finanziellen Verhältnisse. An den Inhalt der Erklärung dürfen keine hohen Anforderungen gestellt werden, solange objektiv erkennbar ist, was gemeint war. Zu fordern ist aber, dass der Kündigende den Grund (zumindest auf Nachfragen der Gegenpartei) angibt: Die andere Partei muss wissen, weshalb an der Schiedsvereinbarung nicht mehr festgehalten wird, und für sich beurteilen können, ob die Kündigung zu Recht erfolgt. Damit ist auch gesagt, dass Adressat der Kündigung die andere Partei ist, und nicht etwa das angerufene staatliche Gericht, das Schiedsgericht oder die Schiedsinstitution.

35. Einer Annahme der Kündigung seitens der Gegenpartei bedarf es nicht. Die Kündigung ist als einseitige Willenserklärung auch ohne entsprechende Annahme der Gegenpartei bzw. unabhängig davon wirksam. Immerhin kann die Gegenpartei die Kündigung akzeptieren in dem Sinn, dass alsdann die Frage, ob die Voraussetzungen der Kündigung tatsächlich erfüllt waren, ausser Streit gestellt wird. Wird die Kündigung von der Gegenpartei „angenommen", dann handelt es sich damit letztlich um eine Aufhebung der Schiedsvereinbarung durch Übereinkunft, sofern nicht schon die Voraussetzungen der Kündigung erfüllt waren[69]. Die Gegenpartei kann alsdann in einem späteren Verfahren die Wirksamkeit der Kündigung

---

67 Anders die Rechtslage in Deutschland, vgl. **von Bodungen/Pörnbacher** (Fn. 44), S. 143; **Saenger**, Handkommentar (Fn. 50), N 6 zu § 1032 ZPO/D.

68 **Stacher**, Berner Kommentar (Fn. 11), N 21 zu Art. 380 ZPO.

69 Waren die Voraussetzungen der Kündigung erfüllt, dann handelt es sich bei der „Annahme" der Kündigung um ein überflüssiges Geschäft, denn die Schiedsvereinbarung fällt alsdann mit Empfang der Kündigung dahin.

grundsätzlich nicht mehr in Frage stellen, ausser sie hätte die Annahme unter dem Einfluss eines massgeblichen Willensmangels (Art. 23 ff. OR) erklärt[70].

36. Die Kündigung bedarf keiner besonderen Form (vgl. Art. 11 Abs. 1 OR). Sie kann auch konkludent erklärt werden, sofern der entsprechende Wille, an der Schiedsvereinbarung nicht festhalten zu wollen, unmissverständlich ist. Wenn der Kläger in Kenntnis der Schiedsvereinbarung und mit Rücksicht auf seine finanziellen Verhältnisse das staatliche Gericht anruft, womöglich unter gleichzeitiger Beantragung der unentgeltlichen Rechtspflege, so ist darin eine solche konkludente Kündigung der Schiedsvereinbarung zu erkennen, sofern die entsprechenden Eingaben auch der Gegenpartei zugestellt werden. Es muss genügen, wenn aus dem Verhalten der entsprechenden Partei gegenüber der Gegenpartei hervorgeht, dass sie sich aufgrund ihrer finanziellen Schwierigkeiten an die Schiedsvereinbarung nicht mehr gebunden fühlt.

C. Zeitpunkt

37. Es stellt sich die Frage, wann die Schiedsvereinbarung zu kündigen ist. Frühest möglicher Zeitpunkt wäre derjenige, wo die finanziellen Schwierigkeiten auftreten. Allerdings wird einer Partei nicht zugemutet werden können, eine abgeschlossene Schiedsvereinbarung bei Auftreten der ersten finanziellen Probleme schon aufzukündigen, wenn weit und breit noch kein Rechtsstreit in Aussicht ist. Einerseits könnte sich die betroffene Partei bis zu einem allfälligen Rechtsstreit noch finanziell erholen. Andererseits kommt es in den meisten Fällen gar nicht zu einem Rechtsstreit, sodass der mittellosen Partei nicht zugemutet werden kann, gewissermassen auf Vorrat die Schiedsvereinbarung aufzukündigen und damit das Verhältnis zur Gegenpartei zu belasten, umso mehr sie damit ihre finanziellen Probleme der Gegenpartei gegenüber offenlegen müsste, was bei dieser allenfalls unnötiges Misstrauen auslöst und womöglich schliesslich zu einem Rechtsstreit führt.

---

[70] Alsdann wäre die Übereinkunft über die Aufhebung der Schiedsvereinbarung mangelbehaftet und unwirksam, sodass die Kündigung wieder einer (schieds-)gerichtlichen Prüfung zugänglich wird.

38. Es könnte vertreten werden, dass dann aber die Kündigung spätestens im Zeitpunkt des Ausbruchs des Rechtsstreits erfolgen muss, also vor oder zumindest anlässlich des Schiedsverfahrens. So könnte vom Kläger verlangt werden, dass er vor Klageinleitung die Schiedsvereinbarung kündigt oder dies zumindest mit Klageeinleitung beim staatlichen Gericht tut, wobei die Anrufung des staatlichen Gerichts an sich (ohne auch ausdrückliche Kündigung der Schiedsvereinbarung) als implizite Kündigung der Schiedsvereinbarung verstanden werden kann[71], sofern der Gegenpartei die Klageeinleitung ebenfalls mitgeteilt wird. Ebenso könnte vom Beklagten verlangt werden, dass er spätestens bei Drohen der Schiedsklage, spätestens aber vor einer Stellungnahme in der Sache selbst (analog zur Bestreitung der Zuständigkeit) die Kündigung ausspricht. Konsequenz dieser Argumentation wäre, dass verspätete Kündigung Präklusion bedeuten würde, dass also das Kündigungsrecht verwirkt wäre.

39. Diese Lösung erscheint indes nicht angemessen, und zwar aus mehreren Gründen:

a. Präklusion bedeutet in diesem Fall letztlich ein endgültiger Verlust des materiellen Anspruchs infolge nicht rechtzeitiger Geltendmachung, da das Schiedsverfahren nicht finanziert werden kann und mithin für die mittellose Partei den beinahe sicheren Verlust des Prozesses bedeutet. Diese Rechtsfolge erscheint umso strenger, wenn die mittellose Partei womöglich nicht einmal die finanzielle Möglichkeit hatte, rechtlichen Rat einzuholen und rechtzeitig die notwendige Kündigung vorzunehmen. Wohl ist die Präklusion dem Prozessrecht (und gerade dem Schiedsverfahren) nicht fremd. Dabei geht es aber immer nur um Verfahrenspositionen oder einzelne Verfahrensrechte, nicht aber um den quasi-definitiven Verlust des streitgegenständlichen materiellrechtlichen Anspruchs. Das Festhalten an der Schiedsvereinbarung infolge verspäteter Geltendmachung der Mittellosigkeit rechtfertigt sich deshalb angesichts der Rechtsfolgen und des Justizgewährungsanspruchs nicht.

b. Es kann Konstellationen geben, wo die Prozessarmut einer Schiedspartei erst im laufenden Schiedsverfahren entsteht und sie fortan

---

[71] Vgl. **Münch**, Münchener Kommentar (Fn. 35), N 59 zu § 1029 ZPO/D.

nicht in der Lage ist, das Schiedsverfahren zu finanzieren. Alsdann muss es ihr gestattet sein, die Schiedsvereinbarung zu kündigen. Der Justizgewährungsanspruch erscheint alsdann wichtiger als das Festhalten an der Schiedsvereinbarung, selbst wenn das Schiedsverfahren bereits fortgeschritten ist[72].

c. Schliesslich sind auch Konstellationen denkbar, wo die mittellose beklagte Partei Wege findet, sich aufs Schiedsverfahren trotz Mittellosigkeit einzulassen. Bekanntlich kann das Schiedsverfahren auch ohne Bezahlung des Kostenvorschusses durch die beklagte Partei durchgeführt werden (vgl. Art. 378 Abs. 2 ZPO). Der mittellose Beklagte könnte geneigt sein, dies zu provozieren. Wenn er sich auch noch mit der Rechtsvertretung über deren Honorarzahlung einigt, kann er durchaus einem Schiedsverfahren folgen, das ihn vorerst nichts kostet. Zu einem solchen Vorgehen könnte sich der Beklagte insbesondere dann bewogen sehen, wenn er zeitweilige Liquiditätsschwierigkeiten hat und eine finanzielle Verbesserung während des Schiedsverfahrens erwartet. Dem Beklagten, der trotz finanzieller Schwierigkeiten sich auf das Schiedsverfahren einlässt und insofern seine Treue zur Schiedsvereinbarung beweist, kann daher später nicht mit der Präklusion geantwortet werden, wenn sich in der Folge zeigt, dass er das Schiedsverfahren infolge seiner Finanzlage (doch) nicht mehr weiterverfolgen kann.

40. Mithin wird in der Literatur vertreten, dass eine Kündigung der Schiedsvereinbarung jederzeit möglich ist, auch noch während des Schiedsverfahrens und bis zu dessen Abschluss[73]. Gerade bei fortgeschrittenem Verfahrensstadium muss die Kündigung indessen für die Wahrung der Rechte der mittellosen Partei erforderlich sein, beispielsweise weil sie neue erhebliche Tatsachen und Beweismittel einreichen muss, dies noch zulässig ist und sie hierfür der unentgeltlichen Rechtspflege bedarf, oder weil sie ihren Rechtsbeistand nicht mehr honorieren kann[74]. Teilweise wird vertreten, dass dabei ein strenger Massstab anzulegen ist, um einem

---

72 Vgl. **Göksu** (Fn. 8), N 1889.

73 Vgl. **Münch**, Münchener Kommentar (Fn. 35), N 59 zu § 1029 ZPO/D.

74 **Stacher**, Berner Kommentar (Fn. 11), N 20 zu Art. 380 ZPO.

Taktieren entgegenzutreten[75]. Dies ist m.E. nicht erforderlich. Allerdings werden Verhältnismässigkeitsüberlegungen umso eher eine Rolle spielen, je weiter der Prozess fortgeschritten ist und je wichtiger die Finanzierungsfrage für die Wahrnehmung von Verfahrensrechten ist: Müssen beispielsweise (nach Abschluss des Beweisverfahrens, der Schlussvorträge und/oder der Schlusseingaben) nur noch die Kostenansprüche eingereicht werden und kann die inzwischen mittellos gewordene Partei ihren Rechtsbeistand nicht mehr bevorschussen, wird man ihr zumuten können, dass sie dies selber tut; steht aber noch ein Verhandlungstermin an, wo in der Sache selber verhandelt wird, oder sind noch materielle Rechtsschriften auszutauschen, muss die Notwendigkeit anwaltlichen Beistands bejaht und somit auch die wirksame Kündigung zugelassen werden.

41. Immerhin gebietet der Grundsatz von Treu und Glauben, dass die prozessarme Partei die Schiedsvereinbarung so früh wie möglich kündigt. Wenn sie mit der Kündigung zu lange treuwidrig zuwartet, kann es sich rechtfertigen, ihr die Verfahrenskosten und die Kosten der Gegenpartei zu überbinden[76]. Es verhält sich also ähnlich wie mit Art. 404 OR: Zwar kann die mittellose Partei die Schiedsvereinbarung jederzeit wirksam auflösen, wird allerdings bei einer Kündigung zur Unzeit ersatzpflichtig. Die treuwidrige Kündigung berührt nach der hier vertretenen Meinung wohl die Wirksamkeit der Kündigung nicht, zieht aber Schadenersatzfolgen nach sich.

42. Damit ist auch gesagt, dass sich die Frage der Einlassung (bzw. die Präklusionswirkung der Einlassung) bei einer Kündigung während des Schiedsverfahrens nicht stellt. Wohl ist die Einrede der Unzuständigkeit des Schiedsgerichts (die bei Kündigung der Schiedsvereinbarung resultiert) vor der Einlassung auf die Hauptsache zu erheben (Art. 359 Abs. 2 ZPO bzw. 186 Abs. 2 IPRG), und zwar unter Verwirkungsfolge bei Unterlassen[77]. Solange aber die Schiedsvereinbarung nicht gekündigt ist, bleibt das Schiedsgericht zuständig und es besteht auch kein Anlass, die Zuständigkeit

---

75 **Stacher**, Berner Kommentar (Fn. 11), N 20 zu Art. 380 ZPO; **Wagner**, SchiedsVZ (Fn. 36), S. 214.

76 **Göksu** (Fn. 8), N 1889.

77 **Göksu** (Fn. 8), N 1204.

zu bestreiten. Erst nach erfolgter Kündigung ist die Zuständigkeit des Schiedsgerichts zu bestreiten, dann aber ohne jeden Verzug.

3. Wirkung der Kündigung

43. Mit der Kündigung der Schiedsvereinbarung fällt die Schiedsvereinbarung dahin, sofern die Prozessarmut im kündigungsbegründenden Mass erstellt ist. Damit ist auch gesagt, dass eine Kündigung nicht wirksam ist, sofern sich herausstellt, dass die entsprechenden Voraussetzungen nicht erfüllt sind. Infolge Kündigung der Schiedsvereinbarung entfällt die Grundlage für die Zuständigkeit des Schiedsgerichts; zuständig sind die staatlichen Gerichte. Das Schiedsgericht kann nur noch prüfen, ob die Voraussetzungen der Kündigung erfüllt waren, und mithin nur mehr die Unzuständigkeit feststellen[78].

44. Die Kündigung bewirkt das Dahinfallen der Schiedsvereinbarung *ex nunc*. Erfolgt die Kündigung während des Schiedsverfahrens, dann war die Zuständigkeit des Schiedsgerichts bis zu diesem Zeitpunkt begründet. Mithin müssen auch alle Entscheide des Schiedsgerichts bis zu diesem Zeitpunkt als wirksam gelten, sofern sie infolge des Dahinfallens der Schiedsvereinbarung nicht gegenstandslos geworden sind. Das gilt insbesondere für allfällige Teil- oder Vorentscheide des Schiedsgerichts: Hat also das Schiedsgericht bis zur Kündigung über einzelne Rechtsbegehren einen Teilentscheid gefällt oder materielle Vorfragen (z.B. die Verjährung oder den Grundsatz der Haftung) geklärt, dann sind diese Entscheide für ein späteres staatliches Verfahren verbindlich. Die Entscheide erwachsen also insofern in Rechtskraft. Ein Vorbehalt ist immerhin beim Entscheid über materielle Vorfragen zu machen: Diese Zwischenentscheide können (anders als Teilentscheide, die im Anschluss an ihre Eröffnung mit allen zur Verfügung stehenden Rügen angefochten werden müssen)[79] im Anschluss an ihre Eröffnung nur wegen vorschriftwidriger Zusammensetzung oder Unzuständigkeit des Schiedsgerichts angefochten werden (Art. 392 lit. b

---

78 Manuel **Arroyo**, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zu Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2013, N 5 zu Art. 380 ZPO; **Göksu** (Fn. 8), N 1888.

79 BGE 130 III 755 E. 1.2.2.

ZPO bzw. 190 Abs. 3 IPRG)[80]. Will daher die eine oder andere Partei einen solchen Zwischenentscheid aus anderen Gründen anfechten, hat sie dies mit dem Endentscheid zusammen zu tun (auch wenn die Unzuständigkeit des Schiedsgerichts nicht bestritten wird).

45. Aus der *ex nunc*-Wirkung der Kündigung und der Gültigkeit sämtlicher schiedsgerichtlicher Handlungen bis zu diesem Zeitpunkt ergibt sich auch, dass eine Kündigung nach Ausfällung des Schiedsspruchs diesen nicht unwirksam macht. Ein solcher Schiedsspruch gilt nicht als von einem unzuständigen Schiedsgericht gefällt. Die Kündigung bewirkt alsdann lediglich, dass für etwaige zukünftige Streitigkeiten aus der Schiedsklausel keine Schiedsgerichtszuständigkeit mehr besteht.

46. Gemäss der sog. Autonomie der Schiedsvereinbarung hat die Kündigung der Schiedsvereinbarung keinen Einfluss auf die Wirksamkeit des Hauptvertrags[81]. Die Unwirksamkeit der Schiedsvereinbarung beschlägt also nicht zwingend auch den Hauptvertrag. Ob dieser aufgehoben werden kann, beurteilt sich nach anderen Kriterien.

47. Bei Kündigung der Schiedsvereinbarung hat das Schiedsgericht zu prüfen, ob die Voraussetzungen hierfür (vorab die Mittellosigkeit) erfüllt waren[82]. Damit entscheidet das Schiedsgericht auch gleich über seine Zuständigkeit. Denn ist die Kündigung wirksam, fällt die Zuständigkeit des Schiedsgerichts *ex nunc* dahin. Dieser Zuständigkeitsentscheid hat grundsätzlich vorweg zu erfolgen (Art. 186 Abs. 3 IPRG; vgl. auch Art. 359 Abs. 1 ZPO)[83]. Es wird sich in aller Regel kaum rechtfertigen, das Schiedsverfahren *à fonds* durchzuführen und Kosten zu verursachen, umso mehr eine Partei finanziell gar nicht in der Lage ist, dem Prozess zu folgen. Nur ausnahmsweise, wenn im Zeitpunkt der Kündigung die Sache spruchreif ist, wird es angezeigt sein, über die Wirksamkeit der Kündigung und somit die Zuständigkeit des Schiedsgerichts mit dem Endentscheid zusammen zu befinden.

---

80 Vgl. **Göksu** (Fn. 8), N 1996 ff.

81 **Göksu** (Fn. 8), N 695. Vgl. auch **Lalive/Poudret/Reymond** (Fn. 24), N 1.3 zu Art. 4 KSG.

82 Vgl. auch **Stacher**, Berner Kommentar (Fn. 11), N 23 zu Art. 380 ZPO.

83 **Göksu** (Fn. 8), N 1237.

48. Bejaht das Gericht seine Zuständigkeit, dann ergeht (unter Vorbehalt der Ausnahme, dass darüber im Entscheid in der Sache selber befunden wird) ein Zwischenentscheid. Dieser Zuständigkeitsentscheid ist sofort mit Beschwerde anzufechten (vgl. Art. 392 lit. b ZPO bzw. 190 Abs. 3 IPRG). Wird nicht sofort Beschwerde geführt, so kann dies später mit der Anfechtung des Endschiedsspruchs zusammen nicht mehr getan werden[84]. Es tritt also Präklusion ein.

49. Rügegrund bei einer Beschwerde gegen den entsprechenden Entscheid des Schiedsgerichts ist die Unzuständigkeit bzw. Zuständigkeit des Schiedsgerichts (Art. ZPO 393 lit. b bzw. 190 Abs. 2 lit. b IPRG). Aufgrund des nahen Bezugs des Rechts auf unentgeltliche Rechtspflege zum Rechtsgleichheitsgebot (Stichwort: Waffengleichheit)[85] liegt m.E. aber auch eine Verletzung des Grundsatzes der Gleichbehandlung der Parteien (Art. 373 Abs. 3 ZPO bzw. 182 Abs. 3 IPRG) vor, wenn das Schiedsgericht trotz Mittellosigkeit einer Partei und Kündigung der Schiedsvereinbarung ein Schiedsverfahren durchführt. Alsdann kann der Schiedsspruch wegen Verletzung des Gleichbehandlungsgebots mit der Beschwerde nach Art. 393 lit. d ZPO bzw. 190 Abs. 2 lit. d IPRG angefochten werden, und zwar mit Beschwerde gegen den Endschiedsspruch.

50. Die Kündigung hat bei internationalen Sachverhalten auch Einfluss auf die Anerkennung des dereinstigen Schiedsspruchs. Nach der hier vertretenen Meinung liegt bei einem Schiedsspruch, der trotz wirksamer Kündigung der Schiedsvereinbarung ergangen ist, der Verweigerungsgrund nach Art. V Ziff. 1 lit. c NYÜ vor. Die Unwirksamkeit der Schiedsvereinbarung wird zwar als Verweigerungsgrund nicht eigens erwähnt. Art. V Ziff. 1 lit. c NYÜ sieht aber ein Anerkennungshindernis darin, dass die Grenzen der Schiedsvereinbarung überschritten werden, wenn also über Gegenstände befunden wird, die gar nicht von der Schiedsvereinbarung erfasst sind. Das gilt nicht nur, wenn bei bestehender Schiedsvereinbarung auch aussenstehende Punkte in den Schiedsspruch gepackt werden, sondern erst recht auch, wenn über den fraglichen Anspruch

---

84 BGE 4A_178/2014, E. 3.2.

85 Vgl. dazu oben Ziff. 2.

überhaupt keine wirksame Schiedsvereinbarung besteht. Ein trotz wirksamer Kündigung der Schiedsvereinbarung ergangener Schiedsspruch könnte also in einem Vertragsstaat des NYÜ nicht zur Anerkennung gebracht werden.

51. Aus einer Schiedsvereinbarung kann mehr als nur ein Rechtsstreit resultieren. Es stellt sich daher die Frage, ob die einmal ausgesprochene Kündigung wegen Mittellosigkeit auch für allfällige spätere Prozesse gilt. In der Lehre wird vertreten, dass sich die Kündigung jeweils immer nur auf den jeweils aktuellen (hängigen oder sich anbahnenden) Rechtsstreit bezieht[86]. Tatsächlich besteht das staatliche Rechtsschutzbedürfnis nur für diesen Rechtsstreit. Ob die Unwirksamkeit der Schiedsvereinbarung auch allfällige zukünftige Streitigkeiten aus der Schiedsvereinbarung erfasst, muss in diesem Zeitpunkt noch nicht entschieden werden. Es ist ja durchaus denkbar, dass sich die finanzielle Situation der mittellosen Partei bis dahin verbessert. Insofern sprechen Verhältnismässigkeitsüberlegungen dafür, dass die Schiedsvereinbarung nur soweit aufgehoben wird, wie dies für den effektiven Rechtsschutz der mittellosen Partei auch notwendig ist. Sollte daher später ein anderes Schiedsverfahren aus der gleichen (früher einmal gekündigten) Schiedsvereinbarung drohen, ist diese neuerlich zu kündigen, sofern die entsprechenden Voraussetzungen weiterhin oder wieder erfüllt sind.

52. Damit ist auch gesagt, dass eine Verbesserung der wirtschaftlichen Verhältnisse für spätere Verfahren durchaus von Bedeutung ist. Für das hängige Verfahren bleibt die Kündigung aber wirksam, selbst wenn sich während deren Dauer die Verhältnisse der kündigenden Partei derart verbessern, dass sie ein Schiedsverfahren finanzieren könnte. Die einmal ausgesprochene Kündigung bleibt also wirksam, sofern das staatliche Verfahren vor einer allfälligen Verbesserung der finanziellen Verhältnisse eingeleitet wurde. Die spätere Veränderung der Umstände führt mithin nicht zur Unzuständigkeit des staatlichen Gerichts[87]. Für spätere Verfahren bedeutet eine Verbesserung der finanziellen Verhältnisse aber, dass die Schiedsvereinbarung weiterhin gültig ist.

---

86 **Stacher**, Berner Kommentar (Fn. 11), N 14 zu Art. 380 ZPO; **von Bodungen/ Pörnbacher** (Fn. 44), S. 143 f.

87 **Stacher**, Berner Kommentar (Fn. 11), N 15 zu Art. 380 ZPO.

4. Rechtsnatur des Erlöschensgrunds – Kollisionsrechtliche Behandlung

53. Die Möglichkeit, eine Schiedsvereinbarung aus wichtigen Gründen und insbesondere bei Mittellosigkeit kündigen zu können, gehört zum schweizerischen Recht. Bei internationalen Sachverhalten stellt sich aber die Frage, nach welchem Recht sich die Kündigungsmöglichkeit einer Schiedsvereinbarung richtet. Namentlich denkbar ist, dass sich der Erlöschensgrund nach dem auf die Schiedsvereinbarung anwendbaren Recht beurteilt, dass er als Teil der (objektiven) Schiedsfähigkeit von demjenigen Recht beurteilt wird, nach welchem die Schiedsfähigkeit angeknüpft wird, oder dass es unabhängig davon als Teil der schweizerischen *lex arbitri* verstanden wird und somit unbeschadet der Überlegungen zum anwendbaren Recht bei Schiedsverfahren in der Schweiz immer zur Anwendung kommt.

54. Intuitiv erster Gedanke ist, dass die Kündigungsmöglichkeit der Schiedsvereinbarung nach demjenigen Recht beurteilt wird, welches auch auf die Schiedsvereinbarung anwendbar ist[88]. Misst dies der Armut keine Bedeutung bei - wie z.B. das englische Recht[89] -, so wäre Prozessarmut für die Schiedsvereinbarung nicht weiter beachtlich[90]. Eine Korrektur soll dabei auch nicht auf dem Weg des Ordre publics möglich sein[91], was letztlich wiederum auf eine Unterdrückung des Justizgewährungsanspruchs führen kann, insbesondere wenn die Parteien durch geschickte Rechtswahl letztlich über Rechtsstaatlichkeitsgarantien verfügen können sollen.

Die Beurteilung der Kündigungsmöglichkeit nach dem auf die Schiedsvereinbarung anwendbaren Recht lässt sich auch völlig zwanglos damit begründen, dass die Kündigungsmöglichkeit, wie jeder Erlöschensgrund, die Wirksamkeit der Schiedsvereinbarung beschlägt und damit auch nach demjenigen Recht anzuknüpfen ist, welches sich generell

---

88 So **Schütze**, ZPO Grosskommentar (Fn. 16), N 90 zu § 1029 ZPO/D; **Schütze**, FS Schlosser (Fn. 36), S. 871 f.; **Stacher**, Berner Kommentar (Fn. 11), N 10 zu Art. 380 ZPO.

89 Vgl. rechtsvergleichend zu dieser Frage **Wagner**, SchiedsVZ (Fn. 36), S. 208 ff.

90 **Schütze**, FS Schlosser (Fn. 36), S. 872 f.; **Schütze**, ZPO Grosskommentar (Fn. 16), N 90 zu § 1029 ZPO/D.

91 **Schütze**, ZPO Grosskommentar (Fn. 16), N 91 zu § 1029 ZPO/D.

dieser Frage widmet. In der Schweiz ist dies Art. 178 Abs. 2 IPRG. Und tatsächlich erfasst Art. 178 Abs. 2 IPRG nicht nur das gültige Zustandekommen der Schiedsvereinbarung, sondern auch ihr Erlöschen[92]. Insofern dürfte eine Kündigungsmöglichkeit der Schiedsvereinbarung nur gegeben sein, wenn dies das nach Art. 178 Abs. 2 IPRG auf die Schiedsvereinbarung anwendbare Recht vorsieht. Die Schwierigkeit bei der Anwendung von Art. 178 Abs. 2 IPRG auf Erlöschensgründe besteht nun aber darin, dass aufgrund des darin stipulierten Grundsatzes *favor validitatis* die Schiedsvereinbarung nach verschiedenen Rechtsordnungen angeknüpft wird, um möglichst ihr gültiges Zustandekommen zu ermöglichen. Danach ist die Schiedsvereinbarung gültig, wenn sie dem von den Parteien gewählten, dem auf die Streitsache, insbesondere dem auf den Hauptvertrag anwendbaren oder dem schweizerischen Recht entspricht. Wenn also die Schiedsvereinbarung nach einem dieser Rechtsordnungen zustande gekommen ist (nicht aber nach den anderen zweien), wird ihre Wirksamkeit anerkannt. Das bedeutet nun aber bei den Erlöschensgründen der Schiedsvereinbarung nicht, dass ein solcher nur geltend gemacht werden kann, wenn er in allen drei denkbaren Rechtsordnungen enthalten ist. Vielmehr vertritt die Lehre die Meinung, dass Fragestellungen, die nicht das gültige Zustandekommen der Schiedsvereinbarung betreffen (z.B. nach dem objektiven oder subjektiven Geltungsbereich der Schiedsvereinbarung oder eben die Frage nach den Kündigungsmöglichkeiten), primär nach der besonderen Rechtswahl für die Schiedsklausel, ansonsten nach dem Recht des Vertrags und schliesslich nach schweizerischem Recht zu beurteilen sind[93]. Zu einer unzulässigen Vermischung der verschiedenen Rechte würde es dagegen führen, bei Fragen nach Umfang (objektiver oder subjektiver Geltungsbereich) oder Fortgeltung der Schiedsvereinbarung (Unmöglichkeitsfälle, Kündigung, Verzugsfolgen) je nach Problem dasjenige Recht anzuwenden, welches den Anwendungsbereich der

---

92 Andreas **Bucher**, Die neue internationale Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, Basel 1989, N 106; Bernard **Dutoit**, Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987, 3. Auflage, Basel/Genf/München 2001, N 8 zu Art. 178 IPRG; **Göksu** (Fn. 8), N 424; **Gränicher**, Basler Kommentar (Fn. 36), N 25 zu Art. 178 IPRG.

93 Vgl. **Berger/Kellerhals** (Fn. 36), N 371; **Göksu** (Fn. 8), N 429; Paul **Volken**, in: Zürcher Kommentar zum IPRG, 2. Auflage, Zürich 2004, N 53 zu Art. 178 IPRG.

Schiedsvereinbarung weitest möglich zeichnet bzw. ihr Dahinfallen so schwer wie möglich gestaltet[94]. Wenn sich demnach die Kündigungsmöglichkeit infolge Prozessarmut nach dem auf die Schiedsvereinbarung anwendbaren Recht beurteilen soll (Art. 178 Abs. 2 IPRG), dann bedeutet dies nach dem Gesagten, dass primär nach dem von den Parteien für die Schiedsvereinbarung gewählten Recht (nicht das von den Parteien allenfalls in der Sache für anwendbar erklärte Recht) beurteilt wird, ob eine solche Kündigungsmöglichkeit besteht oder nicht. Sieht das von den Parteien gewählte Recht diese Kündigungsmöglichkeit nicht vor, dann besteht sie nicht, wird es vorgesehen, kann die Kündigung ausgeübt werden. Nur wenn die Parteien über das auf die Schiedsvereinbarung anwendbare Recht nichts vereinbart haben (was regelmässig der Fall ist), beurteilt sich die Kündigungsmöglichkeit nach dem auf den Hauptvertrag anwendbaren Recht. Auf das schweizerische Recht kommt es nie an: Das auf den Hauptvertrag anwendbare Recht muss nämlich diese Frage beantworten, nötigenfalls auf dem Weg der Lückenfüllung. Es kann also nicht auf die Kündigungsmöglichkeit geschlossen werden, weil sich das Schiedsgerichtsrecht des Hauptvertrags zur Möglichkeit der Auflösung bei Prozessarmut nicht äussert. Vielmehr spricht dies (eine Lückenfüllung nach der Methode dieser Rechtsordnung vorbehalten) dafür, dass infolge des Schweigens die entsprechende Möglichkeit nicht besteht. Wenn demnach auf den Hauptvertrag nicht schweizerisches Recht anwendbar ist (und die Parteien - wie so oft - zum auf die Schiedsvereinbarung anwendbaren Recht nichts gesagt haben), dann beurteilt sich die Kündigungsmöglichkeit infolge Prozessarmut nach dieser Lehrmeinung auch nicht nach der (oben dargestellten) schweizerischen *lex arbitri*.

55. Es könnte auch vertreten werden, dass mit der Kündigungsmöglichkeit letztlich die Schiedsfähigkeit (Arbitrabilität) der Streitsache beschränkt wird[95]. Alsdann würde sich die Schlussfolgerung aufdrängen, dass sich die Kündigungsmöglichkeit nach demjenigen Recht

---

94 **Göksu** (Fn. 8), N 429, Fn. 907.

95 So offenbar **Pfisterer**, Berner Kommentar (Fn. 36), N 22 zu Art. 352 ZPO, welche die Kündigungsmöglichkeit infolge Mittellosigkeit unter dem Titel der Arbitrabilität behandelt.

beurteilt, welches auch für die Schiedsfähigkeit massgebend ist. Bei Schiedsgerichten mit Sitz in der Schweiz wäre dies indes immer das schweizerische Recht, nämlich gemäss Art. 177 Abs. 1 IPRG als materielle Regel des schweizerischen internationalen Privatrechts bei internationalen Schiedsgerichten und gemäss Art. 354 ZPO bei Binnenschiedsgerichten. Bei einer Zuordnung der Kündigungsmöglichkeit zur Schiedsfähigkeit würde sich demnach bei Schiedsgerichten mit Sitz in der Schweiz diese immer nach schweizerischem Recht und somit dem oben Dargestellten beurteilen.

56. Richtig dürfte es hingegen sein, die Kündigungsmöglichkeit bei Mittellosigkeit zu den zwingenden Verfahrensgarantien der schweizerischen *lex arbitri*[96] zu zählen, die losgelöst von dem auf die Schiedsvereinbarung anwendbaren Recht bzw. der Arbitrabilität beurteilt wird. Diese Schlussfolgerung ergibt sich daraus, dass die schweizerische *lex arbitri* die unentgeltliche Rechtspflege in Schiedsverfahren ausschliesst (vgl. Art. 380 ZPO) und mithin auch die schweizerische *lex arbitri* Lösungen bieten muss, um den verfassungsmässigen Justizgewährungsanspruch auf andere Weise zu verwirklichen. Dies wäre nicht gewährleistet, wenn die Frage nach der Kündigungsmöglichkeit bei Prozessarmut anders angeknüpft würde und somit auf eine Rechtsordnung verwiesen würde, welche dies eben gerade nicht vorsieht und den Justizgewährungsanspruch nicht beachtet. Als zwingende Verfahrensgarantie gilt das oben Dargestellte daher immer, wenn das Schiedsgericht seinen Sitz in der Schweiz hat oder (bei Anrufung des staatlichen Gerichts) hätte. Da es sich bei dieser Kündigungsmöglichkeit bei Mittellosigkeit um eine zwingende Verfahrensgarantie handelt, können die Parteien nichts Abweichendes vereinbaren bzw. ist eine gegenteilige Abrede nichtig (Art. 20 Abs. 1 OR)[97].

5. Direkte Klage beim staatlichen Gericht

57. Es ist denkbar, dass die mittellose Partei direkt beim staatlichen Gericht klagt. Eine solche direkte Klage beim staatlichen Gericht kann sogar implizit als Kündigung der Schiedsvereinbarung verstanden werden[98]. Wird

---

96 Vgl. dazu **Göksu** (Fn. 8), N 1279 ff.

97 **Göksu** (Fn. 8), N 1280.

98 Vgl. oben Ziff. 36.

die Schiedseinrede nicht erhoben, lässt sich also die beklagte Partei auf das Verfahren ein, stellen sich keine weiteren schiedsgerichtsrelevante Fragen für das staatliche Gericht (vgl. Art. 61 lit. a ZPO, 7 lit. a IPRG und II Ziff. 3 NYÜ).

58. Erhebt nun aber die beklagte Partei die Schiedseinrede, so hat das staatliche Gericht über die Wirksamkeit der Schiedsvereinbarung bzw. deren Kündigung zu entscheiden. Wird dem staatlichen Gericht diese Befugnis zuerkannt, dann steht dies in einem Spannungsverhältnis zum Grundsatz der Kompetenz-Kompetenz des Schiedsgerichts, wonach dieses grundsätzlich selber über seine Zuständigkeit entscheiden darf[99]. Deshalb darf das staatliche Gericht seine Zuständigkeit nur bejahen, wenn die schiedsgerichtliche Zuständigkeit offensichtlich fehlt (Art. 61 lit. b ZPO). Beachtenswert ist immerhin, dass im Anwendungsbereich von Art. II Ziff. 3 NYÜ (wenn das Schiedsgericht seinen Sitz im Ausland hätte) das staatliche Gericht seine Kompetenz mit voller Kognition überprüft[100]; zugunsten des ausländischen Schiedsgerichts gibt es dieses Kompetenz-Kompetenz-Privileg also nicht und das entsprechende Problem stellt sich nicht[101].

59. Nach diesem Grundsatz der Kompetenz-Kompetenz des Schiedsgerichts müsste das staatliche Gericht die Frage über die Zuständigkeit dem Schiedsgericht überlassen und damit die Schiedseinrede gutheissen. Dies wiederum hiesse, dass die mittellose klagende Partei eben doch das Schiedsverfahren einleiten und dort die Ungültigkeit der Schiedsvereinbarung geltend machen müsste. Mithin müsste sie auch die entsprechenden Schiedsgerichtskosten vorschiessen, was sie ja eben gerade nicht kann. Ihr Justizgewährungsanspruch wäre in Not.

60. In der Lehre wird als Ausweg aus diesem Problemkreis zu recht die Ansicht vertreten, dass in solchen Konstellationen eben doch das staatliche Gericht über die Wirksamkeit der Kündigung befindet[102].

---

99 Vgl. BGE 138 III 681 E. 3.2; 122 III 139 E. 2b; 4A_436/2007 E. 3.

100 BGE 121 III 38 E. 2b.

101 Vgl. zum Ganzen auch **Göksu** (Fn. 8), N 1182; Markus **Schott**/Maurice **Courvoisier**, Basler Kommentar, Internationales Privatrecht, 3. Auflage, Basel 2013, N 39 zu Art. 186 IPRG.

102 **Stacher**, Berner Kommentar (Fn. 11), N 27 zu Art. 380 ZPO.

Tatsächlich ist es für das staatliche Gericht ein Einfaches, die Voraussetzungen der unentgeltlichen Rechtspflege zu prüfen. Die meisten Gerichte verfügen aufgrund der verbreiteten Beanspruchung der unentgeltlichen Rechtspflege in anderen Rechtsgebieten, insbesondere im Familienrecht, über entsprechende Routine. Die Fragestellungen sind für das staatliche Gericht daher weder besonders exotisch noch sonst besonders schwer oder verzwickt. Deshalb ergeht der Entscheid über die unentgeltliche Rechtspflege im staatlichen Verfahren denn ja auch im summarischen Verfahren (Art. 119 Abs. 3 ZPO) und weitgehend unspektakulär. Insofern erfasst die Kognition des staatlichen Gerichts nach der hier vertretenen Meinung durchaus auch die Frage, ob die Prozessarmut, welche die Kündigung erlaubte, tatsächlich gegeben war oder nicht. Insofern ist Offensichtlichkeit im Sinn von Art. 61 lit. b ZPO zu bejahen[103].

IV. Zusammenfassung

61. Das schweizerische Gesetzesrecht äussert sich nur in Art. 380 ZPO zur Frage der unentgeltlichen Rechtspflege im Schiedsverfahren und tut es in einer negativen Art, indem die unentgeltliche Rechtspflege ausgeschlossen wird. Die schweizerische Rechtsprechung hat die Problematik bisher kaum beschäftigt.

62. In Anlehnung an die deutsche Schiedsgerichtspraxis ist auch in der Schweiz in der Mittellosigkeit einer Schiedspartei ein wichtiger Grund zu erkennen, welcher zur Kündigung der Schiedsvereinbarung ermächtigt. Zwar ist an der Vertragstreue und damit an der Verbindlichkeit der Schiedsvereinbarung so lange festzuhalten, wie dies möglich ist. Der Justizgewährungsanspruch ist aber dann höher einzustufen, wenn einer Partei die Wahrung ihrer Rechte verunmöglicht wird, weil sie sich einen Prozess nicht leisten kann. Damit ein Schiedsspruch staatlichen Urteilen gleichgestellt werden kann (vgl. Art. 387 ZPO), muss das Schiedsverfahren gewissen rechtsstaatlichen Mindestgarantien genügen[104]. Dazu gehört nach schweizerischem Verständnis auch, dass eine Partei ihr Recht tatsächlich

---

[103] Im Ergebnis gleich, aber mit anderer Begründung **Stacher**, Berner Kommentar (Fn. 11), N 27 zu Art. 380 ZPO.

[104] **Göksu** (Fn. 8), N 1978.

verfolgen kann, selbst wenn sie mittellos ist. Ein Schiedsspruch, bei dem eine Partei wegen Mittellosigkeit ihre Rechte verliert, verdient insofern auch keine staatliche Anerkennung im Sinn einer Gleichstellung mit staatlichen Urteilen. Da die unentgeltliche Rechtspflege im Schiedsverfahren ausgeschlossen ist, muss die Schiedsvereinbarung bei Mittellosigkeit aufgelöst werden können.

PRIVATE STREITBEILEGUNG UND STAATLICHE JUSTIZ: AUF DER SUCHE NACH DER RICHTIGEN BALANCE

Prof. Dr. Burkhard HESS*

I. Die aktuelle Debatte

Es ist eine dauernde Aufgabe der Justizpolitik, das Verhältnis zwischen staatlicher Justiz und privater Streitbeilegung zu hinterfragen und zu justieren[1]. Normalerweise macht das Thema wenige Schlagzeilen. Dennoch ist es in den letzten Monaten – nicht nur in Deutschland – zu einem zentralen Gegenstand der öffentlichen Debatte geworden. Die Ursachen hierfür sind vielfältig: Zum einen haben die Initiativen der Europäischen Union zur Förderung der außergerichtlichen Streitbeilegung, insbesondere der Mediation, einen erheblichen Zuwachs dieser Verfahren bewirkt, etwa im Bereich der sog. „Fahrgastrechte", der Beilegung von Streitigkeiten im Telekommunikationsbereich, im Banken- und Versicherungswesen[2]. Zudem ist die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit[3], im Zusammenhang mit dem geplanten Abkommen zwischen den USA und der Europäischen Union über Transatlantic Tradeand Investment Partnership in die Kritik geraten. Hier beklagt man eine (vermeintliche) „Geheimjustiz", die über die Zuerkennung von milliardenschweren Schadensbeträgen in die Entscheidungen nationaler Parlamente eingreift[4]. Die Legitimation der Investitionsschiedsgerichte wird

* Executive Director of the Max Planck Institute Luxembourg for International, European and Regulatory Procedural Law

1 Jauernig/*Hess*, Zivilprozessrecht (30. Aufl. 2011), § 1, Rdn. 15 ff.

2 *Benöhr*, in: Hodges/Benöhr/Creutzfeldt-Benda, Consumer ADR in Europe (2012, 1 ff.

3 Die Diskussion betrifft allerdings auch die allgemeine Schiedsgerichtsbarkeit, dazu *Winkler*, FS Schütze (2014), S. 739

4 Dazu *Hess*, Die Legitimationskrise der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit, FS Stein (2015) – im Erscheinen.

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Özel Sayı 2014, s. 171-179 (Basım Yılı: 2015)
Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ'e Armağan

inzwischen kontrovers diskutiert. Auch im Bereich des Sports, wo traditionell Streitigkeiten vor Verbands- und Schiedsgerichten ausgetragen werden, häufen sich Beschwerden über die Einseitigkeit der Streitbeilegung. Derzeit wird diese Problematik vor allem im Zusammenhang mit der Spitzensportlerin Claudia Pechstein diskutiert[5].

Die folgenden Überlegungen sind Hakan Pekcanitez gewidmet, einem ausgewiesenen Kenner des deutschen Justizsystems und Verfahrensrechts. Er hat vor allem die Entwicklung des Zivilverfahrens in der Türkei nachhaltig befördert und steht für die Öffnung der modernen türkischen Prozessrechtswissenschaft zur Rechtsvergleichung. Die Stärkung der Schiedsgerichtsbarkeit und die Einführung eigenständiger Schiedsinstitutionen sind in der Türkei ein aktuelles Thema[6]. Dasselbe gilt für die Mediation. Daher hoffe ich, dass die folgenden Überlegungen zur Rechtslage in Deutschland auf sein Interesse stoßen.

II. Außergerichtliche Streitbeilegung im Verbaucherrecht

Die Diskussion betrifft heterogene Rechtsgebiete: die Sportgerichtsbarkeit, die Investor-State-Dispute-Resolution im internationalen Investitionsschutz und die Schlichtung von Verbraucherstreitigkeiten aufgrund der EU Richtlinie 2013/11/EU[7]. Letztere verpflichtet die EU-Mitgliedstaaten, bis zum 8. Juli 2015 ein flächendeckendes Systems außergerichtlicher Streitbeilegung aufzubauen, das den gesamten vertraglichen EU-Verbraucherschutz erfassen soll[8]. In justizpolitischer Hinsicht geht es um ein grundsätzliches Problem: In den verschiedensten Rechtsgebieten wurde die außergerichtliche Streitbeilegung in den letzten Jahrzehnten nachhaltig gefördert, nunmehr tritt zunehmend die

---

5 LG München I, 26.2.2014, SchiedsVZ 2014, 100 ff., dazu *Duve/Rösch*, SchiedsVZ 2014, 216 ff.; *Muresan/Korff*, Causa Sport 2014, 199 ff.

6 Dazu *Buchwitz*, Türkei: Neue Möglichkeiten der Schiedsgerichtsbarkeit, RIW 2012, 754

7 Richtlinie 2013/11/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21.5.2013 über die alternative Beilegung von Verbraucherstreitigkeiten und zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 und der Richtlinie 200/22/EG, ABl. 2013 L 165/63 ff.

8 *Hess/Pelzer* , Die EU-Streitbeilegungs-Richtlinie: Entlastung oder Schwächung der Justiz? in Gelinsky (Hrg.) Private Streitbeilegung undstaatliche Justiz (im Erscheinen).

Funktion staatlicher Ziviljustiz in das allgemeine Bewusstsein[9]. Im Kern geht es jedoch um dieselben Fragen: Inwieweit darf der Staat Streitbeilegung an private Institutionen delegieren; welche Rolle bleibt für die staatliche Justiz; gibt es eine staatliche Letztverantwortung, wenn Streitbeilegung an nichtstaatliche Institutionen delegiert ist? Dies wirft zugleich die Frage nach den Qualitätskriterien für die staatlich geförderte, außergerichtliche Streitbeilegung auf.

Diesen Gesichtspunkt hat die rechtspolitische Diskussion in Europa nicht hinreichend berücksichtigt. Beispielhaft hierfür ist ein am 10. November vorgestellte Referentenentwurf des Bundesjustizministeriums zur Umsetzung der Verbraucherschlichtung in Deutschland[10]. Der Entwurf soll, in Umsetzung der EU-Richtlinie 2011/13/EU, ein außergerichtliches Schichtungssystem schaffen, das Ansprüche aus Verbraucherverträgen schnell, kostengünstig und effektiv erledigt. Inhaltlich geht es um die Durchsetzung von rechtlich zwingendem Verbraucherschutz in außergerichtlicher Schlichtung als einer „zweiten Spur" der Streitbeilegung. Die EU-Richtlinie enthält hierzu weitreichende Vorgaben: In institutioneller Hinsicht verpflichtet sie die Mitgliedstaaten zur Schaffung eines umfassenden außergerichtlichen Streitbeilegungssystems. Zugleich enthält sie prozessuale Mindestvorgaben für die anzuwendenden Verfahren[11]. Das System wird zudem von Anreizen flankiert: Die AS-Verfahren sollen für die Verbraucher grundsätzlich kostenfrei sein und innerhalb knapper Fristen abgewickelt werden; der Einsatz von IT soll die Verfahren effektuieren, Unternehmer müssen schließlich die Verbraucher über das jeweils zugängliche Verfahren informieren[12].

---

9 Warnend *Roth*, Bedeutungsverluste der Zivilgerichtsbarkeit durch Verbrauchermediation, JZ 2013, 637 ff. Lesenswert zur Entwicklung in England: *Genn*, Judging Civil Justice (2008), S. 114 ff. (Mediation andaccesstojustice).

10 Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie über alternative Streitbeilegung in Verbraucherangelegenheiten und zur Durchführung der Verordnung über Online-Streitbeilegung in Verbraucherangelegenheiten vom 10.11.2014, abrufbar unter: http://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/pdfs/Gesetze/RefE%20zum%20Verbraucherstreitbeilegungsgesetz.pdf?__blob=publicationFile

11 *Rühl*, Die Richtlinie über alternative Streitbeilegung, ZZP 127 (2014), S. 63, 65 ff.

12 Zur AS-RL vgl. *Roth*, JZ 2013, 637 ff.; *Meller-Hannich/Höland/Krausbeck*, „ADR" und „ODR", ZEuP 2014, 8, 38 („Zwei-Klassen-Justiz"); *Eidenmüller/Engel*, Die

In Umsetzung dieser Vorgaben setzt der Referentenentwurf auf freiwillige Verfahren – der Schlichtungsvorschlag soll (zumindest) für den Verbraucher nicht bindend sein. Hieraus zieht der Entwurf sodann eine doppelte Konsequenz: Zum einen muss der Vorschlag sich nicht am Verbraucherrecht orientieren. Zum anderen ist auch keine juristische Qualifikation der Schlichter erforderlich. Es sollen allgemeine Rechtskenntnisse genügen, nicht einmal ein Hochschulstudium scheint erforderlich zu sein. Man mag die vorgesehene Qualitätsabsenkung der Streitbeilegung für unbedenklich halten, weil ja der Rechtsweg den Betroffenen offensteht. Das wäre freilich blauäugig: In der Praxis wird das kostenfreie Schlichtungssystem eine Großzahl von Verbraucherstreitigkeiten absorbieren – dazu ist der Rechtsweg zu unsicher, zu teuer und im Ergebnis auch zu langsam.

Bleibt es beim Vorschlag des Bundesjustizministers, dann schafft der deutsche Gesetzgeber ein rechtsfernes Streitbeilegungssystem. Die europäische Richtlinie erlaubt hingegen weitergehende Schutzstandards – also etwa die Orientierung eines Schlichtungsvorschlags am zwingenden Recht und die hinreichende Qualifikation der Streitschlichter. Daher sollte der deutsche Gesetzgeber diese Chance ergreifen, die (unzureichenden) Vorgaben der Richtlinie zu verbessern. Er kann dabei an die bestehende Praxis anknüpfen: erfolgreiche Streitschlichtungsstellen in Deutschland werden regelmäßig von Volljuristen verantwortet, häufig von angesehenen Richtern[13]. Es liegt also nahe, diesen Standard allgemein verbindlich zu machen. Denn die Durchsetzung des zwingenden Verbraucherrechts kann nur auf der Basis einer rechtlichen Einschätzung erfolgen. Darüber hinaus sind weitere Sicherungen zu fordern: insbesondere die Publikation der Entscheidungspraxis der Schiedsinstanzen[14].

Schlichtungsfalle: Verbraucherrechtsdurchsetzung nach der ADR-Richtlinie, ZIP 2013, 1704, 1708 („justizähnliches Parallelsystem“).

[13] Beispiel: Die Ombudsmänner (und –frauen) im Bankensektor und im Versicherungswesen.

[14] *Hess/Pelzer*, Die EU-Streitbeilegungs-Richtlinie: Entlastung oder Schwächung der Justiz? in Gelinsky (Hrg.) Private Streitbeilegung und staatliche Justiz (im Erscheinen).

III. Streitbeilegung im Sport

Für die Streitbeilegung im Profisport gibt es ähnliche Überlegungen des deutschen Gesetzgebers: Nach einem im November 2014 vorgestellten Entwurf für ein deutsches Anti-Doping-Gesetz[15] sollen Dopingsanktionen gegen Athleten generell der „Sportschiedsgerichtsbarkeit" überantwortet werden[16]. Das entspricht gängiger Praxis: die Sanktionen von Sportverbänden überprüfen Sportschiedsgerichte, sie entscheiden auch über Schadensersatz[17]. Der Gesetzentwurf hält die Sportschiedsgerichte generell für sachkompetenter als die Zivilgerichte – auch benötige der globale Sport ein einheitliches Streitbeilegungssystem zur Durchsetzung einheitlicher Sportregeln[18]. Das ist sicherlich richtig, freilich stellt sich im internationalen Sport die Frage nach der Unabhängigkeit der Sportgerichtsbarkeit, nach dem nicht zu verkennenden Einfluss der Sportverbände auf die Sportgerichte, auch auf den Court of Arbitration for Sport in Lausanne (CAS)[19]. Die Entwurfsbegründung führt dazu aus, dass Schiedsklauseln für Dopingstreitigkeiten regelmäßig mit den guten Sitten vereinbar seien (§ 138 BGB) und auch den Erfordernissen von Art. 6 EMRK entsprechen. Damit

---

15 Abrufbar unter: http://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/pdfs/Gesetze/RefE-Bekaempfung-Doping-im-Sport.pdf?__blob=publicationFile

16 § 11 des Gesetzentwurfs lautet: „Sportverbände und Sportlerinnen und Sportler können als Voraussetzung der Teilnahme von Sportlerinnen und Sportlern an der organisierten Sportausübung Schiedsvereinbarungen über die Beilegung von Rechtstreitigkeiten mit Bezug auf diese Teilnahme schließen, wenn die Schiedsvereinbarungen die Sportverbände und Sportlerinnen und Sportler in die nationalen oder internationalen Sportorganisationen einbinden und die organisierte Sportausübung insgesamt ermöglichen, fördern oder sichern. Das ist insbesondere der Fall, wenn mit den Schiedsvereinbarungen die Vorgaben des Welt Anti-Doping Codes der Welt Anti-Doping Agentur umgesetzt werden sollen. "

17 *Adolphsen*, Grundfragen und Perspektiven der Sportschiedsgerichtsbarkeit, SchiedsVZ 2004, 169 ff.

18 Gesetzesbegründung (oben Fn. 16), S. 43.

19 Zur Rolle des CAS *Casini,* The Making of a Lex Sportiva by the Court of Arbitration, German Law Journal 2011, 1317, 1330; *Haas,* Loslösung des organisierten Sports aus der Umklammerung des staatlichen Rechts, SJZ 2010, 585, 589 ff.; *Hess*, The Development of the lexsportiva by the Court of Arbitration for Sport, in: *Vieweg* (Hrg), Aspects of Sports Law (2015).

will der Gesetzentwurfdie Rechtslage klarstellen und zugleich die Rechtsprechung des LG München I im Fall Pechstein korrigieren[20]. Denn dieses hat eine derartige Schiedsklausel wegen der strukturellen Unterlegenheit der Athleten für unwirksam erachtet. - Man mag darüber rechten, ob es guter Stil ist, per Gesetz in ein laufendes Gerichtsverfahren einzugreifen – der deutsche Gesetzgeber geht hier freilich ein erhebliches Risikoein: denn über die Vereinbarkeit der Sportschiedsgerichtbarkeit mit Art. 6 EMRK entscheidet in diesem Jahr der Straßburger Gerichtshof für Menschenrechte[21].

Generell ist die Praxis der Sportschiedsgerichtsbarkeit in die Kritik geraten: Speziell beim CAS werden die fehlende Öffentlichkeit der Verfahren, die unvollständige Veröffentlichung der Schiedssprüche und die zurückhaltende Kontrolle durch das schweizerische Bundesgericht beklagt. § 11 des Gesetzentwurfs erscheint jedoch auch aus verfassungsrechtlicher Sicht bedenklich: Das Schweizer Bundesgericht wäre danach das einzige staatliche Gericht, das deutsche Spitzensportler in internationalen Streitigkeiten zur Überprüfung der Schiedssprüche anrufen können. Deutsche Gerichte werden in der Praxis nicht mehr befasst werden, da Schiedssprüche im Sport von den Sportverbänden implementiert und daher nicht von der staatlichen Justiz anerkannt und vollstreckt werden[22]. Dabei ist das Schweizer Bundesgericht für seine „schiedsfreundliche“ Tendenz bekannt[23], die Schiedsgerichtsbarkeit gilt dort als Wirtschaftsfaktor, es findet

---

20 LG München I SchiedsVZ 2014, 100 – ein Berufungsverfahren ist derzeit beim LG München anhängig.

21 Anhängige Beschwerden gegen die Schweiz betreffen die Verfahren *Pechstein* und *Mutu, Hess*, The Development of the lexsportiva by the Court of Arbitration for Sport, in: Vieweg (Hrg), Aspectsof Sports Law (2015); *Duve*/*Rösch*, SchiedsVZ 2014, 216, 219 ff. Der Ausgang der Verfahren ist derzeit offen, *Muresan/Korff*, Causa Sport 2014, 199, 204 ff.

22 Dazu bereits *Hess*, Voraussetzungen und Grenzen eines autonomen Sportrechts, in: id./ Dressler, Aktuelle Rechtsfragen des Sports (1998).Dieser Aspekt fehlt in der Begründung zu § 11 DopingG-E (S. 43, oben Fn. 16) völlig.

23 *Öschutz,* Zur Überprüfung von Schiedssprüchen des TAS/CAS durch das schweizerische Bundesgericht, Sp*u*Rt 2007, 177 ff. Bis heute wurden ca. 60 Beschwerden (gegenüber 1,900 CAS Schiedssprüchen) erhoben, nur in 5 Verfahren waren die Beschwerdeführer erfolgreich.

nur eine begrenzte ordre-public Kontrolle der sog. internationalen Schiedssprüche statt[24]. Man kann sich fragen, ob die vorgelegte Vorschrift der Verantwortung des Staates zur Justizgewährung noch genügt und ob die Herausnahme dieser Streitigkeiten aus der inländischen Justiz mit dem Justizgewährungsanspruch vereinbar sind[25].

Auch aus europarechtlicher Perspektive erscheint der Vorschlag bedenklich: Immerhin gelten die Grundfreiheiten und Unionsgrundrechte, das europäische Kartellrecht für den Profisport – man denke nur an das berühmte *Bosman*-Urteil des EuGH[26]. Das CAS als Schiedsgericht kann, muss aber nicht das Europarecht berücksichtigen; das schweizerische Bundesgericht kann den Europäischen Gerichtshof nicht anrufen – jedes andere Gericht in der EU muss dies jedoch in bestimmten Konstellationen tun[27]. Damit wird dem EuGH – quasi auf kaltem Wege - die Entscheidungsbefugnis über das Unionsrecht entzogen. Das ist jedoch nach ständiger Rechtsprechung des EuGH unzulässig[28].

IV. Die Debatte im Investitionsschutz

In der Investorenstreitbeilegung betrifft die aktuelle Debatte die „Legitimation" internationaler Schiedsgerichte zur Entscheidung hochpolitischer Streitigkeiten[29], zur Zuerkennung erheblicher Schadenersatzsummen[30] in nicht öffentlichen Verfahren auf der Grundlage

---

24 Die Schweiz gilt so gesehen als „Delaware des Sports", *Haas*, SJZ 106 2010, 585, 588.

25 Die Überantwortung von privaten Streitigkeiten in die Zuständigkeit ausländischer Rechtsprechungsorgane ist an sich nicht zu beanstanden – im Sport bedeutet dies jedoch einen faktischen Kontrollverzicht der staatlichen Justiz für inländische Streitigkeiten mit erheblichen Auswirkungen für die berufliche Existenz und die persönliche Reputation der betroffenen Sportler.

26 Rs. C-415/93, EU:C:1995:463, *Bosman*

27 Rs. C-102/81, EU:C:1982:107, *Nordsee*

28 Dazu *Hess*, Europäisches Zivilprozessrecht (2010), § 12, Rdn.

29 Lesenswert die Diskussion der unterschiedlichen Standpunkte im „Verfassungsblog", mit Beiträgen von u.a. *Feichter, Flessner, Schill, Tams*, auf der Website: http://www.verfassungsblog.de/?s=TTIP&lang=de (besucht am 31.12.2014).

30 Beispiel: *Vattenfall AB, Vattenfall Europe AG, Vattenfall Europe Generation AG v. Federal Republicof Germany* (ICSID Case No. ARB/09/6), das Verfahren betrifft den

fragmentierter völkerrechtlicher Verträge[31]. Aus der Sicht des Völkerrechts stellt sich dies freilich anders dar: die Beilegung internationaler Streitigkeiten durch Schiedsgerichte ist eine Kernaufgabe der völkerrechtlichen Friedenssicherung[32]. Hier geht es weniger um die Legitimation der Schiedsgerichtsbarkeit selbst, als vielmehr um deren Entwicklung hin zu einem hoch profitablen Teilbereich von Streitbeilegung[33], dem es an Transparenz der Verfahren, Kohärenz der Entscheidungsmaßstäbe und der Entscheidungen selbst fehlt[34]. Mithin geht es um die Herstellung von Rahmenbedingungen, die diese Streitbeilegungssystem transparent machen durch Öffentlichkeit der Verfahren, Veröffentlichung der Entscheidungen, hinreichende Unabhängigkeit der Schiedsrichter (und Institutionen) sowie um die Gewährleistung vorrangigen, innerstaatlichen Rechtsschutzes dort, wo eine unabhängige und effiziente Justiz vorhanden ist[35].

---

deutschen Atomausstieg und hat einen geschätzten Streitwert von 4,6 Mrd. €. Zu den Hintergründen, *Bernasconi*, Background paper on Vattenfall v. Germany arbitration (2009).

31 *Brower&Schill*, Is Arbitration a Threat or a Boon to the Legitimacy of International Investment Law (2009) 9 Chi JIL 471; zusammenfassend *Alvarez*, The Public International Law Regime Governing International Investment, Rec. Cours 344 (2009/2011), S. 75 ff.

32 So gesehen ist die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit besonders erfolgreich: Ausweislich der ICSID Statistik 1/2014 hat ICSID bis zum 31.12.2013 459 Verfahren administriert; der PCA nennt 53 administrierte Verfahren; genaue Statistiken anderer Institutionen (ICC, LCIA, Stockholm and Vienna Chambers of Commerce, Singapur und Hongkong) sind nicht bekannt. Allein zahlenmäßig machen die Investitionsschiedssprüche inzwischen einen Großteil aller zum Völkerrecht ergangenen Entscheidungen aus, zutreffend v. *Bogdandy/Venzke.* In wessen Namen? Internationale Gerichte in Zeiten globalen Regierens (2014), S. 122 ff.

33 Bedenklich sind die exorbitanten Verfahrenskosten, die ihrerseits die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit zu einem profitablen Markt spezialisierter Lawfirms gemacht haben. Dazu (plakativ) *Eberhardt/Olivier*, Profiting from Injustice – How law firms, arbitration and financiers are fuelling an investment arbitration boom (2012), S. 15 ff.

34 Dazu *Hess*, FS Stein (2015) mit zahlreichen Beispielen.

35 Zuweiteren Reformvorschlägenvgl. *Roberts*, Power and Persuasion in Investment Treaty Interpretation: the Dual Role of the States, 104 AJIL 179 (2010).

V. Das grundsätzliche Problem

Im Ergebnis lassen sich die drei angesprochenen Teilbereiche auf einen gemeinsamen Nenner bringen: Es geht um die Gewährleistungsverantwortung des Staats für die Beilegung von Streitigkeiten. Dabei steht es außer Frage, dass im demokratischen Rechtsstaat die Letztentscheidung bei der unabhängigen Justiz liegen muss und dass letztlich alle Streitigkeiten nach Recht und Gesetz entschieden werden – es sei denn, die Parteien vereinbaren (freiwillig) anderes. Hierauf beschränkt sich die justizielle Verantwortung des Staates jedoch nicht. Zu diskutieren sind die zu schaffenden Rahmenbedingungen für eine Streitbeilegung außerhalb der staatlichen Justiz: Inwieweit gelten auch hier Recht und Gesetz, sind prozessuale Fairnessstandardszu wahren? Was soll die hinreichende Qualifikation der befassten Personen gewährleisten? Diese Fragen stellen sich zunächst aus der Perspektive des europäischen und des nationalen Verfassungsrechts, sie sollte jedoch nicht vorschnell auf das Verfassungsrechtreduziert werden. Rechtspolitisch geht es um das Verhältnis der staatlichen Justiz zur privaten Streitbeilegung, letztere wird bisweilen (miss) verstanden als „Service“ und als bloße Dienstleistung. Das Ziel kann keineswegs die Rückführung der außergerichtlichen Streitbeilegung in die staatliche Justiz sein, vielmehr hat sich in den letzten Jahren ein ausdifferenziertes System der Streitbeilegung entwickelt, das hinreichend ausjustiert werden muss.

Im Lichte dieser Kriterien sind die in Berlin vorgelegten Referenten- und Gesetzentwürfe zur außergerichtlichen Streitbeilegung zu diskutieren – und nachzubessern. Zugleich ist an die Verantwortung des Gesetzgebers für die staatliche Justiz zu erinnern. Sie betrifft weniger die Schaffung neuer und effizienter Verfahren als vielmehr die Implementierung überfälliger (technischer) Standards bei der Ausstattung der Justiz. Andernfalls wird sich die Tendenz zur Abwanderung von Streitigkeiten in den privaten Dienstleistungsbereich fortsetzen – letztlich mit unumkehrbarer Tendenz zu Lasten der staatlichen Rechtspflege und des Rechtssystems insgesamt.

JUSTIZIELLE ZUSAMMENARBEIT ZWISCHEN DER TÜRKEI UND ÖSTERREICH – EINE NACHLESE

***Prof. Dr. Georg E. KODEK*[*]*, LL.M.*[**]

1. Einleitung

Gerne kam ich der Einladung der Herausgeber nach, an einer Festschrift für den runden Geburtstag des Jubilars mitzuwirken. Dabei schien ein Beitrag aus dem Bereich des Internationalen Zivilverfahrens am passendsten, kann doch dadurch die Offenheit und Aufgeschlossenheit des Jubilars ebenso wie die Verbindung zwischen unseren beiden Ländern gewürdigt werden. Damit knüpfe ich an meinen seinerzeit in der Gedenkschrift für Prof. Konuralp veröffentlichten Beitrag an[1]. Während damals das tragische, allzu frühe Ableben eines Gelehrten Anlass für die Veröffentlichung gab, ist diesmal der Anlass freilich ein erfreulicher. Der vorstehende Beitrag versteht sich in mehrfacher Hinsicht als Ergänzung meines damaligen Beitrags: Seinerzeit stand die Schilderung der Konsulargerichtsbarkeit im Osmanischen Reich im Vordergrund, wobei zur Abrundung einige neuere Entscheidungen präsentiert wurden. In meinem nunmehrigen Beitrag möchte ich daran anknüpfen und die neuere Entwicklung im Bereich der justiziellen Zusammenarbeit zwischen der Türkei und Österreich behandeln.

---

* Wirtschaftsuniversitaet Wien Institut für Zivil- und Unternehmensrecht Universitätsprofessor am Institutfür Zivil- und Unternehmensrecht an der Wirtschaftsuniversität Wien LLM

** Northwestern University School of Law

1 *Kodek*, Die Beziehungen zwischen der Türkei und Österreich auf dem Gebiet des Zivil- und Zivilverfahrensrechts – Ein Überblick über die letzten 150 Jahre, Gedenkschrift Konuralp (2009) 573.

2. Freundschaftsvertrag

Schon relativ bald nach dem Ende des Ersten Weltkriegs und Gründung der Türkei schlossen Österreich und die Türkei am 28. Jänner 1924 in der damals noch als Konstantinopel bezeichneten Stadt einen Freundschaftsvertrag[2]. Die Ratifikationsurkunden wurden am 23. Oktober 1924 in Ankara, das damals noch den alten Namen Angora führte, ausgetauscht.

Der Freundschaftsvertrag reiht sich typologisch gesehen in eine ganze Reihe ähnlicher Verträge, die Österreich mit zahlreichen anderen Staaten in der Zwischenkriegszeit abgeschlossen hat. Art 1 des Freundschaftsvertrages betont, dass „unverletzbarer Friede und aufrichtige, immerwährende Freundschaft" zwischen der Republik Österreich und der türkischen Republik sowie zwischen den Bürgern beider Teile bestehen wird. In Art 2 vereinbaren die Vertragsparteien, diplomatische Beziehungen aufzunehmen. Art 3 enthält schließlich den Verweis auf ein am selben Tag abgeschlossenes Handels- und Niederlassungsübereinkommen. Im Gegensatz zu manchen anderen Verträgen aus dieser Zeit, etwa dem Freundschafts- und Konsularvertrag mit den USA aus dem Jahr 1928[3], enthält dieser Freundschaftsvertrag keine weiteren Bestimmungen über konsularische oder (andere) prozessrechtliche Fragen wie die aktorische Kaution, Verfahrenshilfe etc.

3. Das Abkommen von 1930

3.1. Einleitung

Wenige Jahre später, am 22. Juni 1930, schlossendie Türkei und Österreich ein weiteres Abkommen, das Übereinkommen über die wechselseitigen rechtlichen Beziehungen in Zivil- und Handelssachen und über die Vollstreckungsrechtshilfe[4]. Der Originaltext des Abkommens ist auf Französisch; die deutsche Fassung ist eine Übersetzung. Dabei handelt es

---

2 Übereinkommen zwischen Österreich und der türkischen Republik über den Abschluss eines Freundschaftsvertrages, BGBl 1924/391.

3 BGBl 1931/192.

4 BGBl 1932/90.

sich um eine umfassende Regelung nicht nur des Zugangs zu Gericht, sondern auch der Zustellung, der (sonstigen) Rechtshilfe im engeren Sinn und der – als „Vollstreckungsrechtshilfe" bezeichneten – Anerkennung und Vollstreckung. In vielerlei Hinsicht orientiert sich das Abkommen am HPÜ 1905.

In der Präambel des Abkommens betonen die Vertragsparteien den Wunsch, den Rechtsschutz der österreichischen Staatsangehörigen in der Türkei und der türkischen Staatsangehörigen in Österreich, somit die gegenseitige Rechtshilfe der Gerichtsbehörden der beiden Staaten regeln zu wollen. Die Regelungen sind charakteristisch für Vollstreckungsverträge aus dieser Zeit.

3.2. Rechtsschutz

Die Art 1-8 sind unter dem Abschnitt I. „Rechtsschutz" zusammengefasst. Art 1 enthält eine *Inländergleichbehandlungsklausel*. Art 2 verbietet einem Angehörigen der Vertragsstaaten wegen seiner Eigenschaft als Ausländer eine *Sicherheitsleistung* für Prozesskosten oder Gerichtskosten aufzuerlegen. Als Ausgleich für die Befreiung von der aktorischen Kaution sind Kostenentscheidungen im jeweils anderen Staat kostenfrei für vollstreckbar zu erklären (Art 3). Diese Bestimmung erhält auch Erleichterungen für die praktische Durchsetzung des Kostenersatzanspruches. Das Begehren kann im diplomatischen Weg gestellt oder von der beteiligten Partei unmittelbar an die zuständige Behörde gerichtet werden.

Derartige Kostenentscheidungen werden ohne vorherige Anhörung für vollstreckbar erklärt, wobei die verurteilte Partei jedoch die Möglichkeit der Rekurserhebung hat. Für die Vollstreckbarerklärung ist lediglich zu prüfen, ob die Kostenentscheidung im Ursprungsstaat in Rechtskraft erwachsen ist und ob der Spruch der Entscheidung mit einer Übersetzung versehen ist, die in der Sprache des ersuchten Staates abgefasst und durch einen diplomatischen oder konsularischen Vertreter des ersuchenden Staates oder durch einen beeideten Dolmetscher des ersuchenden oder des ersuchten Staates als richtig bestätigt ist. Zum Nachweis der Rechtskraft genügt eine Erklärung der zuständigen Behörde des ersuchenden Staates. Die

Zuständigkeit dieser Behörde ist durch den höchsten Beamten der Justizverwaltung dieses Staates zu bestätigen (Art 4).

Die Art 5-8 enthalten sodann nähere Regelungen über die *Verfahrenshilfe* bzw – in damaliger Terminologie – das „Armenrecht". Demnach sind die Angehörigen des einen Vertragsstaats im anderen Staat unter den gleichen Bedingungen wie Inländer zum Armenrecht zugelassen. Das Armutszeugnis muss von den Behörden des gewöhnlichen Aufenthalts ausgestellt sein. Hält sich der Antragsteller nicht in dem Land auf, wo um das Armenrecht angesucht wird, so ist das Armutszeugnis von einem diplomatischen oder konsularischen Vertreter des Landes, wo die Urkunde vorgelegt werden soll, kostenfrei zu beglaubigen. Hält sich der Antragsteller in dem Land auf, indem um das Armenrecht angesucht wird, so kann die zur Ausstellung des Armutszeugnisses zuständige Behörde bei den Behörden des Landes, dem er angehört, die erforderlichen Erkundigungen über seine Vermögensverhältnisse einziehen.

3.3. Rechtshilfe ieS

Der II. Abschnitt lautet „Gegenseitige Rechtshilfe der Gerichtsbehörden". Dabei sind die Art 9-11 der Regelung der grenzüberschreitenden Zustellung gewidmet. Nach Art 9 sind Schriftstücke, die in Zivil- oder Handelssachen von den Behörden des einen Vertragsstaates ausgehen und für Personen bestimmt sind, die im anderen Vertragsstaat wohnen, auf Begehren des Konsuls des ersuchenden Staates zuzustellen. Das Begehren ist an die vom ersuchten Staat zu bezeichnende Behörde zu richten.

Die Zustellung kann sich nach Art 10 auf die Übergabe des Schriftstücks an den Empfänger beschränken, sofern sich dieser zur Annahme bereit erklärt. Auf Ersuchen der ersuchenden Behörde ist die Zustellung in einer besonderen Form vorzunehmen, soweit diese der nationalen Gesetzgebung nicht zuwiderläuft. Der Nachweis der Zustellung erfolgt durch ein datiertes und beglaubigtes Empfangsbekenntnis des Empfängers oder durch eine von der Behörde des ersuchten Staates ausgestellte Bestätigung.

Die folgenden Bestimmungen enthalten allgemeine Regelungen über die Rechtshilfe. Nach Art 12 können die Gerichtsbehörden des einen Vertragsstaates sich in Zivil- oder Handelssachen nach Maßgabe der Vorschriften ihrer Gesetzgebung durch Ersuchsschreiben an die zuständigen Behörden des anderen Staates mit den Begehren wenden, dass diese innerhalb ihres Geschäftskreises eine Prozesshandlung oder andere gerichtliche Handlungen vornehmen. Das Ersuchsschreiben ist durch den Konsul des ersuchenden Staates der von dem ersuchten Staate zu bezeichnenden Behörde zu übermitteln. Es muss mit einer Beglaubigung in der Sprache des ersuchten Staates versehen sein, deren Richtigkeit durch einen diplomatischen oder konsularischen Vertreter des ersuchenden Staates oder durch einen beeideten Dolmetscher des ersuchenden oder des ersuchten Staates bestätigt ist. Gerade letzterer Punkt stellt eine in der Praxis – insbesondere vor dem Hintergrund der damaligen Kommunikationsmöglichkeiten – nicht zu unterschätzende Liberalisierung dar, ist doch ein Dolmetscher im eigenen Staat für den ersuchenden Staat wesentlich leichter greifbar als ein solcher im Gebiet des ersuchten Staates.

Art 13 regelt ausdrücklich die Anwendung von *Zwangsmitteln*. Die ersuchte Gerichtsbehörde hat dieselben Zwangsmittel anzuwenden wie bei der Erledigung eines Ersuchens der Behörden des eigenen Landes. Diese Zwangsmittel brauchen allerdings nicht angewendet zu werden, wenn es sich um das persönliche Erscheinen der Streitteile handelt. Wiederum sind Ersuchen nach einer besonderen Form grundsätzlich zu honorieren, sofern diese Form der Gesetzgebung des ersuchten Staates nicht zuwiderläuft (Art 13 Abs 2). Art 17 sieht abschließend die konsularische Zustellung an jeweils eigene Staatsangehörige vor, sofern dies ohne Anwendung von Zwang möglich ist. Gleiches gilt für die Erledigung von Rechtshilfeersuchen.

Allfällige Anstände bei der Erledigung eines Rechtshilfeersuchens sind im diplomatischen Weg zu bereinigen (Art 14). Als einziger Ablehnungsgrund sieht Art 15 vor, dass nach Auffassung des ersuchten Staates die gewünschte Rechtshilfe geeignet scheint, den Hoheitsrechten, der Sicherheit oder der öffentlichen Ordnung zuwiderzulaufen (Art 15).

Art 16 normiert schließlich die Gebührenfreiheit für die Durchführung von Zustellungen und Rechtshilfeersuchen. Lediglich aufgelaufene Sachverständigenkosten können verlangt werden (Art 16 Abs 2).

3.4. Anerkennung und Vollstreckung

Der III. und letzte Abschnitt des Vertrages regelt die „Vollstreckungsrechtshilfe". Demnach sind die in Zivil- und Handelssachen von den Gerichtsbehörden des einen Vertragsstaates gefällten Entscheidungen auf dem Gebiet des anderen Vertragsstaates durch eine Entscheidung des zuständigen Gerichts des letzteren für vollstreckbar zu erklären, wenn die Voraussetzungen des Art 18 Z 1-8 erfüllt sind. Ausdrücklich ist die Vollstreckbarerklärung in das bewegliche und unbewegliche Vermögen vorgesehen.

Zunächst muss die Entscheidung von einer zuständigen Gerichtsbehörde gefällt worden sein. Die Behörde ist als zuständig anzusehen, wenn die Rechtssache nach dem Recht des Landes, wo die Vollstreckbarerklärung geklärt wird, bei einem Gericht des anderen vertragsschließenden Teiles anhängig gemacht werden konnte. Die Regelung im Vertrag entspricht somit der sogenannten „österreichischen Jurisdiktionsformel"[5], die aber auch in anderen Ländern weit verbreitet ist und der Sache nach der *mirror image doctrine* des Common Law entspricht. Bemerkenswert modern ist die Regelung für den Fall, dass die rechtlichen Erwägungen, aus denen sich das Gericht für zuständig erachtet hat, nicht aus dem Wortlaut der Entscheidung selbst hervorgehen. In diesem Fall können diese durch eine separate Bestätigung des Gerichts dargetan werden (Art 18 Z 1)[6].

Weiters muss die Ladung nach dem Recht des Ursprungsstaates zugestellt worden sein und es muss hiebei für das Erscheinen eine Frist gesetzt worden sein, die mit Rücksicht auf die Entfernung und die besonderen Umstände des Falles tatsächlich ausreichend war (Art 18 Z 2).

---

5 OGH 3 Ob 107/86. Allgemein zur sogenannten „österreichischen Jurisdiktionsformel" vgl RIS-Justiz RS0002369.

6 Sonst besteht im österreichischen Recht nur ausnahmsweise eine Möglichkeit der nachträglichen Begründung, und zwar bei Versäumungsurteilen, wenn dies für die Anerkennung und Vollstreckung erforderlich ist (§ 542 Abs 7 Geo). Dazu *Kodek* in *Czernich/Kodek/Mayr*, Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsrecht[4] (2014) Art 45EuGVVORz 17.

Die Parteien müssen nach dem Recht des Landes, wo die Entscheidung gefällt wurde, gesetzmäßig vertreten oder gemäß diesem Recht für säumig erklärt worden sein (Art 18 Z 3). Schließlich muss die Entscheidung nach dem Recht des Ursprungsstaates in Rechtskraft erwachsen und jederzeit ungehindert vollstreckbar sein (Art 18 Z 4). Zum Nachweis dafür genügt die Vorlage einer Erklärung der Behörde, von der die Entscheidung ausgeht, über die Rechtskraft und Vollstreckbarkeit der Entscheidung.

Außerdem darf die Entscheidung nicht mit einer anderen Entscheidung, die über denselben Gegenstand zwischen den selben Parteien von den Gerichtsbehörden des Landes, in dem die Vollstreckbarerklärung begehrt wird, gefällt worden ist, in Widerspruch stehen. Zusätzlich ist vorgesehen, dass auch nicht vor diesen Behörden in dem Zeitpunkt, in dem der Antrag auf Vollstreckbarerklärung zugestellt worden ist, bereits ein anderer Rechtsstreit über denselben Gegenstand zwischen denselben Parteien anhängig sein darf. Damit ist es möglich, durch einen Folgeprozess die Anerkennung und Vollstreckung der im ersten Verfahren ergangenen Entscheidung zu verhindern.

Nach Art 18 Z 6 darf die Entscheidung nichts enthalten, was der öffentlichen Ordnung oder den Grundsätzen des öffentlichen Rechts des Landes, wo die Vollstreckbarerklärung begehrt wird, widersprechen würde. Generell von der Anerkennungs- und Vollstreckungsmöglichkeit ausgenommen sind Entscheidungen in Personenstands- oder Familienstandssachen (Art 18 Z 7). Schließlich darf die Angelegenheit nicht in die ausschließliche Zuständigkeit der Gerichte des ersuchten Landes fallen (Art 18 Z 8).

Art 19 sieht für bestimmte Fälle eine *inhaltliche Nachprüfung* (*révision au fond*) vor. Demnach hat die für die Vollstreckbarerklärung zuständige Gerichtsbehörde den Streit neuerlich zur Gänze zu überprüfen, wenn vom Beklagten geltend gemacht wird, dass die Entscheidung auf eine „bösliche Handlungsweise der anderen Partei zurückzuführen ist". Dabei handelt es sich um eine wenig glückliche Übersetzung des französischen Originals „*dol*". Weitere Versagungsgründe sind, wenn die Entscheidung sich auf Urkunden stützt, die von der Gerichtsbehörde für gefälscht erklärt worden sind, wenn nach Fällung der Entscheidung eine entscheidende Urkunde zum Vorschein gekommen ist, die durch Verschulden der anderen Parteien nicht

früher vorgelegt worden ist, und wenn die Entscheidung unmittelbar auf einem Tatsachenirrtum beruht, der sich aus den Akten und Urkunden des Rechtsstreits ergibt.

Art 20 enthält eine Regelung über die Vollstreckung von *Schiedssprüchen*. Hier ist der Schiedsvertrag oder die die Schiedsklausel enthaltende Vereinbarung, eine Ausfertigung des Schiedsspruchs und eine Bestätigung der Vollstreckbarkeit vorzulegen. Die Vollstreckbarkeitsbestätigung ist, wenn der Schiedsspruch in Österreich gefällt wurde, von dem Gericht, das zur Bewilligung der Zwangsvollstreckung aufgrund dieses Schiedsspruches zuständig wäre, zu erteilen, wenn der Schiedsspruch in dem Gebiet der türkischen Republik gefällt wurde, von dem Gericht, das zur Bestätigung (Homologisierung) des Schiedsspruchs in der Türkei zuständig ist. Im Übrigen sind die Art 18 und 19 auch auf die Vollstreckung von Schiedssprüchen anzuwenden.

Die Entscheidungen bzw. Schiedssprüche sowie die zum Nachweis der Voraussetzungen der Vollstreckbarerklärung erforderlichen Urkunden sind in Urschrift oder in Abschrift entweder im diplomatischen Weg oder von der beteiligten Partei unmittelbar an die zur Vollstreckbarerklärung zuständige Behörde zu übersenden. Außerdem ist eine Übersetzung erforderlich. Die Echtheit der Urschrift sowie die Richtigkeit der Abschrift und Übersetzungen sind von einem diplomatischen oder konsularischen Vertreter eines der beiden vertragsschließenden Teile zu bestätigen.

4. Das Haager Übereinkommen 1954 und das Zusatzübereinkommen

Die Türkei und Österreich sind Mitglieder des Haager Übereinkommens vom 1. März 1954 betreffend das Verfahren in bürgerlichen Rechtssachen. Beide Länder sind zudem Mitglieder des Haager Unterhaltsvollstreckungsübereinkommens[7]. Das Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen auf dem Gebiet der Unterhaltspflicht gegenüber Kindern vom 15. April 1958[8] ist in Österreich

---

7 BGBl 1973/411.

8 BGBl 1961/294.

mit 1. Jänner 1982 in Kraft getreten. Die Türkei hat die Ratifikationsurkunde am 27. April 1973 hinterlegt.

Am 16. September 1988 haben die beiden Staaten ein im Folgenden kurz zu erläuterndes *Zusatzabkommen* zum Haager Übereinkommen vom 1. März 1954 geschlossen[9]. Vertragssprachen sind Türkisch und Deutsch. Mit Inkrafttreten dieses Abkommens treten die Art 1 bis 17 des Übereinkommens vom 22. Juni 1930 außer Kraft.

Nach Art 1 des Abkommens haben die Angehörigen der Vertragsstaaten jeweils freien Zutritt zu den Gerichten und können dort unter den gleichen Bedingungen auftreten wie die Angehörigen des anderen Staates. Nach Art 2 sind die Angehörigen der Vertragsstaaten zu den gleichen Bedingungen wie die Angehörigen des anderen Staates zur Verfahrenshilfe zugelassen. Nach Art 3 sind die Angehörigen der Vertragsstaaten in einem Verfahren im anderen Vertragsstaat vom Erlag einer *Prozesskostensicherheitsleistung* befreit.

Einen deutlichen Fortschritt gegenüber den früheren Abkommen enthält Art 4 für die *Zustellung* von Schriftstücken: Demnach werden Schriftstücke, die Personen im ersuchten Staat zugestellt werden sollen, unmittelbar vom Justizministerium des ersuchenden Staates dem Justizministerium des ersuchten Staates übersandt. Damit wird der *Direktverkehr* (zwar nicht zwischen den Gerichten, aber) zwischen den betreffenden Justizministerien eröffnet. Auch allfällige Anfragen und Mitteilungen werden im unmittelbaren Verkehr zwischen den beiden Justizministerien übersandt[10]. Ein direkter Verkehr unmittelbar zwischen den Gerichten wird allgemein im Rechtshilfewesen schon wegen der Sprachschwierigkeiten als wenig zweckmäßig angesehen; die mit der Türkei vereinbarte Lösung des Direktverkehrs zwischen den Justizministerien ist daher weit verbreitet[11].

---

9 Zusatzabkommen zwischen der Republik Österreich und der Republik Türkei zum Haager Übereinkommen vom 1. März 1954 betreffend das Verfahren in bürgerlichen Rechtssachen BGBl 1992/170.

10 Vgl dazu auch *Sengstschmid* in *Fasching/Konecny*, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen³ (2013) JN §§ 38-40 Anh B Rz 255.

11 *Sengstschmid* in *Fasching/Konecny*, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen³ (2013) JN §§ 38-40 Anh A Rz 34.

Zustellungen dürfen gem Art 11 des Zusatzabkommens auch durch die diplomatischen oder konsularischen Vertreter unmittelbar auf dem Hoheitsgebiet des jeweils anderen Staates vorgenommen werden, sofern es sich bei den Zustelladressaten um Staatsangehörige des Entsendestaates handelt. Eine gleichartige Bestimmung auch für die Erledigung von Ersuchen um *Beweisaufnahme* konnte nicht vereinbart werden, weil – so die Begründung der österreichischen Regierungsvorlage – nach türkischem Recht eine solche Vorgangsweise den türkischen Vertretungsbehörden nicht erlaubt ist[12]. Die Regelung über die Zustellung stellt eine abschließende Regelung im Sinne des Art 6 Abs 2 HPÜ 1954 dar; Zustellungen unmittelbar im postalischen Weg (Art 6 Abs 1 Z 1 HPÜ 1954) sind daher nicht zulässig[13].

Gleiches gilt für *Rechtshilfeersuchen* (Art 5). Die Übersendungsschreiben sind in deutscher und türkischer Sprache zu verfassen (Art 6). Die zuzustellenden Schriftstücke und die Rechtshilfeersuchen werden mit einer beglaubigten Übersetzung in die Sprache des ersuchten Staates versehen, wobei die Richtigkeit der Übersetzungen – über Art 3 Abs 3 bzw Art 10 HPÜ hinaus – auch von einem beeideten Dolmetscher des ersuchenden Staates beglaubigt sein kann (Art 6)[14]. Bei den zuzustellenden Schriftstücken reicht – abweichend von Art 3 Abs 1 HPÜ – die Übermittlung einer Ausfertigung in deutscher und türkischer Sprache[15].

Ist das ersuchte Gericht für die Erledigung eines Zustellungsersuchens oder eines Rechtshilfeersuchens nicht zuständig, so leitet es das Ersuchen von Amtswegen an das zuständige Gericht weiter (Art 8)[16]. Ist die im Ersuchen bezeichnete Person unter der angegebenen Anschrift nicht

---

12 ErläutRV 1041 BlgNr 17. GP8; *Bajons* in *Fasching*, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen² JN §§ 38-40 Anh B Rz 380.

13 *Duchek/Schütz/Tarko*, Rechtsverkehr 1151 Anm 6; *Bajons* aaO Rz 381.

14 *Sengstschmid* in *Fasching/Konecny*, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen³ (2013) JN §§ 38-40 Anh B Rz 256.

15 *Sengstschmid* in *Fasching/Konecny*, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen³ (2013) JN §§ 38-40 Anh A Rz 33 und Anh B Rz 256.

16 *Sengstschmid* in *Fasching/Konecny*, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen³ (2013) JN §§ 38-40 Anh A Rz 81.

auffindbar, so trifft das ersuchte Gericht Maßnahmen zur Feststellung der richtigen Anschrift (Art 8 Abs 2). Das Gericht trifft also insoweit eine Bemühungspflicht[17].

Hervorzuheben ist auch die Regelung des Art 9. Demnach begründet die ausschließliche Zuständigkeit der Gerichte des ersuchten Staates (wie schon nach der Vorgängerregelung aus dem Jahr 1930) nicht die Ablehnung der Zustellung gerichtlicher und außergerichtlicher Schriftstücke und der Erledigung von Rechtshilfeersuchen, die sich auf in diese Zuständigkeit fallende Angelegenheiten beziehen[18]. Weiterhin ist auch die diplomatische oder konsularische Zustellung möglich (Art 11)[19].

Wie in derartigen Verträgen vielfach üblich verzichten beide Staaten gegenseitig auf die Erstattung aller Auslagen, die ihnen durch die Erledigung von Ersuchen um Zustellung oder Rechtshilfe erwachsen[20]. Ausgenommen hievon sind wiederum Vergütungen an Sachverständige (Art 10).

Der Antrag auf *Vollstreckung* einer Entscheidung zur Zahlung der Prozesskosten kann – wie in Art 18 Abs 2 HPÜ vorgesehen[21] – vom Berechtigten unmittelbar beim zuständigen Gericht gestellt werden (Art 12)[22]. Bemerkenswert ist, dass das Abkommen hier von einem Antrag auf „Vollstreckung" spricht, während das HPÜ nur die Vollstreckbarerklärung vorsieht. Damit ist aber wohl keine sachliche Abweichung beabsichtigt; die – aus österreichischer Sicht zu bejahende – Möglichkeit, mit dem Antrag auf Vollstreckbarerklärung gleich auch den Exekutionsantrag zu verbinden, ergibt sich daher wohl nur aus dem nationalen Recht, nicht bereits

---

17 *Sengstschmid* in *Fasching/Konecny*, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen³ (2013) JN §§ 38-40 Anh B Rz 258.

18 *Sengstschmid* in *Fasching/Konecny*, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen³ (2013) JN §§ 38-40 Anh B Rz 289.

19 Dazu allgemein *Sengstschmid* in *Fasching/Konecny*, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen³ (2013) JN §§ 38-40 Anh A Rz 55.

20 *Sengstschmid* in *Fasching/Konecny*, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen³ (2013) JN §§ 38-40 Anh ARz 50 ff.

21 *Sengstschmid* in *Fasching/Konecny*, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen³ (2013) JN §§ 38-40 Anh A Rz 110.

22 *Sengstschmid* in *Fasching/Konecny*, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen³ (2013) JN §§ 38-40 Anh B Rz 263.

unmittelbar aus dem Abkommen. Die Rechtskraftbestätigung bedarf keiner Bestätigung der höchsten Justizverwaltungsbehörde im ersuchenden Staat nach Art 19 Abs 3 Satz 2 des Haager Übereinkommens vom 1. März 1954 (Art 13). Diese – einen Ausgleich für die Unzulässigkeit der Auferlegung einer Prozesskostensicherheitsleistung darstellende – Regelung ist trotz des Anerkennungs- und Vollstreckungsvertrages unter Umständen nach wie vor von Bedeutung, weil es hier – anders als nach dem Anerkennungs- und Vollstreckungsvertrag – keine Einschränkungen hinsichtlich der Zuständigkeit des Ursprungsgerichts gibt[23].

Die *Übersetzung* kann auch von einem beeideten Dolmetscher des ersuchenden Staates beglaubigt sein (Art 14). Urkunden, die in einem der beiden Staaten von einem Gericht oder einem Notar ausgestellt oder beglaubigt sind, bedürfen im anderen Staat keiner weiteren Beglaubigung.

Neu ist die Regelung des Art 16: Demnach erteilen die Justizministerien der beiden Staaten einander auf Ersuchen *Auskünfte* über ihr Recht für Zwecke zivilgerichtlicher Verfahren[24]. Diese Regelung wird auch durchaus praktisch angewendet[25].

5. Anerkennungs- und Vollstreckungsabkommen

5.1. Allgemeines

Am 23. Mai 1989 wurde zwischen der Türkei und Österreich ein weiteres Abkommen über die Anerkennung und Vollstreckung von gerichtlichen Entscheidungen und Vergleichen in Zivil- und Handelssachen[26] abgeschlossen.

---

23 *Sengstschmid* in *Fasching/Konecny*, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen³ (2013) JN §§ 38-40 Anh A Rz 110.

24 Dazu allgemein *Sengstschmid* in *Fasching/Konecny*, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen³ (2013) JN §§ 38-40 Anh A Rz 8 und B Rz 265.

25 Ein Beispiel bietet öOGH 7 Ob 307/97s (Auskunft über Höhe der Verzinsung nach türkischem Recht).

26 Abkommen vom 23. Mai 1989 zwischen der Republik Österreich und der Republik Türkei über die Anerkennung und Vollstreckung von gerichtlichen Entscheidungen und Vergleichen in Zivil- und Handelssachen, BGBl 1992/571.

Das Übereinkommen gilt für alle Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, mag die Entscheidung im streitigen oder außerstreitigen Verfahren ergangen sein. Erfasst sind ausdrücklich auch Entscheidungen in einem Strafverfahren über zivilrechtliche Ansprüche des Geschädigten. Entscheidungen, die in einem Konkursverfahren, einem Ausgleichsverfahren oder in einem ähnlichen Verfahren ergangen sind, sind von der Anwendung des Übereinkommens ausgenommen (Art 1 Abs 2).

Das Abkommen ist nur auf Entscheidungen, die nach seinem Inkrafttreten gefällt worden sind[27], und auf Vergleiche, die nach diesem Zeitpunkt geschlossen worden sind, anzuwenden. Mit Inkrafttreten dieses Abkommens treten die Art 18-22 des Übereinkommens vom 22. Juni 1930 außer Kraft. Diese Regelung führte zu Unsicherheiten, wie vor dem Inkrafttreten dieses Übereinkommens, sohin vor dem 1. November 1992, gefällte Entscheidungen zu behandeln sind. Diese Frage wurde durch einen Austausch von Verbalnoten zwischen den Regierungen geklärt. Demnach sind auf diese Entscheidungen weiterhin die Art 18-22 des Übereinkommens vom 22. Juni 1930 anzuwenden[28].

5.2. Allgemeine Anerkennungsvoraussetzungen

Art 2 enthält zunächst eine Reihe von Begriffsbestimmungen. Die eigentlichen Voraussetzungen für die Anerkennung enthält Art 3. Demnach ist Voraussetzung, dass die Entscheidung im Ursprungsstaat rechtskräftig ist und das Titelgericht nach den Art 6-9 des Abkommens zuständig war. Versagungsgründe sind nach Art 4 nur mehr ein Verstoß gegen die öffentliche Ordnung des ersuchten Staates, die Anhängigkeit eines Verfahrens zwischen denselben Parteienund wegen desselben Gegenstandes vor einem Gericht des ersuchten Staates, sofern dieses Gericht zuerst angerufen wurde, und ein Widerspruch zu einer rechtskräftigen Entscheidung zwischen denselben Parteien wegen desselben Gegenstandes im ersuchten Staat. Säumnisentscheidungen sind außerdem nicht

---

27 Nicht entscheidend ist sohin der Zeitpunkt der Verfahrenseinleitung.

28 Bundesministerium für auswärtige Angelegenheiten Zl. 212.03.01/8-IV.1/93, BGBl 1994/949.

anzuerkennen, wenn der Beklagte von dem Verfahren nicht rechtzeitig Kenntnis erhalten hat.

Die anzuerkennende Entscheidung darf nur hinsichtlich der Voraussetzungen des Art 3 und hinsichtlich der Versagensgründe des Art 4 und 5 Abs 2 geprüft werden; eine weitere Nachprüfung hat nicht stattzufinden. Bei der Beurteilung der Zuständigkeit des Gerichtes des Entscheidungsstaates ist das Gericht des Anerkennungsstaates an die tatsächlichen Feststellungen gebunden, aufgrund derer das Gericht seine Zuständigkeit angenommen hat.

5.3. Vorfragebeurteilung aus dem Internationalen Privatrecht

Im Allgemeinen darf die Anerkennung nicht allein deshalb versagt werden, weil das Gericht ein anderes Recht als jenes angewendet hat, das nach dem Internationalen Privatrecht des ersuchten Staates anzuwenden gewesen wäre. Die Anerkennung darf jedoch aus diesem Grund versagt werden, wenn die Entscheidung auf der Beurteilung des Ehe- oder Familienstandes, des Ehegüterrechts, der Rechts- oder Handlungsfähigkeit, der gesetzlichen Vertretung, der Verschollenheits- oder Todeserklärung eines Angehörigen des ersuchten Staates oder des Erbrechtes nach einem solchen Angehörigen oder auf der Beurteilung der Rechtsfähigkeit einer juristischen Person oder einer Gesellschaft beruht, die ihren Sitz oder ihre Hauptniederlassung im ersuchten Staat hat. Dies gilt jedoch nicht, wenn die Anwendung des Internationalen Privatrechts des ersuchten Staates zum selben Ergebnis geführt hätte.

5.4. Anerkennungszuständigkeit

Wie alle Abkommen dieser Zeit enthält das Anerkennungs- und Vollstreckungsabkommen zwischen der Türkei und Österreich nur indirekte Zuständigkeitsregelungen, die Frage der (internationalen) Zuständigkeit wird also nur im Zusammenhang mit der Anerkennung geregelt. Die Anerkennungszuständigkeitist nach Art 6 gegeben, wenn der Beklagte zur Zeit der Einleitung des Verfahrens im Entscheidungsstaat seinen Wohnsitz oder seinen gewöhnlichen Aufenthalt bzw im Fall einer juristischen Person seinen Sitz oder seine Hauptniederlassung hat, wenn der Beklagte zur Zeit der Einleitung des Verfahrens im Entscheidungsstaat eine geschäftliche

Niederlassung hatte und wegen der Geschäftstätigkeit der Niederlassung belangt wurde, wenn eine (schriftliche) Gerichtsstandsvereinbarung vorliegt oder wenn der Beklagte sich in die Sache eingelassen hat, ohne die internationale Unzuständigkeit zu rügen. Ausdrücklich ist auch die Möglichkeit vorgesehen, dass sich der Beklagte nur in Bezug auf Vermögen im Entscheidungsstaat in das Verfahren einlassen kann (Art 6 Z 4).

Weitere Anknüpfungspunkte sind der Gerichtsstand der Widerklage, des Erfüllungsorts, des Orts der Arbeitsleistung, des Schadenseintritts (wobei auf den Handlungs- und alternativ auf den Erfolgsort abgestellt wird, Art 6 Z 8) und der Gerichtsstand des Vermögens sowie in Unterhaltssachen der Staat des Wohnsitzes oder gewöhnlichen Aufenthalts des Klägers.

Einschränkungen ergeben sich aus den Regelungen der Art 7-9. Nach Art 7 wird in allen Fällen, die den Ehe- oder Familienstand, die Rechts- oder Handlungsfähigkeit oder die gesetzliche Vertretung betreffen und an denen ein Angehöriger eines der Vertragsstaaten beteiligt ist, die Zuständigkeit der Gerichte des Entscheidungsstaates anerkannt, wenn der Beklagte zur Zeit der Einleitung des Verfahrens Angehöriger dieses Staates war oder seinen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt im Gebiet dieses Staates hatte. In Ehesachen wird die Zuständigkeit auch anerkannt, wenn eine der Parteien zur Zeit der Einleitung des Verfahrens Angehörige eines der Vertragsstaaten war, die Parteien ihren letzten gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt im Entscheidungsstaat hatten und der Kläger zur Zeit der Einleitung des Verfahrens seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Gebiet dieses Staates hatte.

Betrifft das Verfahren ein dingliches Recht an einer unbeweglichen Sache oder einen Anspruch aus einem solchen Recht, so wird die Zuständigkeit der Gerichte des Entscheidungsstaates anerkannt, wenn sich dort die unbewegliche Sache befindet. Gleiches gilt für Nachlassangelegenheiten betreffend unbewegliche Sachen. Hinsichtlich beweglicher Sachen wird eine Entscheidung in Nachlassangelegenheiten anerkannt, wenn der Erblasser Angehöriger des Entscheidungsstaates war.

5.5. Formelle Voraussetzungen

Für die Vollstreckung ist eine vollständige Ausfertigung der zu vollstreckenden Entscheidung, die Bestätigung deren Rechtskraft und, sofern

sich der Beklagte in das Verfahren nicht eingelassen hat, eine Urkunde über die Zustellung des verfahrenseinleitenden Schriftstücks vorzulegen (Art 14 Abs 1). Die Urkunden sind in die Sprache des ersuchten Staates zu übersetzen. Die Richtigkeit der Übersetzung ist von einem beeideten Übersetzer eines der beiden Staaten zu bestätigen. Ähnliche Bestimmungen gelten für Vergleiche (Art 15).

6. Ausgewählte Entscheidungen

In Hinblick auf die vielfältigen Beziehungen zwischen der Türkei und Österreich überrascht nicht, dass bereits eine Reihe von Entscheidungen zu verschiedenen Fragen der justiziellen Zusammenarbeit vorliegen. Eine Auswahl dieser Entscheidungen soll hier kurz vorgestellt werden.

Illustrativ für die sich im Rahmen der grenzüberschreitenden Vollstreckung mitunter stellenden, rein praktischen Probleme ist die Entscheidung des OGH vom 12.11.1986[29]. Dabei ging es um die Vollstreckung eines türkischen Unterhaltstitels in Österreich. Die vorgelegte Übersetzung des Spruchs des Urteils war unvollständig, weil darin die – wesentliche – Einschränkung, dass der Unterhalt „ab Klagserhebung" zu leisten war, nicht enthalten war[30]. Der OGH stellte fest, dass sich schon aus einem Vergleich mit dem vorgelegten türkischen Originaltext ergebe, dass die Übersetzung „frei und unvollständig" sei. Der OGH griff auf ein Türkisch-Wörterbuch[31] zurück, um zu belegen, dass die im türkischen Original enthaltenen Worte „*dava tarihinden itibaren*" tatsächlich „ab Klagszeitpunkt" bedeuten. Durch diese pragmatische Lösung ermöglichte der OGH – ganz im Sinne des Ziels des Übereinkommens – eine rasche Vollstreckung der Unterhaltsansprüche ohne zu große Rücksicht auf Förmlichkeiten.

In einem Fall berief sich das Berufungsgericht noch auf das Übereinkommen von 1930, obwohl dieses durch das Zusatzabkommen von 1988 ersetzt worden war. Der OGH stellte dies richtig. Weil sich *in concreto*

---

29 3 Ob 106/86.

30 Ein anderes, wesentlich krasseres Beispiel für eine unzulängliche Übersetzung bietet die eine pakistanische Entscheidung betreffende Entscheidung 6 Ob 189/06x.

31 *Heuser-Sevket*, Türkisch-deutsches Wörterbuch 5, 129.

(es ging um die Anforderungen an die Zustellung) keine Änderung ergeben hatte, bestätigte der OGH die Entscheidung des Berufungsgerichts[32].

Instruktiv ist auch die Entscheidung vom 10.8.1998[33]. Die Entscheidung betraf die Vollstreckung zweier türkischer Entscheidungen über den Ehegattenunterhalt vom 20.3.1990 und vom 2.12.1992. Das Erstgericht vertrat die Auffassung, die Entscheidungen könnten nicht vollstreckt werden, weil das Übereinkommen aus dem Jahr 1930 mit 1.11.1992 außer Kraft getreten sei; die Klägerin müsse sich daher einen österreichischen Vollstreckungstitel verschaffen. Das Berufungsgericht wies demgegenüber zutreffend darauf hin, dass sich die Anerkennung und Vollstreckung von vor Inkrafttreten des Anerkennungs- und Vollstreckungsvertrages aus dem Jahr 1989 weiter nach dem Abkommen von 1930 richtete und wies in diesem Zusammenhang auf den diplomatischen Notenwechsel hin[34]. Insoweit bestätigte der OGH die Rechtsansicht des Berufungsgerichts. Der OGH trug jedoch für das weitere Verfahren die Einholung einer Auskunft des türkischen Justizministeriums auf, in welchem Ausmaß das türkische Recht eine Verzinsung vorsehe. Schließlich behandelte der OGH die Frage eines damaligen möglichen Wertverfalls der türkischen Währung[35]. Dabei griff der OGH auf im Verhältnis zu Polen entwickelte Grundsätze[36] zurück: Sollte sich herausstellen, dass die türkische Währung einem kontinuierlichen Wertverfall unterliege, sodass die unterhaltsberechtigte Klägerin immer wieder zu einer Klagsführung genötigt sei, während der unterhaltspflichtige Beklagte im Lauf der Zeit einen immer geringeren Schillingbetrag benötige, um seiner Unterhaltspflicht nachzukommen, sei es geboten, den Unterhaltstitel ausnahmsweise in österreichischer Währung festzulegen. In diesem Fall bestünde allerdings kein Raum für die begehrte zusätzliche Festlegung einer Wertsicherung, weil sich dann die Frage des Kaufkraftverlusts nicht mehr stelle.

---

32 10 ObS 390/97v.

33 7 Ob 307/97s.

34 Vgl dazu oben 5.1.

35 Zum Folgenden auch 1 Ob 317/97t = EvBl 1999/22.

36 OGH 7 Ob 687/85.

Ein Indikator für die Wertschätzung, die der Rechtspflege in einem anderen Land von Seiten österreichischer Gerichte entgegengebracht wird, ist immer die Beurteilung von *Ordinationsanträgen*. Unter Ordination ist die Bestimmung eines Gerichtes als zuständig durch den Obersten Gerichtshof zu verstehen. Nach § 28 Abs 1 JN hat der Oberste Gerichtshof aus den sachlich zuständigen Gerichten eines zu bestimmen, welches für die fragliche Rechtssache als örtlich zuständig zu gelten hat, wenn Österreich aufgrund eines völkerrechtlichen Vertrages zur Ausübung von Gerichtsbarkeit verpflichtet ist, der Kläger österreichischer Staatsbürger ist oder seinen Wohnsitz, gewöhnlichen Aufenthalt oder Sitz im Inland hat und im Einzelfall die Rechtsverfolgung im Ausland nicht möglich oder unzumutbar wäre (Z 2) oder zwar die inländische Gerichtsbarkeit, nicht aber ein örtlich zuständiges Gericht vereinbart worden ist (Z 3).

Allgemein ist hier im Verhältnis zur Türkei ein restriktiver Standpunkt des OGH festzustellen. Soweit ersichtlich hat der OGH – abgesehen von einem Fall, in dem sich jedoch die österreichische internationale Zuständigkeit aus der CMR ergab[37] – noch nie einem Ordinationsantrag stattgegeben, wenn ohne Ordination türkische Gerichte zuständig wären. Dieser von mir schon seinerzeit konstatierte Trend[38] setzt sich in neuerer Zeit fort. So lehnte der OGH in zwei Entscheidungen aus dem Jahr 2009 die Ordination ab[39]. Die Unzumutbarkeit der Rechtsverfolgung im Ausland wird in Rechtsprechung und Lehre insbesondere dann bejaht, wenn die ausländische Entscheidung in Österreich nicht anerkannt oder vollstreckt wird, eine dringende Entscheidung im Ausland nicht rechtzeitig erreicht werden kann, eine Prozessführung im Ausland eine der Parteien politischer Verfolgung aussetzen würde oder im Ausland äußerst kostspielig wäre[40]. Diese Kriterien seien in den vorliegenden Fällen jedoch nicht erfüllt: Eine Prozesskostensicherheitsleistung sei in der Türkei nicht vorgesehen; außerdem sei gem Art 2 des Zusatzabkommens zum HPÜ den

---

37 5 Nc 6/03g.

38 Siehe dazu *Kodek*, GedSKonuralp573 ff.

39 OGH 5 Nc 21/09x = JBl 2010, 526; 8 Nc 27/09a.

40 RIS-Justiz RS0046148; *Mayr* in *Rechberger* ZPO[4], § 28 JN Rz 4, *Rechberger/Simotta*, ZPR[8], Rz 89 je mwN.

Staatsangehörigen jedes Vertragsstaats vor den Gerichten des anderen Vertragsstaats die Verfahrenshilfe unter denselben Bedingungen wie Inländern zu gewähren. Bereits diese Vertragsbestimmungen sprächen, namentlich unter dem Gesichtspunkt der behaupteten Kostenbelastung, gegen die Unzumutbarkeit der Rechtsverfolgung in der Republik Türkei[41]. Überdies sei das vom Kläger ins Treffen geführte Prozesskostenargument in Ausnahmefällen geeignet, einen Ordinationsantrag zu begründen. Im Regelfall stelle sich nämlich die Kostenfrage bei Distanzprozessen für beide Parteien jeweils mit umgekehrten Vorzeichen und gehe daher zu Lasten des Klägers. Konkrete Umstände des Einzelfalls, die auf eine besondere Kostspieligkeit der Rechtsverfolgung in der Türkei hindeuten würden, habe der Kläger nicht dargetan.

Aus den Bestimmungen des Anerkennungs- und Vollstreckungsabkommens ergebe sich ferner, dass die Entscheidung eines türkischen Gerichts grundsätzlich (zu den Ausnahmen vgl Art 4 des Abkommens) auch in Österreich vollstreckbar ist, wenn der Beklagte zum Zeitpunkt der Einleitung des Verfahrens seinen Wohnsitz, gewöhnlichen Aufenthalt oder – im Falle einer juristischen Person oder Handelsgesellschaft – seinen Sitz oder die Hauptniederlassung in der Türkei hat (vgl Art 6 Z 1 iVm Art 3 des Abkommens). Die beklagte Partei habe ihren Sitz in der Türkei, sodass eine gegen sie ergangene Entscheidung eines türkischen Gerichts in Österreich anerkannt werden würde und grundsätzlich in beiden Vertragsstaaten vollstreckt werden könne.

7. Schluss

Die justizielle Zusammenarbeit zwischen der Türkei und Österreich ist seit mittlerweile fast 100 Jahren durch Staatsverträge geregelt. Während die seinerzeitige Konsulargerichtsbarkeit des 19. und beginnenden 20. Jahrhundertsnoch massiv in die Souveränität des Osmanischen Reichseingriff, wird die Türkei heute von der österreichischen Rechtsprechung als gleichberechtigter Partner gewürdigt und anerkannt. Die derzeitigen staatsvertraglichen Regelungen entsprechen dem hier üblichen

---

41 Unter Berufung auf 2 Ob 32/08g = EvBl 2009/40, 270 [*J. Mair*]; ferner RIS-Justiz RS0109288.

internationalen Standard und werden der Bedeutung der Zusammenarbeit zwischen den beiden Ländern gerecht. Soweit dies anhand der Beurteilung des veröffentlichten Entscheidungsmaterials beurteilbar ist, funktioniert die Zusammenarbeit hervorragend. Wie insbesondere die zurückhaltenden Entscheidungen über Ordinationsanträge deutlich belegen, nimmt die österreichische Rechtsprechung heute gegenüber der Türkei eine völlig unvoreingenommene Rolle ein. Dieser erfreuliche Befund passt hervorragend zum Anlass der Festschrift. Ad multosannos!

NICHTIGE URTEILE IM ZIVIL - UND STRAFPROZESSRECHT

Prof. Dr. Hans KUDLICH*

I. Hinführung

Der Schwerpunkt des wissenschaftlichen Werkes von *Hakan Pekcanıtez* liegt im Zivilprozessrecht. Hat man sich (wie der Verfasser) in den letzten 15 Jahren nicht mehr intensiv mit diesem Gebiet beschäftigt, möchte es aber doch zu Ehren des *Jubilars* aufgreifen, so liegt es nahe, ein allgemeines und mehr oder weniger zeitloses Thema zu wählen und Querbezüge zum eigenen Tätigkeitsschwerpunkt herzustellen - hier: zum Strafverfahrensrecht, das dann auch im Mittelpunkt der Ausführungen stehen wird. Dabei sind neben grundsätzlichen Unterschieden[1] auch Parallelen zwischen Zivil- und Strafverfahrensrecht insbesondere zu Grundsatzfragen nicht selten, und so ist es auch kein Zufall, dass es (jedenfalls in der deutschen Rechtswissenschaft) bis vor wenigen Jahrzehnten auch „allgemeine Prozessrechtler" wie etwa *James Goldschmidt*[2] gegeben hat, die ganz explizit sowohl zum Zivil- als auch zum Strafprozessrecht geforscht haben.

Ein Problem, das sich in beiden (und eigentlich sogar: in allen Fach-) Prozessordnungen in gleicher Weise stellen kann, ist die hier im Folgenden

* Lehrstuhlinhaber für Strafrecht, Strafprozessrecht und Rechtsphilosophie an der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg

1 So etwa zwischen der im (deutschen) Zivilprozessrecht maßgeblichen formellen und der für das Strafverfahren wichtigen materiellen Wahrheit oder zwischen Offizialmaxime sowie Legalitätsprinzip im Strafverfahren und Parteien- sowie Disponibilitätsmaxime im Zivilverfahren.

2 Instruktiv zu einem Einstieg in dessen Denken *Heger*, JZ 2010, 637.

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Özel Sayı 2014, s. 201-216 (Basım Yılı: 2015)
Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ'e Armağan

behandelte „Nichtigkeit" von Urteilen, also die Frage, wann eine gerichtliche Entscheidung, der normalerweise bestimmte Wirkungen zukommen, so „falsch" ist bzw. sich so weit von der Rechtsordnung entfernt, dass ihr keine Wirkung zugesprochen werden kann. Das Problem hat verschiedene Facetten:

- Gibt es überhaupt nichtige Urteile (und wie ist diese Kategorie zu fassen)?
- Bejahendenfalls: Was sind Gründe für eine Nichtigkeit?
- Wie kann bzw. muss die Nichtigkeit geltend gemacht werden?

All diese Teilfragen sind übergreifend sowohl für das Zivil- wie für das Strafverfahren relevant. Bei einem Vergleich zwischen beiden Disziplinen von besonderem Interesse ist aber, ob die Parameter, anhand derer insbesondere die zweite Frage zu beantworten ist, vergleichbar sind bzw. ob man aus Strukturen bzw. Fallgruppen, die im einen Rechtsgebiet anerkannt sind, auch Folgerungen für das jeweils andere ziehen kann.

II. Kategorisierung: Falsche Urteile – Nicht-Urteile – Nichtige Urteile

Um die Kategorie des „nichtigen Urteils" (d.h. eines Urteils, dem trotz seiner Existenz „eigentlich" keine Wirksamkeit zukommt) und seine Bedeutung bzw. Problematik zu erfassen, ist es angezeigt, das „nichtige" Urteil zwischen die beiden klareren „benachbarten" Konstellationen des „nur fehlerhaften Urteils" und des „Nicht-Urteils" einzuordnen.

Ein vergleichsweise einfacher und in der Rechtspraxis (man mag aus anderen Gründen sagen: leider) nicht seltener Fall ist das fehlerhafte Urteil. Ein Urteil, das auf einem unrichtigen (bzw. nicht prozessordnungsgemäß festgestellten[3]) Sachverhalt beruht oder aber in dem auf den festgestellten

---

[3] Nach deutschem Verständnis muss nicht jeder Sachverhalt, der nicht mit dem tatsächlichen Geschehen übereinstimmt, fehlerhaft festgestellt worden sein: Im Zivilprozess, in dem das Prinzip der „formellen Wahrheit" gilt (vgl. Saenger/*Saenger*, ZPO, 5. Aufl. 2013, Einf. Rn. 67), ist dies ohnehin selbstverständlich; aber auch im Strafverfahren, in dem das Gericht grundsätzlich zur Suche der materiellen Wahrheit

Sachverhalt das materielle Recht unrichtig angewendet wird, ist als solches ohne Zweifel fehlerhaft. Dies ändert aber nichts daran, dass das Urteil nicht nur in formelle (Unanfechtbarkeit), sondern auch in materielle Rechtskraft erwachsen kann, d.h., dass (nach der Rechtslage in Deutschland) über den Verfahrensgegenstand kein neues, abweichendes Urteil mehr getroffen werden kann. Solange eine solche Rechtskraft noch nicht eingetreten ist, kann ein fehlerhaftes Urteil mithilfe eines Rechtsmittels beseitigt werden, muss aber auch von dem durch das fehlerhafte Urteil belasteten Prozessbeteiligten (und zwar insbesondere auch fristgemäß) angegriffen werden, damit er sein Recht erhält und es eben nicht zur Rechtskraft kommt.

Gleichsam am anderen Ende des Spektrums stehen Nicht-Urteile. Sie sind eigentlich keine echte juristische Kategorie, sondern beschreiben allein die Situation, in welcher ein Geschehen zwar mehr oder weniger den äußeren Eindruck eines Urteilsspruches erweckt, in der aber für alle Beteiligten und Unbeteiligten (jedenfalls soweit sie den tatsächlichen Sachverhalt durchschauen) klar ist, dass dieses Verhalten keinerlei Rechtsqualität hat. Wichtigster Fall ist hier das „Urteil" durch ein nicht zur Rechtsprechung berufenes Organ[4]. Beispielhaft nennen könnte man hier etwa „Urteilsverkündungen" in „Planspielen", die von in der juristischen Ausbildung begriffenen Personen veranstaltet werden, Urteile in Filmen oder Theaterstücken oder auch das „Urteil", das der Gerichtshausmeister oder die Gerichtsreinigungskraft vom Richtertisch aus verkünden. Derartige Nicht-Urteile können weder in formelle noch in materielle Rechtskraft erwachsen, und es ist rein praktisch meist auch nicht nötig (aber im Bedarfsfalle

verpflichtet ist (vgl. § 244 II dStPO), kann der zu Grunde zu legende Sachverhalt vom tatsächlichen Geschehen abweichen, ohne dass darin ein Rechtsfehler liegen würde, wenn das Gericht schlicht alle verfügbaren Beweismittel ordnungsgemäß herangezogen und gewürdigt hat (ihm aber durch die Begrenztheit des menschlichen Erkenntnisvermögens oder aber aus rechtlichen Gründen wie etwa dem Eingreifen eines Beweisverwertungsverbotes die Ermittlung der materiellen Wahrheit verwehrt ist).

4 Vgl. Saenger/*Saenger*, (Fn. 3) vor §§ 300-329 Rn. 8; anders für das Urteil eines ausgeschiedenen Richters *Jauernig* DtZ 1993, 173, der in diesen Fällen auf die Nichtigkeitsklage nach § 579 I Nr. 1 dZPO verweist („Die Nichtigkeitsklage findet statt, wenn das Gericht nicht vorschriftsmäßig besetzt war.").

möglich[5]) sie in irgendeiner Weise „anzugreifen", da keine andere staatliche Behörde in Versuchung geraten wird, sie zu vollstrecken[6].

Dazwischen stehen nun solche Urteile, die im Folgenden als „nichtig" bezeichnet werden sollen (und die von anderen auch als „wirkungslose Urteile" bezeichnet werden[7]). Sie haben mit den Nicht-Urteilen gemeinsam, dass sie keine Wirksamkeit entfalten und somit auch nicht in (jedenfalls materielle) Rechtskraft erwachsen können. Allerdings sieht man ihnen dies nicht so leicht an wie den Nicht-Urteilen, da sie durchaus von im konkreten Verfahren zur Urteilsfindung berufenen Personen in mehr oder weniger großer Annäherung an zumindest einen Teil der prozessrechtlich vorgesehenen Strukturen erlassen werden[8]. Aus diesem Grund kann man sich bei den (nur) nichtigen Urteilen auch nicht ohne weiteres darauf verlassen, dass diese nicht vollstreckt werden (können), so dass es durchaus sinnvoll sein kann, sie gleichwohl mit einem Rechtsmittel anzugreifen (was freilich dogmatisch durchaus einen gewissen Begründungsbedarf erfordert). Mit anderen Worten: Es handelt sich „eigentlich" um „normale" Urteile, die vom Gericht regelmäßig durchaus gerade in der Absicht erlassen werden, eine rechtliche Entscheidung zu treffen. Insoweit ist der Grund für die Wirkungslosigkeit nicht (wie bei den Nicht-Urteilen) der fehlende Wille der Urteilsperson, eine rechtliche Entscheidung zu treffen; vielmehr kann Grund für die Nichtigkeit nur ein Rechtsfehler bei der Urteilsfällung sein, was

---

5 Dieser Bedarf besteht, wenn ausnahmsweise der Anschein eines Urteils beseitigt werden muss; das Rechtsmittel führt dann zur Klarstellung der Nichtexistenz des Urteils durch „Aufhebung" und zur Zurückverweisung, vgl. OLG München NJW 2011, 689 (690).

6 Für das Zivilverfahren also: Kein Gerichtsvollzieher wird das auf der Theaterbühne oder vom Gerichtshausmeister gesprochene Urteil gegen einen Schuldner vollstrecken. Für das Strafverfahren: Kein Anstaltsleiter wird aufgrund eines solchen Urteils die darin ausgesprochene Freiheitsstrafe gegen den „Verurteilten" in seinem Gefängnis absitzen lassen.

7 Grundlegend *Jauernig* Das Fehlerhafte Zivilurteil, 1958, S. 141 ff.; ferner etwa Saenger/*Saenger* (Fn. 3), vor §§ 300-329 Rn. 11. Demgegenüber geht der Begriff der „Nichtigkeit" für die vorliegenden Konstellationen bereits auf *Hein* Identität der Partei, Bd. I, 1918, S. 317, 320 ff. zurück.

8 Nach *Jauernig* (Fn. 7), S. 145 ist ein (wie er es nennt) „wirkungsloses Urteil ein existenter Staatsakt (…) und (unterscheidet) sich hierdurch vom Nichturteil grundlegend".

zwanglos zu der Frage führt, welche Arten von Fehlern die Einordnung in die (in Deutschland in den Verfahrensordnungen als solche nicht vorgesehene) Kategorie des „nichtigen Urteils" in Abgrenzung zu sonstigen „nur fehlerhaften" Urteilen rechtfertigen; diese Unterscheidung ist auch keinesfalls eine rein begriffliche, sondern aufgrund der eigentlich anzunehmenden Wirkungslosigkeit a priori (bzw. spiegelbildlich: aufgrund der theoretisch zeitlich unbegrenzten Angreifbarkeit solcher Urteile) potentiell durchaus von großer Bedeutung.

III. Gründe für die Annahme einer Nichtigkeit in Rechtsprechung und Lehre

Im Folgenden soll zunächst knapp skizziert werden, welche Fallgruppen der „nichtigen Urteile" in Rechtsprechung und Literatur im Zivil- bzw. Strafverfahrensrecht traditionell diskutiert werden (vgl. im Anschluss 1. und 2.); im Rahmen der Darstellung des Strafverfahrensrechts soll dabei auch auf eine neuere Entscheidung eingegangen werden, die in Deutschland für viel Aufsehen gesorgt hat, nachdem ein Obergericht die Nichtigkeit eines Urteils bei einer „informellen Absprache" und damit bei einem bewussten Abweichen eines Instanzgerichts von der erst im Jahr 2009 eingeführten Regelung für „Verständigungen im Strafverfahren" (§ 257c dStPO) angenommen hat (welche in der jüngeren Vergangenheit Gegenstand einer ganzen Reihe von höchstrichterlichen Entscheidungen gewesen ist[9]). Darauf aufbauend soll abschließend überlegt werden, ob sich aus den einzelnen diskutierten Fallgruppen allgemeine Regeln ableiten lassen bzw. ob eine Übertragung der jeweils in einem der beiden Rechtsgebiete diskutierten Fallgruppen auch auf das jeweils andere Rechtsgebiet möglich erscheint (vgl. unten 3.).

1. Die Situation im Zivilrecht

Im Zivilrecht ist eine Reihe von Fallgruppen anerkannt, die verbreitet den nichtigen bzw. wirkungslosen Urteilen zugeordnet werden[10]: So soll eine

---

9 Vgl. *Schneider* NStZ 2014, 192 ff.; 252 ff.

10 Vgl. zum Folgenden *Jauernig* (Fn. 7), S. 150 ff.; Münchner Kommentar zur ZPO/*Musielak*, 4. Aufl. 2013, vor §§ 300 ff., Rn. 4; Saenger/*Saenger* (Fn. 3), vor §§ 300-329 Rn. 12.

Wirkungslosigkeit zunächst dann vorliegen, wenn Urteile außerhalb eines Verfahrens ergehen; gänzlich außerhalb des Verfahrens oder genauer: „ohne jedes Verfahren" wird es zwar selten zu einem Urteil kommen[11], aber vorstellbar wären etwa Fälle des Urteils trotz Klagerücknahme[12]. Des Weiteren soll es zur Wirkungslosigkeit führen, wenn dem Gericht die Gerichtsbarkeit fehlt (etwa bei Urteilen über Exterritoriale)[13]. Ferner wird der Fall genannt, dass eine dem geltenden Recht unbekannte oder aber eine gesetzes- bzw. sittenwidrige Rechtsfolge ausgesprochen wird. Auch ein Urteil gegen eine nicht (mehr) existierende Partei oder zur Gestaltung eines nicht (mehr) existierenden Rechtsverhältnisses[14] ist wirkungslos.

Folge der Wirkungslosigkeit[15] soll keine schlichte Unbeachtlichkeit sein, auch wenn keine materielle Rechtskraft eintritt und das wirkungslose Urteil auch keine Grundlage für einen Vollstreckungstitel bildet. Zumindest innerhalb der Rechtsmittelfristen kann das wirkungslose Urteil durch Rechtsmittel beseitigt werden, danach jedenfalls durch Wiederaufnahmeklage (§§ 578 ff. dZPO) oder durch Klage auf Feststellung der Unwirksamkeit.

2. Die Situation im Strafrecht

a. Zur Nichtigkeit von Strafurteilen im Allgemeinen

Vor rund 50 Jahren leitete *Grünwald* eine Abhandlung über „Die Frage der Nichtigkeit von Strafurteilen" mit der Feststellung ein, es sei damals „herrschende Meinung in der strafprozessualen Literatur, daß Urteile, die mit besonders krassen Mängeln behaftet sind, die Wirkungen, die sie herbeizuführen bestimmt sind, nicht auszulösen vermögen. Insbesondere sollen derart fehlerhafte Urteile auch dann, wenn die Voraussetzungen der

---

11 Wenn ganz ohne Verfahren etwas „als Urteil" ausgesprochen wird, werden häufig Konstellationen eines Nicht-Urteils vorliegen, wie sie oben beschrieben wurden.

12 Vergleichbar: Nach einem Vergleich oder nach beidseitiger Erledigungserklärung.

13 Anders, wenn es „nur" an der Rechtswegzuständigkeit fehlt.

14 Etwa: Scheidung einer nie geschlossenen Ehe.

15 Vgl. Zum Folgenden etwa Saenger/*Saenger* (Fn. 3), vor §§ 300-329 Rn. 13 f.

Rechtskraft eingetreten sind, nicht vollstreckbar sein und einer erneuten Aburteilung derselben Tat nicht entgegenstehen“[16] - kurz: sie sollen nicht nur fehlerhaft und anfechtbar, sondern *nichtig* sein. Auch zwanzig Jahre später wusste *Peters* in seinem Lehrbuch zur Frage der Nichtigkeit noch zu berichten, dass die „herrschende Meinung (…) die Unwirksamkeit von Urteilen für möglich“ hält[17].

Ob man diese Akzeptanz von „nichtigen“ Urteilen als eigene Kategorie zwischen „fehlerhaften Urteilen“ und „Nicht-Urteilen“ im deutschen Strafprozessrecht heute noch als „herrschend“ betrachten darf, ist zumindest fraglich. Zum einen plädieren neben anderen zweifelnden Stimmen in der Literatur[18] insbesondere der Standardkommentar der Praxis[19] sowie auch die einschlägige Kommentierung im umfangreichsten Großkommentar zur StPO[20] gegen eine Kategorie der „nichtigen“ Urteile. Zum anderen wurde und wird in der Rechtsprechung zwar gelegentlich erwähnt, dass nichtige Urteile vorstellbar sind – tatsächlich ausgesprochen wurde das Verdikt der „Nichtigkeit“ (zumal in Fällen in denen sonst wirklich schon Rechtskraft eingetreten wäre[21]) aber kaum einmal, sondern vielmehr wird regelmäßig darauf hingewiesen, dass im konkret zu entscheidenden Fall eine solche gerade nicht vorliege[22]. Dies verwundert nicht, denn vieles, was in der Strafprozessrechtswissenschaft als denkbare Anwendungsfälle einer Nichtigkeit, diskutiert wird, gehört wohl eher ins „Raritätenkabinett“ als zum praktischen Alltag von Strafverfahren, so etwa die Urteile von „Revolutionstribunalen“ oder Verurteilungen von Kindern zu Prügelstrafen.

---

16 *Grünwald*, ZStW 76 (1964), 250.

17 Vgl. *Peters*, Strafprozeß, 4. Aufl. 1985, § 55 I 1 (S. 519).

18 Skeptisch etwa bereits *Grünwald*, ZStW 76 (1964), 250 ff.; schon vorher *Sarstedt* JR 1955, 351 f.; aus neuerer Zeit *Radtke*, JR 2003, 127 (130).

19 Vgl. *Meyer-Goßner*, 57. Aufl. 2014, Einl. Rn. 105a.

20 Löwe/Rosenberg/*Kühne*, Bd. 1, 26. Aufl. 2006, Einl. K Rn. 116.

21 Anders etwa die in der Literatur oft angeführten Fälle OLG Braunschweig MDR 1947, 37 sowie BayObLG NJW 1960, 162.

22 Vgl. etwa BGHSt 42, 314 (320) = NStZ 1997, 140 (141); BGH NStZ 1984, 279; BGH wistra 1992, 309 (310) = BeckRS 1992, 31087137.

b. Nichtigkeit bei informeller Verständigung – die Entscheidung des OLG München

Vor diesem Hintergrund ist es von besonderem Interesse, dass in jüngerer Zeit das OLG München in einem in Deutschland viel beachteten Fall einer unzulässigen, da informellen Absprache nicht nur die Anfechtbarkeit, sondern die *Nichtigkeit* des darauf gestützten Urteils angenommen hat[23]. Die potentielle Bedeutung dieser Entscheidung kann gar nicht überschätzt werden, weil damit auch für den Strafprozess eine konkrete Fallgruppe gefunden wäre, die (leider) in deutschen Gerichtssälen zahlenmäßig eine große Rolle spielen könnte.

aa. *Hintergrund: Verständigungen im deutschen Strafverfahrensrecht*

Um den Hintergrund zu verdeutlichen und die Entscheidung in den richtigen Kontext zu stellen, sollen an dieser Stelle einige kurze Erläuterungen zur Verständigung im Strafverfahren nach dem geltenden deutschen Strafprozessrecht erfolgen. Den klassischen strafprozessualen Grundprinzipien des Legalitätsprinzips, des Offizialprinzips, der Wahrheitsermittlung und der Durchsetzung des materiellen Strafrechts entsprechend, waren der deutschen Strafprozessordnung ursprünglich konsensuale Elemente (insbesondere innerhalb der Hauptverhandlung) grundsätzlich fremd. Die Rechtspraxis zumindest der letzten 25-30 Jahre allerdings dürfte tatsächlich davon geprägt gewesen sein, dass jedenfalls in bestimmten Verfahren Absprachen zwischen den Verfahrensbeteiligten stattgefunden haben, in denen insbesondere bestimmte Rechtsfolgen (jedenfalls durch einen zugesagten Strafrahmen bestimmt) vereinbart wurden, wenn als Gegenleistung ein Geständnis abgelegt wurde. Nach einer Reihe von obergerichtlichen Entscheidungen[24], welche bemüht waren, Leitlinien für eine solche Absprachenpraxis aufzustellen und nach intensiven

---

23 Vgl. NJW 2013, 2371.

24 Vgl. BGHSt 43, 195 m. Anm. *Weigend* NStZ 1999, 57 ff.; *Kintzi* JR 1998, 249 f.; *Satzger* JA 1998, 98 ff.; vgl. dazu auch *Fahl/Geraats* JA 2009, 791 ff.; BGHSt 50, 40; aus der umfangreichen Literatur zu dieser Entscheidung vgl. nur *Fahl* ZStW 117 (2005), 605 ff.

rechtspolitischen Diskussionen wurden die Absprachen im Jahr 2009 auch offiziell insbesondere in Gestalt von § 257c dStPO ins Gesetz aufgenommen.

In dieser Vorschrift ist die grundsätzliche Zulässigkeit von (insbesondere auch verfahrensbeendenden) Verständigungen anerkannt, für die zulässige und unzulässige Inhalte sowie einige Verfahrensregeln niedergelegt sind. Auf der Grundlage einer solchen von den Verfahrensbeteiligten akzeptierten Verständigung kann das Gericht ein entsprechendes Urteil erlassen. Wichtig ist dabei jedoch, dass nach § 257c I 2 dStPO die Aufklärungspflicht des § 244 II dStPO unberührt bleiben soll, das Gericht sich also nicht auf ein nicht näher belegtes „Formal-Geständnis" beschränken kann, sondern durchaus auch noch eigenständig die Wahrheit ermitteln muss. Diese Vorschrift, die nach Inkrafttreten des Verständigungsgesetzes nicht selten als realitätsfernes Lippenbekenntnis belächelt wurde, ist nach Auffassung des deutschen Bundesverfassungsgerichts einer der maßgeblichen Grundpfeiler dafür, dass das Verständigungsgesetz überhaupt verfassungsgemäß ist[25], da durch § 257c I 2 dStPO erst gewährleistet wird, dass kein der Verfassung widersprechender „Handel mit der Gerechtigkeit" stattfindet. Diese nicht einfache Grundkonstellation - einerseits Möglichkeit der Verständigung mit dem Ziel der Verfahrensbeschleunigung, andererseits jedenfalls kein vollständiger Verzicht auf die Amtsaufklärung[26] -, v.a. aber wohl auch das Rechtsmittelverzichts-Verbot des § 302 I 2 dStPO bei Urteilen, die nach einer Verständigung ergangen sind, haben dazu geführt, dass offenbar in einer nicht geringen Zahl von Fällen „offiziell" zwar keine Verständigung abgeschlossen wurde, die Verfahrensbeteiligten sich aber verdeckt und informell gleichwohl auf ein bestimmtes Verfahrensergebnis geeinigt haben.

---

25 Vgl. BVerfG NJW 2013, 1058 (1061 Rn. 64 f.).

26 Dass § 257c dStPO im Ergebnis Abstriche von der Amtsaufklärung zulassen muss, ist nicht nur deshalb klar, weil Verständigungen sonst kaum eine sinnvolle Bedeutung hätten, sondern weil der Gesetzgeber mit der Aufnahme des Rechtsinstituts in das Strafprozessrecht auch zum Ausdruck gebracht hat, dass konsensualen Elementen im Strafverfahren eine gewisse Bedeutung zukommen kann. Zu einer möglichen Deutung über das Verhältnis von § 244 II dStPO (Aufklärungspflicht) und § 261 dStPO (richterliche Überzeugungsbildung) vgl. *Kudlich* Gutachten C zum 68. DJT, 2010, C 64 ff.

bb. *Sachverhalt und Entscheidung im Fall des OLG München*

Im Fall des OLG München ging es nun kurz zusammengefasst darum, dass einem Arzt, dem Abrechnungsbetrügereien vorgeworfen wurden, in einem Vorgespräch zwischen Gericht, Staatsanwaltschaft und Verteidiger statt einer prognostizierten Freiheitsstrafe von drei bis dreieinhalb Jahren eine bewährungsfähige Freiheitsstrafe (nebst einem kurzen und möglichst „unauffälligen" Verhandlungstermin an einem Nachmittag) in Aussicht gestellt wurde, falls es zu einem Geständnis kommen sollte, in dem insbesondere auch der vom Angeklagten anfangs bestrittene subjektive Tatbestand enthalten sei. Der Angeklagte ließ daraufhin in der Hauptverhandlung seinen Verteidiger eine Erklärung verlesen, wonach er „zwar nicht gewusst" habe, dass seine „Abrechnung in den Quartalen II/2005 bis II/2008 unrichtig ist, (er) allerdings (…) für möglich hielt, überhöht abzurechnen." Später fügte er noch hinzu, er habe „nie absichtlich betrogen" und Abrechnungen, die von der Kassenärztlichen Vereinigung beanstandet worden waren, nicht mehr in dieser Form wiederholt.

Nach Urteilsverkündung gab der Angeklagte einen Rechtsmittelverzicht ab. Erst über ein Jahr später ließ er durch einen neuen Verteidiger Berufung einlegen und beantragte zugleich Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Das LG München II verwarf die Berufung als unzulässig, weil die Rechtsmittelverzichtserklärungen des Angeklagten sowie der Staatsanwaltschaft wirksam gewesen seien und damit Rechtskraft eingetreten sei. Eine Verständigung i.S. des § 257c dStPO habe nicht stattgefunden. Demgegenüber hat das OLG München nicht nur ein Rechtsgespräch, sondern eine „Verständigung" angenommen, für welche - auch wenn sie nur informell erfolgt ist - das Rechtsmittelverzichts-Verbot des § 302 I 2 dStPO entsprechend anzuwenden ist, wie schon früh vertreten[27] und auch vom BVerfG bestätigt worden ist[28].

Das OLG München freilich hat in diesem Fall die Sache nicht an das Berufungsgericht, sondern an das Gericht erster Instanz zurückverwiesen, da

---

27 Vgl. *Jahn/Müller* NJW 2009, 2625 (2630); *Kudlich* Gutachten C (Fn. 26), C 56; in einem *obiter dictum* auch OLG Celle NStZ 2012, 20; a.A. etwa *Niemöller* NStZ 2013, 19 (229).

28 Vgl. BVerfG NJW 2013, 1058 (1064 Rn. 78).

das Urteil des AG nichtig gewesen sei. Das OLG hat sich dabei nicht vorrangig auf den unzulässig informellen Charakter der Absprache gestützt, sondern insbesondere darauf, dass das AG evident und bewusst jegliche Aufklärung des wahren Sachverhalts schuldig geblieben sei, sich also „kein 'eigenes Urteil' gebildet" habe. Hiermit seien die Grenzen zu einer auch vom Verständigungsgesetz nicht beabsichtigten reinen „Konsenslösung" mit weitgehender Disposition über die Aufklärungspflicht überschritten. Dies gelte insbesondere, da die Erklärungen des Angeklagten nach ihrem Inhalt schon in objektiver Hinsicht, erst recht jedoch in subjektiver Hinsicht nicht einmal ein echtes Geständnis hinsichtlich des angeklagten Abrechnungsbetrugs dargestellt hätten[29].

cc. *Kritische Würdigung*

Kann dies aber wirklich richtig sein? Ist im Strafprozessrechtrecht überhaupt eine Nichtigkeit anzuerkennen und ist - bejahendenfalls - vorliegend eine solche zu bejahen?[30] Die StPO kennt die Nichtigkeit von Urteilen jedenfalls nicht explizit. An die Stelle der Nichtigkeitsbeschwerde der früheren Partikularprozessordnungen ist bereits mit der Reichsstrafprozessordnung die Revision getreten. Mag man darin auf den ersten Blick eine nur terminologische Frage (nebst Klarstellung, dass dem Rechtsmittelgericht neben der Kassation in bestimmten Fällen auch die Ersetzung des „angefochtene[n] Urteil[s] […] durch das sachgemässe Urteil" zusteht)[31] sehen, so sind die unterschiedlichen Konzepte historisch auch durch verschiedene Grundverständnisse des Strafprozesses begründet[32]: Das (uneingeschränkte!) Streben des Inquisitionsprozesses nach materieller Wahrheit mit der Möglichkeit der *absolutio ab instantia* und der jederzeitigen Neuaufnahme des Verfahrens drängt den Gedanken der Rechtssicherheit in den Hintergrund und ist somit ein Nährboden auch für

---

29 Vgl. OLG München NJW 2013, 2371 (2376 f.).

30 Vgl. zum Nachfolgenden bereits *Kudlich* NJW 2013, 3216.

31 So noch die Sichtweise von *Binding*, Grundriss des Deutschen Strafprozessrechts, 5. Aufl. 1904, S. 265, der die Revision unter dem Begriff der „Rechtsbeschwerde" abhandelt und bemängelt, dass diese im Gesetz inzwischen „höchst unglücklich 'Revision' genannt" werde.

32 Vgl. eingehend *Röder*, ZStW 79 (1967), 250 (insb. 255 ff.).

die Anerkennung des Instituts der „Nichtigkeit". Demgegenüber gehen mit einer Stärkung des Gedankens der Rechtssicherheit das Erfordernis und die Befristung der Anfechtbarkeit einher. Insoweit ist die Frage der Nichtigkeit dogmatisch in das jeweils geltende „System der Rechtskraftwirkungen, der Durchbrechungsmöglichkeiten und der daraus abzuleitenden Gesamtbewertung durch die Rechtsordnung" eingebettet[33].

In diesem System spricht die fehlende Erwähnung einer Nichtigkeit bei im Übrigen durchaus abgestuften Bewertungen von Verfahrensfehlern erst einmal gegen die Anerkennung einer solchen Kategorie. Durch die Möglichkeiten der Anfechtbarkeit, der Wiederaufnahme und der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (sowie ergänzend bei den als Fall der Nichtigkeit diskutierten Verstößen gegen Art. 103 III dGG - Verstoß gegen das Verbot der Doppelbestrafung - auch der Verfassungsbeschwerde) besteht auch kein echter Bedarf dafür. Daneben treten inhaltliche Gründe, die teils rechtslogischer Natur („Kann ein Nullum Gegenstand einer Anfechtung sein? "), teils rechtspraktischer Natur sind (so etwa die fast zwangsläufig uneingeschränkte Notwehrmöglichkeit des „nichtig" Verurteilten gegen jede Vollstreckungsmaßnahme). Zuletzt bleibt die drohende Rechtsunsicherheit, wann „nur" ein revisibler Verfahrensfehler, wann dagegen ein Nichtigkeitsgrund vorliegt, ein gewichtiges Argument gegen die Anerkennung „nichtiger Urteile". Dies gilt umso mehr, als schwer vermittelbar ist, warum Verstöße gegen zentrale Prozessmaximen (und auch das nur teilweise) in § 338 dStPO als absolute Revisionsgründe ausgestaltet sind[34] (damit aber im Umkehrschluss gleichwohl einer Anfechtung bedürfen) und Verstöße gegen zentrale rechtsstaatliche Grundlagen (§ 136a dStPO[35]) teilweise sogar nur relative Revisionsgründe darstellen, während nicht näher präzisierte andere Verfahrens- oder inhaltliche Fehler[36] sogar zur Nichtigkeit führen sollen.

---

33 Vgl. Löwe/Rosenberg/*Kühne* (Fn. 20), Einl. K Rn. 107.

34 So etwa Verstöße gegen den Öffentlichkeitsgrundsatz oder die Unparteilichkeit des Gerichts.

35 Verbotene Vernehmungsmethoden wie Drohung oder Folter, die „nur" zur Unverwertbarkeit der darauf beruhenden Aussagen führen.

36 Die üblicherweise genannten Fallgruppen werden aufgezählt bei Löwe/Rosenberg/ *Kühne* (Fn. 20), Einl. K Rn. 118 ff.

Im Ergebnis spricht daher viel gegen die Anerkennung der Kategorie der „Urteilsnichtigkeit". Sieht man dies anders, müsste sie wohl auch in der konkreten Umsetzung auf die abstrakt hier immer wieder beschworenen Extremfälle beschränkt bleiben. Ein solcher Extremfall dürfte aber im Fall des OLG München bei einem Urteil, das

- auf Grund einer wirksamen Anklage
- durch das zuständige Gericht
- mit einem inhaltlich vertretbaren Ergebnis

ergeht, nicht anzunehmen sein. Hätte der Angeklagte sich im streitigen Verfahren verteidigt, erscheint (zumal bei seiner Vorgeschichte) keinesfalls ausgeschlossen, dass ein Tatgericht im Rahmen seiner Beweiswürdigung (§ 261 dStPO) zumindest einen bedingten Betrugsvorsatz angenommen hätte und diese Annahme von einem Revisionsgericht gehalten worden wäre. Dass dann dieselbe Feststellung, nachdem der Fall die vielen Filter vom Anfangsverdacht bis zur Hauptverhandlung durchlaufen ist und zumindest eine vage Einlassung in Richtung auf einen bedingten Vorsatz vorliegt, nicht nur (unzweifelhaft!) rechtsfehlerhaft ist, sondern zu einer Nichtigkeit führen soll, ist schwer einzusehen. Es spricht deshalb viel dafür, dass der Beschluss des OLG auch eine besonders schallende „Ohrfeige" für den Tatrichter sein sollte. Hierfür hätte sich dann freilich passender und effektiver als die etwas gezwungene Einordnung als „nichtiges Urteil" der Hinweis auf den Verdacht einer Rechtsbeugung (§ 339 dStGB) angeboten.

3. Gemeinsame Leitgesichtspunkte für die Annahme einer Nichtigkeit?

Die überkommene Auffassung im (deutschen) Strafprozessrecht steht insoweit recht nahe bei derjenigen im Zivilprozessrecht, als nicht nur das Rechtsinstitut des „nichtigen Urteils" anerkannt wird, sondern terminologisch neben „Nichtigkeit" auch hier teilweise von „Unwirksamkeit" gesprochen wird. Die neuere Lehre scheint dagegen im Strafverfahrensrecht einem Rechtsinstitut „Urteilsnichtigkeit" kritischer gegenüber zu stehen als die Zivilprozessrechtswissenschaft, welche eher einen Anwendungsbereich sieht und sich damit auch in Übereinstimmung

mit der Rechtsprechung sieht[37]. Nun sind zwar die strukturellen Bedenken gegen die Kategorie der Nichtigkeit in beiden Disziplinen die gleichen[38]. Auf Grund der verschiedenen Verfahrensgestaltung und Verfahrensprinzipien ist allerdings der sinnvolle Anwendungsbereich im Strafprozessrecht auch im Einzelfall für „nichtige Entscheidungen" noch enger. So kommen etwa Konstellationen wie die Klagerücknahme oder die beidseitige Erledigungserklärung aufgrund der Geltung des Legalitätsprinzips und auch des Immutabilitätsgrundsatzes[39] anstelle der Dispositionsmaxime der Parteien[40] schlicht nicht vor[41]. Andere Topoi (etwa die Gerichtszuständigkeit, und zwar auch mit Blick auf Exterritoriale) sind zwar als Verfahrensvoraussetzungen anerkannt, deren Vorliegen auch grundsätzlich in jedem Verfahrensstadium von Amts wegen zu beachten ist[42], deren Fehlen aber nur zu Revisibilität[43] (und nicht zur Nichtigkeit) führt.

Vor diesem Hintergrund ist es auch schwierig, gemeinsame konkrete Leitgesichtspunkte für die Annahme einer Nichtigkeit zu benennen bzw. Fallgruppen aus einem Rechtsgebiet in das andere zu übertragen. Werden bestimmte Konstellationen im einen Rechtsgebiet traditionell als Unwirksamkeitsgrund, im anderen nur als Aufhebungsgrund behandelt, so ist es schwierig, Argumente für oder gegen die Übertragbarkeit einer Lösung jeweils in das andere Rechtsgebiet anzuführen, die über die generellen Überlegungen zur Möglichkeit einer entsprechenden prozessualen Kategorie (also etwa pro: Kennzeichnung besonders schwerer Rechtsverstöße und

---

37 Vgl. aus der jüngsten Rechtsprechung BGH NJW 2014, 636 (638) mit einem praktischen Anwendungsfall.

38 Vgl. dazu bereits oben 2 b cc zu den rechtslogischen und rechtspraktischen Aspekten.

39 Vgl. zu beiden Münchner Kommentar zur StPO/*Kudlich*, Bd. 1, 2014, Einl. Rn. 127 ff.

40 Dadurch ist etwa eine der Klagerücknahme vergleichbare Situation in einem laufenden Strafverfahren weitgehend ausgeschlossen.

41 Hierbei bedarf vielleicht der Erwähnung, dass auch bei einer Verständigung das Strafverfahren nicht durch diese endet, sondern sie vielmehr nur Grundlage bzw. Rahmen des strafgerichtlichen Urteils abgibt (wobei die Lösungsmöglichkeiten des Gerichts von der Verständigung sogar relativ weit gehen).

42 Vgl. MünchKomm StPO/*Kudlich* (Fn. 39), Einl. Rn. 353.

43 Vgl. statt vieler nur Systematischer Kommentar zur StPO/*Frisch* Bd. VII, 4. Aufl., 2014 § 337 Rn. 45 ff. m.w.Nachw.

geringeres Bedürfnis für eine Bestandskraft der Entscheidung; contra: fehlende Klarheit über die Grenzen des Rechtsinstituts und über den „richtigen Umgang“ mit nichtigen Entscheidungen) hinausgehen. Insbesondere die halbwegs spektakuläre Anerkennung einer Urteilsnichtigkeit durch die oben behandelte aktuelle Entscheidung des OLG München in einer Konstellation von gewiss einiger praktischer Relevanz auch in anderen Fällen (informelle Verständigung mit nachfolgend unzureichender Sachverhaltsaufklärung) ist zu einer konkreten Übertragung auf das Zivilrecht nicht geeignet: Aufgrund der Dispositionsmaxime besteht hier von vornherein ein weiterer Spielraum für die Verfahrensführung, und die für das Strafverfahren zentrale Ermittlung der materiellen Wahrheit ist im Zivilverfahren gerade keine Prozessmaxime.

IV. Fazit

Die Urteilsnichtigkeit als eigene Kategorie für Fälle, in denen das allgemeine Instrumentarium zur Beseitigung fehlerhafter Urteile (Rechtsmittel sowie gegebenenfalls Wiederaufnahme) nicht ausreicht, in denen aber auch nicht ersichtlich ein „Nicht-Urteil“ vorliegt, ist hinsichtlich ihrer Erforderlichkeit zweifelhaft. Soweit man eine solche anerkennt, führt sie überdies zu rechtslogischen und / oder rechtspraktischen Problemen, da realistischerweise zumeist gleichwohl eine (dann vielleicht nicht konstitutive, sondern rein deklaratorische) Anfechtung des Urteils erforderlich ist. Dass trotz des prozessrechtstheoretisch identischen Ausgangspunktes in der deutschen Zivilprozessrechtswissenschaft die Urteilsnichtigkeit eher für möglich gehalten wird als in der Strafrechtswissenschaft, dürfte daran liegen, dass einige Konstellationen, die im Zivilprozessrecht als Beispiele für die Nichtigkeit angeführt werden, so im Strafprozess aufgrund unterschiedlicher Verfahrensstrukturen nicht wirklich denkbar sind.

Versucht man, gleichwohl einen groben kleinsten gemeinsamen Nenner zu finden, so sind in beiden Prozessrechtsgebieten nichtige Urteile dadurch gekennzeichnet, dass das Gericht nicht nur das Recht falsch anwendet, sondern dass es nicht das tut, was im gewaltengeteilten Staat seine Aufgabe ist bzw. dass es den Rahmen der Macht, welchen die Legislative der Judikative eingeräumt hat, in einem konkreten Fall permanent und

systematisch überschreitet. Um dies in ein Bild zu fassen: Wenn die den Gerichten zugewiesenen Aufgaben und eingeräumten Befugnisse durch eine Linie verkörpert wären, so sind fehlerhafte Urteile dadurch gekennzeichnet, dass der Richter beim Balancieren auf dieser Linie gelegentlich einen Fuß daneben setzt. Nichtige Urteile liegen dagegen vor, wenn diese Linie entweder in weiten Ausschlägen überschritten wird oder der Richter *a priori* jenseits dieser Linie marschiert. Dass selbst bei einer so allgemeinen Umschreibung bzw. einer solchen Metapher Unterschiede zwischen dem Zivil- und dem Strafverfahren bestehen bleiben können, liegt auf der Hand, da der Gesetzgeber den Gerichten die Linie im Straf- und im Zivilverfahren eben unterschiedlich gezogen hat; so ist eben die möglichst vollständige Aufklärung von Amts wegen eine Grenze, die in dieser Form nur für den Strafrichter gilt, während umgekehrt Einschränkungen des für ihn - um in der Metapher zu bleiben - legitimerweise begehbaren Raumes durch das Prozessverhalten der Parteien im Zivilprozess mit seiner Dispositionsmaxime eine deutlich größere Rolle spielen.

Auch bei solchen allgemeinen oder bildhaften Beschreibungen bleibt die Abgrenzung freilich schwierig: Wann geht ein Schritt nur knapp, wann geht er weit über die Linie hinaus? Wenn ein Urteil schon dann erfolgreich angefochten werden kann, wenn der Richter versehentlich einmal knapp neben die Linie gerät, besteht an sich kein Bedürfnis für eine Sonderkategorie nur deshalb, weil er sich weiter davon entfernt[44]. Die bei einer Nichtigkeit theoretisch naheliegende Annahme, dass die „Anfechtung“ (d.h. das Begehren an das Gericht, die Unwirksamkeit des Urteils festzustellen) zeitlich an keine Fristen gebunden ist, führt hier zu keinem anderen Ergebnis. Denn ein wirklich unbestreitbares Bedürfnis für eine zeitlich uneingeschränkte Anfechtbarkeit (und damit für den Versuch, eine Nichtigkeit geltend zu machen, nachdem die üblichen Rechtsmittelfristen verstrichen sind) ist nicht zu erkennen.

---

[44] Die zur Zeit der Entstehung dieses Manuskriptes gerade laufende Fußballweltmeisterschaft drängt zu folgendem Vergleich: Wenn durch die neueingesetzte Tortechnik eindeutig entschieden werden kann, wenn ein Ball sich auch nur knapp hinter der Torlinie befindet, macht es eben keinen Unterschied, ob ein solches knappes Überschreiten festgestellt werden kann oder ob der Ball ganz hinten im Netz zappelt.

HUKUK MUHAKEMELERİ KANUNU'NUN 3. MADDESİNİN ANAYASA MAHKEMESİ TARAFINDAN İPTAL EDİLMİŞ OLMASI VESİLESİYLE İDARİ YARGININ GÖREVİNE GİREN BAZI DAVALARIN ÖZEL BİR KANUN HÜKMÜYLE ADLÎ YARGININ GÖREVİNE DAHİL EDİLMESİ

Prof. Dr. Baki KURU

A. Genel Bilgi

Adlî yargının görev alanının tespiti kuramsal olarak kolay görünmesine rağmen, uygulamada hukuk mahkemeleri ile idare mahkemeleri arasında pek çok yargı yolu uyuşmazlığı çıkmaktadır.

Bunu önlemek için, bazı hallerde aslında idarî yargının görev alanına giren davalar, özel kanun hükümleri ile adlî yargının görev alanına dahil edilmektedir.

Bu yazıda, bu konudaki özel kanun hükümlerine değinildikten sonra, Hukuk Muhakemeleri Kanununun iptal edilmiş olan 3. maddesi hükmünün yeniden düzenlenmesinin mümkün olup olmadığı inceleme konusu yapılacaktır.

B. İdari Yargının Görevine Giren Bazı Davaların Özel Kanun Hükümleri ile Adlî Yargının Görevine Dahil Edilmesi Anayasa'ya Aykırı Mıdır?

I. Anayasa Mahkemesinin 2000 Yılından Önceki Kararları

Anayasa Mahkemesi, 2000 yılından önceki kararlarında idarî yargının görev alanına giren bir dava için, özel bir kanun hükmü ile adlî yargının **görevli kılınamayacağı görüşündeydi**; misaller:

"**Danıştay'ın görev alanına giren bir anlaşmazlığın çözümünün adlî yargı yerine bırakılması konusunda yasama organının takdir** ve **seçme**

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Özel Sayı 2014, s. 217-229 (Basım Yılı: 2015)
Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ'e Armağan

serbestîsine sahip olduğunu öne sürme olanaksızdır. Çünkü kanunların başka idarî yargı yerlerine bırakmadığı bütün idarî davaları ilk derece idare mahkemesi sıfatıyla çözme yetkisi kesin olarak Danıştay'a aittir. Yasama organının kanun koymak suretiyle kullanabileceği takdir hakkı ise, o idarî davanın çözümünü başka bir idarî yargı merciine, yani alt derece idare mahkemesine bırakmaktan ibaret kalır ki, bu halde dahi Danıştay'ın üst derece idare mahkemesi niteliğini koruyacağı açıktır"[1].

"**Yasama organı**, anayasal bir gerek olarak **idare hukuku alanına giren bir idarî eylem** ya da **işleme karşı adlî yargı yolunu seçme hakkına sahip değildir**. Aksi halde, Anayasa'nın "Kanunî hâkim güvencesi" başlığı altındaki 37. maddesinin birinci fıkrasında "Hiç kimse kanunen tâbi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamaz" biçiminde ifade edilmiş buyurucu kurala aykırılık oluşur. Bunun içindir ki, Anayasa'nın 156. maddesinin ikinci fıkrası, idarî uyuşmazlıkları çözümlemeyi Danıştay'ın görevleri kapsamına almıştır"[2].

"Adlî ve idarî yargı ayrımı benimsenince onun gereklerine de uymak zorunluluğundan kaçınılamaz. Anayasa'nın "Yargı Yolu" başlıklı 125. maddesinin birinci fıkrasındaki "İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır" hükmüyle başlayıp yukarda ele alınan maddelerin hükümleriyle tamamlanan yargısal düzenlemeler adlî-idarî yargı ayrılığının kurumlaştığının kanıtlarıdır. Adlî ve idarî yargı yolu ayrımı, uyuşmazlıklara uygulanan kurallardan değil, anlaşmazlığın kaynaklandığı esaslardaki ayrılıktan ileri gelmektedir. Bu nedenle **adlî yargı alanındaki bir uyuşmazlığın idarî yargı hâkimine**, **idarî yargı alanındaki bir uyuşmazlığın da adlî yargı hâkimine gördürülmesi sonucunu doğuracak**, savcıları da aynı biçimde görevlendirmeye elverişli bir **düzenleme Anayasa'nın öngördüğü yargı ayrılığı ilkesiyle çelişecektir**. Bu tür düzenleme, Anayasa'nın 140. maddesiyle bağdaşmaz"[3].

---

1 Anayasa Mahkemesinin 25.5.1976 gün ve 1/28 sayılı kararı (Resmi Gazete 16.8.1976, Sayı 15679, s. 1-8).

2 Anayasa Mahkemesinin 22.12.1988 gün ve 5/55 sayılı kararı (Resmi Gazete 25.7.1989, Sayı 20232, s. 23-71).

3 Anayasa Mahkemesinin 28.2.1989 gün ve 32/10 sayılı kararı (Resmi Gazete 22.6.1989, Sayı 20203, s. 15-43).

"Anayasa kuralları gereğince, **yasama organı**, idare hukuku alanına giren bir idarî eylem ya da **işleme karşı adlî yargı yolunu seçme hakkına sahip değildir**"[4].

Buna rağmen, Kanun koyucu, idarî yargının görev alanına giren bazı davalar için, özel bir kanun hükmü ile adlî yargıyı görevli kılmıştı; misaller:

1) Taşınmazları kamulaştırılan kişilerin açtığı **kamulaştırma bedeline itiraz davaları** için asliye hukuk mahkemesi görevli kılınmıştı; bkz: Kamulaştırma Kanununun (24.4.2001 tarihli değişiklikten) önceki 14. maddesi[5].

2) 7.6.1939 gün ve 3634 sayılı **Milli Müdafaa Mükellefiyeti Kanunu**nun 58. maddesine göre, iskân ve konaklamadan doğan zarar ve ziyan iddiaları ve alınan mallar için tespit edilen tazminat miktarı hakkında açılan davalar, adliye mahkemelerinde görülür[6].

3) 31.8.1956 gün ve 6831 sayılı Orman Kanununun 11. maddesine göre açılan **orman sınırlamasına itiraz davaları**, kadastro mahkemelerinde görülür[7].

4) 15.5.1959 gün ve 7269 sayılı **Umumi Hayata Müessir Afetler** Dolayısiyle Alınacak Tedbirlerle Yapılacak Yardımlara Dair **Kanunu**n 17 ve 18. maddeleri uyarınca açılan davalar, taşınmaz malın bulunduğu yerdeki asliye hukuk mahkemelerinde görülür.

---

4 Anayasa Mahkemesinin 28.6.1995 gün 71/23 sayılı kararı (Resmi Gazete 20.3.1996, Sayı 22586, s. 37-54).

5 Bkz. Baki **Kuru**, Hukuk Muhakemeleri Usulü, 6. Baskı I. Cilt, s. 15. - Belirteyim ki, 24.4.2001 gün ve 4650 sayılı Kanun ile Kamulaştırma Kanununda yapılan değişiklik ile, **kamulaştırma bedeline itiraz davaları kurumu kaldırılmıştır**. Bunun yerine, İdarenin taşınmazı kamulaştırılmış olan kişiye karşı, asliye hukuk mahkemesinde, kamulaştırma bedelinin tespiti ve taşınmazın idare adına tescili davası açması kurumu kabul edilmiştir (Kamulaştırma K.m. 10).

6 Misaller için bkz. Baki **Kuru**, Hukuk Muhakemeleri Usulü, 6. Baskı, I. Cilt 2001, s. 19 dipnot 47'deki Uyuşmazlık Mahkemesi kararları.

7 Misaller için bkz. Baki **Kuru**, Hukuk Muhakemeleri Usulü, 6. Baskı, I. Cilt, 2001, s. 17 dipnot 48'deki Yargıtay ve Uyuşmazlık Mahkemesi kararları.

5) 25.10.1983 gün ve 2935 sayılı **Olağanüstü Hal Kanunu**nun 16. maddesinin son fıkrasına göre, olağanüstü hal kurulu veya bürolarınca takdir olunacak bedel, kira, ücret veya tazminata karşı, ilgililer genel hükümlere göre adlî yargıya başvurabilirler.

6) **İcra** ve **iflâs dairesi görevlilerinin kusurlarından doğan tazminat davaları için adliye mahkemeleri görevlidir** (İİK m. 5, c. 1 ve c. 3). Devletin, zararın meydana gelmesinde kusuru bulunan görevlilere rücu hakkı saklıdır. Devletin görevlilere karşı açacağı rücu davasına da adliye mahkemelerinde bakılır (İİK m. 5, c. 2 ve 3)[8].

7) 17.2.1926 gün ve 743 sayılı (mülga) Medeni Kanun döneminde de, **tapu sicilinin tutulmasından doğan zarardan dolayı** Devlet'e karşı açılacak **tazminat davaları**nda (mülga MK m. 917) adliye mahkemelerinin görevli olduğuna karar verilmekte idi[9]; bu uygulamayı eleştirmiştim[10].

4721 sayılı (yeni) Türk Medeni Kanununun 1007. maddesinin üçüncü fıkrasına şu hüküm eklenmiştir: "Devletin sorumluluğuna ilişkin davalar, tapu sicilinin bulunduğu yer mahkemesinde görülür".

Bu hükmün gerekçesinde şu açıklamaya yer verilmiştir: "Yürürlükteki Kanunun 917 nci maddesini karşılamaktadır. Hüküm değişikliği yoktur. … - Ayrıca maddeye bir üçüncü fıkra eklenerek Devletin sorumluluğuna ilişkin davaların, tapu sicilinin bulunduğu yer mahkemesinde görüleceği belirtilmiştir. **Burada asliye hukuk mahkemesinin görevli mahkeme olması amaçlanmaktadır**. - Yürürlükteki Kanunda böyle bir hükmün bulunmaması, Uyuşmazlık Mahkemesinin zaman zaman farklı kararlar vererek bu konuda bazen adlî mahkemeleri bazen idare mahkemelerini görevli saymasına yol açmıştır. Maddeye konulan bu hükümle konu açıklığa kavuşturulmuştur".

---

8 Fazla bilgi ve misaller için bkz. Baki **Kuru**, İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, 2. Baskı 2013, s. 98-102.

9 Bkz. Baki **Kuru**, Hukuk Muhakemeleri Usulü, 6. Baskı, I. Cilt, 2001, s. 19, dipnot 53'deki Uyuşmazlık Mahkemesi ve Yargıtay kararları.

10 Bkz. Baki **Kuru**, Hukuk Muhakemeleri Usulü, 6. Baskı, I. Cilt, 2001, s. 19.

Buna uygun olarak, Uyuşmazlık Mahkemesi[11], Danıştay[12] ve Yargıtay[13], tapu sicilinin tutulmasından doğan zarardan dolayı Devlet'e karşı açılacak tazminat davalarında adliye mahkemelerinin görevli olduğuna karar vermektedirler.

II. Anayasa Mahkemesinin 2000 Yılından Sonraki Kararları

Anayasa Mahkemesi, 2000 yılından sonraki kararlarında, **yukarıdaki görüşünü**[14] **değiştirmiş** ve **idarî yargının görev alanına giren bir dava için**, özel bir kanun hükmü ile **adlî yargının görevli kılınabileceği görüşünü benimsemiştir**; misaller:

"Tarihsel gelişime paralel olarak Anayasa'da adlî ve idarî yargı ayrımına gidilmiş ve idarî uyuşmazlıkların çözümünde idare ve vergi mahkemeleriyle Danıştay yetkili kılınmıştır. Bu nedenle, kural olarak idare hukuku alanına giren konularda idarî yargı, özel hukuk alanına giren konularda adlî yargı görevli olacaktır. Bu durumda idarî yargının görev alanına giren bir uyuşmazlığın çözümünde adlî yargının görevlendirilmesi konusunda yasa koyucunun mutlak bir takdir hakkının bulunduğunu söylemek olanaklı değildir. **İdarî yargının denetimine bağlı olması gereken idarî bir uyuşmazlığın çözümü**, **haklı neden** ve **kamu yararının bulunması halinde yasa koyucu tarafından adlî yargıya bırakılabilir**"[15].

"5510 sayılı Kanun ile birlikte sosyal güvenlik tek çatı altında toplanmış, özel hukuk niteliği ağır basan sosyal güvenlik hukuku alanı oluşmuştur. İtiraz konusu kuralda, ayrım yapılmaksızın 5510 sayılı Kanundaki iş ve işlemler hakkında genel bir düzenleme yapılmış ve aksine hüküm bulunmayan hallerde, Kanun kapsamındaki uyuşmazlıkların çözüm yeri olarak iş mahkemeleri gösterilmiştir. İş mahkemeleri, iş hukuku alanındaki uyuşmazlıkları çözmekle görevli, ihtisaslaşmış adlî yargı mahkemeleridir. **Yasa**

---

11 Bkz. Uyuşmazlık Mahkemesi 11.11.2013, 3793/4752; 24.12.2012, 277/293; 7.6.2010, 287/131.

12 Bkz. Danıştay 8. Daire 27.9.2010, 3793/4752; Danıştay10. Daire 28.3.2008, 4673/1712.

13 HGK 18.11.2009, 4/383-517; HGK 1.11.2012 5/512-822; 20.HD 20.10.2011, 6067/11891; 20. HD. 20.6.2011, 6930/7613.

14 Bkz. yuk. dipnot 1, 2, 3 ve 4 civarı.

15 Anayasa Mahkemesinin 15.5.2001 gün ve 72/51 sayılı kararı (Resmi Gazete 1.2.2001, Sayı 24305). - Bkz. ayrıca aşa. dipnot 17, 22 ve 25 civarı.

koyucu 5510 sayılı Kanun kapsamındaki iş ve **işlemler**, prim esasına dayalı yeni sistemin niteliğine bağlı olarak **iş mahkemelerinin görev alanı kapsamına alabilir**. Sosyal güvenlik hukuku kapsamında aynı konuya ilişkin tüm uyuşmazlıkların, **bu alanda görevli uzman mahkeme olan iş mahkemelerinde görülmesinin**, **hak arama özgürlüğünü kolaylaştırıcı nitelikte olduğu**, bu suretle kısa sürede sonuç alınmasını olanaklı kıldığı da açıktır. - Bu bakımdan 5510 sayılı Kanunun yürürlüğünden sonra, prim esasına dayalı yeni sistemin içeriği ve Kanun kapsamındaki iş ve işlemlerin niteliği göz önünde bulundurulduğunda, itiraz konusu kuralla, yargılamanın bütünlüğü ve uzman mahkeme olması nedeniyle Kanun hükümlerinin uygulanmasıyla ilgili ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözümünde **iş mahkemelerinin görevlendirilmesinde Anayasa'ya aykırılık görülmemiştir**"[16].

"Ana ilke, idarî işlemlerin idarî yargı denetimine tabi olması gerektiği olmakla birlikte, **haklı neden** ve **kamu yararı mevcut ise**; **yasa koyucu adlî yargıyı görevli kılabilir**[17]. Hatta bize göre haklı neden ve kamu yararı unsurunun ağırlık ve yoğunluğuna göre, bazı durumlarda **yasa koyucu için bu husus bir takdiri hak değil mecburi görev olmalıdır**… - Sosyal güvenlikle ilgili yaptırımlarda hâlihazırda dört ayrı yargı organı aynı maddi olayda görevli olup bu husus yargı ayrılığı rejimiyle izah edilemez. Kaldı ki, **vatandaşın adil yargılanma hakkı** ve **etkili başvuru hakkı**, **yargı ayrılığının sağladığı güvenceden önce gelir**. Nitekim aynı olayla ilgili dört ayrı yargı yerinden farklı kararlar çıkması, birbirlerini bekletici mesele yapmaları ve davaların sürüncemede kalması, farklı neticelere varmaları vatandaş nezdinde yargıya olan güvenin sarsılması ve hak arama özgürlüğünün ihlali anlamına gelir. Dolayısıyla **işlem her ne kadar idarî nitelikte ise de**, burada haklı neden ve kamu yararı unsuru çok yoğun şekilde gerçekleşmiş olup, **yasa koyucunun bu ihtilâfları uzman mahkeme olan iş mahkemesinde birleştirmesi**, **takdir hakkından öte Anayasal bir görev halini almıştır**"[18].

---

16 Anayasa Mahkemesinin 22.12.2011 gün ve 65/169 sayılı kararı (Resmi Gazete 25.1.2012, Sayı 28184).

17 Bkz. ayrıca yuk. dipnot 15 civarı; aşa. dipnot 22 ve 25 civarı.

18 Anayasa Mahkemesinin 20.10.2011 gün ve 55/40 sayılı kararı (Resmi Gazete 14.2.2011, Sayı 28204). **İdari yargının görev alanına giren bir davanın özel bir kanun hükmü ile adlî yargının görev alanına dahil edilmesinin Anayasaya aykırı olmadığına**

III. Anayasa Mahkemesi'nin Görüş Değiştirmesinden Sonra Yapılan Düzenlemeler

Anayasa Mahkemesinin, özel kanun hükmü ile idarî yargının görev alanına giren bir davanın adlî yargının görev alanına dahil edilmesi konusundaki görüş değişikliğinden sonra da, bazı kanunlarda bu görüşe uygun olarak düzenlemeler yapılmıştır; misaller:

1. Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu

31.5.2006 gün ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu "hükümlerinin uygulanmasıyla ilgili ortaya çıkan uyuşmazlıklar iş mahkemelerinde görülür" (Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası K. m. 101)[19].

2. Hukuk Muhakemeleri Kanunu

Hâkimlerin yargılama faaliyetinden dolayı Devlet aleyhine açılan tazminat davaları için, Yargıtay (adlî yargı) görevlidir (HMK m. 47/1)[20].

3. Karayolları Trafik Kanunu

Karayolları Trafik Kanununun (11.1.2011 gün ve 6099 sayılı Kanunun 14. maddesi ile değişik) **110**. **maddesi**ne göre: "İşleteni veya sahibi Devlet ve diğer kamu kuruluşları olan araçların sebebiyet verdiği zararlara ilişkin olanları dahil, bu Kanundan doğan sorumluluk davaları, adlî yargıda görülür. Zarar görenin kamu görevlisi olması, bu fıkra hükmünün uygulanmasını önlemez. Hemzemin geçitte meydana gelen tren-trafik kazalarında da bu Kanun hükümleri uygulanır".

---

başka misaller için bkz. Anayasa Mahkemesinin 1.3.2006 gün ve 108/35 sayılı kararı (Resmi Gazete 22.6.2006, Sayı 26236); Anayasa Mahkemesinin 11.6.2009 gün ve 115/80 sayılı kararı (Resmi Gazete 26.11.2009, Sayı 27418); Anayasa Mahkemesinin 22.12.2006 gün ve 226/119 sayılı kararı (Resmi Gazete 27.11.2007, Sayı 26713); Anayasa Mahkemesinin 21.12.2007 gün ve 75/114 sayılı kararı (Resmi Gazete 31.3.2007, Sayı 26479).

19 Misaller : Uyuşmazlık Mahkemesi 14.7.2014, 722/777; HGK 30.4.2014, 10/1660-556; Danıştay 11. Daire 19.9.2012, 1381/5536.

20 Misaller : HGK 20.12.2013, 4/2247/1667; 4.HD. 25.3.2013, 1663/5391.

Bu değişikliğin gerekçesi şöyledir:

"Kökleşmiş yargısal uygulamaya ve yasaya hakim sisteme rağmen son yıllarda kamu araçları ile işlenen kazalardan doğan zararlara ilişkin davaların idarî yargıda görülmesi gerektiği yönünde Uyuşmazlık Mahkemesi kararları kurulmaktadır (bulunmaktadır)[21]. - Adlî yargı (özellikle Yargıtay), Uyuşmazlık Mahkemesi kararlarına rağmen içtihadını müstakar olarak sürdürmektedir. ... -Uyuşmazlık Mahkemesi, kararlarında özel hukuk sorumluluğunun benimsenmiş olmasına atıf yapmakla birlikte, yasada "açık bir görev kuralına yer verilmemiş olması" argümanına dayanmaktadır (UYM 3.5.2004, 21/20). …- **Aynı seyir çizgisinde hareket eden**, **aynı tür risk üreten araçlar arasında özel-kamu ayırımını esas alarak yasaya rağmen**, **içtihatla farklı görev kuralı oluşturmak**, giderek aynı riskten farklı hukuk uygulamalarına yol açmak, **hukuk** ve **adalet mantığı** ile de **bağdaşmaz** (Anayasa m. 2). -İdarî ve adlî yargı kolları arasındaki görev uyuşmazlıkları, trafik kazalarından kaynaklanan davaların görülmesinde sürekli bir belirsizliğe, gecikmelere ve hak kayıplarına yol açmaktadır…- Komisyon; Kanunun kamu araçlarının karayolundaki seyrini ve bu sırada oluşan haksız fiilleri özel hukuka bağlı kılmış olması karşısında (m. 106), bu tür fiillerden kaynaklanan davaların adlî yargıda görülmesini, bu kabulün kaçınılmaz sonucu olarak görmektedir. Uygulamada var olan farklı ve çatışan kararların kanun seviyesinde yeknesak bir usul rejimine bağlanmasını adil yargılanma hakkının da gereği saymaktadır" (Karayolları Trafik K. m. 110 hükmünde 6099 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik gerekçesinden).

Karayolları Trafik Kanununun değişik 110. **madde**sindeki Devlet ve diğer kamu kuruluşlarının araçlarına sebebiyet verdiği zararlardan dolayı da adliye mahkemelerinde görevli olduğuna ilişkin maddesinin **iptali için Anayasa Mahkemesine başvurulmuştur**.

Anayasa Mahkemesi (**26**.**12**.**2013** tarihinde) Karayolları Trafik Kanununun değişik **110**. **maddesi hükmünün Anayasa**'**ya aykırı olmadığına** oybirliği ile karar vermiştir:

Anayasa Mahkemesi kararının gerekçesi şöyledir:

"Anayasa Mahkemesinin daha önceki kimi kararlarında da belirtildiği üzere, tarihsel gelişime paralel olarak Anayasa'da adlî ve idarî yargı ayrı-

---

[21] Bkz. ayrıca aşa. dipnot 31 civarı.

mına gidilmiş ve idarî uyuşmazlıkların çözümünde idare ve vergi mahkemeleriyle Danıştay yetkili kılınmıştır. Bu nedenle, genel olarak idare hukuku alanına giren konularda idarî yargı, özel hukuk alanına giren konularda adlî yargı görevli olacaktır. Bu durumda idarî yargının görev alanına giren bir uyuşmazlığın çözümünde adlî yargının görevlendirilmesi konusunda kanun koyucunun mutlak bir takdir yetkisinin bulunduğunu söylemek olanaklı değildir. Ancak, **idarî yargının denetimine bağlı olması gereken idarî bir uyuşmazlığın çözümü**, **haklı neden** ve **kamu yararının bulunması halinde kanun koyucu tarafından adlî yargıya bırakılabilir**[22]. - İtiraz konusu kural, trafik kazasında zarar görenin asker kişi ya da memur olmasına, aracın askeri hizmete ilişkin olmasına, kamu ya da özel araç olmasına veya olayın hemzemin geçitte meydana gelmesi durumlarına göre farklı yargı kollarında görülmekte olan 2918 sayılı Kanundan (Karayolları Trafik Kanunundan) kaynaklanan tüm sorumluluk davalarının adlî yargıda görüleceğini öngörmektedir. İtiraz konusu düzenlemenin gerekçesinde de ifade edildiği gibi, askeri idarî yargı, idarî yargı veya adlî yargı kolları arasında uygulamada var olan yargı yolu belirsizliği giderilerek, söz konusu davalarla ilgili olarak yeknesak bir usul belirlenmektedir. **Aynı tür davaların aynı yargı yolunda çözümlenmesi sağlanarak davaların görülmesi** ve **çözümlenmesinin hızlandırıldığı**, bu suretle kısa sürede sonuç alınmasının olanaklı kılındığı ve bunun söz konusu davaların **adlî yargıda görüleceği yolunda getirilen düzenlemenin kamu yararına yönelik olduğu anlaşılmaktadır**. - Öte yandan, 2918 sayılı Kanun'da tanımlanan karayolu şeridi üzerindeki araç trafiğinden kaynaklanan sorumlulukların, özel hukuk alanına girdiği konusunda bir tartışma bulunmamaktadır. İdare tarafından kamu gücünden kaynaklanan bir yetkinin kullanılması söz konusu olmadığı gibi, aynı karayolu üzerinde aynı seyir çizgisinde hareket eden, bu nedenle aynı tür risk üreten araçlar arasında özel-kamu ayırımı yapılmasını gerektiren bir neden de yoktur. - Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasanın 2., 125. ve 155. maddelerine aykırı değildir. İtirazın reddi gerekir"[23].

---

[22] Bkz. ayrıca yuk. dipnot 15 ve 17 civarı; aşa. dipnot 25 civarı.

[23] Anayasa Mahkemesi'nin 6.12.2013 gün ve 68/165 sayılı kararı (Resmi Gazete 27.3.2014, Sayı 28954).

IV. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 3. Maddesi

Kanun koyucu, Karayolları Trafik Kanununun 110. maddesinde yaptığı değişikliğe paralel olarak, aynı zamanda (eş zamanlı olarak)[24] Hukuk Muhakemeleri Kanununun 3. maddesinde de şu hükme yer vermişti:

"Her türlü idarî eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine yahut kişinin ölümüne bağlı maddî ve manevî zararların tazminine ilişkin davalara asliye hukuk mahkemeleri bakar. İdarenin sorumluluğu dışında kalan sebeplerden doğan aynı tür zararların tazminine ilişkin davalarda dahi bu hüküm uygulanır" (HMK m. 3).

Fakat, bu düzenleme noksandı. Çünkü, Karayolları Trafik Kanununun 110. maddesindeki düzenlemede, aynı olaydan doğan davaların tümü için adlî yargı görevlendirildiği halde, HMK'nun 3. maddesinde, aynı olaydan doğan davaların yalnız bir bölümü için adlî yargı görevlendirilmişti. Başka bir deyimle "aynı idarî eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerden kaynaklanan zararlar" HMK m. 3 hükmünün kapsamına alınmamış idi. Bu ise, adlî yargı ile idarî yargı arasındaki yargı yolu uyuşmazlıklarının azalması ve davaların (yargılamanın) makul süre içinde yürütülmesi (HMK m. 30) ve süratle sonuçlanması (Anayasa m. 141 son fıkra) ilkelerine aykırı idi.

Bu nedenle, HMK'nun 3. maddesi hükmü, Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir. Anayasa Mahkemesinin iptal kararının gerekçesi şöyledir:

"Anayasa Mahkemesinin daha önceki kimi kararlarında da belirtildiği üzere, tarihsel gelişime paralel olarak Anayasa'da adlî ve idarî yargı ayrımına gidilmiş ve idarî uyuşmazlıkların çözümünde idare ve vergi mahkemeleriyle Danıştay yetkili kılınmıştır. Bu nedenle, genel olarak idare hukuku alanına giren konularda idarî yargı, özel hukuk alanına giren konularda adlî yargı görevli olacaktır. Bu durumda idarî yargının görev alanına giren bir uyuşmazlığın çözümünde adlî yargının görevlendirilmesi konusunda yasa

---

[24] Karayolları Trafik Kanununun 110. maddesi 11.1.2011 gün ve 6099 sayılı Kanun ile değiştirilmiştir. Hukuk Muhakemeleri Kanununun kabul tarihi 12.1.2011'dir, kanun numarası ise 6100'dür.

koyucunun mutlak bir takdir hakkının bulunduğunu söylemek olanaklı değildir. Ancak, idarî yargının denetimine bağlı olması gereken idarî bir uyuşmazlığın çözümü, haklı neden ve kamu yararının bulunması halinde yasa koyucu tarafından adlî yargıya bırakılabilir[25]. - Dava konusu kuralla (HMK m. 3), **sadece kişinin vücut bütünlüğüne verilen** maddi **zararlar** ile buna bağlı manevi zararların ve ölüm nedeniyle oluşan maddi ve manevi zararların tazmini konusu kapsama alınmakta ve bu tazminat davalarına bakma görevi asliye hukuk mahkemelerine verilmektedir. Buna göre, **aynı idarî eylem** ve **işlemler** ile **idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerden kaynaklanan zararlar kapsama alınmadığından**, **sorumluluk sebebi aynı olsa da bu zararların tazmini davaları idarî yargıda görülmeye devam edecek**, bu durumda, **idarenin aynı yapı içinde aldığı kararın bir bölümünün idarî yargıda bir bölümünün adlî yargıda görülmesi yargılamanın bütünlüğünü bozacaktır**. Ayrıca iki ayrı yargı kolunda görülen davalarda, idarenin sorumluluğu, bu sorumluluğun kapsamı, idarenin tazmin yükümlülüğü konularında **farklı sonuçlara ulaşılabilecektir**. Esasen **idare hukukunda var olan hizmet kusuru** ve **kusursuz sorumluluk** kavramları, kişilerin gördüğü zararların tazmininde kullanılan ve kişilerin idare karşısında korunma kapsamını genişleten kavramlardır. İdare hukukunda, idarenin hiçbir kusuru olmasa da sosyal risk, terör eylemleri, fedakârlığın denkleştirilmesi gibi kusursuz sorumluluğa ilişkin kavramlara dayanılarak kişilerin uğradığı zararların tazmin edilmesi mümkündür. **Özel hukuk alanındaki kusursuz sorumluluk halleri ise belirli konular için düzenlenmiş olup sınırlıdır**. İdarenin idare hukuku esaslarına dayanarak tesis ettiği tartışmasız bulunan eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerden kaynaklanan zararlara ilişkin davaların idarî yargı yerlerinde görülmesi gerektiği kuşkusuzdur. Bu nedenle, yukarıda belirtildiği gibi **aynı idarî eylem**, **işlem veya sorumluluk sebebinden kaynaklanan zararların tazminine ilişkin davaların farklı yargı yerlerinde görülmesinde kamu yararı ve haklı neden olduğu söylenemez**"[26].

---

[25] Bkz. ayrıca yuk. dipnot 15, 17, 22 ve 25 civarı.

[26] Anayasa Mahkemesinin 16.2.2012 gün ve 35/23 sayılı kararı (Resmi Gazete 19.5.2012, Sayı 28297).

V. HMK'nun 3. Maddesi Hükmünün Yeniden Düzenlenmesi

Anayasa Mahkemesinin yukarıda yer verilen kararlarında da görüldüğü üzere, Anayasa Mahkemesi, özel bir kanun hükmü ile, idarî yargının görev alanına giren bir konunun, adlî yargının görevine dahil edilemeyeceği görüşünü değiştirmiştir[27].

Yukarda görüldüğü gibi, Anayasa Mahkemesi, artık ilke olarak, idarî yargının görev alanına girmesi gereken davaların, haklı neden ve kamu yararının bulunması halinde yasa koyucu tarafından adlî yargıya bırakılabileceği görüşündedir[28].

Fakat, Anayasa Mahkemesi, özel bir kanun hükmü ile bir davanın adlî yargının görevine dahil edilmesi halinde, dava konusunun bir bütün olarak değerlendirilmesi gerektiği, yani dava konusunun bir bölümünün adlî yargının, diğer bölümünün idarî yargının görev alanında olamayacağı görüşündedir.

HMK'nun 3. maddesi hükmünün iptaline ilişkin Anayasa Mahkemesi kararının iptal gerekçesi, idarî yargının görevine giren bir davanın özel bir kanun hükmü ile adlî yargının görevine dahil edilemeyeceği değildir.

Çünkü, Anayasa Mahkemesi, HMK'nun 3. maddesi hükmünün iptaline ilişkin kararında da, idarî yargının görevine giren bir davanın haklı neden ve kamu yararının bulunması halinde yasa koyucu tarafından adlî yargıya bırakılabileceği ilkesini tekrarlamıştır[29].

Bundan sonra, Anayasa Mahkemesi, az önce zikredilen gerekçede de belirtildiği gibi, HMK'nun 3. maddesini, aynı olaya ilişkin davaların "bir bölümünün idarî yargıda bir (diğer) bölümünün adlî yargıda görülmesinin yargılamanın bütünlüğünü bozacağı" ve "aynı idarî eylem, işlem veya sorumluluk sebebinden kaynaklanan zararların tazminine ilişkin davaların farklı yargı yerlerinde görülmesinde kamu yararı ve haklı neden olduğu söylenemez" gerekçeleriyle iptal etmiştir.

---

27 Bkz. yuk. dipnot 1, 2, 3 ve 4'teki Anayasa Mahkemesi kararları.

28 Bkz. yuk. dipnot 15, 16, 18 ve 23'teki Anayasa Mahkemesi kararları.

29 Bkz. yuk. dipnot 25 civarı.

Aynı gerekçe, Karayolları Tarfik Kanununun 110. maddesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ilişkin Anayasa Mahkemesi kararında[30] da etkili olmuştur; şöyle ki: Karayolları Trafik Kanununun 110. maddesinin değiştirilmesinden önceki dönemde, kamu araçlarının neden olduğu kazalardan doğan tazminat davalarında idarî yargının görevli olduğuna ilişkin yargı kararları[31] nedeniyle, aynı trafik düzeni içinde hareket aden araçların malikinin kamu ya da özel kişiler olmasına göre, tazminat davalarında görevli yargı yolunun belirlenmesinin yargı bütünlüğüne aykırı olması nedeniyle, kamu veya özel kişilere ait araçların yaptığı kazalardan doğan tazminat davalarının hepsinin adlî yargının görev alanına dahil eden Karayolları Trafik Kanununun 110. maddesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına karar vermiştir[32].

Bunun gibi, "aynı idarî eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerden kaynaklanan zararlar" da kapsamına alınarak, HMK'nun 3. maddesi, Anayasa Mahkemesi kararı doğrultusunda yeniden düzenlenebilir.

Böyle bir düzenleme ile, adlî yargı ile idarî yargı arasındaki yargı yolu uyuşmazlıklarının azalacağı ve davaların (yargılamanın) makul süre içinde yürütülmesinin (HMK m. 30) ve süratle sonuçlandırılmasının (Anayasa m. 141 son fıkra) mümkün olabileceği kanısındayım.

---

30 Bkz. yuk. dipnot 23'teki Anayasa Mahkemesi kararı.

31 Bkz. yuk dipnot 21 civarı.

32 Bkz. yuk. dipnot 23'teki 6.12.2013 günlü Anayasa Mahkemesi kararı.

BEFUNDTATSACHENFESTSTELLUNG DURCH GERICHTSSACHVERSTÄNDIGE IM AUSLAND

ANMERKUNGEN ZUR BEWEISAUFNAHMEWEGEFRAGE IM LICHTE VON EuGH Rs. C-322/11 - PRORAIL

Professor (em.) Dr. Walter F. LINDACHER*

Verlangt die Feststellung auslandsbelegener Befundtatsachen Vorortuntersuchungen, stehen dem Prozessgericht unter dem Geltungsregime der Europäischen BeweisaufnahmeVO allemal zwei Wege offen: die Nachsuchung traditioneller (=aktiver) Rechtshilfe durch ausländische Gerichte (Art. 1 Abs. 1 lit. a EuBewVO), soweit die Beweisaufnahme auf freiwilliger Grundlage ohne Zwangsmaßnahmen erfolgen kann, alternativ die Nachsuchung der Genehmigung des Belegenheitsstaats zur unmittelbaren Beweisaufnahme in Eigenregie (Art. 1 Abs. 1 lit. b, 17 EuBewVO). Im ersten Fall zielt das Ersuchen auf Durchführung der Beweisaufnahme durch einen vom ausländischen Gericht zu bestellenden Sachverständigen unter dem Recht des ersuchten Staats. Im zweiten Fall (Fall so genannter passiver Rechtshilfe) geht es um – gegebenenfalls bedingungsabhängige – Duldung der Ermittlungstätigkeit des vom inländischen Prozessgericht bestellten und diesem gegenüber weisungsgebundenen Sachverständigen.

Kontrovers diskutiert wird die letztlich aufs Engste mit dem Souveränitätsgedanken verwobene Frage, ob eine unmittelbare Beweisaufnahme auf freiwilliger Basis ohne Einsatz von Zwangsmaßnahmen an den Rechtshilfestellen des Belegenheitsstaats vorbei

* an der juristischen Fakultät der Universität Trier

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Özel Sayı 2014, s. 231-237 (Basım Yılı: 2015)
Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ'e Armağan

durchgeführt werden darf[1]: Ein Passus im deutschen Vorentwurf der Europäischen BeweisaufnahmeVO, der die Entbehrlichkeit eines Rechtshilfeersuchens für die hier interessierende Konstellation klarstellen sollte, ist nicht in die Verordnung aufgenommen worden. Befürworter der Zulässigkeit „stiller Entsendung" reklamieren eine neuere Entscheidung des EuGH[2] als Bestätigung ihrer Position[3] - eine fragwürdige Interpretation des Luxemburger Spruchs. Die ProRail-Entscheidung trifft eine wichtige Teilaussage, lässt indes bei näherem Zusehen hieraus resultierende Folgefragen zum *licet* eines „dritten Wegs" durchaus offen.

I. Kein Exklusivcharakter der Europäischen BeweisaufnahmeVO

Ob die Europäische BeweisaufnahmeVO die grenzüberschreitende Befundtatsachenfeststellung durch Sachverständige abschließend regelt und damit von vornherein keinen Raum für eigenmächtige Beweisaufnahmen nach nationalem Recht lässt, war bislang streitig. Die Ansicht, dass Gerichte bei der grenzüberschreitenden Befundtatsachenfeststellung durch Sachverständige im Geltungsbereich der Europäischen BeweisaufnahmeVO auf die Instrumente der aktiven und passiven Rechtshilfe verwiesen bleiben, wurde in der Literatur verschiedentlich unionsrechtlich gerechtfertigt: Art. 17 Abs. 1 lit. b EuBewVO geböte für die unmittelbare Beweisaufnahme in

---

1 Bejahend: OLG Oldenburg MDR 2013, 547 (Ls.); *Schack* Internationales Zivilverfahrensrecht, 5. Aufl. 2010, Rn. 790; *Geimer* Internationales Zivilprozessrecht, 6. Aufl. 2009, Rn. 445; *Nagel/Gottwald* Internationales Zivilprozessrecht, 7. Aufl. 2013, § 8 Rn. 25; Stein/Jonas/*Berger* ZPO, 22. Aufl. 2006, § 363 Rn. 17; Prütting/Gehrlein/ *Halfmeier* ZPO, 3. Aufl. 2011, Anh. nach § 1075: EuBVO Art. 1 Rn. 4; *Schütze* in: Wieczorek/Schütze, 4. Aufl. 2013, § 1072 Rn. 11. Verneinend: *Linke/Hau* Internationales Zivilverfahrensrecht, 5. Aufl. 2011, Rn. 360; *Schlosser* EU-Zivilprozessrecht, 3. Aufl. 2009, Art. 1 EuBVO Rn. 2 iVm Art. 1 HBÜ Rn. 6; Rauscher/ *v.Hein* Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht (2011), Art. 1 EG-BewVO Rn. 25; Musielak/*Stadler* ZPO, 9. Aufl. 2010, § 363 Rn. 14; *St.Huber* in: Gebauer/ Wiedemann, Zivilrecht unter europäischem Einfluss, 2. Aufl. 2010, Kap. 31 Rn. 201; *Ahrens* FS Schütze (1999) S. 1, 5 f.

2 EuGH EuZW 2013, 313 m. Anm. *Bach* = IPRax 2014, 282 m. Bspr. *Thole* S. 255 – ProRail.

3 Zöller/*Geimer* ZPO, 30. Auf. 2014, § 363 Rn. 7; *Thole* IPRax 2014, 255, 258.

einem anderen Mitgliedstaat zwingend die Einholung einer Genehmigung durch die Behörden des Belegenheitsstaats. Der einschlägige Vorbehalt sichere auch im Verhältnis der Mitgliedstaaten untereinander einen Rest von Souveränität gegen auslandsgerichtlich veranlasste und gesteuerte Beweisaufnahmen[4]. Der EuGH[5] bestätigt die einen Exklusivcharakter verneinende Gegenmeinung[6]. Tragend ist für ihn die Erwägung, die Europäische BeweisaufnahmeVO sei geschaffen, um im Interesse einfacher, effizienter und schneller Abwicklung grenzüberschreitender Beweisaufnahmen Hindernisse abzubauen, nicht aber um anderweitige Möglichkeiten extraterritorialer Beweiserhebung einzuschränken.

II. Keine Absegnung freier grenzüberschreitender Beweisaufnahme durch den EuGH

Der EuGH hat in Wahrnahme seiner Interpretationsprärogative betreffs europäischer Rechtsakte entschieden, dass Art. 17 EuBewVO die Zulässigkeit grenzüberschreitender Sachverständigenermittlungen nicht abschließend regelt. Er konnte in Achtung seiner Kognitionsgrenzen die eigenmächtige grenzüberschreitende Beweisaufnahme nicht etwa als dritten Weg in den Anwendungsbereich der Europäischen BeweisaufnahmeVO integrieren (dem gescheiterten deutschen Vorschlag mithin richterrechtlich Geltung verschaffen), musste sie vielmehr außerhalb derselben belassen, sich einer autoritativen Aussage zum *licet* der „stillen Entsendung“ letztlich enthalten. Von einem der freien Beweisaufnahme den „Segen-Geben“[7] kann keine Rede sein.

---

4 MünchKommZPO/*Rauscher,* 4. Aufl. 2014, Vor §§ 1072 ff. Rn. 10; *St.Huber* (Fn. 1) Kap. 31 Rn. 201; *Hau* RIW 2003, 822, 823 f.; *ders* .ERA-Forum 2005, 224, 228 f.; *v.Hein* RabelsZ 70 (2006), 205, 210.

5 EuGH EuZW 2013, 313 Rn. 43 f.

6 Gegen Ausschließlichkeit der Rechtshilfewege bereits vor ProRail: *Hess* Europäisches Zivilprozessrecht (2010) § 8 Rn. 89; *Besso* in: Nuyts/Watté (Hrsg.), International Civil Litigation in Europe (2005), S. 365, 376 f..

7 So *Thole* IPRax 2014, 255, 258.

III. An-sich-Statthaftigkeit und Grenzen der direkten Entsendung nach nationalem Recht

Ob und inwieweit den Prozessgerichten die vom EuGH angesprochene Möglichkeit der Entsendung von Sachverständigen ohne Abstimmung mit den zuständigen Stellen des Belegenheitsstaats offen steht, entscheidet die jeweilige *lex fori* unter Achtung völkerrechtlicher Schranken, sprich: mit Blick auf das Gebot der Achtung fremder Souveränität.

Befürworter der uneingeschränkten Zulässigkeit „stiller Entsendung" leugnen zwar jedweden Souveränitätsbezug des Sachverständigenhandelns auf fremdem Territorium: Sachverständige, die im Ausland den Zustand eines Bauwerks oder den Lauf einer stationären Maschine erkunden, eine Unfallstelle einsehen, vermessen und fotografieren handelten als Privatperson bzw. wie eine Privatperson[8]. Andere stellen sinnkonform darauf ab, dass die zwangfreie Ermittlungstätigkeit keine Ausübung hoheitlicher Gewalt[9]. Daran, dass die Befundtatsachenfeststellung auf forumfremdem Gebiet, auch wenn sie auf freiwilliger Grundlage ohne Zwangsmaßnahmen erfolgt, den Souveränitätsanspruch des Belegenheitsstaats jedenfalls thematisiert, sollten indes kaum Zweifel bestehen: Die Verharmlosung des Sachverständigenhandelns als quasi-touristisch redet Anlass und Zweck desselben klein. Einschlägige Feststellungen erfolgen immerhin in Umsetzung eines gerichtlichen Beweisbeschlusses, werden Grundlage des im inländischen Verfahren zu berücksichtigenden, praktisch oft streitentscheidenden Gutachtens. Der Gerichtssachverständige ist eher Richtergehilfe denn Privatperson, „verlängerter Arm" des ihn bestellenden Gerichts. Und: Dass zwangfreies Sachverständigenhandeln keine Ausübung von Hoheitsgewalt, ist zwar unbestreitbar richtig. Der Souveränitätsgedanke lässt sich aber eben nicht auf das gebietsbezogene Gewaltmonopol reduzieren, ist vielmehr auch bei schlicht- hoheitlichem grenzüberschreitendem Handeln, einschließlich einschlägigen Handelns

---

8 *Schack* (Fn. 1) Rn. 790; *Geimer* (Fn. 1) Rn. 445; *Nagel/Gottwald* (Fn. 1) § 8 Rn. 25; *Musielak* FS Geimer (2002) S. 761, 770.

9 *Daoudi* (Fn. 1) S. 108 f.; *Loritz* in: Gilles (Hrsg.), Transnationales Prozessrecht (1995) S. 141, 151; Stein/Jonas/*Berger* (Fn. 1) § 363 Rn. 17; *Wussow* FS Korbinion (1986) S. 493, 494.

kraft Verleihung angesprochen. Als dem Prozessgericht zuzurechnendes Handeln ist die Befundtatsachenfeststellung durch Sachveständige schlichthoheitliches Handeln.

Bejahung des Souveränitätsbezugs aber heißt: Sachverständigenermittlungen im EU-Ausland unter Meidung des von der Europäischen BeweisaufnahmeVO eröffneten Rechtshilfewegs kann ein inländisches Gericht, selbst wenn die Ermittlungen zwangfrei erfolgen sollen, nur anordnen, wenn es davon ausgehen kann, dass der betroffene Staat darin keinen Souveränitätseingriff sieht. Maßgebend ist nicht, wie dieser die Dinge nach Ansicht der Literatur im Forumstaat sehen *sollte*, sondern wie er sie in Wahrnahme seiner Definitionsprärogative *sieht.* Einigkeit der Parteien ersetzt das allgemeine Einverständnis des Belegenheitsstaats nicht[10].

Kann das Prozessgericht begründeterweise davon ausgehen, dass der Belegenheitsstaat grenzüberschreitende Befundtatsachenfestellungen durch Sachverständige auf seinem Gebiet einzelfallübergreifend toleriert, steht der „stillen Entsendung" nichts entgegen. Vorschriften des nationalen Rechts, die die heimischen Gerichte – wie § 363 dZPO – aus Gründen der Achtung fremder Souveränität auf die Nachsuchung von Rechtshilfe beschränken, sind teleologisch zurückzuschneiden.

In der Bejahung eines allgemeinen Einverständnisses des Belegenheitsstaats ist freilich Zurückhaltung geboten. Dass exterritoriale Beweisverschaffung durch Gerichtssachverständige unter Verzicht auf die Inanspruchnahme von Rechtshilfe wohl ein verbreitetes Phänomen[11], lässt nicht auf Duldung schließen. Das Sachverständigenwirken auf gerichtsfremdem Territorium wird dem betroffenen Staat ja gerade verheimlicht. Der These vom „stillen Wandel" des Souveränitätsverständnisses in Richtung eines gänzlichen Souveränitätsverzichts mangelt ein belastbares Fundament. Hinreichend sichere Schlüsse erlauben im Wesentlichen wohl nur einschlägige

---

10 Wieczorek/Schütze/*Ahrens* ZPO, 4. Aufl. 2014, § 363 Rn. 78; *Hau* RIW 2003, 822, 824. A.A. *Schlosser* (Fn. 1) Art. 1 EuBVO Rn. 2 iVm Art. 1 HBÜ Rn. 6.

11 *Hau* ERA-Forum 2005, 224, 228 spricht von einschlägiger „internationaler Gepflogenheit".

Erklärungen im Rahmen der Zeichnung multilateraler Übereinkommen – mag auch das entsprechende Übereinkommen im Verhältnis der Mitgliedstaaten untereinander durch die Europäische BeweisaufnahmeVO mittlerweile an sich verdrängt worden sein: Wenn der Belegenheitsstaat als Vertragsstaat des Haager BeweisaufnahmeÜbk gemäß Art. 17 Abs. 2 HBÜ vorbehaltlos oder unter Gegenseitigkeitsvorbehalt erklärt hat, dass er Beweisaufnahmen durch Beauftragte ohne Anwendung von Zwang auch ohne vorgängige Genehmigung gestattet, darf von seinem Einverständnis auch im Verhältnis zu den EU-Mitgliedstaaten ausgegangen werden: generell oder jedenfalls dann, wenn auch der Forumstaat eine entsprechende Erklärung abgegeben hat. Es kann nicht angenommen werden, dass er EU-Mitgliedstaaten ein geringeres Vertrauen entgegenbringt als Vertragsstaaten, die nicht der EU angehören. Konkret heißt dies etwa: Deutsche Gerichte können Sachverständige zur genehmigungsfreien Befundtatsachenfeststellung in Finnland bestellen. Eine entsprechende Entsendung in das Vereinigte Königreich kann hingegen nicht auf die Erklärung desselben nach Art. 17 Abs. 2 HBÜ gestützt werden. Das Vereinigte Königreich hat den Genehmigungsverzicht (anders als Finnland) mit einem Gegenseitigkeitsvorbehalt verbunden. Die Bundesrepublik hat, wie die übrigen EU-Staaten, keine Erklärung nach Art. 17 Abs. 2 HBÜ abgegeben.

IV. Fazit und rechtspolitischer Ausblick

Kein abschließender Charakter der Europäischen BeweisaufnahmeVO (so die Klarstellung durch ProRail) heißt: Ob mitgliedstaatliche Gerichte Befundtatsachenfeststellungen in einem anderen Mitgliedstaat ohne Genehmigungsersuchen anordnen können, beurteilt sich nach Forumrecht unter Beachtung völkerrechtlicher Schranken. Art. 1 Abs. 1 lit. b und 17 EuBewVO sperren keine nach Forumrecht unter Berücksichtigung des Souveränitätsverständnisses des Belegenheitsstaats mögliche freie Sachverständigenentsendung. Ein liberales Souveränitätsverständnis des betroffenen Staats kann dabei freilich auch für den EU-Binnenrechtsverkehr nicht spekulativ unterstellt werden, ist vielmehr Mitgliedsstaat für Mitgliedstaat konkret positiv zu belegen. Die Zulässigkeit eigenmächtiger

Sachverständigenentsendung bleibt methodisch und damit ob der Häufigkeit einer Non-liquet-Situation letztlich auch rechtspraktisch die Ausnahme.

Wer das Genehmigungserfordernis zumindest im Rechtsverkehr zwischen EU-Staaten *rechtspolitisch* als antiquiert erachtet, hat Anlass, ein Zurückschneiden von Souveränitätsvorbehalten im Rahmen der nächsten turnusmäßigen Revision der Europäischen BeweisaufnahmeVO anzumahnen: Dem Grundsatz wechselseitigen Vertrauens entspräche in der Tat wenn nicht gar ein ersatzloser Entfall des Genehmigungserfordernisses[12], so jedenfalls die Ersetzung des Genehmigungsvorbehalts durch eine bloße Anzeigepflicht[13].

---

12 So *St.Huber* GPR 2003/2004, 115, 118.

13 So *Hess* (Fn. 6) § 8 Rn. 54 mit Fn. 260.

EINSTWEILIGER RECHTSSCHUTZ IM SCHWEIZERISCHEN RECHT ZWISCHEN OPTIMIERUNG UND STANDARDISIERUNG

Prof. Dr. Isaak MEIER*
unter Mitarbeit von Dott.ssa Camilla GIUDICI, MLaw /
MLaw Carlo HAMBURGER/BLaw Nicola MÜLLER /
MLaw Sarah SCHEIWILLER / MLaw Riccarda SCHINDLER

1. Allgemeines

1.1. Themastellung

Der vorliegende Beitrag, den der Verfasser dem hoch geschätzten Kollegen Hakan Pekcanitez widmet, hat den einstweiligen Rechtsschutz im schweizerischen Recht nach der neuen ZPO und dem SchKG zum Gegenstand. Besondere Beachtung finden dabei zwei Aspekte:

Der Verfasser hat in seiner Habilitationsschrift ein Modell eines optimalen einstweiligen Rechtsschutzes entwickelt, welcher auf der Gleichberechtigung von Gesuchsteller und Gesuchsgegner aufbaut und eine möglichst umfassende Abwehr des Schadens anstrebt, welcher den Parteien aus der Verfahrensdauer entstehen kann[1]. Nach einer kurzen Skizzierung dieses Modell soll der Frage nachgegangen werden, ob und inwiefern der

* Prof. Isaak Meier ist Lehrstuhlinhaber für Zivilprozessrecht, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, Privatrecht sowie Mediation an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich und die Mitarbeitenden sind wissenschaftliche Assistierende an seinem Lehrstuhl

1 Siehe die entsprechenden Ausführungen in MEIER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, eine kritische Darstellung aus der Sicht von Praxis und Lehre, Zürich/Basel/Genf 2010, S. 260 f.

einstweilige Rechtsschutz nach neuer ZPO und dem SchKG diesem Modell entspricht.

Ein weiteres Anliegen dieses Beitrages ist das bisher wenig untersuchte Phänomen des standardisierten einstweiligen Rechtsschutzes. Neben einem allgemeinen auf den Einzelfall anpassbaren einstweiligen Rechtsschutz kann der Gesetzgeber standardisierte und vereinfachte Formen vorsehen, in denen auf einzelne typische Voraussetzungen ganz verzichtet und/oder die Voraussetzungen auf eine bestimmte Art konkretisiert werden. Als extremes Beispiel hierfür ist der Besitzesschutz nach Art. 928 ZGB anzuführen, welcher im Kern eine Anordnung des einstweiligen Rechtsschutzes ist. Statt dem Glaubhaftmachen des Eigentums ist es zum Erlass einer Anordnung des Besitzesschutzes genügend, wenn der Besitz an der Sache erwiesen ist. Auf die typische Voraussetzung des einstweiligen Rechtsschutzes, dass ein erheblicher Nachteil droht, wird gänzlich verzichtet[2].

1.2. Prinzipien eines idealen auf den Einzelfall angepassten einstweiligen Rechtsschutzes

Der Verfasser hat in seiner Habilitationsschrift, wie gesagt, ein Modell eines optimalen einstweiligen Rechtsschutzes entwickelt, welches hier kurz skizziert werden soll.

Es gibt wohl kaum ein anderes prozessuales Institut, für dessen optimale Ausgestaltung so klare und überzeugende Vorgaben formuliert werden können als der einstweilige Rechtsschutz. Ausgangspunkt dieses Modells ist die Erkenntnis, dass die Rechtspositionen von Gesuchsteller und Gesuchsgegner als gleichwertig zu betrachten sind, solange noch nicht feststeht, welche Partei letztlich Recht bekommen wird. Geht man sodann von der Zielsetzung des einstweiligen Rechtsschutzes aus, nämlich den Schaden abzuwehren, der infolge der Prozessdauer entsteht, so ist seine Ausgestaltung praktisch vorgegeben:

Eine optimale Schadensabwehr, welche die Rechtspositionen beider Parteien als gleichwertig betrachtet, kann dann erreicht werden, wenn diejenige Rechtsposition vorläufig geschützt wird, für welche die

---

2 Vgl. nachfolgend 5. Besitzesschutz.

Hauptsacheprognose (Prognose über den Ausgang des ordentlichen Prozesses) und die *Nachteilsprognose* (Sichtung der Gefährdungslage der Parteien mit bzw. ohne Erlass einer vorsorglichen Massnahme) insgesamt am ehesten sprechen[3]. Während die klagende Partei durch Erlass einer Massnahme geschützt wird, besteht der Rechtsschutz der beklagten Partei im Absehen vom Erlass einer Massnahme.

Die Optimierung der Schadensabwehr verlangt sodann, dass das Gericht grundsätzlich jede Massnahme, insbesondere auch die vorläufige Vollstreckung eines Anspruchs, in Betracht ziehen kann. Von mehreren Massnahmen ist diejenige auszuwählen, die bei Anwendung beider Prognosen den geringsten Schaden zu erwarten lässt. Im Weiteren muss die Massnahme möglichst flexibel an veränderte Umstände angepasst werden können[4].

Schliesslich ist es notwendig, dass der einstweilige Rechtsschutz spätestens mit dem definitiven Rechtsschutz mit Wirkung ex tunc seit Anordnung des einstweiligen Rechtsschutzes dahinfällt, wenn er sich als ungerechtfertigt erweist. Damit verbunden ist, dass die zu Unrecht geschützte Partei schadenersatzpflichtig wird. Nach dem Grundsatz der Gleichberechtigung beider Parteien ist dabei notwendig, dass die gesuchstellende Partei bei ungerechtfertigtem Erlass einer Anordnung des einstweiligen Rechtsschutzes und die Gegenpartei bei ungerechtfertigtem Absehen vom Erlass einer Anordnung nach denselben Grundsätzen haften[5].

---

3 MEIER, Einstweiliger Rechtsschutz für Geldforderungen nach neuem schweizerischem Recht im Vergleich zum griechischen Recht, S. 215 ff, in: GEIMER/SCHÜTZE (Hrsg.), Recht ohne Grenzen, Festschrift für Athanassios Kaissis zum 65. Geburtstag, München 2012, S. 683-706; OBERHAMMER/DOMEJ/HASS (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung: Kurzkommentar-ZPO, Basel 2014, KuKo ZPO-KOFMEL EHRENZELLER, S. 38 f; VOGEL, Probleme des vorsorglichen Rechtsschutzes, Schweizerische Juristen-Zeitung: SJZ/RSJ = Revue suisse de jurisprudence, SJZ 76 (1980), S. 95 f.

4 MEIER, Einstweiliger Rechtsschutz (Fn 3), S. 256 ff.; in diesem Sinne auch KuKo ZPO-KOFMEL EHRENZELLER (Fn 3), Art. 262 N 4, die von einer Geeignetheit in zeitlicher und sachlicher Hinsicht spricht.

5 MEIER, Einstweiliger Rechtsschutz (Fn 3), S. 258 ff.; vgl. hierzu auch nachfolgend 2.5. Schadenersatz und Sicherheitsleistung.

1.3. Standardisierter einstweiliger Rechtsschutz

1.3.1. Formen des standardisierten einstweiligen Rechtsschutzes

Der perfektionierte auf den Einzelfall anpassbare einstweilige Rechtsschutz kann vom Gesetzgeber und in beschränktem Umfange auch vom Gericht gestützt auf richterliche Rechtsschöpfung auf verschiedenste Weise standardisiert und vereinfacht werden. Die wichtigsten Varianten sind:

a. Standarisierung von Hauptsache- und/oder Gefährdungsprognose

Statt einer überzeugenden Hauptsacheprognose, welche auf einer umfassenden Würdigung der vorliegenden Beweismittel und der Rechtsanwendung beruht, kann der Gesetzgeber für den Erlass einer Anordnung des einstweiligen Rechtsschutzes bestimmte Umstände voraussetzen, welche ein gewichtiges Indiz für das Bestehen eines Anspruchs darstellen. Eine Konkretisierung der Hauptsacheprognose findet sich etwa in Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG für den Arrest. Bei Wohnsitz des Schuldners im Ausland ist ein Arrest zu bewilligen, wenn für die Forderung eine Schuldanerkennung nach Art. 82 SchKG vorhanden ist.

Ein Beispiel für die Standardisierung der Gefährdungsprognose ist ebenfalls das Arrestrecht, welches statt einen allgemeinen Tatbestand der Gefährdung der Durchsetzung einer Forderungabschliessend einzelne Gefährdungstatbestände nennt (Art. 271 SchKG)[6].

Die Abwägung von Gefährdungs- und/oder Hauptsacheprognose kann auch dadurch vereinfacht werden, indem der Gesetzgeber oder auch die Gerichtspraxis Grundsätze formuliert, wie die Abwägungen der Interessen in bestimmten Konstellationen vorzunehmen ist. Solche Grundsätze enthält die Bestimmung betreffend vorsorgliche Massnahmen gegen Massenmedien (Art. 266 ZPO). Eine vorsorgliche Massnahme darf nur erlassen werden, wenn die Verletzung einen besonders schweren Nachteil verursacht, offensichtlich kein Rechtfertigungsgrund vorliegt und die Massnahme nicht unverhältnismässig erscheint (Art. 266 ZPO). Ein Beispiel für die

---

6 Vgl. nachfolgend 3.1. Voraussetzungen zum Erlass eines Arrestes.

Entwicklung von entsprechenden Regeln durch Lehre und Praxis ist etwa, dass für vorsorgliche Massnahmen mit geringem Gefährdungspotential keine strengen Anforderungen an das Glaubhaftmachen des Anspruchs zu verlangen sind[7].

b. Verzicht auf Hauptsache- und/oder Gefährdungsprognose

Eine drastischere Vereinfachung als die gerade genannten Formen ist der vollständige Verzicht auf das Vorliegen einer überzeugenden Hauptsache- und/oder Gefährdungsprognose. Ein Beispiel hierfür ist, wie schon gesagt, der Besitzesschutz[8]. Die klagende Person hat lediglich darzulegen, dass der Besitz gefährdet ist, nicht jedoch, dass ihr hieraus ein wesentlicher Schaden droht. Ein Verzicht auf die Hauptsacheprognose findet sich in den Massnahmen, für welche Dieter Leipold den Begriff der offenen Eilentscheidung geprägt hat[9].

c. Inhaltliche Beschränkung des einstweiligen Rechtsschutzes

Statt der Zulassung jeder als geeignet erscheinenden Anordnung kann der Gesetzgeber den einstweiligen Rechtsschutz auf eine oder einzelne Anordnungen beschränken oder einzelne Anordnungen als unzulässig bezeichnen. Im schweizerischen Recht kann zum Beispiel die Leistung einer Geldzahlung als vorsorgliche Massnahme lediglich dann angeordnet werden, wenn das Gesetz dies ausdrücklich vorsieht (Art. 262 lit. e ZPO).

---

7 Vgl. in diesem Sinne etwa GRUNDMANN, Anerkennung und Vollstreckung ausländischer einstweiliger Massnahmen nach IPRG und Lugano-Übereinkommen, Diss. 1995, Schriftenreihe des Instituts für Internationales Recht und Internationale Beziehungen, Basel 1996, S. 18; GÜNGERICH, Die Schutzschrift im schweizerischen Zivilprozessrecht, Diss., Abhandlungen zum schweizerischen Recht, Bern 2000, S. 123; HASENBÖHLER, Die provisorische Verfügung nach basellandschaftlichem Zivilprozess, BJM 1976, S. 35.

8 Vgl. nachfolgend 5. Besitzesschutz.

9 LEIPOLD, Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes im zivil-, verfassungs- und verwaltungsgerichtlichen Verfahren, München 1971, S. 94 ff.; hierzu auch MEIER, Einstweiliger Rechtsschutz (Fn 3), S. 191 ff.

d. Verzicht auf Abänderbarkeit bei geänderten Umständen

Eine Verfahrensvereinfachung kann sich auch daraus ergeben, dass der Gesetzgeber auf Abänderung und Aufhebung des einstweiligen Rechtsschutzes für die Dauer des Verfahrens bis zum definitiven Rechtsschutz verzichtet. Eine Standardisierung in diesem Sinne lässt sich wiederum im schweizerischen Arrestrecht finden. Der einmal erlassene Arrestbefehl ist grundsätzlich bis zum definitiven Rechtsschutz nicht mehr aufhebbar[10].

e. Verzicht auf Dahinfallen des einstweiligen Rechtsschutzes ex tunc

Eine interessante Form des einstweiligen Rechtsschutzes ist schliesslich diejenige, bei der der Gesetzgeber von der rückwirkenden Aufhebung des einstweiligen Rechtsschutzes absieht. Die Anordnung des einstweiligen Rechtsschutzes schafft damit für die Dauer ihrer Geltung einen definitiven Rechtszustand. Damit ist auch ein Schadenersatz ausgeschlossen, wenn sich der Schadenersatz als ungerechtfertigt erweist. Ein Beispiel für diese vereinfachte Form des einstweiligen Rechtsschutzessind die vorsorglichen Massnahmen im Scheidungsverfahren[11].

1.3.2. Gründe für eine Standardisierung des einstweiligen Rechtsschutzes

Die Gründe für eine Standardisierung des einstweiligen Rechtsschutzes werden später noch zu vertiefen sein. Hier sei jedoch bereits folgendes festgehalten:

Die Standardisierungen können dem berechtigten Anliegen entgegenkommen, die Entscheidungen im einstweiligen Rechtsschutz und das Verfahren zu vereinfachen und voraussehbarer zu gestalten. Gerade die Abwägungen, wie sie für die Gefährdungsprognose sowie die Kombination von Hauptsache- und Gefährdungsprognose notwendig sind, können extrem schwierig sein. So muss etwa das Gericht bei einer vorsorglichen Massnahme im Nachbarrecht entscheiden, ob die Interessen der

---

10 Vgl. nachfolgend 3.3. Abänderbarkeit.

11 Vgl. hierzu 4.1. Überblick.

gesuchstellenden Partei auf Ruhe höher zu werten sind, als die Interessen der Nachbarn auf wirtschaftliche Nutzung des Grundstückes. Meines Erachtens(m.E.) ist es zur Handhabbarkeit des einstweiligen Rechtsschutzes unerlässlich, dass der Gesetzgeber und/oder die Gerichtspraxis für solche Abwägungen bei typischen Interessenlagen Richtlinien entwickeln, wie sie der Gesetzgeber in Art. 266 ZPO für vorsorgliche Massnahmen gegen Massenmedien erlassen hat[12].

Standardisierungen können sich mit der geschichtlichen Entwicklung der fraglichen Institute erklären lassen. So hat sich die starke Standardisierung des schweizerischen Arrestes nach Art. 271 ff. SchKG wohl aus der Entwicklung dieses Institutes seit der Entstehung des SchKG am Ende des 18ten Jahrhunderts ergeben[13]. Auch die Ausgestaltung des Besitzesschutzes geht ohne Zweifel auf alte Vorbilder zurück[14].

2. Vorsorgliche Massnahmen

2.1. Voraussetzungen zum Erlass einer vorsorglichen Massnahme[15]

Nach Art. 261Abs. 1 ZPO erlässt das Gericht eine vorsorgliche Massnahme, „wenn die gesuchstellende Partei glaubhaft macht, dass: a. ein ihr zustehender Anspruch verletzt oder eine Verletzung zu befürchten ist; und b. ihr aus der Verletzung ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht“.

M.E. sind die in Art. 261 ZPO auf traditionelle Weise umschriebenen Voraussetzungen im Sinne des vorne dargelegten Modells zu verstehen. Das heisst bei der erstgenannten Voraussetzung, dass eine Verletzung vorliegt oder droht und deshalb ein Anspruch als glaubhaft erscheint, geht es genau

---

12 Vgl. MEIER, Einstweiliger Rechtsschutz (Fn 3), S. 233 ff.

13 Vgl. in diesem Sinne bereits BLUMENSTEIN, Handbuch des schweizerischen Schuldbetreibungsrechts, Bern 1911, S. 828.

14 MEIER, Einstweiliger Rechtsschutz (Fn 3), S. 114 mit Hinweis auf den traditionellen Typus der Massnahmen zum Schutz einer geübten Rechtsposition; vgl. hierzu auch ERNST, Possessorischer Besitzschutz und eidgenössischer Zivilprozess, recht 2011, S. 101 f. m.w.H.

15 Siehe die entsprechenden Ausführungen in MEIER, Lehrbuch (Fn 1), S. 261 f.

gesehen darum festzustellen, welche Chancen die gesuchstellende Partei hat, im Hauptsacheverfahren zu obsiegen (sog. «Hauptsacheprognose»). Die zweite Voraussetzung verlangt demgegenüber eine sog. «Nachteilsprognose». Das heisst, es ist nicht nur festzustellen, welche Nachteile der gesuchstellenden Partei drohen, falls keine Massnahme ergeht. Vielmehr ist ebenso - im Sinne einer verfassungskonformen Auslegung –zu berücksichtigen, welche Nachteile der Gegenpartei entstehen können, wenn die erlassene Massnahme sich im Nachhinein als ungerechtfertigt erweist.

Eine Massnahme ist zum Schutz der gesuchstellenden Partei zu erlassen, wenn beide Prognosen insgesamt für diese Partei sprechen. Dies bedeutet etwa, dass eine Massnahme, welche die Gegenpartei in hohem Masse schädigt (zum Beispiel ein Verbot, ein wichtiges Produkt zu verkaufen), nur dann erlassen werden kann, wenn eine sehr gute Hauptsacheprognose zugunsten der gesuchstellenden Partei vorliegt[16]. Umgekehrt genügt unter Umständen bei einer Massnahme mit einem geringen Schädigungspotential (zum Beispiel ein Verfügungsverbot) schon eine relativ schwache Hauptsacheprognose[17].

Dieses Konzept entspricht im Ergebnis auch weitgehend der herrschenden Meinung in Lehre und Praxis zum neuen und alten Recht. Währenddem unter dem alten Recht auch häufig die Begriffe der Hauptsache- und Nachteilsprognose statt Glaubhaftmachung und Gefährdung des Anspruchs (oder ähnlich) verwendet wurden[18], werden sie

---

16 Dies entspricht denn auch der ganz herrschenden Meinung, vgl. BGE 131 III 473 E. 3.2; BRUNNER/GASSER/SCHWANDER (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung, Zürich/St. Gallen 2011, Dike Kommentar ZPO-ZÜRCHER, Art. 261 N 29; KuKo ZPO-KOFMEL EHRENZELLER (Fn 3), Art. 261 N 9; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Bern 2010, N 11.194; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht: unter Einbezug des Anwaltsrechts und des internationalen Zivilprozessrechts, Zürich/Basel/Genf 2013, §22 N 13a.

17 Dike Kommentar ZPO-ZÜRCHER (Fn 16), Art. 261 N 29.

18 GESSLER DIETER, Vorsorgliche Massnahmen bei strittigen Kaufverträgen, in: SCHLUEP/ISLER (Hrsg.), Neues zum Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht, Festschrift zum 50. Geburtstag von Peter Forstmoser, Zürich 1993, S. 294 f.; HOFSTETTER, Der einstweilige Rechtsschutz im Luzerner Zivilprozess, Veröffentlichung der überarbeiteten Fassung einer Seminararbeit vom vorangehenden Jahr, Zeitschrift des

allerdings bei der Auslegung des neuen Rechts nur noch von einzelnen Autoren genannt[19]. Trotzdem ist dieses Konzept, wie schon gesagt, unbestritten. Allgemein wird davon ausgegangen, dass für den Erlass einer Anordnung eine Interessenabwägung zwischen den Interessen von Gesuchsteller und Gesuchsgegner notwendig sei[20]. Einzelne Autoren leiten dabei diese Abwägung aus dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit ab[21].

Präzisierend zur Hauptsacheprognose ist sodann festzuhalten, dass hierzu (selbstverständlich) die Sach- und Rechtslage einzubeziehen sind. Bei der Prüfung der Rechtslage geht es dabei nicht darum, dass das Gericht eine eigene Rechtsprüfung vornimmt. Vielmehr ist allein die Frage massgebend, welche Chancen bestehen, dass das Gericht im Hauptsacheverfahren so oder anders entscheidet. Für die Prognosen bzgl. des Sachverhaltes berücksichtigt das Gericht die Vorträge der Parteien und die eingebrachten und anerbotenen Beweismittel, soweit diese nach Art. 254 ZPO zulässig sind.

2.2. Besondere Voraussetzungen für vorsorgliche Massnahmen gegen Massenmedien

Für Massnahmen gegen Medien stellt Art. 266 ZPO besonders strenge Anforderungen. Eine vorsorgliche Massnahme darf nur erlassen werden,

---

Bernischen Juristenvereins - ZBJV 1983,S. 395 f.; SCHENKER, Die vorsorgliche Massnahme im Lauterkeits- und Kartellrecht, Diss. Zürich 1984,S. 68 ff.; VOGEL/SPÜHLER, Grundriss des Zivilprozessrechts und des internationalen Zivilprozessrechts der Schweiz, § 61 N 209 ff.; im Grundsatz auch STACH PATRICK A., Vorsorgliche Massnahmen nach Bundesrecht und St. gallischem Zivilprozessrecht, Diss. St. Gallen 1991, S. 135.

19 KuKo ZPO-KOFMEL EHRENZELLER (Fn 3), Art. 261 N 2, 9 und 10; GEHRI/KRAMER (Hrsg.), Navigator Kommentar ZPO, Freiburg 2010, ROHNER/WIGET, Art. 261 N 6 ff.

20 BGE 131 III 473 E. 2.3; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND (Fn 16), §22 N 13a; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER (Fn 16), N 11.194; Dike Kommentar ZPO-ZÜRCHER (Fn 16), Art. 261 N 29.

21 SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Zürich/Basel/Genf 2013, ZK ZPO-HUBER, Art. 261 N 23; SUTTER-SOMM, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zürich/Basel/Genf 2012, N 1215; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND (Fn 16), §22 N 12; Dike Kommentar ZPO-ZÜRCHER (Fn 16), Art. 261 N 29;

wenn die Verletzung einen besonders schweren Nachteil verursacht, offensichtlich kein Rechtfertigungsgrund vorliegt und die Massnahme nicht unverhältnismässig erscheint.

Hier gibt also das Gesetz für die Abwägung und Gewichtung der Ergebnisse von Hauptsache- und Nachteilsprognose gewisse Richtlinien vor. Insbesondere verlangt es, dass der Nachteil, welcher dem Medienunternehmen etwa bei einem Publikationsverbot droht, besonders hoch eingestuft wird. Entsprechend kann er nur aufgewogen werden, wenn der gesuchstellenden Partei ohne Erlass einer Massnahme ein besonders schwerer Nachteil droht.[22].

Wie schon gesagt, sind solche gesetzliche Richtlinien für einzelne wichtigen Typen von vorsorglichen Massnahmen im Interesse der Rechtssicherheit und der Voraussehbarkeit der richterlichen Entscheidung an sich sehr zu begrüssen. Allerdings kann man sich fragen, ob gerade diese Regelung richtig ist. M.E. ist die in Art. 266 ZPO vorgesehene Erschwerung des einstweiligen Rechtsschutzes der betroffenen Einzelpersonen angesichts der zunehmenden Macht der Massenmedien mindestens aus heutiger Sicht fraglich.

2.3. Inhalt der vorsorglichen Massnahme[23]

Art. 262 ZPO hält zunächst fest, eine vorsorgliche Massnahme könne „jede gerichtliche Anordnung sein, die geeignet ist, den drohenden Nachteil abzuwenden“. Sodann werden in dieser Norm als Beispiele folgende Anordnungen erwähnt (lit. A-e): Verbote, Anordnung zur Beseitigung eines rechtswidrigen Zustandes, Anweisung an eine Registerbehörde oder eine dritte Person, eine Sachleistung und schliesslich die Leistung einer Geldzahlung in den vom Gesetz bestimmten Fällen. Die Anordnungen können dabei, wie dies für den einstweiligen Rechtsschutz typisch ist, mit Vollstreckungsanordnungen verbunden werden (Art. 267 ZPO).

---

22 Code de procedure civile commenté CPC, Bâle 2011, BOHNET Art. 266 N 14; KuKo ZPO-KOFMEL EHRENZELLER (Fn 3), Art. 266 N 3; ZK ZPO-HUBER (Fn 21), Art. 266 N10; Dike Kommentar ZPO-ZÜRCHER (Fn 16), Art. 266 N 12 ff.

23 Siehe die entsprechenden Ausführungen in MEIER, Lehrbuch, S. 263.

Diese weite Umschreibung lässt grundsätzlich jegliche Art von vorsorglichen Massnahmen zu, was heute in Lehre und Praxis unbestritten ist[24]. Allgemein werden in der Literatur zum neuen Recht die aus dem deutschen Recht stammenden drei Massnahmetypen, die Sicherungs-, Regelungs- und Leistungsverfügungen genannt[25]. Nach allgemeiner Ansicht gibt es auch für Leistungsmassnahmen grundsätzlich keine Grenzen. Das Gesetz erwähnt in Art. 262 lit. d ZPO als Beispiel die «Sachleistung»[26]. Wie schon unter dem alten Recht vieler Kantone und der Praxis des Bundesgerichtes kommen heute folgende Leistungsmassnahmen in Frage: Vorläufige Erfüllung eines Liefervertrages (vgl. BGE 125 III 451), vorläufige Erfüllung eines Lizenzvertrages (BGE 133 III 360), vorläufige Suspendierung der geschäftsführenden Verwaltungsräte und vorläufige Aufhebung der Stimmrechtsaktien (ZR 80 [1981] Nr. 43), vorläufige Vollstreckung eines Aktionärbindungsvertrages durch Verpflichtung des Beklagten zur Wahl des Klägers als Verwaltungsrat (ZR 83 [1984] Nr. 53), Ausweisung aus der Mietwohnung (vgl. ZR 85 [1986] Nr. 38), einstweilige Durchsetzung eines Konkurrenzverbots (131 III 473), vorläufige Verpflichtung zur Weiterbeschäftigung eines Arbeitnehmers (Art. 10 Abs. 3 GlG; Beschlüsse des OGer ZH vom 30. September 2011, LA100034-O/U,S. 25), vorläufige Erfüllung eines Lizenzvertrages (BGE 133 III360 E.9)[27].

---

24 KuKo ZPO-KOFMEL EHRENZELLER (Fn 3), Art. 262 N 1, 2, 5; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER (Fn 16), N 11.195; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND (Fn 16), §22 N 14; SUTTER-SOMM (Fn 21), N 1208; Navigator Kommentar ZPO-ROHNER/WIGET (Fn 19), Art. 262 N 4.

25 HAUSHEER/WALTER (Hrsg.) Schweizerische Zivilprozessordnung: Berner Kommentar (BK-ZPO), Band II, Art. 150-352 ZPO, Art. 400-406 ZPO, Bern 2012, GÜNGERICH, Art. 262 N 5 ff.; KuKo ZPO-KOFMEL EHRENZELLER (Fn 3), Art. 262 N 5; LEUENBERGER/ UFFER-TOBLER (Fn 16), N 11.196; SUTTER-SOMM (Fn 21), N 1209; STAEHELIN/ STAEHELIN/GROLIMUND (Fn 16), §22 N 14; Dike Kommentar ZPO-ZÜRCHER (Fn 16), Art. 262 N 2. Eine andere Unterteilung nimmt BERTI, Zeitschrift für schweizerisches Recht: ZSR: RDS = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer (ZSR) 1997 II, S. 180 vor.

26 BK ZPO- GÜNGERICH (Fn25), Art. 262 N 39; ZK ZPO-HUBER (Fn 21), Art. 262 N 19 und 33; Navigator Kommentar ZPO-ROHNER/WIGET (Fn 19), Art. 262 N 8.

27 Hierzu insb. auch STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND (Fn 16), §22 N 19; ZK Kommentar ZPO-HUBER, Art. 262 N 19; MEIER, Einstweiliger Rechtsschutz im

Nicht möglich ist hingegen die Verurteilung zur vorläufigen Zahlung eines Geldbetrages, obwohl der (verfassungsmässige) Grundsatz des effektiven einstweiligen Rechtsschutzes auch eine solche Massnahme ausnahmsweise verlangen würde[28]. Mit der ausdrücklichen Bestimmung in Art. 262 lit. e ZPO, wonach die Leistung einer Geldzahlung (nur) in den vom Gesetz bestimmten Fällen zulässig ist, hat der Gesetzgeber leider eine verfassungskonforme Auslegung verhindert.

2.4. Abänderung und Aufhebung der vorsorglichen Massnahmen[29]

Vorsorgliche Massnahmen fallen grundsätzlich mit Rechtskraft des Entscheides dahin. Wird die Klage im Hauptsacheverfahren gutgeheissen, löst der definitive Rechtsschutz den einstweiligen Rechtsschutz ab. Da die Vollstreckung des Urteils naturgemäss nicht sofort erfolgen kann, sieht Art. 268 Abs. 2 ZPO immerhin vor, dass das Gericht die Weitergeltung der vorsorglichen Massnahmen bis zur Vollstreckung anordnen kann.

Schon während des Verfahrens können vorsorgliche Massnahmen nachträglich geändert oder aufgehoben werden, wenn sich die Umstände ändern und/oder die vorsorglichen Massnahmen sich sonst als ungerechtfertigt erweisen (Art. 268 Abs. 1 ZPO). Letzteres ist der Fall, wenn das Gericht zu einer anderen Beurteilung der Rechtslage und/oder des Sachverhaltes kommt. Obwohl das Gesetz dies nicht ausdrücklich sagt, ist gestützt auf das Gebot der Gleichbehandlung der Parteien anzunehmen, dass

---

Aktienrecht, S. 67 ff., in MEIER/RIEMER/WEIMER (Hrsg.), Festschrift für Hans Ulrich Walder zum 65. Geburtstag, Zürich 1994.

28 MEIER, Einstweiliger Rechtsschutz (Fn 3), S. 96 und 276; vgl. auch VOGEL (Fn 535), S. 95. In der Literatur wird diese Einschränkung allerdings auch begrüsst: ZK ZPO-HUBER (Fn 21), Art. 262 N 22. Diese Ansicht verkennt jedoch, dass es im einstweiligen Rechtsschutz nichts Aussergewöhnliches ist, dass durch eine Anordnung ein irreversibler Zustand, wie hier die Unmöglichkeit der Rückleistung der vorläufigen Geldzahlung, geschaffen werden kann. Falls das Ergebnis der Abwägung von Hauptsache- und Nachteilsprognose hierfür sprechen, etwa wenn ein Arbeitnehmer dringend auf eine offensichtlich geschuldete Lohnzahlungen angewiesen ist, sollte m.E. auch die vorläufige Vollstreckung einer Geldforderung möglich sein. A.A. auch STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND (Fn 16), §22 N 21, die in der Einschränkung die Verhinderung einer ungerechtfertigten Verschiebung des Insolvenzrisikos sehen.

29 Siehe die entsprechenden Ausführungen in MEIER, Lehrbuch (Fn 1), S. 265 f.

unter denselben Voraussetzungen auch eine vorhin abgewiesene vorsorgliche Massnahme erneut beantragt werden kann[30].

Trotz dieser erleichterten Abänderbarkeit ist es m.E. gerechtfertigt, die Entscheidungen im einstweiligen Rechtsschutz als materiell rechtskräftig zu bezeichnen[31].

2.5. Schadenersatz und Sicherheitsleistung[32]

Im Hinblick auf das Schädigungspotential der vorsorglichen Massnahmen hat der Gesetzgeber, wie dies bisher schon im kantonalen Prozessrecht (z.B. § 226 ZPO ZH) und den bundesrechtlichen Normen über den einstweiligen Rechtsschutz im Privatrecht (insb. altArt. 28f ZGB) üblich war, eine sog. milde Kausalhaftung vorgesehen. Art. 264 Abs. 2 ZPO hat folgenden Wortlaut: „*Die gesuchstellende Partei haftet für den aus einer ungerechtfertigten vorsorglichen Massnahme erwachsenen Schaden. Beweist sie jedoch, dass sie ihr Gesuch in guten Treuen gestellt hat, so kann das Gericht die Ersatzpflicht herabsetzen oder gänzlich von ihr entbinden*".

Nach dem Grundsatz der Gleichbehandlung der Parteien müsste dieselbe Schadensregelung eigentlich auch gelten, wenn das Begehren um einstweiligen Rechtsschutz abgewiesen und damit die Rechtsposition des Gesuchsgegners geschützt wurde und diese Entscheidung sich später als ungerechtfertigt erweist. Angesichts des klaren Wortlautes dieser Bestimmung, ist eine solche Auslegung jedoch nicht möglich. M.E. müsste diese Bestimmung im Rahmen einer Gesetzesrevision entweder entsprechend abgeändert werden oder für beide Parteien auf die bestehende Haftungsregelung des Privatrechts verwiesen werden[33].

Falls ein Schaden zu befürchten ist, kann das Gericht die Anordnung der vorsorglichen Massnahme von der Leistung einer Sicherheit durch die

---

30 A.A. STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND (Fn 16), §22 N 43, §24 N 9; SUTTER-SOMM (Fn 21), N 1244.

31 MEIER, Lehrbuch (Fn 1), S. 266; gl. M. STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND (Fn 16), §22 N 43, §24 N 9; a.A. LEUENBERGER/UFFER-TOBLER (Fn 16), 11.211; SUTTER-SOMM (Fn 21), N 518, wobei in N 1244 «beschränkte Rechtskraftwirkung» zugestanden wird.

32 Siehe die entsprechenden Ausführungen in MEIER, Lehrbuch (Fn 1), S. 266.

33 MEIER, Einstweiliger Rechtsschutz (Fn 3), S. 258 ff.

gesuchstellende Partei abhängig machen (Art. 264 Abs. 1 ZPO). Desgleichen muss es auch nach dem Grundsatz der Gleichbehandlung der Parteien und ihrer Rechtspositionen möglich sein, vom Erlass einer vorsorglichen Massnahme abzusehen, falls die Gegenpartei eine Sicherheit leistet, was das Gesetz denn auch ausdrücklich in Art. 261 Abs. 2 ZPO festhält.

Die Sicherheitsleistung bietet im Hinblick auf mögliche Schadenersatzansprüche einen wirksamen Schutz vor der Insolvenz der verpflichteten Partei. Nach Lehre und Rechtsprechung wird an der Sicherheitsleistung ein Pfandrecht begründet, welches bei Pfändung oder Konkurs zu beachten ist[34].

2.6. Würdigung

Die vorsorgliche Massnahme nach Art. 261 ff. ZPOist ein nahezu perfektes Institut des einstweiligen Rechtsschutzes, welches sich auf die besonderen Bedürfnissen des Einzelfalles anpassen lässt. Die vorne genannten Postulate eines optimalen einstweiligen Rechtsschutzes lassen sich weitgehend verwirklichen. Kleinere Defizite bestehen nur insofern, als die Anordnung von Geldzahlungen nur in den wenigen vom Gesetz genannten Fällen im Bereich des Familienrechtes möglich und die Kausalhaftung bei ungerechtfertigtem einstweiligem Rechtsschutz lediglich für den Gesuchsgegner vorgesehen ist. Nach dem verfassungsmässigen Gleichheitsgrundsatz müssten dieselben Haftungsregeln auch für die Gegenpartei gelten, falls das Gericht in ungerechtfertigter Weise vom Erlass einer Anordnung des einstweiligen Rechtsschutzes abgesehen hat.

Die Standardisierung und Konkretisierung der Interessenabwägung, wie sieArt. 266 ZPO für vorsorgliche Massnahmen gegen Medien vorsieht,

---

[34] Es liegt entweder ein Pfandrecht am Gegenstand oder ein Forderungspfandrecht analog Art. 900 ZGB vor, sofern es sich um eine Sicherheitsleistung in Geld handelt (vgl. hierzu HONSELL/VOGT/GEISER (Hrsg.), Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II (BSK ZGB II), BAUER, Vorbemerkungen zu Art. 884-894, N 31); ZOBL, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. IV: Das Sachenrecht, 2. Abt.: Die beschränkten dinglichen Rechte, 5. Teilbd.: Das Fahrnispfand, 1. Unterteilbd.: Systematischer Teil und Art. 884–887 ZGB, 2. Aufl., Bern 1982, Systematischer Teil Rz. 1238 ff., 1273; weitere Ausführungen zur prozessualen Sicherheitsleistung MAYER, Sicherheitsleistung durch Bankbürgschaft im Zivilprozess, Diss. Passau, Tübingen 2009).

sindbegrüssenswert. Sehr zu begrüssen ist auch, wenn die Rechtsprechung Grundsätze dafür entwickelt, wie die oft äusserst anspruchsvolle Abwägung der Interessen der Parteien in typischen Konstellationen vorzunehmen ist.

3. Arrest

3.1. Voraussetzungen zum Erlass eines Arrestes

Für Forderungen, welche noch nicht gerichtlich beurteilt worden sind bzw. für welche kein Vollstreckungssurrogat wie etwa eine vollstreckbare öffentliche Urkunde nach Art. 347 ff. ZPObesteht, steht im schweizerischen Recht grundsätzlich lediglich der Arrest nach Art. 271 ff. SchKG zur Verfügung[35].

Die Voraussetzungen sind: Glaubhaftmachen von Anspruch, Arrestgrund und verarrestierbarenVermögenswerten, die dem Schuldner gehören (Art. 272 Abs. 1 SchKG).

Die letztgenannte Voraussetzung gehört dogmatisch gesehen eigentlich nicht zur Arrestbewilligung, sondern ist eine Modalität der Vollstreckung. Statt dass die Vollstreckungsbehörde von sich aus oder auf Antrag des Gläubigers das Arrestsubstrat bestimmt, hat im schweizerischen Recht bereits das Arrestgericht auf entsprechendes Vorbringen des Gläubigers hin die Vermögenswerte festzulegen. Dem Gläubiger obliegt es dabei die Vermögenswerte zu spezifizieren und glaubhaft zu machen, dass sie dem Schuldner gehören. In der Praxis bedeutet diese Voraussetzung eine wesentliche Erschwerung der Arrestlegung. Für die Verarrestierung eines Bankkontos, dem wohl häufigsten Arrestobjekt, muss der Gläubiger etwa nach der Praxis ein Dokument des Schuldners vorlegen, aus dem sich ergibt, dass er zur fraglichen Bank eine Bankbeziehung unterhält[36].

---

35 Vgl. hierzu die entsprechenden Ausführungen in MEIER/KOTRONIS, Einstweiliger Rechtsschutz für Geldforderungen nach neuem schweizerischem Recht im Vergleich zum griechischen Recht, in: GEIMER/SCHÜTZE (Hrsg.), Recht ohne Grenzen, Festschrift für Athanassios Kaissis zum 65. Geburtstag, München 2012, S. 683-706, S. 688 ff.

36 STAEHELIN/BAUER/STAEHELIN (Hrsg.), Basler Kommentar: Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs II (BSK SchKG II), Basel 2010, STOFFEL, Art. 272 N 29.

Die Voraussetzung, dass der Bestand einer Forderung als glaubhaft erscheint (vgl. Art. 272 Abs. 1 SchKG)[37]. ist die klassische im Einzelfall zu erstellende Hauptsacheprognose. Ein Teil der Lehre geht beim einstweiligen Rechtsschutz allgemein von einem flexiblen Beweismass aus. Dieser Ansicht nach sind an das Glaubhaftmachen etwa erhöhte Anforderungen zu stellen, wenn die in Frage kommenden Massnahmen besonders einschneidend wären[38]. Ein anderer Teil der Lehre spricht sich demgegenüber für ein standardisiertes Beweismass aus[39].

Die Arrestgründe entsprechen der Nachteilsprognose. Die Besonderheit des schweizerischen Rechts besteht dabei darin, dass das SchKG keinen allgemeinen Arrestgrund der Gefährdung der Forderungsvollstreckung, sondern lediglich die abschliessend aufgezählten Gefährdungstatbestände nach Art. 271 SchKG kennt[40]. Für Forderung, für welche noch kein Vollstreckungstitel besteht, sind dies nach Art. 271 Abs. 1 SchKG:

- der Schuldner hat weder im Ausland noch in der Schweiz einen festen Wohnsitz (Ziff. 1);
- der Schuldner entzieht sich in betrügerischer Weise der Erfüllung seiner Verbindlichkeiten (Ziff. 2);

---

37 AMONN/WALTHER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, Bern 2014, § 51 Rz. 4; HUNKELER (Hrsg.), Kurzkommentar: Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz-SchKG, KuKo SchKG-MEIER-DIETERLE, Art. 272 N 13 ff.

38 GRUNDMANN (Fn 7), S. 18; GÜNGERICH (Fn 7), S. 123; HASENBÖHLER (Fn 7), S. 35.

39 BERGER-STEINER, Das Beweismass im Privatrecht, Diss., Abhandlungen zum Schweizerischen Recht, Bern 2008, N 06.46, 06.50 und 06.142 ff.; FRENKEL, Informationsbeschaffung zur Glaubhaftmachung der Arrestvoraussetzungen sowie Auskunftspflichten im Arrestvollzug, unter besonderer Berücksichtigung der Arrestrevision 2011, Diss., Zürcher Studien zum Verfahrensrecht, Zürich 2012, S. 24 ff.; SPÜHLER/TENCHIO/INFANGER (Hrsg.), Basler Kommentar: Schweizerische Zivilprozessordnung (BSK ZPO), SPRECHER, Art. 261 N 66 f.; ZÜRCHER, Der Einzelrichter am Handelsgericht des Kantons Zürich : einstweiliger und definitiver Rechtsschutz für immaterialgüter- und wettbewerbsrechtliche Ansprüche im summarischen Verfahren, Diss., Zürcher Studien zum Verfahrensrecht, Band 110, Zürich 1998, S. 69 ff.

40 Vgl. hierzu schon MEIER, Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes, 1983, S. 287 ff.

- der Schuldner befindet sich auf der Durchreise oder besucht hier eine Messe und bezahlt Hotelrechnungen oder andere ihrer Natur nach sofort zu erfüllende Verbindlichkeiten nicht (Ziff. 3);
- der Schuldner wohnt im Ausland und es sind zusätzliche Voraussetzungen (Bezug der Forderung zur Schweiz oder Vorliegen einer «Schuldanerkennung, worunter grundsätzlich jeder Vertrag zu verstehen ist)[41] gegeben (Ziff.4)[42].

Der letztgenannte Tatbestand ist allerdings kein eigentlicher Gefährdungstatbestand. Mit der Zulassung soll vielmehr sichergestellt werden, dass die in der Schweiz gelegenen Vermögenswerte überhaupt in die Zwangsvollstreckung einbezogen werden können.

Der Arrestgrund nach Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG ist denn auch (neben dem hier nicht interessierenden Arrestgrund des definitiven Rechtsöffnungstitelsnach Ziff. 6) der weitaus wichtigste Arrestgrund. Die anderen Arrestgründe sind lediglich von geringer praktischer Bedeutung.

3.2. Inhalt und Wirkungen des Arrestes

Der Arrest besteht gegenüber allen Arten von Schuldnern, unabhängig davon, ob sie im Handelsregister eingetragen sind oder nicht, in der provisorischen Beschlagnahme von schuldnerischen Vermögenswerten im Umfang der Höhe der Arrestforderung. In Inhalt und Wirkung entspricht sie der provisorischen Pfändung (vgl. Art. 275 und 281 SchKG). Das heisst, unabhängig davon, ob die Schuldner später der Konkursbetreibung unterliegen werden oder nicht, wird quasi eine Einzelzwangsvollstreckung eingeleitet.

Eine wichtige Frage ist, ob und allenfalls welche Vorrechte der Arrest für den Arrestgläubiger gegenüber den anderen Gläubigern begründet.

Bei Schuldnern, welche der Konkursbetreibung unterliegen, bringt der Arrest gegenüber den anderen Gläubigern keinerlei Vorteile. Die Prosequierung des Arrestes gegenüber solchen Schuldnern mit Wohnsitz

---

41 Statt vieler AMONN/WALTHER (Fn 37), § 19 N 68 ff.

42 AMONN/WALTHER (Fn 37), § 51 N 16 ff.; KuKo SchKG-MEIER-DIETERLE (Fn 37), Art. 271 N 9 ff.; BSK SchKG-STOFFEL (Fn 36), Art. 271 N 76 ff.

bzw. Sitz in der Schweiz endigt grundsätzlich im Konkurs[43]. Die Vermögenssicherung kommt somit letztlich allen Gläubigern zugute.

Unterliegen die Schuldner der Betreibung auf Pfändung, ist zu unterscheiden, ob für andere Gläubiger vor oder nach der Arrestlegung Pfändungen erfolgt sind oder erfolgen.

- Nach der Arrestlegung können die Arrestobjekte zugunsten von anderen Gläubigern gepfändet werden, sofern keine anderen Vermögenswerte vorhanden sind (vgl. Art. 95 Abs. 3 SchKG). Die Gläubiger bilden dabei mit dem Arrestgläubiger eine Gläubigergruppe (vgl. Art. 281 SchKG). Dies kann natürlich den Erlös für den Arrestgläubiger drastisch vermindern.
- Sind bereits alle Vermögenswerte gepfändet, können diese Vermögenswerte zwar zusätzlich verarrestiert werden. Der Arrestgläubiger geht jedoch den anderen Gläubigern grundsätzlich nach. Der Arrestgläubiger kann sich einer Pfändung lediglich anschliessen, wenn er innert der Anschlussfrist von Art. 110 Abs. 1 SchKG (30 Tage) das Fortsetzungsbegehren stellen kann.

Zusammenfassend kann somit gesagt werden, dass die Arrestlegung gegenüber späteren Pfändungen oder im nachfolgenden Konkurs dem Gläubiger keinerlei Vorrechte schafft. In der Einzelzwangsvollstreckung kann er immerhin an der Pfändungsgruppe teilnehmen, welche durch spätere Pfändungen gebildet und ausgelöst wird.

3.3. Abänderbarkeit

Der einmal erlassene und im Einsprache- bzw. Rechtsmittelverfahren bestätigte Arrest bleibt grundsätzlich bis zum Vorliegen einer Entscheidung in der Hauptsache unverändert bestehen. Wird die Forderungsklage des Gläubigers geschützt, wird die mit dem Arrest angeordnete, provisorische

---

[43] Im schweizerischen Recht kann gegen im Handelsregister eingetragene Personen grundsätzlich lediglich die Betreibung auf Konkurs durchgeführt werden. Hierzu mit Kritik an dieser Lösung MEIER, Die dogmatische Situation des Vollstreckungsrechts aus der Sicht des schweizerischen Rechts, 2. Teil: Schuldnerschutz und Gläubigerkoordination, ZZP 2008, 469 ff.

Pfändung zur definitiven Pfändung; erweist sich die Forderung als nicht bestehend, fällt der Arrest dahin (Art. 280 Ziff. 3 SchKG).

3.4. Würdigung

Der Arrest nach schweizerischem Recht ist ein Beispiel für einen sehr stark standardisierten einstweiligen Rechtsschutz:

- Insbesondere existiert kein allgemeiner Gefährdungstatbestand, sondern es gibt lediglich abschliessend aufgezählte enge Gefährdungstatbestände. Dies führt dazu, dass noch nicht gerichtlich beurteilte Forderungen gegenüber Schuldnern mit Wohnsitz in der Schweiz praktisch nicht gesichert werden können.
- Statt oder neben dem Glaubhaftmachen der Forderung sieht das Gesetz als Indiz für den Bestand der Forderungen das Vorliegen eines provisorischen Rechtsöffnungstitels vor (vgl. Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG).
- Der einstweilige Rechtsschutz für Geldforderungen kennt als Anordnung grundsätzlich nur die Beschlagnahme von Vermögenswerten in der Form der provisorischen Pfändung, welche kein Vorrecht gegenüber anderen Gläubigern schafft. Die Anordnung von Geldleistungen ist nach Art. 262 ZPO als vorsorgliche Massnahmen ausgeschlossen, falls hierfür keine ausdrückliche gesetzliche Grundlage besteht.
- Der einmal erlassene Arrestbefehl bleibt bis zum Vorliegen des definitiven Rechtsschutzes bestehen.

Wie schon an anderen Stellen gefordert[44], bedarf der Arrest bzw. der gesamte einstweilige Rechtsschutz für Geldforderungen im schweizerischen Recht, welche noch nicht gerichtlich beurteilt worden sind, der Überprüfung. Zu erwägenist vor allem die Einführung eines allgemeinen Arrestgrundes und die Einführung der Möglichkeit einer allgemeinen vorläufigen Vollstreckung von Geldforderungen.

---

44 Siehe MEIER/KOTRONIS (Fn 35), S. 706; MEIER, Arrest, S. 437 und MEIER, Einstweiliger Rechtsschutz (Fn 3), S. 287 f.

4. Einstweiliger Rechtsschutz im Ehescheidungsverfahren

4.1. Überblick

Art.276 Abs. 1 ZPO statuiert für die vorsorglichen Massnahmen im Scheidungsverfahren: „*Das Gericht trifft die nötigen vorsorglichen Massnahmen. Die Bestimmungen über die Massnahmen zum Schutz der ehelichen Gemeinschaft sind sinngemäss anwendbar*".

Der Verweis auf die Eheschutzmassnahmen bedeutet zunächst einmal, dass die Massnahmen nach Art. 172 ff. ZGBauch im Rahmen einer vorsorglichen Massnahme angeordnet werden können. Darüber hinaus sind nach allgemeiner Ansicht alle weiteren Anordnungen zulässig, welche als «nötig»erscheinen[45].

Keine völlige Klarheit besteht über die Voraussetzungen zum Erlass einer vorsorglichen Massnahmennach Art. 276 ZPO.Obwohl dies kaum ausdrücklich gesagt wird, dürfte Einigkeit darüber bestehen, dass die Massnahmen, welche zugleich Massnahmen des Eheschutzes nach Art. 172 ff. ZPO sind, auch nach diesen Voraussetzungen zu erlassen sind[46]. Für die anderen Anordnungen gelten nach einzelnen Äusserungen in der Literatur in allerdings sehr eingeschränkter Form die allgemeinen Voraussetzungen zum Erlassvon vorsorglichen Massnahmen.[47] Insbesondere soll grundsätzlich keine Gefährdungsprognose notwendig sein.

Falls sich die Umstände geändert haben oder die Anordnungen sich sonst als ungerechtfertigt erweisen, können sie aufgehoben oder abgeändert werden (Art. 268 Abs. 1 ZPO). Anders als die allgemeinen vorsorglichen Massnahmen nach Art. 261 ff. ZPO jedoch gleich wie die Eheschutzmassnahmen gilt die Rechtsänderung jedoch nicht ex tunc seit Erlass der Anordnung, sondern lediglich ex nunc seit Einreichung des Gesuchs um Abänderung oder Aufhebung[48]. Entsprechend entfällt auch die

---

45 BK ZPO- SPYCHER(Fn25), Art. 276 N 6 ff.; KuKo ZPO-VAN DE GRAF (Fn 3), Art. 276 N 4.

46 Vgl. BK ZPO- SPYCHER(Fn25), Art. 276 N 13.

47 BK ZPO- SPYCHER(Fn25), Art. 276 N 13.

48 BK ZPO- SPYCHER (Fn25), Art. 276 N 28; KuKo ZPO-VAN DE GRAF (Fn 3), Art. 276 N 5.

Möglichkeit, für Massnahmen, welche sich später als unrichtig erweisen, Schadenersatz zu verlangen oder geleistete Zahlungen zurückzufordern

4.2. Würdigung

Die vorsorglichen Massnahmen nach Art. 276 ZPO sind dogmatisch insofern interessant, als sie eine Mischung von Anordnungen des einstweiligen Rechtsschutzes und von materiellen Rechten zum Schutz von Ansprüchen aus dem Gemeinschaftsverhältnis der Ehe darstellen.

Das materielle Recht kennt für die Ehe, wie auch für andere Gemeinschaftsverhältnisse (z.B. Erbengemeinschaften und Gesellschaften) besondere Schutzrechte bei Gefährdungssituationen, die nicht auf der Prozessdauer gründen und entsprechend auch ausserhalb eines Hauptsacheverfahrens geltend gemacht werden können[49]. Für die Ehe sind dies die Eheschutzmassnahmen nach Art. 172 ff. ZGB. Nach Anhebung eines Prozesses (insb.) auf Auflösung des Gemeinschaftsverhältnisses können diese Anordnungen mit dem einstweiligen Rechtsschutz in Konkurrenz treten[50].

Art. 276 ZPO löst dieses Problem damit, dass es den Anwendungsbereich der Eheschutzmassnahmen grundsätzlich auf die Dauer des Ehescheidungsprozesses ausdehnt. Bereits erlassene Eheschutzmannahmen gelten bis zu einer allfälligen Abänderung oder Aufhebung weiter (Art. 276 Abs. 2 ZPO). Neue Massnahmen werden vom Scheidungsgericht grundsätzlich nach denselben Grundsätzen wie die Eheschutzmassnahmen erlassen (Art. 276 Abs. 1 ZPO). Die Besonderheit besteht lediglich darin, dass das Scheidungsgericht auch weitere Massnahmen erlassen kann.

Die Gleichstellung der vorsorglichen Massnahmen mit dem Eheschutz bedeutet auch, dass die Anordnungennicht ex tunc, sondern lediglich ex nunc aufgehoben werden können. M.E. ist diese Form der Standardisierung und Vereinfachung des einstweiligen Rechtsschutzes zu begrüssen. Das rückwirkende Dahinfallen des einstweiligen Rechtsschutzes hätte zur Folge,

---

49 MEIER, Einstweiliger Rechtsschutz (Fn 3), S. 64 f. und 67 ff.

50 MEIER, Einstweiliger Rechtsschutz (Fn 3), S. 67 ff.

dass die später im definitiven Rechtsschutz erfolgreiche Partei allenfalls Unterhaltszahlungen zurückfordern und/oder Schadenersatz wegen anderen Anordnungen verlangen könnte. M.E. ist es sinnvoll mit dem Absehen von der Rückwirkung den Grund für solche wenig fruchtbaren Rechtsstreite schon gar nicht zu schaffen.

5. Besitzesschutz

Der Besitzesschutz gemäss Art. 927f.ZGB ist m.E. nichts anderes als eine besondere Form des einstweiligen Rechtsschutzes[51]. Der Besitzessschutz erfolgt stets unter dem Vorbehalt eines anderslautenden definitiven Entscheides über das bessere Recht. Ergibt es sich, dass der Störer ein besseres Recht hat, wird der zu Unrecht geschützte Besitzer schadenersatzpflichtig, d.h. die Besitzesschutzanordnungwird mit Wirkung ex tunc seit ihrer Anordnung aufgehoben[52].

Der Besitzessschutz ist dabei eine stark standardisierte und vereinfachte Form des einstweiligen Rechtsschutzes. Auf eine Gefährdungsprognose wird gänzlich verzichtet[53]. Die Hauptsacheprognose ist auf den Nachweis reduziert, dass der Gesuchsteller Besitzer der fraglichen Sache ist. Immerhin gestattet Art. 927 Abs. 2 ZGB dem Gesuchsgegner sofort den Nachweis des besseren Rechts zu erbringen und damit die Besitzesvermutung zu entkräften.

Anders als im allgemeinen einstweiligen Rechtsschutz ist der einstweilig geschützte Besitzer nicht gezwungen innert Frist, den definitiven Rechtsschutz betreffend das Recht einzuleiten.

---

51 BGE 94 II 348 (353); BGE 78 II 87 (88); MEIER, Einstweiliger Rechtsschutz (Fn 3), S. 115 ff.; SCHÖBI, Der Besitzesschutz (Art. 926-929 ZGB), Diss. Bern 1987, S. 104. Für den Nachweis, dass sich an der diesbüglichen Auffasung des Bundesgerichts auch mit dem Inkrafttreten der eidgenössischen ZPO nichts geändert hat, vgl. BSK ZGB II (Fn 34), ERNST, Art. 926-929 ZGB N 56 sowie KuKo ZGB-DOMEJ Art. 926 N 16, beide mit Hinweis auf Urteil BGer vom 28.2.2011, 5A_828/2010. Zum Teil wird darin aber auch ein ganz gewöhnlicher materieller Anspruch gesehen. So insb. KUMMER, Kritik zu BGE 94 II 348, ZBJV 106 (1970), S. 106 f., sowie ZOBL, Zum Verhältnis Besitzesschutz und Rechtsschutz, in: LIEBER/REHBERG/WALDER/WEGMANN (Hrsg.), Rechtsschutz, Festschrift für Guido von Castelberg zum 70. Geburtstag, Zürich 2007, S. 319.

52 MEIER, Einstweiliger Rechtsschutz (Fn 3), S. 77.

53 Vgl. BSK ZGB II-ERNST, Vor Art. 926–929, N 44.

6. Ergebnisse

1.) Die neue schweizerische Zivilprozessordnung stellt für Realansprüche, d.h. Ansprüche, welche nicht auf Geld lauten, mit den vorsorglichen Massnahmen nach Art. 261 ff. ZPO einen nahezu perfekten einstweiligen Rechtsschutz zur Verfügung, welcher die vom Verfasser entwickelten Postulate eines optimalen einstweiligen Rechtsschutzes weitgehend erfüllt. Die Massnahmen ergehen nach einer auf den Einzelfall bezogenen Abwägung der Resultate der Hauptsache- und Nachteilsprognose. Grundsätzlich kann jede Anordnung, insbesondere auch die vorläufige Vollstreckung des Anspruchs angeordnet werden. Die Anordnungen können flexibel an veränderte Umstände angepasst werden; schliesslich fallen sie mit dem definitiven Rechtsschutz oder schon früher bei deren Abänderung oder Aufhebung rückwirkend dahin. Kritik bedarf lediglich die (milde) Kausalhaftung, welche lediglich die zu Unrecht geschützte gesuchstellende Partei, nicht jedoch die Gegenpartei trifft, falls die Massnahme zu Unrecht nicht erlassen wird.

2.) Der einstweilige Rechtsschutz für Geldforderungen, welche noch nicht gerichtlich beurteilt worden sind, weist demgegenüber erhebliche Defizite auf. Der Arrest als Hauptinstrument kann lediglich angeordnet werden, wenn einer der wenigen in Art. 271 Abs. 1 Ziff. 1 - 4 aufgezählten Arrestgründe gegeben ist. Dies führt dazu, dass Forderungen gegenüber Personen mit Wohnsitz in der Schweiz während der Dauer des erstinstanzlichen Hauptsacheverfahrenspraktisch nicht gesichert werden können.

3.) Statt einem allgemeinen auf den Einzelfall anpassbaren einstweiligen Rechtsschutz, wie er in den Art. 261 ff. ZPO für Realansprüche verwirklicht ist, kann der Gesetzgeberstandardisierte und vereinfachte Formen vorsehen. So kann er etwa statt der Abwägung der Gefährdungslage der Parteien im Einzelfall konkrete Vorgaben formulieren oder auf die Gefährdungs- und/oder Hauptsacheprognose gänzlich verzichten. Möglich ist etwa auch, den einstweiligen Rechtsschutz bei

Vorliegen des definitiven Rechtsschutzes oder schon früher beigeänderten Umständen nicht rückwirkend, sondern lediglich mit Wirkung für die Zukunft aufzuheben.

4.) Sehr zu begrüssen sind gesetzliche oder auch richterrechtlich geschöpfte Regeln, wie die Abwägung der Interessen der Parteien bei der Hauptsache - und Nachteilsprognose vorzunehmen sind. Ein Beispiel dafür enthält Art. 266 ZPO betreffend die vorsorglichen Massnahmen gegen Massenmedien. Solche Regeln helfen die oft extrem schwierigen Interessenabwägungen vorzunehmen und machen den Erlass einer Massnahme des einstweiligen Rechtsschutzes vorhersehbarer.

5.) Sinnvoll ist m.E. auch die Regelung, welche im Ehescheidungsprozesslediglich eine Aufhebung des einstweiligen Rechtsschutzes, falls er sich später als ungerechtfertigt erweist, mit Wirkung für die Zukunft vorsieht. Damit werden unfruchtbare Streitigkeiten über Rückforderung von Leistungen und Schadenersatz infolge ungerechtfertigten einstweiligen Rechtsschutzes vermieden.

6.) Problematisch ist ein stark standardisierter einstweiliger Rechtsschutz, wenn daneben kein effektiver allgemeiner Rechtsschutz zur Verfügung steht. Dies zeigt der Arrest nach schweizerischem Rechtdeutlich. Die eng formulierten Arrestgründe nach Art. 271 Abs. 1 Ziff. 1-4 SchKG wären kein Problem, wenn zusätzlich ein allgemeiner Verfügungsgrund der Forderungsgefährdung vorhanden wäre. Der Besitzessschutz nach Art. 927f. ZGB steht zwar als Anordnung des einstweiligen Rechtsschutzes für Rechte am Eigentum ebenfalls nur in bestimmten Fällen, nämlich wenn der Gesuchsteller Besitz an der fraglichen Sache hat, zur Verfügung. Dies stört jedoch nicht, da daneben der allgemeine einstweilige Rechtsschutz für Realleistungen nach Art. 261 ff. ZPO zur Verfügung steht.

HMK BAKIMINDAN DAVA DİLEKÇESİNDE EKSİKLİK HALİNDE YAPILMASI GEREKEN İŞLEMLER

Prof. Dr. Muhammet ÖZEKES*

GİRİŞ

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile birlikte, dava dilekçesinin içeriği ve unsurları, kendisinden önce yürürlükte olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'ndan daha geniş bir şekilde düzenlenmiş; ayrıca dilekçede bulunması gereken unsurlara gereği gibi yer verilmemesi halinde yapılacak işlemler ve bu eksikliklerin yaptırımı ayrıca belirtilmiştir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 119. maddesinin 1. fıkrasında 10 bent halinde dava dilekçesinde bulunması gereken hususlar yer alırken, 2. fıkrasında bu bentlerde bulunması gereken hususlarda eksiklik durumunda yapılması gerekenlere ve yaptırımına yer verilmiştir. Ancak bu fıkrada, dilekçede bazı eksikliklerin bulunması halinde, ne yapılması gerektiği açıkça düzenlenmiş, bazı eksiklikler konusunda ise ne yapılacağı ve yaptırımı açıkça düzenlenmemiştir. Kanunen dilekçede bulunması gerekip de eksikliği halinde ne yapılması gerektiği açıkça düzenlenmemiş olan dilekçenin unsurları hakkında, uygulamada sorun ortaya çıkmakta ve tartışma konusu olmaktadır. Bu sorunlardan en önemlisi de iddia ve somutlaştırma yükü çerçevesinde (m. 194) davaya dayanak olan vakıaların açık ve somut olarak gösterilmemesi ve bu vakıaların hangi delillerle ispat edileceğinin (m. 119/1-e ve f) belirtilmemesidir. Yaptırımı 119. maddede düzenlenmeyen hallerde, aslında farklı hükümlerde düzenleme bulunduğu için, kanun koyucu bu

* Dokuz Eylül Üniversitesi ve İzmir Gediz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Özel Sayı 2014, s. 263-300 (Basım Yılı: 2015)
Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ'e Armağan

hallere ilişkin eksiklik halinde yapılması gerekenleri bu maddede ayrıca düzenlememiştir.

Biz bu çalışmada, dava dilekçesinin önemi ve dilekçede bulunması gereken hususlar üzerinde kısaca duracak, daha sonra dilekçede bulunması gereken unsurların eksikliği halinde yapılması gereken işlemleri inceleyeceğiz. Esasen 119. maddede yaptırımı açıkça belirtilen hususlarda çok önemli bir tartışma olmadığı için bunları kısaca açıklayacağız. Yaptırımı 119. maddede belirtilmemiş olan unsurların eksikliği üzerinde ise daha ayrıntılı duracağız.

A. Dava Dilekçesinin Önemi ve Dilekçede Bulunması Gereken Temel Unsurlar

Esasen dilekçenin niteliği gereği herhangi bir dilekçede, talebin yöneltildiği makamın, talep konusunun ve talepte bulunanın belirli olması gerekir[1]. Ancak, yargılama faaliyetini başlatan bir taraf usûl işlemi olarak dava dilekçesi, yargılamanın kendine has özelliklerinden dolayı, bu temel unsurlar dışında da ayrıca bazı unsurları içermektedir. Kanun koyucu, yargılama faaliyetinin özelliği gereği, dava dilekçesinde bulunması gereken hususları ayrıca ve ayrıntılı olarak düzenlemiştir. Yargılama hukukunun şeklî hukuk alanı içinde yer alması, hak aramanın belirli bir düzen içinde gerçekleştirilmesi gerekliliği, gerek iddiada bulunan ve dava açan davacının bu talebinin sağlıklı değerlendirilmesi gerekse bu iddialara karşı savunma yapacak olan davalının kendisine karşı yöneltilen talebin ne olduğunu doğru anlayıp savunma (hukukî dinlenilme) hakkını kullanabilmesi için, dava dilekçesi özellikle ve ayrıntılı şekilde düzenlenmiş bulunmaktadır. Keza, talebin yöneltildiği yargı organının, kendisine yöneltilen talebi tam ve sağlıklı şekilde değerlendirip doğru bir karar verebilmesi de, ancak o talebin anlaşılır, doğru ve dayanaklarıyla birlikte yargı organına sunulması ile tam olarak mümkündür.

Yargılamayı başlatan ve ilk taraf usûl işlemi olan dava dilekçesinin doğru bir şekilde düzenlenmesi, yargılama faaliyetinin de sağlıklı ve doğru

---

[1] Örneğin, Dilekçe Hakkının Kullanılmasına Dair Kanun'a göre (m. 6), belirli bir konuyu ihtiva etmeyen ve dilekçe verenin kimliğinin belirli olmadığı dilekçeler incelenmez.

bir şekilde yürütülmesini mümkün kılacaktır. Yanlış yerden iliklenen düğmenin sirayeti gibi, kötü, eksik ve özensiz bir dilekçe de yargılamanın yanlış yürümesi sonucunu doğuracaktır. Bu sebeple, davacının dilekçesine özen göstermesi, mahkemenin de elindeki usûlî imkânları kullanarak eksik bir dilekçeyle yargılamanın başlatılması ve yürütülmesine izin vermemesi gerekir. Mahkemeye yöneltilen talebin, talep konusunun, talebin dayanağının, bunlara ilişkin delillerin, ayrıca kendisinden talepte bulunulan yargı organının ve talepte bulunanın doğru ve anlaşılır şekilde belirtilmediği bir dava dilekçesi ile başlayan yargılamanın, doğru ve sağlıklı yürütülmesi mümkün olmadığı gibi, böyle bir yargılamada birçok yargılama ilkesi de doğrudan veya dolaylı şekilde ihlâl edilecektir. Bu sebepledir ki, tüm yargılama hukukları bakımından yargılamayı başlatan ilk talep (ve doğal olarak bu talebe karşı savunma ve cevap) özel olarak düzenlenmiştir. İdarî Yargılama Usûlü Kanunu'nda idarî davaların açılması çerçevesinde, dava dilekçesinde yer alması gereken hususlar tek tek belirtilmiş (İYUK m. 3), ayrıca ilk incelemede dilekçedeki eksiklikler hakkında yapılacak inceleme ve verilecek karar bakımından İYUK m. 14 ve m. 15'de özel düzenleme yapılmıştır. Keza, ceza yargılaması bakımından kamu davasının açılması için hazırlanacak olan iddianamenin neleri içermesi gerektiği Ceza Muhakemesi Kanunu m. 170'de açıkça düzenlenmiş olup bu maddeye aykırı düzenlenen iddianamenin iadesi hakkında da 174. maddede düzenleme yapılmıştır. Aynı şekilde bireysel başvuruyla ilgili olarak Anayasa Mahkemesinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un (6216 sayılı Kanun) 47. maddesinde, başvuru dilekçesinin neleri içermesi gerektiği belirtilmiş ve bunu kabul edilebilirlik şartı olarak saymıştır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu dışındaki bu üç düzenlemeden ikisi, doğrudan kamu hukuku alanıyla ilgilidir. Buna rağmen, ceza yargılamasında, gereği gibi düzenlenmemiş iddianamedeki eksilik tamamlanmamakta, tolere edilmemekte ve iade edilmektedir. Keza idarî yargıda da, re'sen araştırma ilkesi geçerli olmasına rağmen dilekçe eksiklikleri mahkemece tamamlanmamakta veya bu dilekçeye rağmen yargılama yürütülmemektedir. Bireysel başvuruda, temel hak ihlâli ihtimali söz konusu olmasına rağmen, daha katı bir düzenleme mevcut olup dilekçenin eksikliği başlı başına kabul edilebilirliğe engel sayılmıştır. Hukuk yargılamasında ise, kural olarak özel hukuk ilişkisinden doğan bir uyuşmazlık söz konusu olduğundan, esasen özünde kamusal bir yön bulunma-

makta, tarafların özel ilişkileri ve menfaatleri uyuşmazlığın temelinde yatmaktadır. Böyle bir durumda, sorumluluğun gerçekte taraflara ait olması, gerek davanın hazırlanması ve dava malzemesinin temininde ve yargılamaya getirilmesinde gerekse davanın temeli olan dilekçelerin hazırlanmasında tarafların kendi sorumluluklarını taşıması gerekir. Eğer taraflar bu sorumluluğu yerine getirmiyorsa, o zaman sonuçlarına katlanmaları söz konusudur.

Hukuk yargılamasında tasarruf ilkesinin sonucu olarak (m. 24), talep olmadan bir dava incelenemez ve taraflarca getirilme ilkesinin sonucu olarak da (m. 25) hâkimin vakıaları kendiliğinden araştırması veya delil toplaması söz konusu değildir. Ayrıca hâkim tarafların talepleriyle bağlıdır (m. 26). Bu sebeple, dava dilekçesi, yargılamayı başlatmakta, hem vakıalar hem deliller yönünden çerçevesini çizmekte ve davada incelenecek talep konusunu belirlemektedir[2]. Bunları da doğrudan tarafın kendisi yapmak durumundadır. Tarafın bu konudaki ihmali, özensizliği ve eksikliğini tamamlamak mahkemenin işi değildir. Böyle bir durumda taraf, bu konudaki davranışlarının sonuçlarına katlanacaktır. Bu anlayış çok katı gelebilir. Ancak, bugün birçok ülkenin usûl kanunlarında olduğu gibi, gerek 1086 sayılı HUMK gerekse 6100 sayılı HMK'daki temel anlayış budur. Ayrıca unutmamak gerekir ki, davasını yürütmekte kendisini yetersiz hisseden kimse, kendisini konunun uzmanı olan bir avukatla temsil ettirebileceği gibi, buna imkânı yoksa o zaman da adli yardımdan yararlanabilmektedir (m. 334 vd., özellikle m. 335/1-ç). Yani, hukuk düzeni kişiyi çaresiz bırakmamış, hak arama bakımından ona gerekli imkânları da tanımıştır. Dolayısıyla, dava açan kimsenin bu konuda bir mazeret üretmesi mümkün değildir. Dava açmak ciddi bir iştir, dava açan da bu ciddiyete uygun davranmak durumundadır.

Yargılamanın temeli olan dava dilekçesi iyi hazırlanmadığında, bu davanın sağlıklı yürütülmesi hem taraflar hem de mahkeme bakımından mümkün olmayacaktır[3]. Dava dilekçesi, taraf bakımından deyim yerindeyse davanın stratejisinin çizildiği en önemli aşamadır. Bu aşamada iyi düşünül-

---

2 Bu konuda bkz. N. **Meriç**, Medenî Yargılama Hukukunda Tasarruf İlkesi, Ankara 2011, s. 63. vd.

3 Dava dilekçesinin önemi hakkında bkz. B. **Kuru**, Hukuk Davası Açarken ve Davaya Cevap Verirken Dikkat Edilmesi Gereken Hususlar, İBD 1984/10-12, s. 760 vd. (ayrıca Makaleler, Ankara 2006, s. 203 vd.).

meli, iyi bir hazırlık yapılmalı, davanın maddî ve hukukî dayanakları iyi hesap edilmelidir. Unutmamak gerekir ki, hâkimden kendi yaşamadığı ve bilmediği bir sorunun çözümü istenmekte, yabancı olduğu bir konuda karar vermesi beklenmektedir. Mahkemenin önüne dava malzemesi ne kadar iyi getirilirse o kadar sağlıklı ve doğru karara ulaşmak mümkün olacaktır. Tarafın bizzat bildiği ve yaşadığı bir olayda, bu olaya yabancı olan hâkime, iyi hazırlanmamış bir dava dilekçesini verip sonra da iyi bir karar beklemek mümkün değildir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda dilekçede nelerin bulunması gerektiği 119. maddenin 1. fıkrasında tek tek belirtilmiştir. Kanunen dilekçede yer alması gereken unsurlar şunlardır[4]:

- Mahkemenin adı.
- Davacı ile davalının adı, soyadı ve adresleri.
- Davacının Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarası.
- Varsa tarafların kanuni temsilcilerinin ve davacı vekilinin adı, soyadı ve adresleri.
- Davanın konusu ve malvarlığı haklarına ilişkin davalarda, dava konusunun değeri.
- Davacının iddiasının dayanağı olan bütün vakıaların sıra numarası altında açık özetleri.
- İddia edilen her bir vakıanın hangi delillerle ispat edileceği.
- Dayanılan hukukî sebepler.
- Açık bir şekilde talep sonucu.
- Davacının, varsa kanuni temsilcisinin veya vekilinin imzası.

Dava dilekçesini hazırlamak önemlidir ve tarafın bir davadaki en önemli sorumluluklarından biridir. Kanun koyucu da dava dilekçesinin

---

4 Dilekçenin unsurları ve içeriği hakkında bkz. H. **Pekcanıtez**/O. **Atalay**/M. **Özekes**, Medenî Usûl Hukuku, 14. Bası, Ankara 2013, s. 501 vd.; A. **Karslı**, Medeni Muhakeme Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 2012, 476 vd.; B. **Kuru**/R. **Arslan**/E. **Yılmaz**, Medenî Usul Hukuku, 25. Baskı, Ankara 2014, s. 276 vd.; B. **Umar**, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Ankara 2014, s. 373 vd.; E. **Yılmaz**, Hukuk Muhakemeleri Şerhi, 2. Baskı, Ankara 2013, s. 809 vd.

önemi sebebiyle, dava dilekçesinde nelerin bulunması gerektiğini açıkça ve tek tek sayarak şekilde düzenlemiştir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda temelde iki yargılama usûlüne yer verilmiştir. Bunlardan birisi, Kanunun asıl yargılama usûlü olarak düşündüğü ve daha geniş uygulama alanı olan yazılı yargılama usûlü; diğeri ise, uygulandığı dava ve işlerin özel olarak belirtildiği basit yargılama usûlüdür. Dava dilekçesinin unsurlarını düzenleyen 119. madde, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yazılı yargılama usûlünü düzenleyen üçüncü kısmının, dava açılmasına ilişkin birinci bölümünde yer almaktadır. Basit yargılama usûlünde davanın açılması ise, bu usûlde dilekçelerin verilmesi kenar başlıklı 317. maddede düzenlenmiştir. Maddenin birinci fıkrasında, dava açılması ve davaya cevap verilmesinin dilekçe ile olacağı belirtilmiş, ancak dilekçenin unsurları tek tek sayılmamıştır. Fakat, 322. maddede, basit yargılama usûlüne ilişkin hüküm bulunmayan hallerde, yazılı yargılama usulüne ilişkin hükümlerin uygulanacağı belirtilmiştir. Bu sebeple, 119. maddede belirtilen unsurlar, basit yargılama usulünde de geçerlidir. Hatta, basit yargılama usûlünün niteliği gereği, tarafın dava açarken yanlışlık yapmaması ve bir eksiklik olmaması için, dava (ve cevap) dilekçesinin Yönetmelikte belirlenecek formun doldurulması suretiyle de verilebileceği belirtilmiş (m. 322/4) ve Yönetmelikte de bu konu ayrıca düzenlenmiştir (Yön. m. 37). Bu düzenleme dahi göstermektedir ki, kanunkoyucu yargılamanın sağlıklı yürütülmesi bakımından dilekçeye özel önem vererek, avukatla temsil ihtimalinin daha az olduğu basit yargılama işlerinde dava dilekçesinin eksiksiz olması amacıyla, bir form dilekçeye de yer vermiştir.

Burada söylenenleri ve bu çalışmada belirtilen hususları, niteliğine uygun düştüğü ölçüde cevap dilekçesi ve hatta duruma göre diğer dilekçeler için de söylemek yanlış olmayacaktır. Ancak Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 119. maddesinde belirtilmiş olan dava dilekçesinde bulunması gereken unsurlar ve buna ilişkin yaptırımlar diğer durumlarda özel hüküm olmayan hallerde uygulanabilir. Kanunlarda özel hüküm bulunan hallerde, onlara uygun dilekçe verilmesi gerektiği gibi, eğer ayrıca yaptırımı düzenlenmişse o yaptırımın dikkate alınması gerekir. Keza, bir başvuru, teknik anlamda dava dilekçesi sayılmaz ve 119. maddenin uygulanması niteliği gereği mümkün olmazsa, o zaman ilgili hükümler öncelikle uygulanmalıdır. Örneğin, ihtiyati tedbir talebinde, dilekçede ayrıca ihtiyati tedbir talebi ve

türünün de açıkça belirtilmesi aranmış (m. 390/3), keza delil tespiti dilekçesi ile ilgili belirtilecek hususlar ayrıca düzenlenmiştir (m. 402/1). Bu durumlarda kanunun aradığı özel hususlara da dilekçede yer verilmelidir. Bunun gibi, teknik anlamda dava olmayan veya dilekçedeki eksikliğin farklı şekilde telafi edilebileceği özel durumlarda da 119. madde hükmünü tam olarak uygulamak söz konusu olmayacaktır[5]. Örneğin, icra mahkemesine başvurulan hallerin bir kısmında durum böyledir.

B. Dava Dilekçesinde Eksikliğin Anlamı

1. Genel Olarak

Dilekçedeki eksiklik hallerinden ne anlaşılması gerektiği de doğru değerlendirilmelidir. Zira, dilekçedeki eksiklik bakımından aşağıda inceleyeceğimiz başlıklar altındaki yaptırımların ortaya çıkması için gerçek bir eksiklik söz konusu olmalıdır. Eğer, dilekçede eksiklik mevcut değilse, varolan durum eksiklikten daha çok maddî hata niteliğinde ise, o zaman 119. maddedeki yaptırımlar değil, 183. madde uygulanarak maddî hatanın düzeltilmesi sağlanmalıdır[6]. Bunun yanında, hâkim dosyaya giren belge ve bilgilerden eksiklik olarak addedilen hususu, somut olayın özelliğine göre herhangi bir özel çaba ve araştırma gerekmeden tamamlayabilecek durumda ise, bu eksiklik olarak sayılmamalıdır[7]. Ancak, şüphesiz bu, dosyadan anlaşılan ve özel bir araştırma gerektirmeyen hususlarda geçerlidir. Adeta tarafın

---

5 Yargıtay da buna benzer şekilde kararlar vermektedir. "İcra mahkemesine yapılan başvuru, İİK. nun 169/a maddesine dayalı borca itiraz niteliğinde olup, Medeni Usul Hukuku anlamında dava olmadığından HMK. nun davaya ilişkin kuralları mutlak olarak uygulanmaz, ancak özel yasa olan İİK hükümleri ile çelişmeyecek ölçüde uygulanır. / Somut olayda itiraz dilekçesinde alacaklı vekilinin ad, soyad ve adres bilgileri bulunmasa da takip dosyasında alacaklı vekilinin bilgilerine ulaşılabileceği anlaşılmaktadır. / Bu nedenle mahkemece oluşacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken, 6100 Sayılı HMK.nun 119/ç-2 maddesi gereğince verilen kesin süreye rağmen taraf teşkilinin sağlanmadığı gerekçesiyle davanın açılmamış sayılmasına karar verilmesi isabetsizdir." 12. HD, 05.12.2013, 31239/38841 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası).

6 **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 503.

7 **Yılmaz**, s. 818. **Yılmaz**, bu konuda aşırıya kaçılması halinde ortaya çıkacak sakıncayı, Latince "aşırı şekilcilik hukuksuzluk yaratır" sözüyle ifade etmektedir.

yerine geçerek eksikliği tamamlamak ya da ayrıca araştırma yapmak hâkimin işi değildir.

Dava dilekçesindeki eksiklik, teknik anlamda dilekçe eksikliği değil de, kanunun özel olarak düzenlediği başka bir durumsa, o husus ayrıca dikkate alınmalıdır. Aksi halde, bazen tarafın bir imkânı elinden alınmış veya aslında başka yolla düzeltmesi gereken bir yanlışlığın düzeltilmesine imkân tanınmış olur ki, bunların tümü kanuna aykırı olacaktır. Örneğin, dilekçede eksiklik veya yanlışlık olarak görülen şey, davanın tarafını değiştirmek anlamına geliyorsa, bu durumda da 119. madde değil, 124. madde uygulanmalıdır. Benzer şekilde, vakıalar ve talebin eksikliği ya da gösterilmemesi değil, bunların değiştirilmesi, genişletilmesi söz konusu ise, bu durumda iddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi hükümleri uygulanmalıdır (m. 141, 176 vd.).

2. Dilekçenin Unsurları Bakımından Eksiklik Sayılan Haller ve Bu Konuda Ortaya Çıkan Sorunlar

Dilekçedeki eksiklik bakımından her bir unsurun ayrı ayrı ele alınması gereklidir.

a. Mahkemenin Adı

Öncelikle dilekçenin ilk unsuru olan mahkemenin adının (m. 119/1-a) eksik olması demek, mahkemenin görev ve yetki yönünden açıkça belirtilmemesi demektir. Örneğin, görev ve yetkiye ilişkin bir şey söylemeden "Adli Makamlara" ya da "Adliyeye" şeklinde bir ifadeye yer verilmesi halinde, mahkemenin adı yoktur. Ayrıca sadece "Asliye Hukuk Mahkemesi'ne" şeklinde bir ifade yetki yönünden eksik olduğu gibi "İzmir Mahkemesi'ne" ya da daha genel olarak "İzmir Adliyesi'ne" şeklindeki ifade görev yönünden eksiktir[8]. Her iki halde de mahkeme gerçek anlamda belirtilmemiş demektir. Çünkü, mahkeme görev ve yetkisiyle bir bütündür. Anonim, genel, görev ve yetkiyi tam belirtmeyen ifadelerle dava açılamaz, açılırsa dilekçenin unsuru eksik sayılır.

---

[8] Bu konuda bkz. **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 501; **Karslı**, s. 476; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 276.

b. Tarafların ve Temsilcilerinin Kimlik ve Adresleri

Dilekçenin ikinci unsuru olan davacı ve davalının adı, soyadı ve adreslerinden (m. 119/1-b) anlaşılması gereken, gerçek kişilerde ad ve soyadın belirtilmesi, tüzel kişilerde ise, o tüzel kişinin unvanının belirtilmesidir. Tarafların adı, soyadı veya tüzel kişilerde unvan, hak ehliyeti ve taraf ehliyeti kuralları (m. 50) dikkate alınarak belirtilmelidir. Gerçek kişiler bakımından sadece adın veya sadece soyadın yazılması yeterli olmadığı gibi, o kimsenin lakap ya da şöhretinin yazılması da dilekçenin unsurunun karşılanması için yeterli değildir. Örneğin, kişinin gerçek ad ve soyadı yazılmadan lakabı, takma adı vs. yazılması durumunda dilekçe eksik olacaktır. Ayrıca hukukumuzda "… ve arkadaşları" ya da "… ortakları" veya "…mirasçıları" şeklinde dava açmak ve taraf teşkil etmek mümkün değildir. Keza tüzel kişilerde, o tüzel kişiyi belirleyecek tür (şirket, dernek, vakıf gibi) ve unvanın zorunlu unsurları dilekçede yer almalıdır[9]. Belirgin olmayan, tüzel kişiliği ifade etmeyen, unvanı yansıtmayan ibareler söz konusu ise, dilekçenin eksikliği karşımıza çıkacaktır. Bu durumlarda dilekçenin unsuru eksik olarak kabul edilmelidir. Ayrıca dilekçelerde yargı karşısında herkesin eşit olmasının bir sonucu olarak, profesör, genel müdür, albay gibi unvan, makam, rütbe vs. de yazılmaz. Yazılmışsa, bu tür ibareler gereksiz fazlalık olarak değerlendirilmeli ve mahkeme yazışmalarında kullanılmamalıdır. Hatta mahkeme, ilgili tarafı uyararak dilekçelerinde bu ifadelere yer vermemesini istemelidir. Şüphesiz bu unvanlar, görevler vs. dava bakımından önemli ise, dilekçe içinde ayrıca belirtilebilir.

Bu konuda uygulamada ortaya çıkan bir sorun, taraf adresleri konusundadır. Şüphesiz kanunun açık hükmü gereğince, dilekçede davacı ve davalının açık adreslerinin yazılması zorunludur. Davacı vekille temsil edilse dahi, davacının adresinin bilinmesi gerekir. Çünkü, en azından tarafın avukatının temsil görevinin bir şekilde sona ermesi halinde, tebligatların asıl tarafa çıkartılabilmesi için bu adres bilinmelidir; keza vekille temsil edilse dahi doğrudan tarafa yönelik işlemlerde de yine bu adresin bilinmesi önemlidir. Ancak, davacının adresi bir şekilde dosyada yer almış, bununla birlikte dilekçede davacı taraf kısmında açıkça gösterilmemişse, dilekçe eksik sayıl-

---

[9] Bu konuda bkz. **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 502-503; **Karslı**, s. 476 vd; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 277; **Yılmaz**, s. 809 vd.

malı mıdır? Örneğin, dilekçede yazılı olmasa dahi, davacı vekilinin vekâletnamesindeki adres ya da sunulan delildeki davacı adresinin belirli olması halinde eksiklik söz konusu olur mu? Kanaatimizce, davacının adresi açıkça yazılı olmasa dahi, dosyadan kolayca ve tereddüt uyandırmayacak şekilde anlaşılıyorsa, o zaman eksiklikten söz edilemez[10]. Yargıtay da bu yönde kararlar vermektedir[11]. Ancak, burada özellikle güncel bir adresin olmasına dikkat edilmelidir. Örneğin, on yıl önce verilmiş bir vekâletnamedeki adres söz konusuysa, en azından mahkemenin bu adresin halen güncel olup olmadığını vekile sorup beyanını alması gerekir.

Davalı adresi bakımından ise, özellikle davacı tarafından davalının doğru şekilde adresinin bilinmemesi halinde sorun ortaya çıkmaktadır. Davacı, her zaman davalının adresini bilemeyebilir ve bulamayabilir. Çünkü, her zaman davacı ile davalı arasında birbirlerini adreslerini bilecek derecede tanışıklık söz konusu olmayabilir. Eğer davacı, davalının kimliğini doğru bildiriyor, ancak adresini bilmiyorsa, adresin bulunması davacının değil, mahkemenin işi olmalıdır. Aksi halde, örneğin bir haksız fiile muhatap olan davacı, sadece davalı adresini bilmediği için zararını dahi tazmin talep edemeyecektir. Kanunun yalın ifadesinden hareket edilirse, davalının adresinin -davacı tarafından bilinmese dahi- mutlaka gösterilmesi gerektiği gibi bir sonuç çıkmaktadır. Keza, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun bu hükmü, Tebligat Kanunu'nun ilgili hükümleriyle (TebK m. 10, 21, 28) birlikte değerlendirildiğinde, adeta davacının önce davalı için bir adres göstermesi, davalı bu adreste bulunamazsa, mahkemenin araştırma yapması ve ilânen tebligat yoluna gidilmesi gerektiği anlaşılabilmektedir. Ancak, bunun doğru olmadığını ve kanunun amacının da bu olmadığını düşünüyoruz. Eğer davacı gerçekten davalının adresini bilmiyorsa, yapması gereken şey, bunu dilek-

---

10 **Yılmaz**, s. 818. **Postacıoğlu** da, adres mahkemece veya diğer tarafça malumsa adresin bulunmamasının bir önemi olmadığını belirtmektedir (İ. E. **Postacıoğlu**, Medeni Usul Hukuku Dersleri, 6. Bası, İstanbul 1975, s. 385).

11 "Somut olayda, dava dilekçesine ekli vekaletnamede davacı asilin adresi belirtilmiş, yine mahkemece düzenlenen tensip tutanağı başlığında da davacının vekaletnamede belirtilen bu adresine yer verilmiş olup, artık bu durumda HMK'nın 119/b maddesinde belirtildiği üzere dava dilekçesinde davacının adresinin bildirilmediğinden bahsetmek mümkün değildir." 11. HD, 30.04.2013, 9419/8579 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası)

çesinde açıkça belirterek, yaptığı araştırmada davalı tarafın gerçek adresini tespit edemediğine yönelik makul açıklamada bulunmaktır. Ondan sonra şartlarına göre mahkemece adres araştırması veya ilânen tebligat yoluna gidilebilir. Aksi halde, gerçekte davalı adresini bilmediği halde davacıyı mutlaka bir adres göstermeye zorlamak demek, davacının sırf prosedürü tamamlamak için yalan söylemesini teşvik etmek demektir. Oysa bu durum dürüst davranma ve doğruyu söyleme ödevine de (m. 29) aykırıdır. Kaldı ki, normal şartlar altında davalının adresini bildirmemekte davacının sağlayacağı bir fayda olmayacağı gibi, ayrıca gereksiz zaman ve masraf kaybına da yol açacaktır.

Taraflarla ilgili söylenenler, mümkün olduğunca onların temsilcileri için de (şüphesiz esasen davacı vekili için) söz konusudur. Örneğin, davacı vekili dilekçede adresini belirtmemiş olsa dahi, vekâletnamesinde adresi belirli ise, adresin gerçekte eksik olduğundan söz edilemez.

c. Davanın Konusu ve Değeri

Dava konusunu belirlemek davacının işidir. Bu sebeple, davacı dava konusunu tam olarak belirleyerek davasını açmalıdır[12]. Dava konusunun belirlenmesi, davanın dayanağı olan vakıalar ve taleple doğrudan bağlantılıdır. Dava konusu ve onunla doğrudan bağlantılı olarak talep konusunu belirlemek, tasarruf ilkesinin bir gereğidir (m. 24), ayrıca hâkimin taleple bağlı olmasıyla da (m. 26) yakından ilgilidir. İstisnalar dışında, davacının dava konusu üzerinde tasarruf yetkisi vardır ve hâkim belirlenen talep konusu neyse, ancak o konuda karar verebilir. Davanın konusunu belirlemek, sadece dava dilekçesi açısından değil, örneğin ihtiyati tedbirin konusu bakımından (m. 389/1, 391/2-c), derdestlik(m. 114/1-ı) veya kesin hüküm (m. 114/1-i ve 303) bakımından da önem taşımaktadır.

Dava konusu ve değerini belirlemek, talep konusu ve değerinin esas alındığı hususlarda da ayrıca önemlidir. Örneğin, harç alınırken, özellikle değer önem taşımaktadır (Harçlar Kanunu m. 15 vd.).

Dava konusunun ve değerinin gösterilmesi bakımından dikkat edilmesi gereken bir husus da, belirtilen dava konusunun, talep sonucuyla, hatta vakıa

---

[12] Bu konuda bkz. **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 505; **Karslı**, s. 486; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 278; **Yılmaz**, s. 814 vd.

ve açıklamalarla uyumlu olmasıdır. Bunlar arasında bir çelişki veya belirsizlik söz konusu olduğunda hâkim, davayı aydınlatma ödevi çerçevesinde (m. 31) dava konusunun ve değerinin tam ve doğru belirlenmesi yoluna da gidebilir. Dolayısıyla, dava konusunun hiç gösterilmemesi ile bu durum birbirinden ayrılmalıdır[13].

d. Davanın Dayanağı Olan Vakıalar ve Deliller

Davacı, davasına esas olan temel, ana vakıaları somut ve açık bir şekilde dilekçesinde göstermelidir[14]. Davanın dayanağı ve davacının hangi vakıaları göstermesi gerektiği konusu, aslında bir yönüyle tartışmaya açık ve hukukî sebeplerle de bağlantılı bir konudur. Örneğin, davacının talep kısmında tazminat istediği bir durumda, bu tazminat talebini haksız fiile mi, yoksa sözleşmeye mi dayandırdığı önemlidir. Çünkü, haksız fiile dayanıyorsa belirtmesi gereken vakıalarla, sözleşmeye aykırılığa dayanıyorsa belirtmesi gereken vakıalar aynı olmayacaktır. Hukukî bir sonuca varabilmek için (dilekçede talep, yargılamada karar-hüküm), bu sonuca götüren soyut kurala uygun şekilde, somut vakıaların gösterilmesi ve haklılığın delillerle ispat edilmesi gereklidir. Bu açıdan, aslında sonucu haklı kılan veya kılması muhtemel olan hukuk kuralından bağımsız şekilde, deyim yerindeyse savruk ve tesadüfî vakıalarla ne bir dava dilekçesinde sağlıklı bir talep ve sonuç yazabilmek ne de sağlıklı bir karar verebilmek mümkündür. Nitekim, hükümde nelerin yer alması gerektiğini belirten 297. maddede de, hükmün dayandığı hukukî sebeplerin belirtilmesi ayrıca aranmaktadır (m. 297/1-c).

---

13 Ancak, **Kuru/Arslan/Yılmaz**, bir ayrım yapmadan, dava konusu ve değeri gösterilmese dahi, eğer talep sonucu açıkça belirtilmişse, bu konudaki eksiklik de dolaylı olarak tamamlanmış sayılacağından bu eksikliğin sorun doğurmayacağı görüşündedir (**Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 286).

14 Bu konuda bkz. **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 505; **Karslı**, s. 486 vd.; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 279 vd.; **Yılmaz**, s. 814 vd. Davanın dayanağı olan vakıaların getirilmesi bakımından bkz. B. **Kuru**, Hukuk Usulünde Dava Sebebi, AD 1967/4, s. 239 vd. (ayrıca Makaleler, Ankara 2006, s. 215 vd.); Y. **Alangoya**, Medenî Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler, İstanbul 1979, 95 vd.; A. C. **İyilikli**, Hukuk Yargılamasında Dava Sebebi Üzerine Bir İnceleme, TBBD 2013/106, s. 139 vd.; **Meriç**, s. 92 vd.

Bu konudaki tartışmalar bir yana bırakılacak olursa, davacının hiçbir vakıa göstermeden veya gösterdiği vakıaları açık ve somut olarak belirlemeden bir davayı yürütmesi mümkün değildir. Bu noktada, davacının çok genel ifadelerle veya içi boş bir takım vakıaları belirtmesi de yeterli olmayacaktır. Zira, vakıaların dilekçede belirtilmesi gerektiğine ilişkin hükmü, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 194. maddesiyle birlikte düşünmek zorunludur. Kanunun 119. maddesinin 1. fıkrasının (e) bendiyle, 194. madde birbirinden ayrı düşünülemez. Bu sebeple, davacı vakıaları, genel geçer şekilde değil, açık ve algılanabilir şekilde ortaya koymalı, ispata elverişli şekilde de somutlaştırmalıdır. Çünkü, ispat faaliyetinin yürütülebilmesi için ispata konu vakıanın ne olduğunun bilinmesi gerekir. Taraf olan ve vakıayı bizzat yaşayan ya da o vakıa hakkında doğrudan bilgi sahibi olan davacının bilmediği bir şeyi, hâkimin bilmesi ve bulması söz konusu olamaz. Zira, geçmişte ve hâkimin dışında yaşanan vakıalar hakkında, bugün ve olayın dışındaki hâkimin önünde uyuşmazlığın çözümü için, vakıaların somut ve açık şekilde mahkeme önüne getirilmesi gereklidir. Ayrıca unutulmamalıdır ki, re'sen araştırma ilkesinin uygulandığı istisnaî durumlar dışında, özel hukuk yargılaması olan medenî yargıda taraflar kendilerine ilişkin hususları ve dava malzemesini (m. 25) mahkemeye getirmek ve bildirmek zorundadırlar.

Davacı tarafından (keza aynı şey cevap dilekçesinde davalı tarafından) vakıaların somutlaştırılması zorunluluğu, aynı zamanda karşı tarafın savunma yapmasıyla da doğrudan ilgilidir. Çünkü, muğlak, açık olamayan, çok genel ifadelerle ileri sürülmüş bir vakıaya karşı, diğer tarafın o vakıanın hiç olmadığı veya öyle olmadığını ileri sürmesi, savunma yapması, ispat faaliyetini yerine getirmesi mümkün değildir. Böyle bir şey olsa olsa "bulanık suda balık avlamaya" benzer ki, bu da bir yargılama faaliyetinde söz konusu olamaz[15]. Böyle bir durumda, diğer hususlar bir yana, karşı tarafın hukukî dinlenilme hakkının (m. 27) zedelenmesi de ortaya çıkacaktır. Karşı tarafın bilmediği, bilgisinde olmayan ve somut olarak açıklanmayan bir konuda

---

[15] Burada, belirli vakıalar bakımından iddia yükünün davacı tarafta, ancak somutlaştırma yükünün davalı tarafta olduğu durumları ayrıca değerlendirmek gerekecektir. Ancak bu durumda da, somutlaştırma yükünü taşıyan bakımından aynı şeyleri söylemek mümkündür.

savunma yapmasını beklemek, aslında onu tuzağa düşürmeye çalışmak, karanlığa kılıç sallaması anlamına gelecektir. Bu da karşı tarafın hukukî dinlenilme hakkı kapsamındaki önce bilgilenme, sonra da açıklama ve ispat hakkının ihlâlidir[16].

Davanın dayanağı olan vakıaların ve delillerin dilekçede belirtilmesi, aslında iki ayrı bentte yer almış olmasına rağmen, biz ikisini birlikte ele almayı uygun buluyoruz. Çünkü, dilekçede yer alan vakıaları somut ve açık olarak belirtirken, bunların ispatı için hangi delillerin de kullanılacağının birlikte ele alınması zorunludur. Vakıalardan bağımsız bir delil söz konusu olmayacaktır. Çünkü, her bir delil her bir vakıanın ispatı için gösterilmektedir. Şüphesiz bir delilin birden fazla vakıanın ispatında da kullanılması mümkündür. Ancak her halukârda, delilin belirli bir vakıa veya vakıalara bağlanması gerekir. Nitekim, somutlaştırma yüküyle ilgili 194. madde, sadece vakıaları değil, delilleri de içermektedir. Tarafların, dayandıkları delilleri göstermeleri yeterli değildir, ayrıca her bir temel vakıa bakımından hangi delilin hangi vakıanın ispatı için gösterildiğinin açıkça belirtilmesi gerekmektedir. Bu sebeple, dilekçede sadece deliller başlığı altında sırasıyla dayanılan delillerin belirtilmesi yeterli değildir. Her bir delilin hangi vakıa için kullanılacağı ya da tersinden her bir vakıanın hangi delille ispat edileceği belirtilmelidir[17]. Bunun da iki yolu vardır: Davacı her bir temel vakıanın ardından onu hangi delillerle ispat edeceğini açıkça yanına yazabilir ya da vakıaları ve delilleri ayrı ayrı belirttikten sonra, ayrı bir liste ile kaç nolu vakıanın hangi delille ispat edileceğine ilişkin bir liste verebilir. Normalde daha uygun olan birinci durumdur. Böylece hâkim her bir vakıanın yanında, onun hangi delille ispat edileceğini de hemen görebilecek ve gerektiğinde inceleyebilecektir[18].

Burada delillerin gösterilmesi bakımından hangi delile dayanılıyorsa, bunların tek tek belirtilmesi gereklidir, kanun bu konuda bir istisna getirme-

---

16 M. **Özekes**, Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı, Ankara 2003, s. 91 vd.

17 Bu konuda bkz. **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 506.

18 Örneğin, davacı vakıaya ilişkin açıklamaları yaptıktan sonra, parantez içinde belirgin bir şekilde delili diyerek iki nokta koyup dayandığı delilleri yazabilir, bu delil bir belge ise m. 121 gereğince belgeye ek olarak yer verebilir, belge elinde değilse nerede olduğuna ilişkin bilgi verebilir.

miştir. Bu sebeple, gösterilmeyen delillere dayanılması ya da mahkemece hatırlatılması mümkün değildir. Ancak, burada delilin dilekçede belirtilmesi ile onun mahkemeye ibrazı, sunulması, dinlenmesi ve değerlendirilmesinin ayrı şeyler olduğu da unutulmamalıdır. Örneğin, dayanılan delil, senet veya belgeyse bunların tek tek belirtilmesi, ayrıca dilekçe ile birlikte verilmesi ya da nereden elde edilebileceğinin açıklanması gerekir (m. 121). Ancak tanık deliline dayanıldığında tüm tanıkların isim ve adresleriyle belirtilmesine gerek yoktur. Çünkü, hâkimin o tanık delilini kabul edip etmeyeceği henüz belirli değildir, ayrıca tanık tahkikat içinde dinleneceği için henüz daha tahkikat için duruşma zamanı gelmeden tanıkların tek tek belirtilmesi de beklenemez. Aynı şekilde keşif, bilirkişi veya yemin deliline dayanılması ve hangi vakıalar için gösterildiğinin belirtilmesi yeterli olup daha sonra hâkimin bunlarla ilgili karar vermesi halinde gereken işlemler yapılmalıdır.

e. Dayanılan Hukukî Sebepler

Kanunda, davacının dayandığı hukukî sebepleri de belirtmesi istenmiştir. Hukukî sebepten maksat, talep sonucunu haklı kılacak hukukî dayanaklardır[19]. İleride açıklanacağı üzere, hukukî sebebin eksikliğinin bir yaptırımı olmadığı düşünüldüğü için, esasen bu unsura önem de verilmemektedir. Uygulamada hukukî sebepler kısmına, TTK, TMK, HMK gibi anlamsız, hatta komik, kanun kısaltmaları şeklinde ibareler yazılmaktadır. Özellikle de bir avukatın hazırladığı dilekçede, deyim yerindeyse yasak savma kabilinden bir hukukî sebebe dayanılması, Avukatlık Kanunu'nun 2. maddesindeki avukatlığın amacıyla bağdaşmadığı gibi, avukatlık meslek ilkeleriyle de bağdaşmamaktadır. Şu soruyu sormak gerekir: Avukat hukukî bilgisini, davanın dayanağı olacak hukukî sebebi bulmak, bilmek ve belirtmekte kullanmayacaksa, nerede kullanacaktır ve görevi nedir?

f. Talep Sonucu

Talep sonucu, tasarruf ilkesi (m. 24) başta olmak üzere, özellikle 26. maddede açıkça zikredilen talep sonucuyla bağlılık ilkesiyle de ilgilidir.

---

[19] Bu konuda bkz. **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 507; **Karslı**, s. 490; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 282. Ayrıca bkz. M. **Özekes**, Dava Dilekçesinde Hukukî Sebep Bildirmek Zorunludur, Halûk Konuralp Anısına Armağan, Ankara 2009, s. 745 vd.

Davacının talebini açık, tereddüt ve çelişki doğurmayacak şekilde belirtmesi; bu talebin dava konusu kısmı ve vakıalarla da uyumlu olması gerekir[20]. Talep kısmına hiç yer verilmemesi, dilekçenin eksikliği sayılacağı gibi, talebin hükme götürmeye elverişli olmaması da eksiklik sayılmalıdır. Çünkü, dava bu talebe göre yürütülecek, davanın türü bu talebe göre belirlenecek ve hüküm bu talep esas alınarak verilecektir.

g. Davacının veya Temsilcisinin İmzası

Davacının veya temsilcisinin imzasının olup olmadığını tespit bir zorluk arzetmemektedir. Sadece dava dilekçesi için değil, herhangi bir dilekçe bakımından da imza aslî bir unsur olup o dilekçenin sahibine aidiyetini belirtmektedir. İmza dışında, hukuken imza yerine kullanılan işaretler de (TBK m. 15, 16) imza olarak kabul edilmelidir. Keza, UYAP sistemi üzerinden elektronik imza ile dava açılması da mümkün olduğundan, Yönetmeliğin bu konudaki düzenlemesi dikkate alınarak, elektronik imza yoluyla dava açılabilir (Yön. m. 36/8-9)[21].

C. Dilekçedeki Eksikliğin Yaptırımının HMK m. 119'da Açıkça Belirtildiği Haller ve Yapılması Gerekenler

Kanunda dilekçedeki bazı eksikliklerin bulunması halinde ne yapılacağı çok açık şekilde yaptırımı ile birlikte düzenlenmiştir. Kanunda 119. maddenin birinci fıkrasında sayılan dilekçenin unsurlarından, (a), (d), (e), (f) ve (g) bentleri dışında kalan durumlarda, önce davacıya eksikliği tamamlaması için bir haftalık süre verileceği, bu süre içinde de eksiklik tamamlanmazsa, davanın açılmamış sayılacağı belirtilmiştir.

Kanun hangi hallerdeki eksikliğin bu şekilde bir yaptırımla karşılaşacağını dolaylı şekilde anlatmıştır. Maddede yaptırımı belirtilen hallerin dışında kalanlar belirtmek suretiyle, yaptırımı öngörülenler için dolaylı bir

---

20 Bu konuda bkz. **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 508 vd.; **Karslı**, s. 490-491; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 283; **Yılmaz**, s. 816-817.

21 Bu konuda bkz. **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 510; **Karslı**, s. 491; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 285.

anlatım tercih etmiştir. Bu çerçevede, kanunda belirtilen (a), (d), (e), (f) ve (g) bentleri dışında kalan haller, (b), (c), (ç), (ğ) ve (h) bentleridir. Bunlar:

- Davacı ile davalının adı, soyadı ve adresleri.
- Davacının Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarası.
- Varsa tarafların kanunî temsilcilerinin ve davacı vekilinin adı, soyadı ve adresleri.
- Açık bir şekilde talep sonucu.
- Davacının, varsa kanunî temsilcisinin veya vekilinin imzası.

Yukarıda bu unsurlar bakımından dilekçenin nasıl düzenlenmesi gerektiği ve eksiklikten ne anlaşılması gerektiği belirtildi. Bu noktada tekrar belirtmek gerekir ki, tam anlamıyla eksiklik sayılmayan hallerde, hâkim başka bir yolla bu eksiklik sayılmayan hususu giderebilecekse, önce bunu yerine getirmelidir. Belirtildiği üzere, başka hukukî imkânlar söz konusuysa (örneğin, taraf değişikliği veya maddî hatanın düzeltilmesi) o yollara başvurulmalı[22] veya hâkimin davayı aydınlatma ödevi çerçevesinde bu hususun aydınlatılması mümkünse bu ödev yerine getirilmelidir.

Gerçekten belirtilen bir eksiklik söz konusu ise, bu durumda yapılması gereken işlemler Kanun'da çok açık ve basit bir şekilde düzenlenmiştir. Bu hallerde, mahkeme önce, eksikliğin giderilmesi için davacıya bir haftalık kesin bir süre verecektir. Sürenin kesin olduğu kanunda açıkça belirtildiğinden, mahkemenin bu süreyi eksiltmesi veya artırması söz konusu değildir (m. 90/1). Ayrıca kesin süre içinde yapılması gereken işlem yapılmazsa, o işlemi yapma hakkı da ortadan kalkar (m. 94/3). Bu çerçevede, belirtilen eksikliklerden biri mevcutsa, verilen bir haftalık süre içinde tamamlanmaması halinde, davanın açılmamış sayılması sonucu ortaya çıkacaktır[23]. Davanın açılmamış sayılması ile birlikte, davadaki talep dahi vaki olmamış sayılacak (m. 150/7), dava ile doğan tüm sonuçlar ortadan kalkacaktır[24].

Belirtmek gerekir ki, 119. maddenin ikinci fıkrasında önce bir haftalık kesin süre verilmesi, ardından da eksikliğin tamamlanmaması halinde dava-

---

22 Bkz. yuk. B, 1.

23 Bu konuda bkz. **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 511.

24 Bu konuda bkz. **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 614.

nın açılmamış sayılması halleri,kanunda açıkça belirtilen hallerle sınırlıdır. Bu sebeple, dilekçedeki diğer eksiklikleri aynı yaptırıma tâbi kılmak kanuna aykırı olacaktır[25]. Dilekçedeki diğer eksiklik hallerinde ne yapılması gerektiği ise aşağıda ayrıca belirtilecektir.

D. Dilekçedeki Eksikliğin Yaptırımının HMK m. 119'da Açıkça Belirtilmediği Haller ve Yapılması Gerekenler

1. Genel Olarak

Kanunda yaptırımı açıkça belirtilen hallerle ilgili olarak, tek bir işlem ve yaptırım söz konusudur. O da süre verilerek eksikliğin tamamlanmasını sağlamak, bu olmadığında davanın açılmamış sayılmasıdır. Ancak, 119. maddesinin 2. fıkrasında, "(a), (d), (e), (f) ve (g) bentleri dışında kalan hususların eksik olması halinde" yapılacak işlem ve yaptırım belirtilirken, bu bentlerle ilgili ne yapılacağı bu maddede belirtilmemiştir. Bu bentlerde sayılan ve yaptırımı belirtilmeyen dilekçenin unsurları şunlardır:

- Mahkemenin adı
- Davanın konusu ve malvarlığı haklarına ilişkin davalarda, dava konusunun değeri
- Davacının iddiasının dayanağı olan bütün vakıaların açıkça belirtilmesi
- İddia edilen her bir vakıanın hangi delillerle ispat edileceği
- Dayanılan hukukî sebepler

---

[25] **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 511. Nitekim Yargıtay da aynı yönde kararlar vermektedir: "Kaldı ki, 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı HMK'nun119/1 maddesinde dava dilekçesinde bulunması gereken hususlar sayılmış, 119/2 maddesinde ise; 119/1'de sayılan bentlerden (a), (d), (e), (f), (g) bentleri dışında kalan hususlarda eksiklik bulunması halinde hakimin eksikliği tamamlaması için davacı tarafa bir haftalık kesin süre vereceği, bu süre içinde eksiklik tamamlanmadığı taktirde davanın açılmamış sayılacağına karar verileceği belirtilmiştir. HMK'nun 119/g bendindeki "dayanılan hukuki sebep" eksikliği, HMK'nun119/2 maddesi kapsamındaki bentlerden olmadığı ve HMK.nun 33. maddesi gereğince Hakim, Türk hukukunu resen uygulayacağından davanın açılmamış sayılmasına karar verilmesi bu nedenlerle de doğru değildir." 8. HD, 25.03.2014, 2013/1704, 2014/5222 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası). Aynı yönde, 19. HD, 22.01.2013, 14885/1040 (**Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 511, dn. 16).

Yaptırımı 119. maddede belirtilmeyen dilekçenin bu unsurlarıyla ilgili olarak, kanun koyucunun amacı bakımından birkaç şey söylenebilir: Bunlardan birincisi, kanun koyucunun bunlar için hiçbir yaptırım öngörmediği ve bu unsurlar eksik olduğunda da dilekçenin geçerli olacağı, sonuç doğuracağı ve bu eksikliklerin davaya hiçbir etkisinin bulunmayacağıdır. İkinci ihtimal ise, dilekçenin bu unsurları bakımından da eksiklik söz konusu olduğunda yaptırım söz konusudur, ancak bu yaptırım bu maddede düzenlenmemiştir. Eğer yaptırımdan söz edilecekse, o zaman bu yaptırımın bunların tümü için ortak bir yaptırım olup olamayacağını da tartışmak gerekir.

Belirtmek gerekir ki, kanun koyucu bu unsurlar bakımından 119. maddede açık bir yaptırım öngörmezken, amacı bunları tamamen yaptırımsız bırakmak değildir. Maddenin gerekçesine bakıldığında, gerekçede bu unsurların her birinin yargılama bakımından önemi ve neden dilekçede gösterilmesi gerektiği açıklanmış ve ilgili hükümlerle bağlantı kurulmuştur. Örneğin, mahkemenin adının gösterilmesinin görev ve yetkiyle bağlantısına, vakıa ve delillerin gösterilmesinin iddia ve somutlaştırma yüküyle bağlantısına vurgu yapılmıştır. Bu da göstermektedir ki, kanun koyucunun amacı bunları yaptırımsız bırakmak değildir. Esasen tek tek incelendiğinde görüleceği üzere, işin niteliği de bunları yaptırımsız veya sonuçsuz bırakmayı mümkün kılmamaktadır.

Bu noktada üzerinde durulacak diğer bir husus da, bu eksiklik hallerinde tek yaptırımın mı, yoksa her biri için ayrı ayrı yaptırımların mı söz konusu olduğudur. 119. maddede yaptırımı açıkla düzenlenen (b), (c), (ç), (h) bentleri bakımından tek bir işlem ve yaptırım mevcuttur. O da önce süre verip sonra davayı açılmamış saymadır. Oysa, bunların dışında kalan ve yaptırımı kendi hukukî niteliklerinin içinde saklı olan (a), (d), (e), (f) ve (g) bentleri bakımından tek bir ikame işleminden veya yaptırımdan söz edilemez. Çünkü, bu unsurların her birinin farklı sonuçları mevcut olup tâbi oldukları hükümler ise farklı maddelerde, hatta farklı kanunlarda düzenlenmiştir. Aşağıda tek tek bunlar üzerinde durulacaktır.

Uygulamada şu anda 119. madde içinde yaptırımı belirtilmeyen (a), (d), (e), (f) ve (g) bentleri bakımından ne yapılacağı konusunda tereddüt edilmektedir. Davacılar, bazen bunlar bakımından hiçbir yaptırımının olmayacağı düşüncesiyle, bu unsurlara dilekçede yeterince özen göstermemekte, özellikle vakıa ve delillere muğlak, eksik veya genel ifadelerle yer vermek-

tedir. Mahkemeler ise bazen, madem 119. maddedeki süre verilmesine ilişkin hükümler bunlara uygulanmıyor düşüncesiyle, çok katı şekilde dilekçenin doğrudan reddine karar verebilmekte, bazen de tam tersine bu eksikliklerin yaptırımı olmadığından dilekçeyi bu eksikliklerle kabul edip yargılamayı yürütmekte (veya yürüttüğünü zannetmekte), bazen de 119. maddedeki yaptırımı buraya da kıyasen uygulayarak süre vermektedir. Bunların hiçbiri doğru değildir. Bu unsurların her birinin kendisi bakımından yaptırımı veya sonucu bulunmaktadır[26].

2. Mahkemenin Adının Bulunmaması

Daha önce belirttiğimiz üzere[27], dava dilekçesi dışında herhangi bir dilekçenin dahi dilekçe sayılması için talepte bulunulan makamın belirli olması gerekir. Çünkü, talebin kime, hangi makama yöneltildiğinin belirli olmadığı bir durumda, bu talebin yerine getirilmesi de mümkün değildir. Dava dilekçelerinde bu durum daha da önemlidir. Zira, ancak belirtilen mahkemeye göre görev ve yetki belirlenecek, o çerçevede ilgili mahkemenin davaya bakması söz konusu olacaktır. Nitekim 119. maddenin gerekçesinde de "Mahkemenin adının dava dilekçesinde gösterilmesiyle, davacının dilekçeyi vereceği görevli ve yetkili mahkeme belirlenmiş olmaktadır" denilmiştir. Meçhul bir mahkemeye ya da genel olarak adliyeye verilecek bir dilekçeyle dava görülemez. Davanın açılması, dilekçenin kaydı ve tevzi işlemlerinin yapılabilmesi bakımından görevli ve yetkili mahkemenin gösterilmesi zorunludur (Yön. m. 36). Çünkü, hukukî koruma talep edilen mahkeme belirsizdir ve mahkemenin yargılama yetkisi başlamayacaktır. Yönetmeliğe göre, dava açıldıktan sonra tensip tutanağının başına da mahkemenin

---

26 Ancak **Karslı**, HMK'da kanun koyucunun aslında işin niteliğinden kaynaklanan bu şekildeki ayrımını HUMK'dakine nazaran daha muğlak ve anlaşılmaz olarak nitelendirmektedir (**Karslı**, s. 476). Ancak aşağıda açıkladığımızda görüleceği üzere, aslında hiçbir muğlaklık ve anlaşılmazlık mevcut değildir. Sorun, uygulamamızın usûlî kurum ve kavramları hoyratça kullanmasından, bunları doğru uygulamamasından kaynaklanmaktadır. Doktrinin görevi de, bunu eleştirmek yanında, muğlaklık varsa onun artmasına değil, muğlaklığın giderilmesine, vuzuha kavuşmasına katkı sağlamaktır. Doktrin yanlış uygulamanın arkasına takılmadan ve o yanlışlığı meşrulaştıracak bir yola girmeden, doğruyu göstermek bakımından bir adım önde olmalıdır.

27 Bkz. yuk. A, ayrıca B, 2, a.

adı yazılmalı, hatta mahkeme çeşitli sıfatlarla görev yapıyorsa hangi sıfatla görev yaptığı da belirtilmelidir (Yön. m. 40/1).

Mahkemenin adının gereği gibi belirtilmemesi durumunda, yargılamayı yapacak, kararı verecek mahkeme belirsiz olacağından, bu dilekçe kalem veya tevzi bürosunca kabul edilmemeli, hiçbir işleme esas alınmamalıdır[28]. Herhangi bir şekilde, ihmâl, bilgisizlik vs. sebeplerle mahkemenin adının yazılı olmadığı bir dilekçe bir mahkemeye intikal etmişse, bu durumda başkaca bir işlem yapılmamalı, eğer bir masraf verilmişse, bu kullanılarak dilekçe sahibine iade edilmelidir[29]. Ancak, bu durum yargısal bir faaliyet anlamında değil, idarî bir işlem olarak yapılmalıdır.

3. Dava Konusunun ve Dava Konusunun Değerinin Belirtilmemesi

Dava konusu ve değerini belirtmenin gerekliliği daha önce açıklandı[30]. Dava konusu ve değeri birçok yönden önemlidir. Ayrıca bu konuda somut düzenleme de mevcuttur. 119. maddenin gerekçesinde, bu konuyla ilgili olarak, harca esas değerin tespiti için neyin esas alınacağının bilinmesi bakımından dava konusu ve değerinin gösterilmesinin önemli olduğu belirtilmiştir. Nitekim 492 sayılı Harçlar Kanunu'nun Birinci Kısmında (HarçK m. 2-37) yargı harçları düzenlenmiştir. Bu kısma bakıldığında harçlar bakımından davanın konusu ve değerinin esas alındığı, hatta konunun önemine

---

28 **Umar**, s. 374; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 285; **Yılmaz**, s. 822. Açıkça söylemese de benzer şekilde **Karslı**, s. 476.

29 **Umar**, mahkemenin adının eksik bırakılması durumunda, eksiğin tamamlattırılması, eksik giderilmezse kaydın iptal edilmesi gerektiğine değinmektedir (**Umar**, s. 374). **Yılmaz**, mahkemenin adı belirtilmeden dilekçe hâkimin önüne gelirse bu durumda m. 119/2 hükmünün kıyasen uygulanarak süre verilmesinin uygun olacağını belirtmekte ve bu konuda cevap dilekçesinde mahkeme isminin belirtilmemesi halinde süre verilmesini örnek göstermektedir (**Yılmaz**, s. 822). Kanaatimizce bu durumda süre verilmesi uygun olmayacaktır. Çünkü, süre verilecek haller kanunda açıkça ve sınırlı olarak sayılmıştır, bunun dışına çıkmak kanuna aykırı olur. Ayrıca, cevap dilekçesindeki eksiklikle, dava dilekçesindeki eksiklik aynı değildir. Zira, dava açarken görev ve yetki dava dilekçesine göre belirlenir, görevsiz ve yetkisiz mahkemede dava açmanın özel sonuçları vardır. Oysa, cevap dilekçesi verirken zaten mahkeme belirlidir. Keza, kanun koyucunun cevap dilekçesinde bu eksikliğin sonucunu açıkça belirleyip dava dilekçesinde belirlememesinin de bir anlamı olmalıdır.

30 Bkz. yuk. B, 2, c.

binaen Harçlar Kanunu'nun Birinci Kısmının Üçüncü Bölümünün, "Harç Alma Ölçüleri ve Nisbetleri" şeklinde ayrı bir bölüm olarak düzenlendiği görülmektedir.

Harçlar Kanunu'nun 16. maddesinin 3. fıkrasında "Değer tayini mümkün olan hallerde dava dilekçelerinde değer gösterilmesi mecburîdir." denilmektedir. Şüphesiz bir şeyin kendisi belirlenmeden değer tayininin mümkün olup olmadığı da anlaşılamayacağından, öncelikle dava konusunun belirlenmesi gerekir. Bu fıkrada devamla, değerin gösterilmemesi halinde yapılacak işlemlere de yer verilmiştir. Buna göre, değer gösterilmemişse, değer davacıya tespit ettirilir ve bu tespitten kaçınma halinde, dava dilekçesi işleme konulmaz (HarçK m. 16/3)[31]. Harçlar Kanunu'ndaki hüküm dikkate alınarak, dava konusu ve değerinin belirtilmemesi halinde, dilekçe hemen geri çevrilmemeli, önce bu değerin (ve bundan önce dava konusunun) tespiti davacıdan istenmeli, bu tespitten kaçınma halinde dilekçe işleme konulmayarak iade edilmelidir. Harçlar Kanunu'ndaki düzenlemeler kamu düzeninden kabul edildiğinden, bu hususu mahkeme mutlaka gözetmeli ve yargılamanın her aşamasında da dikkate almalıdır[32].

Görüldüğü üzere, dava konusu ve değeri bakımından eksiklik halinde yapılacak işlemler ve bunun yaptırımı Harçlar Kanunu'nda düzenlenmiştir. Dolayısıyla, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda bu konuda düzenleme yapılması zaten yanlış olacaktır. Böyle bir durumda ya gereksiz yere aynı hüküm tekrar edilecek veya bu hükümle çelişen bir hüküm konulması gere-

---

31 Bu hükümle bütün teşkil eden Harçlar Kanunu'nda başka hükümler de mevcuttur. Örneğin, 32. maddeye göre, harçlar ödenmedikçe sonraki işlemler yapılmaz. Ayrıca, Harçlar Kanununun müşterek hükümleri arasında yer alan 127. maddeye göre, harçların tamamı peşin olarak ödenmedikçe harca konu işlem yapılmaz. Burada da harca temel işlem dilekçe olduğu için, dilekçede değerin belirlenmemesi ve harcın ödenmemesi halinde dilekçe kabul edilerek işleme konulmaz. **Yılmaz** da, dilekçe verilirken bu eksiklik farkedilmişse giderilmesi gerektiğini söylemekte, ancak bunun farkedilmemesi halinde, m. 119/2 hükmünün kıyasen uygulanarak süre verilmesinin uygun olacağını belirtmektedir (**Yılmaz**, s. 823).Ancak, böyle bir durum yukarıda açıklanan Harçlar Kanunu hükümlerine açıkça aykırı olacaktır.

32 **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 513-514. **Karslı** da, dava konusu ve değerinin harçla bağlantısına dikkat çekmekle birlikte bu konuda ayrıntıya girmemektedir (**Karslı**, s. 486, 492). **Kuru/Arslan/Yılmaz** ise, bu durumda talep sonucu belirli ise eksikliğin bu yolla giderilebileceğini belirtmektedir (**Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 286).

kecektir ki, ikisinin de kanun yapma tekniğine uygun olmadığını tartışmaya dahi gerek yoktur.

4. Davacının İddiasının Dayanağı Olan Vakıaların Açıkça Belirtilmemesi ve Delillerin İlgili Vakıalarla Bağlantı Kurularak Gösterilmemesi

Vakıaların ve delillerin gösterilmesi aslında dilekçenin iki ayrı unsuru olarak belirtilmiştir (m. 119/1-d ve e). Ancak, daha önce belirttiğimiz üzere, biz ikisini birlikte ele almayı uygun buluyoruz. Çünkü, dilekçede yer alan vakıaları, somut ve açık olarak belirtirken, bunların ispatı için hangi delillerin de kullanılacağının birlikte ele alınması zorunludur. Vakıalardan bağımsız bir delil söz konusu olmayacaktır. Zira, her bir delil her bir vakıanın ispatı için gösterilmektedir. Burada bu vakıa ve delillerin nasıl gösterileceği üzerinde tekrar durmayacağız, bu konuda yukarıda yaptığımız açıklamalara atıf yapıyoruz[33].

Davacının dilekçesinde hiç vakıa göstermemesi ile belirli vakıaları gösterip bunların somut ve açık olmaması hallerini birbirinden ayırdetmek gerekir[34]. Zira, birincisi iddia yükünün yerine getirilmemesi iken, diğer somutlaştırma yükünün yerine getirilmemesidir ve her ikisinin sonucu ve yaptırımı ayrı ayrı düşünülmelidir.

a. Dava Dilekçesinde Hiç Vakıa Gösterilmemesi (İddia Yükünün Yerine Getirilmemesi)

Davacının vakıaları hiç belirtmemesi veya hiçbir delile dayanmaması ile bunları yeterli açıklıkta ve bağlantılı şekilde göstermemesi arasında bir ayrım yapılmalıdır. Zira, davacının göstermediği bir vakıanın veya delilin araştırılması ya da dikkate alınması, ancak re'sen araştırma ilkesinin uygulanması durumunda olduğu gibi kanunda öngörülen istisnalar söz konusuysa mümkündür. Kanundaki istisnalar dışında böyle bir yola gidilmesi, 25.

---

33 Bkz. yuk. B, 2, d.

34 Aşağıda yapacağımız açıklamalar bakımından önemli olan hâkimin davayı aydınlatma ödevi bakımından da **Karaaslan** bu şekilde bir ayrım yapmıştır. Bu konuda bkz. V. **Karaaslan**, Medenî Usûl Hukukunda Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi, Ankara 2013, s. 106 vd.

maddede düzenlenen taraflarca getirilme ilkesine tamamen aykırı olacaktır[35]. Hatta, hâkimin bu yönde tarafın hiç ileri sürmediği bir vakıayı hatırlatması hâkimin reddi (m. 36/1-a) ve duruma göre sorumluluğu (m. 46) sebebini de oluşturabilir. Taraflarca getirilme ilkesine göre, dava malzemesinin, yani vakıaların ve delillerin getirilmesi işi taraflara aittir[36]. Medenî yargılama hukuku, özünde özel hukuktaki hakların yerine getirilmesini amaçladığı için, tarafların haklarını ararken de aktif olmaları ve kendi iddialarını, bunların dayanaklarını ve delillerini de getirmeleri -kural olarak- gerekli ve zorunludur. Eğer davacı hiçbir vakıa iddiası ileri sürmemiş ya da bunları ispata yönelik bir delil göstermemişse ne olacaktır sorusu ayrıca cevaplanmalıdır.

Davacının hiçbir vakıa ileri sürmemesi demek, aslında iddia yükünü yerine getirmemesi demektir. Davacının maddî meseleye ilişkin olup bir hukuk normunun aradığı koşul vakıalara karşılık gelen olaya ilişkin somut vakıaların varlığını mahkemeye bildirmesi, ileri sürmesi, iddia yükü olarak ifade edilmektedir. Çünkü, mahkemenin objektif-soyut hukuk kuralını, sübjektif-somut duruma uyarlayıp kanundaki hukukî sonucu değerlendirerek somut bir karar verebilmesi, bu iddiaların mahkeme önüne getirilmesine bağlıdır. Sadece, mahkemeye yöneltilen,"haksızlığa uğradım hakkımı verin" ya da "alacağım tahsil edilsin" anlamındaki bir taleple ya da bir takım havada kalan hukukî ifadeler kullanarak dilekçe yazıp sonuca gitmek mümkün değildir. İddia yüküne, kısaca tarafın talebini haklı kılacak hukuk kuralının gerektirdiği temel maddî vakıaları mahkeme önüne getirme yükü de diyebiliriz[37].Bu çerçevede, davada gösterilmesi, ileri sürülmesi gereken vakıalar, davada uygulanacak hukuk kuralının koşul vakıasını karşılayan somut, yer ve zaman bakımından belirli, geçmiş veya halen mevcut, dış dünya ya da insanın iç dünyasıyla ilgili durumlar ve süreçler olabilir[38].

---

35 **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 512. **Yılmaz**, hiçbir ayrım yapmadan, vakıaların sıra numarası altında ve açıkça belirtilmemesi durumunda, m. 119/2 hükmünün kıyasen uygulanarak süre verilmesinin uygun olacağını belirtmektedir (**Yılmaz**, s. 823). Ancak bunun yukarıda gerekçelerle kabulünün mümkün olmadığı, özellikle iddia ve somutlaştırma yükü kurallarına aykırı olacağı kanaatindeyiz.

36 Taraflarca getirilme ilkesi hakkında bkz. **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 361 vd.

37 İddia yükü hakkında bkz. O. **Atalay**, Medenî Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı, İzmir 2001, s. 22 vd.; **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 664.

38 **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 644.

Kural olarak iddia yükü, ispat yükünü taşıyan taraftadır. Ancak, istisnaen ispat yükü altında olmayan taraf da iddia yükü altında olabilir[39]. Bazı durumlarda kanun gereği ispat yükü altında olmayan taraf, (en azından bunun anlaşılabilmesi için) ispat yükü altında olmadığı vakıayı ileri sürmek ve iddia etmek durumundadır. Örneğin, herkesçe bilinen (m. 187/2), dolayısıyla ispata ihtiyaç duyulmayan bir vakıa davada önem taşıyorsa, ispatı gerekmese de iddia edilip ileri sürülmesi gereklidir. Keza karineye dayanan tarafa ispat yükü bakımından bir kolaylık tanınmıştır (m. 190/2), ancak o taraf yine de o hususu iddia etmek durumundadır. Örneğin, zilyetliğin mülkiyete karine teşkil etmesiyle ilgili bir karineye dayanan taraf, zilyet ise malik olduğunu ispat yükü altında olmasa da, kendisinin zilyet ve dolayısıyla malik olduğunu iddia etmek ve ileri sürmek durumundadır; aksi halde mülkiyete dayanılan bir davada lehine karar verilmesi söz konusu olmayacaktır. Çünkü, hâkimin davacının böyle bir iddiası olmadan onun mülkiyetle ilgili talebini inceleyip karara bağlaması hem akıl hem hukuk dışıdır. Davacının iddia yükünühiç yerine getirmemesi durumunda, o zaman temel vakıalar bakımından ispat yükünü de yerine getirmemiş olacağından, aleyhine karar verilecek ve davası reddolunacaktır. Çünkü, iddia ve buna ilişkin vakıa yoksa, esasen ispat edilecek bir şey de yoktur. İddia edilmeyen şeyin ispatına yönelik bir faaliyetten de söz edilemez[40]. Tarafın iddia yükünü yerine getirip somutlaştırma yükünü yerine getirmemesi durumunda hâkimin duruma göre davayı aydınlatma ödevi devreye girmekte ve açıklanacağı üzere bu eksikliğin tamamlanması belirli şekillerde mümkün olabilmektedir. Ancak, tarafın hiç ileri sürmediği, olayın gerçekleşmesi bakımından ortaya koymadığı bir vakıa hakkında hâkimin açıklama istemesi ya da davanın aydınlatılması söz konusu olamaz[41].

İddia yükünün hiç yerine getirilmemesinin yaptırımı bakımından, dilekçenin hemen reddedileceği ya da davaya esas olacak iddiaların belirtilmesi için bir süre verilmesi, kanunda düzenlenmemiştir. Bu sebeple, burada yapılması gereken, hukukî dinlenilme hakkı kapsamında, öncelikle davalı tarafın

---

39 Bu konudaki tartışmalar için bkz. **Atalay**, s. 24 vd., özellikle s. 28. Ayrıca bkz. **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 665.

40 **Atalay**, s. 27-29. Ayrıca bkz. **Umar**, s. 139, s. 144.

41 **Umar**, s. 139; **Karaaslan**, s. 113.

kendisine karşı açılan davadan haberdar olması için (içerisinde hiç vakıa içermeyen) dava dilekçesinin davalıya tebliğ edilmesi, karşı tarafın cevapları da alındıktan sonra, başkaca inceleme yapmadan davacının davasının reddedilmesidir. Çünkü, karşı tarafın gerçek anlamda savunmasına, ayrıca ön incelemeye ve tahkikata esas olacak hiçbir vakıa iddiası bulunmamaktadır. Bunun esastan mı yoksa usûlden mi bir red olduğunu da belirtmek gerekir[42]. Buradaki red, usûlî bir reddir. Öncelikle iddia yükü, ispat yükünden farklı olarak maddî hukuk kaynaklı bir yük değil, somutlaştırma, delil ikame yükü gibi usûlî bir yüktür. Ancak, iddia yükünün yerine getirilmemesi halinde, somutlaştırma ve delil ikame yükünden de farklı olarak, davanın esasına dahi girecek nitelikte bir vakıa iddiası bulunmadığından, incelenecek, ön inceleme konusu olacak, tahkikat yapılacak bir durum da söz konusu değildir. Bu sebeple, davalının en azından bilgi edinmesi için dava dilekçesinin ona tebliğinden ve dilekçeler teatisi aşamasından sonra, davanın iddia yükü yerine getirilmediğinden reddi gerektiği kanaatindeyiz. Ayrıca, henüz mevcut bir vakıa iddiası yokken, taraf, konu ve sebep unsurlarından, özellikle sebep bakımından kesin hüküm oluşturacak (m. 303/1) bir karardan da söz edilemeyecektir. Bundan dolayı, hiçbir vakıaya dayanmayan davacının davasının reddinden sonra, davacı vakıalarını açık ve somut şekilde belirterek yeni bir dava açabilir ve önceki karar kesin hüküm oluşturmaz. Şüphesiz bu durumda, zamanaşımı vs. sebeplerle ortaya çıkacak riski dikkate almak gerekir.

Davacı bakımından iddia yükünün yerine getirilmemesi ile davalı bakımından savunma yükünün yerine getirilmemesinin sonuçları aynı değildir. Çünkü, hukukumuzda davalının mutlaka savunma yapması ve bir cevap dilekçesi vererek inkâr ve savunmasına esas olacak vakıaları belirtmesi zorunlu kılınmamıştır. Davalı savunma yapmadığında, davacının dava dilekçesindeki vakıalarını inkâr etmiş sayılacaktır (m. 128)[43].

---

42 **Karaaslan**, burada davanın reddine karar verileceğini belirtmekle birlikte, bu reddin usûlden mi esastan mı olacağına değinmemiştir (**Karaaslan**, s. 114). **Umar** ise, çok daha net bir şekilde, "… isteme yahut savunmaya dayanak vakıaların iddia edilmesinde eksiklik bırakılmasının sonucu, istemin veya savunmanın reddidir." demekte, ayrıca bu konuda Neuchatel mahkeme kararlarından ilginç örnekler vermektedir (**Umar**, s. 139 vd.).

43 Bazı ülkelerde ise, davalının cevap vermemesi ve savunma yapmaması, inkâr olarak değil, ikrar olarak kabul edilmektedir. Örneğin, Alman Hukuku için bkz. ZPO § 138/III.

Vakıaların hiç gösterilmemesi durumunda delillerin gösterilip gösterilmemesinin bir önemi bulunmadığından burada üzerinde durmuyoruz. Çünkü, vakıa iddiası yoksa, zaten ispat faaliyeti gerçekleştirilemeyeceğinden, ispat faaliyetine yönelik delilin gösterilip gösterilmemesi de anlamlı olmayacaktır. Kaldı ki, böyle bir durumda Kanun gereğince hâkimin -özel durumlar dışında- kendiliğinden delil toplaması da söz konusu değildir (m. 25/2).

b. Dava Dilekçesinde Gösterilen Vakıaların Açık ve Somut Olmaması (Somutlaştırma Yükünün Yerine Getirilmemesi)

Hiçbir vakıa iddiasına yer vermeden (iddia yükü yerine getirilmeden) dava açılması ihtimali, daha az gerçekleşebilecek bir ihtimaldir. Çünkü, çoğunlukla davacı taraf, belirli vakıalar ileri sürmekte, ancak bu vakıalar açık ve somut şekilde belirtilmemektedir. Bu durumda davacının dayandığı vakıaların yeterli açıklık ve somutlukta olmaması karşısında, muğlak, genel, soyut vakıalarla mahkemenin inceleme yapıp karara gitmesi ve karşı tarafın yeterli savunma yapması mümkün olamayacaktır. Böyle bir durumda, neyin nasıl ispat edileceği de belirli olamayacağından, ispat faaliyetinin tam olarak gerçekleştirilmesi mümkün değildir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 119. maddesinin 1. fıkrasının (e) ve (f) bendinin ve 194. maddesinin gereği olarak, davacının dayandığı vakıaların somut ve açık, ispata elverişli şekilde gösterilmesi, ayrıca hangi delilin hangi vakıanın ispatı için kullanılacağının da belirtilmesi gerekir. Bu, kanun hükümleri dışında aynı zamanda hukukun ve aklın gereğidir. Çünkü, genel ve soyut ifadelerle bir yargılama yürütülemeyeceği gibi, neyin ne ile ispat edildiği belirsiz bir davanın da sağlıklı bir şekilde karara bağlanması aklen ve hukuken mümkün değildir. Bu durum, diğer birçok ilke ile birlikte, hukukî dinlenilme hakkının açıklama ve ispat hakkı unsuru yanında, dikkate alınma ve değerlendirme ile kararın somut ve açık gerekçelere dayanması unsurlarının da bir gereği ve sonucudur (m. 27)[44]. Somut ve açık olmayan bir vakıa iddiasına karşı, davalının yeterli savunma yapması mümkün olmayacaktır. Keza mahkemenin, belirsiz vakıa ve belirsiz delillere dayanarak taraf

---

44 **Özekes**, Hukukî Dinlenilme, s. 91 vd.

açıklamalarını değerlendirmesi, somut ve açık bir karar vermesi de mümkün değildir.

Vakıaların hiç gösterilmemesi iddia yükünün yerine getirilmemesi ile ilgili iken, belirli vakıalara dayanmakla birlikte, bu vakıaların açık, somut ve ispata elverişli şekilde belirtilmemesi somutlaştırma yüküyle ilgilidir (m. 194)[45].Davaya esas olan vakıalar, ispata elverişli hâle getirilerek zaman, mekan ve içerik olarak somutlaştırılmalıdır. Somutlaştırmak, bir iddiayı, zaman, mekân, kişi, oluş şekli gibi unsurlarıyla algılamaya, anlamaya, tartışmaya, ispata elverişli şekilde ortaya koymaktır. Ancak vakıaların somutlaştırılmasıyla, karşı tarafça ve mahkemece bir vakıa tam olarak algılanabilir, vakıa üzerinde inceleme ve tartışma yapılabilir. "Haksızlığa uğradım alacağım verilsin" şeklinde çok genel veya "Karşı taraf sözleşmeyi yerine getirmedi, borcunu ödemedi", "Davalı mallarıma zarar verdi" veya "Karşı taraf kusurludur" gibi belirli bir soyut iddiayı içermekle birlikte somut olmayan ifadelerle dava açılması halinde, belirli bir iddia olmakla birlikte (aslında bu durumlarda bir iddianın varlığı dahi şüphelidir), bu iddia somut ve açık değildir. Alacağın neye dayandığı, nasıl bir hukukî ilişki veya sözleşme bulunduğu, borcun ne kadar olduğu ya da zararın nasıl, ne zaman, ne şekilde meydana geldiği ve ne kadar olduğu asgarî unsurlarıyla belirtilmelidir[46].

Somutlaştırma yükünün bir parçası da, vakıalarla onu ispata yarayan deliller arasında bağlantı kurulmasıdır. Sadece delillerin genel olarak dava dilekçesinin deliller kısmında gösterilmesi yeterli olmayıp vakıalar ile deliller arasında da bağlantı kurulması zorunludur. Bu konuda daha önce gerekli açıklama yapıldığından oraya atıf yapmakla yetiniyoruz[47].

Somutlaştırma yükü, kural olarak iddia yükünü taşıyan taraftadır. Ancak, istisnaî durumlarda, iddia eden, vakıayı genel olarak ortaya koyabilse de somutlaştırma bakımından karşı tarafın yardımına ihtiyaç duyabilir. Karşı taraf, somutlaştırma yükü çerçevesinde bu yardımı yerine getirmek durumundadır. Örneğin, davacı, davalı ile aralarındaki belirli bir sözleşmeye dayanarak alacağını belirtip davasını açtıktan sonra, tek nüsha düzenlenmiş

---

45 **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 512; **Karslı**, s. 489.

46 Somutlaştırma yükü hakkında bkz. **Atalay**, s. 31 vd.; ayrıca bkz. **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 665.

47 Bkz. yuk. B, 2, d.

olan sözleşme davalının elinde ise, hem delil ikame yükünün bir gereği olarak hem de somutlaştırma yükü çerçevesinde, davalı bu sözleşmeyi mahkemeye sunduğunda sözleşmenin içeriği tam olarak somutlaştırılabilir. Bu durumda, davacı iddia yükü ve belirli ölçüde somutlaştırma yükü altında olmakla birlikte, sözleşmenin tüm unsurları bakımından somutlaştırma yükü davalıdadır. Keza, davacı gece vakti kendisine çarpan aracın plakasını alarak dava açmakla birlikte, karanlıkta aracın marka, renk vs. özelliklerini belirleyememişse, başlangıçta ilk dilekçesinde tam olarak somutlaştırma yükünü yerine getirmeye zorlanamaz. Somutlaştırma yükünün kapsamı belirlenirken, tüm ayrıntıların ve alt vakıaların belirtilmesi de gerekli değildir. Burada önemli olan, unsur-koşul ve temel vakıaların somut olarak gösterilmesidir. Örneğin, haksız fiille ilgili bir davada, hukuka aykırı eylemin ne olduğu, kusurun kimde bulunduğu ve zararın ne kadar olduğu ile illiyet bağını kuran temel unsurların yeterli açıklık ve somutlukta belirtilmesi yeterli olup tüm ayrıntıların detaylı bir şekilde gösterilmesi gerekli değildir[48].

Bu noktada somutlaştırma yükünü yerine getirmemenin yaptırımının ne olacağını belirtmek gerekir. Somutlaştırma yükünün, kural olarak o vakıa bakımından iddia yükünü taşıyan tarafta olduğunu belirtmiştik. Bunun sonucu olarak da hem iddia hem de somutlaştırma yükü, ispat yükünü taşıyan taraftadır. Ancak, iddia yükünde olduğu gibi, somutlaştırma yükü de ispat yükünden farklı olarak maddî hukuk kaynaklı olmayıp tamamen usûlî gereklilikler sebebiyle kabul edilen bir yüktür. Zira, somut ve açık şekilde mahkemenin önüne getirilmemiş bir vakıa bakımından, henüz gerçekleşecek bir ispat faaliyetinden ve ona bağlı ispat yükünden de söz edilemeyecektir. Bu çerçevede somutlaştırma yükü esasen usûlî bir yüktür[49].

Burada cevaplanması gereken soru, usûlî bir yük olan somutlaştırma yükü yerine getirilmediğinde yapılması gerekenin ne olduğu ve sonucunda nasıl bir karar verilmesi gerektiğidir. Yukarıda açıklandığı üzere, iddia yükünün hiç yerine getirilmemesi durumunda, dilekçe karşı tarafa tebliğ edildikten sonra, iddia yükü yerine getirilmediğinden davanın usûlden reddi gerekmektedir. Ancak, somutlaştırma yükü de usûlî bir yük olmakla birlikte, iddia

---

48 **Atalay**, s. 33-35. Ayrıca davayı aydınlatma ile bağlantılı olarak bkz. **Karaaslan**, s. 107 vd., s. 115; **Alangoya**, s. 149; **Karslı**, s. 311.

49 **Atalay**, s. 36.

yükü gibi hemen davanın reddine götüren bir sonucu doğurmayacaktır. Somutlaştırma yükünün yerine getirilmemesi sebebiyle davanın reddinden önce, bazı işlemlerin yapılması, buna rağmen somutlaştırma yükü yerine getirilmemişse davanın reddi gereklidir. Çünkü, iddia yükünün yerine getirilmemesinde, ileri sürülmüş, mahkeme önüne getirilmiş hiçbir vakıa bulunmamaktadır ve tarafların getirmediği vakıalara hâkimin dayanması ve onları hatırlatması dahi mümkün değildir (m. 25/1). Oysa somutlaştırma yükünde, davacının ileri sürdüğü, iddia ettiği vakıalar mevcut olmakla birlikte, bunlar açık ve somut değildir.

Somutlaştırma yükü, hukukumuzda çok üzerinde durulmamakla birlikte aslında bir çok usûlî ilke, kavram ve kurumla da ilgilidir. Çalışmanın temel konusu somutlaştırma yükü olmadığı için ayrıntısına girmeyeceğiz. Ancak şunu belirtmek gerekir ki, somutlaştırma yükü, bir yandan ispatın konusu (m. 187), buna bağlı olarak ispat (m. 190) ve iddia yükü ile ilgili iken, diğer yandan yargılamaya hâkim olan ilkelerle bağlantılı olarak hukukî dinlenilme hakkı (m. 27), taraflarca getirilme ilkesi (m. 25), tarafların doğruyu söyleme ödevi (m. 29/2) ve hâkimin davayı aydınlatma ödevi (m. 31) ile de doğrudan ilgilidir.

İspatın söz konusu olabilmesi için, ispata esas olacak vakıaların bulunması gerektiği tartışmasızdır (m. 187). Kanunda, ispatın konusu bakımından "tarafların üzerinde anlaşamadıkları ve uyuşmazlığın çözümünde etkili olabilecek vakıalar"dan söz edilmiştir. Bir vakıanın tartışmalı veya uyuşmazlığın çözümünde etkili olup olmadığı ancak o vakıanın tam olarak belirli olması, somut ve açık şekilde ileri sürülmesi, davaya getirilmesi ile mümkündür. Bunun yanında, somutlaştırma yükü, iddia yükünün bir devamıdır ve onunla bir bütünlük arzetmektedir. Keza, ispat yükü "iddia edilen vakıaya" bağlanan hukukî sonuca göre tespit edilmektedir (m. 190/1). Bu yönüyle, iddia ve somutlaştırma yükü gerçekleşmeden, ispat yükünün belirlenmesi mümkün değildir. Diğer yandan da, somutlaştırma yükünün belirlenmesi, esasen ispat yükü kurallarına göre olacaktır. Daha önce de açıklandığı üzere, taraflarca getirilme ilkesi gereği, vakıa ve delillerden oluşan dava malzemesini getirmek (kanunda belirtilen özel durumlar dışında) tarafların işidir (m. 25). Bu yönüyle de tarafın davaya esas olacak vakıaları somut ve açık bir şekilde mahkemeye sunması gerekmektedir. Hukukî dinlenilme hakkı çerçevesinde, taraflar yargılamayla ilgili bilgi sahibi olma, açıklama ve

ispat hakkına sahiptirler (m. 27)[50]. Karşı tarafın kendisine yöneltilen talep ve iddiaları tam olarak bilmesi, hukukî dinlenilme hakkının bir gereğidir. Zira, karşı tarafın savunma yapabilmesi, karşı iddialarını ortaya koyabilmesi, yeterli açıklamada bulunabilmesi ve ispat hakkını kullanabilmesi için, öncelikle kendisine karşı neye dayanarak talepte bulunulduğunu bilmesi gereklidir. Yukarıda da belirttiğimiz üzere, karşı taraftan, karanlığa kılıç sallaması beklenemez. Eğer, bir taraf somutlaştırma yükünü yerine getirmezse, bunun doğal sonucu olarak diğer tarafın tam olarak bilmediği bir şey için savunma ve açıklama yapma zorunda bırakılması durumu ortaya çıkacaktır ki, bu da hukukî dinlenilme hakkının açık ihlâlidir. Keza, somut olmayan vakıalara dayanarak yargılamanın yürütülmesi, sonunda somut ve açık olmayan gerekçelerle karar verilmesi riskini de içinde barındırmaktadır ki, uygulamamızın içinde bulunduğu durum bunun güzel bir örneğidir.

Tüm bunların yanında, somutlaştırma yükü, tarafların doğruyu söyleme ödevi ve hâkimin davayı aydınlatma ödevi ile doğrudan ilgilidir. Çünkü, taraflar, davanın dayanağı olan vakıalara ilişkin açıklamalarını gerçeğe uygun bir biçimde yapmakla yükümlüdür (m. 29/2)[51]. Hâkim de, uyuşmazlığın aydınlatılmasının zorunlu kıldığı durumlarda, maddî ve hukukî açıdan belirsiz veya çelişkili hususlarda tarafların açıklama yapmasını istemek ve soru sormak, belirsizliğin giderilmesini sağlamak durumundadır (m. 31)[52]. Taraflar, bir davada aleyhlerine hususları da belirtmek durumunda değildir. Ancak, davaya (iddia veya savunmalarına) dayanak yaptıkları, ileri sürdükleri vakıaları tam ve doğru olarak, mahkemeyi yanıltmadan ortaya koymak durumundadırlar. Bu, yargılamanın da bir amacı olan gerçeğin tespiti yanında ayrıca doğru ve adil bir karar için yargılamanın gerçekleştirilebilmesi

---

50 **Özekes**, Hukukî Dinlenilme, s. 86 vd.

51 **Alangoya**, s. 116 vd.

52 **Postacıoğlu** da, yeni bir vakıayı davaya taşımamak kaydıyla, hâkimin bu durumda davayı aydınlatma ödevini yerine getirmesi gerektiğini belirtmektedir (**Postacıoğlu**, s. 389). **Alangoya** da, vakıaların toplanması bakımından davayı aydınlatma ödevini hâkimin yetkileri arasında kabul etmektedir (hatta bunun medeni usûlün Manga Carta'sı olduğunu belirtmektedir) (**Alangoya**, s. 127, 135 vd.). Aynı yönde bkz. **Karslı**, s. 308 vd. Davayı aydınlatma ödevi hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz. **Karaaslan**, s. 19 vd. Ayrıca bkz. E. **Tercan**, Hâkimin Davayı Aydınlatma Yükümlülüğü Kapsamında Tarafların Dinlenmesi, MİHDER 2001/18, s. 10 vd.

bakımından önemlidir[53]. Bu yönüyle tarafların, hem kendi ileri sürdüğü vakıalar bakımından hem de karşı tarafın iddia edip somutlaştıramadığı, ancak kendisinin açıklama yapmasına bağlı olan vakıalar bakımından, doğru bir şekilde açıklama yükümlülüğü ve ödevi mevcuttur. Diğer yandan, hâkimin, belirsiz ve çelişkili vakıaları aydınlatma ödevi de bulunmaktadır. Hâkim, kural olarak mevcut olmayan bir vakıayı yargılamaya dahil edemez veya bunu dikkate alamaz, hatta tarafa bu konuda hatırlatmada bulunamaz (m. 25)[54]. Ancak, bir vakıa ileri sürülmekle birlikte, belirsizse veya vakıalar arasında çelişki mevcutsa bunu gidermek durumundadır (m. 31). Dolayısıyla, hâkimin deyim yerindeyse iddia yükü konusunda bir ödevi bulunmamakla birlikte, somutlaştırma yükü konusunda ciddî bir ödevi bulunmaktadır[55]. Bu ödevi düzenleyen 31. madde hükmü çok açıktır. Bu ödev "maddî ve hukukî açıdan belirsiz yahut çelişkili" hususlar hakkındadır. Şüphesiz bir vakıanın belirsiz veya çelişkili olması, yani yeterince somut ve açık olmaması, temelinde maddî bir vakıa sebebiyledir, ayrıca bu belirsizlik hâkimin altlama faaliyetinde ve hüküm tesisinde hukukî bir meseledir[56].

Bu açıklamalardan sonra, somutlaştırma yükünün yerine getirilmemesi durumunda bunun sonucu üzerinde durmak gereklidir. Yani, davacı somutlaştırma yükünü yerine getirmezse nasıl bir yol izlenmeli ve nasıl bir karar verilmelidir. Öncelikle belirtelim ki, taraflar dilekçeler teaitisi aşamasında (yazılı yargılamada m. 118-136; basit yargılamada m. 317) eksik bıraktıkları hususları tamamlayabilir, vakıalar konusunda eksik veya belirsiz noktaları giderebilirler. İddia ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağı da

---

53 Nitekim Alman Usûl Kanunu'nda, tarafların "tam ve gerçeğe uygun şekilde" açıklama yapma yükümlülüğünden söz edilmiştir (ZPO § 138/1). Bu konuda bkz. R. **Stürner**, Die Aufklaerungspflicht der Parteiendes Zivilprozesses, Tübingen 1976. Ayrıca tarafların dinlenmesi çerçevesinde bkz. **Tercan**, Tarafların Dinlenmesi, s. 45 vd. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. E. **Tercan**, Medenî Usul Hukukunda Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü, SÜHFD (M. Şakir Berki'ye Armağan), Konya 1996, s. 184 vd.

54 Hâkimin bunu davayı aydınlatma ödevi anlamında dahi yapması mümkün değildir (**Karaaslan**, s. 115).

55 Hatta bu çerçevede aydınlatma ödevinin bir fonksiyonu olan tamamlama fonksiyonu da devreye girecektir (**Alangoya**, s. 147 vd.; **Karslı**, s. 311). Ayrıca bkz. **Karaaslan**, s. 32 vd., s. 111, 113.

56 Ayrıca bkz. **Karaaslan**, s. 103.

bu aşamadan sonra başladığı için (m. 141), bu yönde bir sınırlama da mevcut değildir. Hâkim, gerek bu aşamada gerekse daha sonra aydınlatma ödevi çerçevesinde olmak üzere, gerekli görürse tarafların bu konuda dikkatini çekebilir ve somut olmayan vakıaların açıklanmasını ve delillerle bağlantı kurulmasını isteyebilir. Dilekçeler teatisi aşaması tamamlandıktan sonra, hâlâ somutlaştırma yüküne ilişkin bir eksiklik mevcutsa, o zaman hâkimin aydınlatma ödevi yanında, bu sefer ön inceleme sebebiyle hem görevi hem de sorumluluğu devreye girecektir. Zira, ön incelemenin kapsamını belirleyen 137. madde gereğince, hâkim ön incelemede "uyuşmazlık konularını tam olarak belirlemek" durumundadır ve ön incelemeyi tamamlamadan, bu konuda gerekli kararları almadan tahkikata geçemez. Keza, 140. maddeye göre de, hâkimin bu aşamada tarafların iddia ve savunmaları çerçevesinde anlaştıkları ve anlaşamadıkları hususları "tek tek" tespit etmesi zorunludur. Görüldüğü üzere, dilekçeler teatisi aşamasında eksik bırakılmışsa, hem ön incelemenin hem de davayı aydınlatma ödevinin gereği olarak hâkimin somutlaştırma yükünün yerine getirilmesi için taraflara soru sorması, onların dikkatini çekmesi, hatta tartışması gerekli ve zorunludur. Hâkimin bu belirsizliği yargılamanın ileri noktalarına taşıması, bu belirsizlikler üzerine hüküm kurması, kendi sorumluluğunu ve ödevini yerine getirmemesi, ayrıca yargılamanın bir düzen içinde yürütülmesi görevini ihmal etmesi demektir[57]. Bu sebeple, uygulamada zaman zaman yapıldığı üzere, ya belirli vakıalar iddia edilmeden veya çok genel ifadelerle vakıa iddialarından sonra (iddia yokken veya iddia somut değilken), bu eksiklik giderilmeden, somutlaştırma gerçekleşmeden bilirkişiye başvurulması, bilirkişinin de aslında tarafların ortaya koymadıkları bir takım tespitleri yapıp deyim yerindeyse taraflar

---

[57] Esasen, hâkimin genel geçer şekilde, tensip veya ön inceleme aşamasında soyut ve genel ifadelerle vakıaların somutlaştırılmasını belirtmesi, taraf dilekçelerine atıfla yetinmesi doğru değildir. Hangi maddî vakıanın açık ve somut olmadığı tespit edilerek açık olmayan bu vakıanın somutlaştırılması sağlanmalıdır. Bunun yapılmaması, hâkimin davayı aydınlatma ödevini yerine getirmemesi yanında, hukukî dinlenilme hakkının ihlâli sonucunu da doğuracaktır (bu konuda bkz. **Karaaslan**, s. 113). Zira, bazen tarafa göre açık ve somut olan bir vakıa hâkim nezdinde bu açıklıkta olmamasına rağmen, tarafa bu konuda söz hakkı tanımadan aslında mevcut, ama somut olmayan bir vakıayı görmemezlikten gelerek karar vermek tarafın açıklama hakkını sınırlamak ve görmemezlikten gelmektir.

yerine somutlaştırma yapmasından sonra buna istinaden karar verilmesi kanunun düzenlemesine tamamen aykırıdır. Hâkimin dahi tarafın yerine geçerek onun ileri sürmediği bir hususu dikkate alamayacağı böyle bir durumda bilirkişinin bu görevi üstlenmesi ya da işin bilirkişiye havale edilmesi, usûl hukukunun hiçbir ilkesi ile izah edilemez. Bu sebeple, bilirkişi raporlarına dayanılarak somutlaştırma yükünün yerine getirilmesi söz konusu değildir.

Davacının dilekçeler teatisi aşamasında veya hâkimin dikkat çekmesi ve belirtmesine rağmen ön inceleme aşamasında somutlaştırma yükünü yerine getirmemesi durumunda, bu yükü yerine getirmemenin sonuçlarıyla karşılaşması söz konusudur. İddia ve somutlaştırma yükü esasen usûlî yükler olmakla birlikte, her iki yük bakımından verilmesi gereken karar farklı olacaktır. Zira, iddia yükünün yerine getirilmemesi halinde dava usûlden reddedilmelidir. Bununla birlikte, somutlaştırma yükü bakımından davanın reddi kanaatimizce, bir usûlî red değildir. Çünkü, somutlaştırma yükünün yerine getirilmemesinde, bir vakıa iddiası mevcuttur, ancak bu vakıa (ya da vakıalar) somut ve açık değildir, hâkimin uyarmasına rağmen de somutlaştırılmamış, somutlaştırma yükü yerine getirilmemiştir. Bu ise, aslında vakıanın ispata elverişli kabul edilememesi ve bunun sonucu olarak da belirsizlik rizikosuna katlanma şeklinde gerçekleşecektir[58]. Nasıl ki, ispat yükü yerine getirilemediğinde bu belirsizlik rizikosu sebebiyle, dava, ispat yükünü taşıyan aleyhine sonuçlanmaktadır ve bu da esastan bir karardır, aynı şekilde davacının somutlaştırma yükünü yerine getirmemesi halinde vakıanın belirsizliği, davacının talebinin esastan reddi sonucunu doğurmalıdır[59].

---

58 **Atalay**, s. 36; **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 666.

59 Özellikle **Umar**, bu konuda çok açık ve örnekler vererek tespit yapmaktadır. **Umar** da yukarıda belirttiğimiz üzere, iddia ve somutlaştırma durumunun birbirinden ayrılması gerektiğini, belirsiz ya da çelişkili (yani somut olmayan) vakıalardaki bu belirsizliğin hâkimin davayı aydınlatma ödevi çerçevesinde giderilebileceğini, hâkimin bu konuda çaba göstermesi gerektiğini, ancak buna rağmen belirsizliğin giderilmemesi halinde davanın reddi gerekeceğini belirtmektedir. **Umar**, açık şekilde böyle bir durumdaki reddin ispat yükünün de yerine getirilmemesi sonucunu doğuracağı ve esastan bir red olacağını, bu redden sonra eksik ve belirsiz vakıa tamamlanarak yeni bir dava açıldığında da bunun önceki kesin hükümle karşılaşacağını söylemekte, bu konuda örnekler vermektedir (**Umar**, s. 144).

Somutlaştırma yükü bakımından davalının durumu hakkında ise, davacının iddia ettiği, ancak somutlaştırmanın davalı üzerinde olduğu vakıalar ile davalının cevap dilekçesinde ileri sürdüğü ve somutlaştırma yükü kendi üzerinde olan vakıalar arasında bir ayrım yapılmalıdır. Davacının iddia ettiği vakıalar bakımından, somutlaştırma yükünün davalı üzerinde bulunması durumunda, davalı eğer bu konuda gerekli yardım ve açıklamalarda bulunmazsa, o zaman aleyhine karar verilmesi, o vakıa bakımından davacının ileri sürdüğü hususun kabul edilmesi riski ortaya çıkacaktır. Ancak, davalının kendi cevap dilekçesinde ileri sürdüğü ve somutlaştırması gereken vakıalar hakkında yeterli açıklamada bulunmazsa, 128. madde gereğince, davacının iddialarını inkâr etmiş sayılmalıdır.

5. Hukukî Sebebin Belirtilmemesi

Davacının dilekçesinde hukukî sebepleri belirtmesi gerektiği, 119. maddede açıkça düzenlenmiştir. Ancak uygulamada bu unsura önem verilmemekte, ya hiç gösterilmemekte veya bir takım kanun kısaltmalarını belirtmekle yetinilmektedir. Bu duruma, Yargıtay kararlarıyla doktrinin kanuna aykırı yorumu yol açmaktadır. Zira, gerek Yargıtay gerekse doktrinde neredeyse ittifak halinde, özetle, hâkimin Türk kanunlarını re'sen uygulayacağı (m. 33), tarafların dayandıkları hukukî sebeplerle hâkimin bağlı olmadığı gerekçesiyle, hukukî sebebin gösterilmemesinin bir eksiklik sayılmayacağı kabul edilmektedir[60]. O zaman, neden kanun koyucu hem 1086 sayılı HUMK hem 6100 sayılı HMK'da hukukî sebebin gösterilmesini aramıştır? "Kanun koyucu abesle işgal etmez" ilkesine inat, sürekli abesle mi iştigal etmektedir? Oysa, tarafın bir hukukî sebep göstermesi başka bir şeydir, hâkimin bununla bağlı olup olmaması ve doğru bildiği hukuk kuralını uygulaması başka bir şeydir. Kanaatimizce, tarafların hukukî sebep bildirmesi zorunludur, en azından asgari belirlilik olması gerekir. Aksi takdirde,

---

60 **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 286; **Karslı**, s. 490; **Yılmaz**, s. 826. **Umar** ise, hukukî sebebin belirtilmemesinin yaptırımı konusunda benzer sonuca varsa da (**Umar**, s. 382), iddianın dayanağı olan vakıanın ancak belirli bir hukukî sebep ve norm içinde yer bulması halinde, hükme esas alınabileceği yönünde (özellikle de Postacıoğlu'nun bu konudaki görüşüne dayanarak) açıklama yapması ve bunun önemini vurgulaması yönünden diğerlerinden ayrılmaktadır (**Umar**, s. 379, 382-383).

bugün uygulamamızda olduğu gibi vakıa iddialarının sağlıklı bir temeli de olmayacaktır. Bu sebeple, davacının vakıaları yerine getirmemesi hangi sonucu gerektiriyorsa, hukukî sebebi de bildirmemesinin aynı sonucu doğurması gerektiği kanaatindeyiz. Bu konuyu, daha önce ayrı bir makale konusu yaptığımızdan burada o makaleye atıf yapmakla yetiniyoruz[61].

SONUÇ

6100 sayılı HMK ile birlikte daha düzenli ve yönü belirli olan, deyim yerindeyse kaderine terkedilmemiş bir yargılama amaçlanmıştır. Bu çerçevede, dava dilekçesine ilişkin temel noktalar 1086 sayılı HUMK'a göre değişmemiş gibi görünse de, aslında içeriği ve sonuçları konusunda bazı önemli değişiklikler yapılmıştır.

1. Dava dilekçesinin içeriği 119. maddede açıkça düzenlenmiştir. Sorun bu içerikten çok, dilekçenin bu unsurlarında eksilik meydana gelmesi durumunda nelerin yapılması gerektiği ve yaptırımında karşımıza çıkmaktadır. Öncelikle, 119. maddede belirtilen her bir unsurun tam olarak dilekçede yer alması önemlidir. Bu çerçevede, her bir unsurun içeriğine nelerin dahil olduğu ve bir unsurun ne zaman gerçekten eksik sayılacağı iyi incelenmelidir. Bazı durumlarda şeklen bir eksiklik mevcutmuş gibi görünse de, gerçekte bir eksiklik ortaya çıkmamaktadır. Örneğin, tarafın adresi dava dilekçesinde yazılmamakla birlikte, güncel adresi dosya içeriğinden rahatlıkla anlaşılıyorsa, artık bir eksiklikten söz edilmemelidir. Keza, basit maddî hatalar eksiklik sayılarak hak kaybına sebep olunmamalıdır. Ayrıca, başka yollarla giderilecek yanlışlıklar dava dilekçesindeki eksiklik sonuçlarına tâbi kılınmamalıdır. Örneğin, tarafın değiştirilmesi ya da iddia veya savunmanın değiştirilmesi kanunda ayrıca düzenlenmiş olup bunlar hakkında kendilerine ilişkin özel hükümler uygulanmalıdır.

2. Kanunda dilekçenin unsurlarındaki eksiklik halinde yapılması gerekenler ikiye ayrılmış, birinci gruptakilerin yaptırımı çok açık şekilde 119.

---

61 Bu konuda bkz. **Özekes**, Hukukî Sebep, s. 745 vd. **Umar**'ın da birebir aynı olmasa da, dolaylı olarak bu söylediğimizi teyit ettiği kanaatindeyiz. Zira, **Umar**, hukuk normunda dayanağını bulmayan ve bu yönde somutlaştırılmayan taleplerin ispat yükünün yerine getirilmemesi sonucuna götüreceğine değinmektedir (**Umar**, s. 383).

maddede belirtilmiştir. Buna göre, tarafların, kanunî temsilcilerinin ve davacı vekilinin kimlik ve adresleri ile talep sonucu ve imzalarının eksik olması halinde, hâkim davacıya bir haftalık kesin süre verecek, bu süre içinde eksiklik tamamlanmazsa, dava açılmamış sayılacaktır.

3. Dava dilekçesinde, mahkemenin adının veya dava konusu ve değerinin gösterilmemesi ya da davanın dayanağı olan vakıaların açık ve somut olarak belirtilmemesi ve delillerle bu vakıalar arasında bağlantı kurarak yer verilmemesi, ayrıca hukukî sebebin eksik olması halinde ne yapılması gerektiği kanunda açıkça düzenlenmemiştir. Bu hallerde, önce süre verip bu süre içinde de eksikliğin tamamlanmaması halinde davanın açılmamış sayılması hükümleri uygulanamaz; ancak bu eksikler için herhangi bir yaptırımın öngörülmediğini söylemek de doğru değildir. Zira, bu eksikliklerin söz konusu olduğu durumlarda ne yapılması gerektiği ve yaptırımları 119. maddede açıkça belirtilmese de, gerek Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun farklı hükümlerinde gerekse başka kanunlarda bu konular ayrıca düzenlenmiştir veya işin niteliği ne yapılması gerektiği bize yol göstermektedir. Bu çerçevede:

a. Mahkemenin adının gereği gibi belirtilmemesi durumunda, bu dilekçe kalem veya tevzi bürosunca kabul edilmemeli, hiçbir işleme esas alınmamalıdır; şayet yanlışlıkla alınmışsa dilekçe sahibine iade edilmelidir.

b. Dava dilekçesinde, konu ve değer gösterilmemişse, bu husus doğrudan harçlarla ilgili olduğundan, Harçlar Kanunu'nun hükümleri dikkate alınmalıdır. Harçlar Kanunu'ndaki hüküm dikkate alınarak, dava konusu ve değerinin belirtilmemesi halinde, dilekçe hemen geri çevrilmemeli, önce bu değerin (ve bundan önce dava konusunun) tespiti davacıdan istenmeli, bu tespitten kaçınma halinde dilekçe işleme konulmayarak iade edilmelidir.

c. Davacının iddiasının dayanağı olan vakıaları açıkça belirtmemesi ve delillerini ilgili vakıalarla bağlantı kurarak göstermemesi ise, iddia ve somutlaştırma yükü ile doğrudan ilgilidir. Bu durumda, eğer talebe esas olacak hiçbir vakıa gösterilmemişse, iddia yükü yerine getirilmemiş olacaktır. Bu durumda, davaya esas olacak bir vakıa iddiası mevcut değildir. Bu eksikliğin süre verilerek veya hâkimin davayı aydınlatma ödevi çerçevesinde tamamlanması da mümkün değildir. Hâkimin, karşı tarafın davadan haberdar olması ve hukukî dinlenilme hakkını sağlamak amacıyla dilekçeyi karşı

tarafa tebliğ ettikten ve onun da görüşünü aldıktan sonra davayı usûlden reddetmesi gerekir. Böyle bir durumda hâkimin ileri sürülmemiş bir vakıayı araştırması ya da davacıya bu yönde hatırlatmada bulunması mümkün değildir. Bu red usûlî bir red olduğu için, davacı, unsurları tam bir dilekçe vererek davasını yeniden açabilir. Şüphesiz bu durumda zamanaşımın geçmesi vs. risklerin ortaya çıkması göze alınmış olacaktır. Davacı, vakıaları göstermekle birlikte, bunları ispata elverişli şekilde somut ve açık olarak dilekçesinde belirtmemişse, bu durumda somutlaştırma yükünü yerine getirmemesi söz konusudur (m. 194). Zira, bu durumda vakıa iddiaları mevcuttur, ancak bunlar açık ve somut değildir. Somutlaştırma yükü yerine getirilmemiş olursa, tarafın açıklama (doğruyu söyleme) ödevi (m. 29/2) ile hâkimin davayı aydınlatma ödevi kapsamında (m. 31), önce davacıya iddiaları tam olarak açıklattırılmalıdır. Hâkim, bunu dilekçeler teatisi aşamasında yapabileceği gibi, en geç ön inceleme aşamasında hem davayı aydınlatma ödevi hem de ön incelemedeki görevi gereği (m. 137, 140) yapmak durumundadır. Tüm bunlara rağmen, davacı somutlaştırma yükünü yerine getirmezse, o zaman dava ispat yükü kurallarına göre reddedilmelidir. Çünkü, bir vakıanın ispata elverişli kabul edilememesinin sonucu olarak, bu belirsizliğin rizikosuna davacının katlanması gerekir. İspat yükü yerine getirilemediğinde bu belirsizlik rizikosu sebebiyle dava esastan ispat yükünü taşıyan aleyhine sonuçlanmaktadır ve bu da esastan bir karardır, aynı şekilde davacının somutlaştırma yükünü yerine getirmemesi halinde vakıanın belirsizliği, davacının talebinin esastan reddi sonucunu doğurmalıdır.

d. Hukukî sebebin belirtilmemesinin, Yargıtay ve doktrindeki ağırlıklı görüşe göre, hâkimin hukuku kendiliğinden uygulaması sebebiyle bir yaptırımı yoktur. Ancak biz bu görüşe katılmıyoruz ve gösterilen hukukî sebeplerle hâkim bağlı olmasa da, tarafın hukukî sebebi belirtmesi gerektiğini düşünüyoruz. Bu, aynı zamanda iddia yüküne de esas olacak bir husus olup, hukukî sebebin açıkça gösterilmemesinin usûlî bir red sebebi olduğu kanaatindeyiz. Ayrıca, dilekçeyi veren avukatsa, hukukî sebebi somut olarak belirtmeyen avukatın da sorumlu olacağı kanaatindeyiz.

NEUES ZUM STREITGEGENSTAND

Prof. Dr. Hanns PRÜTTING*

I. Einführung

Die folgenden Überlegungen sind Herrn Professor Dr. Hakan Pekcanitez gewidmet. Seine herausragende Stellung als Zivilprozessualist in der Türkei ist allgemein anerkannt. Besondere Hervorhebung verdient dabei sicherlich seine Arbeit an der am 1.10.2011 in Kraft getretenen neuen türkischen Zivilprozessordnung, die unter seiner Leitung von einer Expertenkommission erarbeitet wurde. Ebenso bekannt sind seine engen Kontakte zu vielen europäischen Staaten, insbesondere zu Deutschland, Österreich und der Schweiz. Mit besonderer Freude konnte ich Herrn Pekcanitez in der Vergangenheit auf vielen Tagungen unserer deutschen Zivilprozessrechtslehrervereinigung begrüßen. So ist durch die vielfältigen persönlichen Kontakte eine freundschaftliche Beziehung entstanden, für die ich an dieser Stelle einen herzlichen Dank abstatten möchte.

II. Die unendliche Geschichte des Streitgegenstandes

Vor kurzem hat mein Regensburger Kollege Peter Gottwald darauf hingewiesen, dass der totgesagte Streit um die Streitgegenstandstheorien auch heute noch sehr lebendig sei[1]. Diese Feststellung ist vor allem durch die großangelegte Habilitationsschrift von Christoph Althammer noch einmal unterstrichen worden[2]. Aber auch in der Rechtsprechung des EuGH, des BGH und anderer Gerichte zeigen sich interessante neue Entwicklungen. So

* Direktor des Instituts für Verfahrensrecht an der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln

1 Gottwald, Festschrift für Kaissis, 2012, S. 303.

2 Althammer, Streitgegenstand und Interesse, 2012; ders. ZZP 123, 163.

ergeben sich seit längerem schwierige Diskussionen um den Streitgegenstand im Wettbewerbsrecht, vor allem bei Unterlassungsklagen[3]. Weitere Schwierigkeiten bei der Bestimmung des Streitgegenstands haben sich im Rahmen aktienrechtlicher Nichtigkeitsklagen gezeigt[4]. Besondere Schwierigkeiten bereitet unverändert die Problematik des Verhältnisses von negativen Feststellungsklagen und Leistungsklagen[5].

Alle diese Entwicklungstendenzen haben die Diskussion um den Streitgegenstandsbegriff weiterhin belebt. Vor allem aber haben die Gerichtsentscheidungen und die wissenschaftlichen Stellungnahmen gezeigt, dass mit den klassischen Diskussionen und Theoriebildungen um den Streitgegenstand die Probleme nicht abschließend gelöst sind.

Neben diese weithin bekannten Diskussionen um die Bedeutung des Streitgegenstandes tritt im deutschen Recht eine unscheinbare Norm des bürgerlichen Rechts, deren Bedeutung für die Problematik nach meinem Eindruck noch nicht ausreichend gewürdigt worden ist. Es handelt sich um § 213 BGB, der die Hemmung der Verjährung über den vom Gläubiger geltend gemachten Anspruch hinaus auf alle Ansprüche erstreckt, die aus demselben Grund wahlweise neben diesem Anspruch oder an seiner Stelle gegeben sind. Es werden hier also streitgegenstandsfremde Ansprüche von der Hemmung der Verjährung erfasst, obgleich sie nicht vom Gläubiger rechtshängig gemacht wurden. Diese gerne als Wirkungserstreckung bezeichnete Neuregelung könnte von wesentlicher Bedeutung für die künftigen Überlegungen sein.

III. Die Bedeutung des Streitgegenstandes

Der Streitgegenstand eines Verfahrens legt bekanntlich das Streitprogramm zwischen den Klageparteien fest, er begrenzt also den Prozess seinem Gegenstand nach. Schon dadurch wird der Streitgegenstand

---

3 Ausgelöst wohl vor allem durch die Entscheidung des BGH vom 23.2.2006, BGHZ 166, 253.

4 Ausgangspunkt war hier vor allem das Urteil vom 22.7.2002, BGH, NJW 2002, 3465.

5 Vgl. dazu zuletzt Thole, NJW 2013, 1192; dem liegt vor allem die Entscheidung des EuGH vom 25.10.2012, NJW 2013, 287 sowie die Entscheidung des BGH vom 15.8.2012, NJW 2012, 3633 zugrunde.

für den Prozess zu einem zentralen Begriff. Seine Wirkungen zeigen sich bekanntlich bei der Festlegung des Umfangs der Rechtshängigkeit, bei der Beurteilung von objektiver Klagenhäufung und Klageänderung, beim Umfang der Rechtskraft, bei der Bestimmung der örtlichen, der sachlichen und der internationalen Zuständigkeit sowie der Frage nach der Bestimmtheit des Klageantrags. In der Praxis haben sich in jüngster Zeit besondere Probleme beim Verhältnis von Feststellungsklagen und Leistungsklagen ergeben, die auf europäischer Ebene in den berühmten Torpedoklagen kulminierten[6]. Auffallende Schwierigkeiten ergeben sich auch immer wieder beim Umfang der Verjährungshemmung durch klageweises Geltendmachen von Ansprüchen[7]. Konkrete Fragen haben sich ferner in jüngster Zeit wiederum beim Verhältnis von Streitgegenstand und Rechtskraft ergeben[8].

IV. Der Streit im nationalen Recht

Die Fronten des Streits um die richtige Bestimmung des Streitgegenstands in Deutschland schienen lange Zeit sehr festgefahren. Man hatte sich weitgehend auf eine prozessuale Theoriebildung verständigt, also den materiellen Anspruch als Ausgangspunkt des Streitgegenstandes abgelehnt. Innerhalb des Prozessrechts war und ist es klar, dass der Kläger mit seinem Klagebegehren den Gegenstand des Verfahrens festlegt. Dies wird von der Dispositionsmaxime und von § 308 ZPO abgesichert. Nach der ganz herrschenden zweigliedrigen Theorie vom Streitgegenstand bedeutet dies, dass der vom Kläger gestellte Antrag und der diesem Antrag zugrundeliegende Lebenssachverhalt, also Klageantrag und Klagegrund, den Streitgegenstand bestimmen. Dieser zweigliedrige Streitgegenstandsbegriff fasst alle materiellrechtlichen Anspruchsgrundlagen, die aus einem einheitlichen Lebenssachverhalt erwachsen sind, zu einem einheitlichen prozessualen Anspruch zusammen. Allerdings haben sich bei der Umfangsbestimmung des Lebenssachverhalts und seiner Abgrenzung immer

---

6 Statt aller vgl. dazu Althammer, Streitgegenstand und Interesse, 2012, S. 115 ff., 617 ff.

7 Vgl. insbesondere BGH vom 15.8.2012, NJW 2012, 3633; ferner BAG vom 25.9.2013, NZA 2014, 164.

8 Vgl. zuletzt BGH vom 22.10.2013, NJW 2014, 314.

wieder Schwierigkeiten ergeben. Auch die Situation eines einheitlichen prozessualen Antrags, der sich auf ganz unterschiedliche Lebenssachverhalte stützt, konnte von der herrschenden Meinung nicht überzeugend gelöst werden. Dennoch konnte man feststellen, dass das Festhalten an Klageantrag und Klagegrund als Bestimmungsfaktoren in der Praxis in den allermeisten Fällen ausreichend erschien.

Trotz der vorhandenen begrifflichen Unschärfe des einheitlichen Lebenssachverhalts als Klagegrund hat sich die zweigliedrige Streitgegenstandstheorie auch in den Nachbarländern durchgesetzt. Dies gilt insbesondere für Österreich[9] und für die Schweiz[10]. Auch im französischen Recht wird im Grundsatz an das Klagebegehren und die Klagegrundlage angeknüpft[11].

Diese Übereinstimmung in den groben Zügen kann nicht überraschen, wenn man auf die Zwecke eines Streitgegenstandsbegriffs sieht: Es soll eine mehrfache Inanspruchnahme verschiedener Gerichte in der gleichen Sache vermieden werden, es sollen sich widersprechende Entscheidungen ausgeschlossen sein, die Parteien sollen einen Schutz erfahren, dass ihnen keine Rechte verloren gehen, die nicht eingeklagt und behandelt waren, auch das angerufene Gericht soll durch die Antragsbindung einen klaren Rahmen für seine Entscheidung haben. Im Falle der Änderung des Prozessvortrags oder im Falle eines Rücknahmebegehrens soll ein klarer Rahmen des Umfangs der Zulässigkeit solcher Prozesshandlungen bestehen. Schließlich soll für die Zwangsvollstreckung und für den Umfang der endgültigen Streiterledigung eine präzise Begrenzung bestehen.

Es hat daher großes Aufsehen erregt, als der EuGH mit seiner berühmten Kernpunkttheorie[12] einen Streitgegenstandsbegriff kreierte, der

---

9 Vgl. statt aller Fasching, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen, 2. Aufl. 2004, vor § 226 Rn. 40 ff.

10 Vgl. hierzu Oberhammer, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2010, vor Art. 84 Rn. 9 ff.

11 Im Einzelnen vgl. Althammer, Streitgegenstand und Interesse, 2012, S. 117 ff.

12 EuGH, Urteil vom 8.12.1987, C-144/86 (Gubisch/Palumbo), Slg. 1987, 4861 = NJW 1989, 665 = IPRax 1989, 157; EuGH, Urteil vom 6.12.1994, C-406/92 (Tatry), Slg. 1994, I-5439 = NJW 1995, 1883 = JZ 1995, 616; EuGH, Urteil vom 19.5.1998, C-

deutlich über das hinausgeht, was in den europäischen Mitgliedstaaten anerkannt war und ist[13]. Andererseits hat diese weite Auffassung vom Streitgegenstand schnell zu der Erkenntnis geführt, dass man die Rechtsprechung des EuGH nicht in die jeweiligen nationalen Rechtsordnungen übernehmen sollte[14]. Dementsprechend war nach den EuGH-Entscheidungen zunächst keine Änderung der Streitgegenstandsbestimmung in den nationalen Rechten zu beobachten.

Dagegen scheint es nun zu einer deutlichen Auflockerung der Bestimmung des Streitgegenstands zu führen, wenn man die jüngsten Entwicklungen im Schrifttum betrachtet: So wird nunmehr insbesondere kritisiert, dass die in den langjährigen Theoriendiskussionen zu beobachtenden Bemühungen um eine Einheitlichkeit des Streitgegenstands keinen absoluten Wert darstellen, sondern die Streitgegenstandsproblematik sich stärker an den Gesichtspunkten der Verfahrenszwecke auszurichten hat. Bei einem so verstandenen Streitgegenstandsbegriff ist die Bestimmung im Einzelnen nicht mehr ausschließlich vom konkreten Klageantrag abhängig. Auch unterschiedliche Rechtsfolgen können auf einen einheitlichen Verfahrensgegenstand bezogen sein. Die Konsequenzen lassen sich sehr schön an § 264 ZPO darstellen. Die bisher ganz allgemeine Auffassung hat § 264 Nr. 1 ZPO als eine unnötige Selbstverständlichkeit angesehen, dagegen die Nr. 2 und 3 als Fiktion verstanden, weil hier eine Antragsänderung und damit eine Änderung des Streitgegenstands unzweifelhaft vorhanden ist, jedoch stets als zulässige Klageänderung betrachtet werden soll. Nach der neuen Auffassung vom Streitgegenstand als dem klägerischen Interesse[15] würde nun § 264 Nr. 2 und Nr. 3 nichts anderes als Ausdruck eines erweiterten Streitgegenstandsverständnisses sein, sodass alle Varianten des § 264 ZPO eigentlich etwas regeln, das auch ohne die spezielle Norm gelten

---

351/96 (Drouot-Assurances) Slg. 1998, I-3075 = ZZPInt 3 (1998), 246 (Adolphsen) = EWiR 1990, 499 (Henssler/Dedek).

13 Vgl. dazu Isenburg-Epple, Die Berücksichtigung ausländischer Rechtshängigkeit nach dem Europäischen Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommen, 1991, S. 157 ff.

14 Vgl. insbesondere Fasching, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen, 2. Aufl. 2004, vor § 226 Rn. 39 sowie Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 17. Aufl. 2010, S. 508, § 92 Rn. 22..

15 Althammer, Streitgegenstand und Interesse, 2012, S. 265 ff.

würde. Insbesondere § 264 Nr. 3 ZPO stellt ersichtlich auf ein einheitliches klägerisches Interesse ab und hätte damit nicht als Klageänderung zu gelten.

Diese durchaus faszinierende Umdeutung des § 264 ZPO lässt sich nun ergänzen durch § 213 BGB, der ebenfalls das klägerische Interesse in einem erweiterten Umfang regelt. Konsequenz dieser Auffassung wäre es, dass sowohl § 264 ZPO als auch § 213 BGB eigentlich etwas regeln, was sich bei richtiger Theoriebildung von selbst versteht. Der Autor der vorliegenden Zeilen hat schon im Jahre 2003 den Vorschlag gemacht, eine Erweiterung des Streitgegenstandsbegriffs anhand der Wertung von § 264 ZPO zu erwägen[16]. Dieser damals noch ohne jede dogmatische Vertiefung vorgebrachte Gedanke wird nun in einer eindrucksvoll vertieften Weise von Althammer weitergeführt[17]. Eine weitere eindrucksvolle gedankliche Entwicklung einer solchen Streitgegenstandstheorie ist es, dass das entscheidende Interesse des Klägers von der jeweiligen Rechtsschutzform unabhängig ist und auch nicht zentral vom zugrundeliegenden Lebenssachverhalt begrenzt wird. Vielmehr hat der tatsächliche Vortrag des Klägers nur die Bedeutung einer näheren Explikation und Interpretation des klägerischen Interesses[18]. Weitergehend liegt also auch dann ein einheitlicher Streitgegenstand vor, wenn sich das identische Interesse eines Klägers auf verschiedene Lebenssachverhalte gründet. Die Auffassung Althammers nähert sich damit der früheren eingliedrigen Streitgegenstandstheorie von KarlHeinz Schwab[19] an, ohne dessen strikte Ausrichtung am Klageantrag zu übernehmen. Das berühmte Beispiel vom einheitlichen Klageantrag, der sich sowohl auf einen Kaufvertrag als auch auf einen über die Kaufsumme gegebenen Wechsel stützt, wird also im Ergebnis von Althammer in gleicher Weise gelöst wie von der eingliedrigen Streitgegenstandstheorie. In beiden Fällen handelt es sich um einen einzigen Streitgegenstand. Die Begründung stützte sich früher auf den einheitlichen

---

16 Prütting, Festschrift für Beys, 2003, S. 1273.

17 Althammer, Streitgegenstand und Interesse, 2012, S. 353.

18 Althammer, Streitgegenstand und Interesse, 2012, S. 754.

19 Schwab, Karl Heinz, Der Streitgegenstand im Zivilprozeß 1954, ders., ZZP 65, 101; ders., JuS 1965, 81; ders., JuS 1976, 71; ders. Festschrift für Lüke, 1997, S. 793.

Antrag und würde sich heute auf das einheitliche klägerische Interesse stützen.

Mit dem Begriff des klägerischen Interesses ließe sich freilich nicht nur der Gegensatz von eingliedrigem und zweigliedrigem Streitgegenstandsbegriff überwinden, sondern das Interesse schafft auch eine gewisse Brücke zwischen materiellrechtlichen und prozessualen Theorien. Da das klägerische Interesse weit über die einzelnen materiellrechtlichen Anspruchsgrundlagen hinausgeht, handelt es sich bei einer solchen Auffassung im Grundsatz auch weiterhin um eine prozessuale Theorie, die freilich inhaltlich erhebliche materiellrechtliche Komponenten in sich aufnimmt. Ich würde eine solche Theorie daher gegenüber dem bisherigen Streit zwischen den materiellrechtlichen und den prozessualen Theorien als eine gemischte Theorie bezeichnen.

V. Der europäische Streitgegenstand

Die Entwicklung einer gemischten materiell-prozessualen Streitgegenstandstheorie wirft die weitergehende Frage auf, wie weit sich eine solche Auffassung der Kernpunkttheorie des EuGH annähert. Schon im Jahre 2003 hatte Wernecke den Versuch gemacht, durch eine stärkere materiellrechtliche Ausrichtung des Streitgegenstands den nationalen Begriff der europäischen Entwicklung anzunähern[20].

Hier gilt es aber zu bedenken, dass der EuGH seine berühmte Rechtsprechung zur Kernpunkttheorie vor allem mit dem Ziel einer starken grenzüberschreitenden Konzentration auf einen Gerichtsstand in einem Mitgliedstaat entwickelt hat. Es ging dabei bekanntlich um die autonome Auslegung von Art. 27 EuGVVO und damit in engem Zusammenhang um die Sicherung der europaweiten Anerkennung von Entscheidungen gemäß Art. 33 EuGVVO. Dahinter steht die Ausschaltung des Anerkennungshindernisses des Art. 34 Nr. 3 EuGVVO bei unvereinbaren Entscheidungen. Bei näherer Prüfung zeigt sich im Übrigen, dass die Auslegung des EuGH zum Merkmal „desselben Anspruchs“ weit über die

---

[20] Wernecke, Die Einheitlichkeit des europäischen und des nationalen Begriffs vom Streitgegenstand, 2003, S. 29 ff.

gemischte Theorie hinausgeht. Das lässt sich zum Beispiel an der Rechtssache Purrucker des EuGH[21] zeigen. Hier hatte in einem Sorgerechtsstreit zunächst der Mann in Spanien im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes das Sorgerecht für die gemeinsamen Kinder beantragt. Später hat dann die Frau in Deutschland die Übertragung des Sorgerechts auf Dauer an sich in einem Hauptsacheverfahren verlangt. Entgegen aller bisher vertretenen Auffassungen hat der EuGH auf dieses Verfahren die Kernpunkttheorie angewendet und einen einheitlichen Streitgegenstand angenommen. Dabei ist klar, dass es sich bei diesem Rechtsstreit um dieselben Parteien und um das Sorgerecht für die gemeinsamen Kinder, also um einen im weitesten Sinn einheitlichen Lebenssachverhalt handelt. Andererseits sind nicht nur die Anträge, sondern auch die Rechtsschutzziele der Beteiligten im einstweiligen Rechtsschutz und im Hauptsacheverfahren völlig unterschiedlich. Das ist deshalb besonders deutlich, weil nach spanischem Recht die Sorgerechtsentscheidung im einstweiligen Rechtsschutz im Hinblick auf die Hauptsache zeitlich begrenzt ist. Demgegenüber wird in dem konkreten Fall im deutschen Hauptsacheverfahren eine dauerhafte Entscheidung allein für die Zukunft angestrebt. Wollte man das Verfahren in der Rechtssache Purrucker unter dem Gesichtspunkt des Interesses des Antragstellers beurteilen, so ergäbe sich also sicherlich kein einheitlicher Streitgegenstand.

VI. Fazit

Entgegen manchen Erwartungen, die Diskussionen um den Begriff des Streitgegenstandes seien im Wesentlichen abgeschlossen oder es sei sowieso nur ein begriffsjuristischer Streit ohne Relevanz, zeigt sich in der Praxis immer wieder, wie bedeutsam dieser Streit ist und wie lebendig er auch noch im 21. Jahrhundert geführt wird. Dabei sind die Gräben zwischen der Rechtsprechung des EuGH und den nationalen Auffassungen nicht eingeebnet, sondern allenfalls etwas schmaler geworden. Aus deutscher Sicht bleibt es bei einer prozessualen Bestimmung des Streitgegenstandes, wobei aber entgegen der ganz herrschenden zweigliedrigen Theorie nunmehr

---

[21] EuGH vom 9.11.2010, C-296/10, FamRZ 2011, 534; im Einzelnen dazu Prütting, Festschrift für Simotta, 2012, S. 437 ff.

wieder ein eingliedriger Begriff vom Streitgegenstand verstärkt hervortritt. Möglich wird diese Entwicklung dadurch, dass man sich von der allzu strikten Bindung der früheren eingliedrigen Streitgegenstandstheorie an den Antrag ein wenig löst und stattdessen das Interesse des Klägers analysiert, das aus einer wertenden Betrachtung des prozessualen Antrags und seiner materiellrechtlichen Grundlagen gewonnen wird.

DAS NEUE TÜRKISCHE ZIVILPROZESSRECHT AUS DER SICHT EINES ÖSTERREICHISCHEN PROZESSUALISTEN

emer. o. Univ.-Prof. DDr. h.c. Dr. Walter H. RECHBERGER*

I. Einleitung

Die neue türkische Zivilprozessordnung (tZPO) bringt eine Vielzahl an Änderungen. Diese stellte der Jubilar auf der Österreichisch-Türkischen Juristenwoche am 4. und 5. Oktober 2012 in Istanbul in Grundzügen vor[1]. Die nun nachfolgende Kommentierung von einigen dieser Neuerungen, welche zunächst grob geschildert werden, versteht sich als Betrachtung der türkischen ZPO durch die Brille eines österreichischen Prozessualisten. Sie sei dem Jubilar, demin seinem wissenschaftlichen Schaffen die Rechtsvergleichung mit deutschsprachigen Jurisdiktionenstets ein Anliegen gewesen ist, gewidmet.

II. Unbezifferte Forderungs- und Feststellungsklage

A. Türkische Regelung

Der Kläger muss in der Klage grundsätzlich jenen Betrag angeben, den er einklagen will. In manchen Fällen stellt dies den Kläger vor gewisse Schwierigkeiten: Beispiele dafür sind insbesondere Schadenersatzansprüche aus unerlaubter Handlung oder Klagen auf Arbeitslohn oder sonstige Ansprüche, die sich aus den Beschäftigungsjahren bzw aus dem Dienstgrad errechnen, wobei der Arbeitnehmer keinen Einblick in die Unterlagen des

* Institut für Zivilverfahrensrecht an der Universität Wien

1 *Pekcanitez*, Grundlinien der Reform der Zivilprozessordnung in der Türkei, in Welser (Hrsg), Neuere Privatrechtsentwicklungen in Österreich und in der Türkei (2013) 115.

Arbeitgebers hat, um diese genau beziffern zu können[2]. In diesen Fällen besteht für den Kläger die Möglichkeit einer Teilklage und einer späteren Ausdehnung der Klage. Dabei ergibt sich allerdings das Problem der Verjährung: die Verjährung wird nämlich erst ab Klageerweiterung hinsichtlich des zusätzlichen Teilanspruchs gehemmt und kann daher inzwischen schon eingetreten sein. Mit dem neuen Art 107 tZPO, der auf Art 85 Schweizer ZPO[3] beruht[4], soll dieses Problem entschärft werden.

Der Kläger muss bei Klageerhebung die Forderung mit einem Mindestwert beziffern, hat allerdings die Möglichkeit, den angegebenen Betrag ohne Zustimmung der Gegenpartei bis zum Ende des Verfahrens zu erhöhen[5]. Der Kläger hat sein Begehren unverzüglich zu ändern, sobald die gesamte Forderung beziffert werden kann[6]. Dies stellt eine Ausnahme vom Verbot der Klageänderung und Klageerweiterung dar[7]. Im Vergleich zur ebenfalls möglichen Teilklage bewirkt die unbezifferte Forderungsklage die Hemmung der Verjährung hinsichtlich des gesamten Anspruchs und nicht nur bloß hinsichtlich des eingeklagten Teils[8]. Anstelle einer unbezifferten Forderungsklage kann auch eine Feststellungsklage nach Art 107 Abs 3 tZPO erhoben werden[9].

---

2 *Özkaya-Ferendeci*, Ein allgemeiner Überblick über die Reformierung der türkischen Zivilprozessordnung, ZZPInt 16 (2011) 295 (314 Fn 54).

3 Vgl dazu *Bopp/Bessenich* in *Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger* (Hrsg), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (2010) Art 85 Rz 1 ff.

4 *Özsunay*, The New Turkish Code of Civil Procedure of 2011, No. 6100, S.C.L.R. 49 (2010) 119 (133).

5 *Erdönmez*, Grundlinien der Reform der Zivilprozessordnung in der Türkei, ZZPInt 16 (2011) 273 (280).

6 *Özkaya-Ferendeci*, Ein allgemeiner Überblick über die Reformierung der türkischen Zivilprozessordnung, ZZPInt 16 (2011) 295 (315); *Özsunay*, The New Turkish Code of Civil Procedure of 2011, No. 6100, S.C.L.R. 49 (2010) 119 (134).

7 *Özkaya-Ferendeci*, Ein allgemeiner Überblick über die Reformierung der türkischen Zivilprozessordnung, ZZPInt 16 (2011) 295 (315).

8 *Özkaya-Ferendeci*, Ein allgemeiner Überblick über die Reformierung der türkischen Zivilprozessordnung, ZZPInt 16 (2011) 295 (315).

9 *Özkaya-Ferendeci*, Ein allgemeiner Überblick über die Reformierung der türkischen Zivilprozessordnung, ZZPInt 16 (2011) 295 (315 f).

B. Kommentierung aus österreichischer Sicht

In Österreich gibt es ein vergleichbares Problem: die Hemmung der Verjährung tritt erst bei Klageänderung hinsichtlich des nunmehr zusätzlich geltend gemachten Teils ein[10], was zum Teil durch das Bestimmtheitserfordernis für Klagen bedingt ist. Gemäß § 226 Abs 1 öZPO hat die Klage ein bestimmtes Begehren zu enthalten. Wird dennoch ein unbestimmtes Klagebegehren eingebracht, ist dieses zu verbessern. Bleibt das Begehren trotz Verbesserungsauftrags unbestimmt, ist die Klage mittels Beschlusses zurückzuweisen[11].

Das österreichische Verfahrensrecht kennteinige Ausnahmen von diesem Bestimmtheitserfordernis. So ist insbesondere das Verfahren außer Streitsachen (freiwillige Gerichtsbarkeit) nicht von diesem Problem erfasst. Im Verfahren außer Streitsachen muss ein Antrag nicht auf dieselbe Weise bestimmt sein wie im streitigen Verfahren (vgl § 9 AußStrG). Es genügt, wenn der Antrag hinreichend erkennen lässt, welche Entscheidung angestrebt wird und aus welchem Sachverhalt diese abgeleitet werden kann. Sobald sich der (ausschließlich) eingeklagte Geldbetrag ziffernmäßig bestimmen lässt, fordert das Gericht den Antragsteller auf, ein entsprechend bestimmtes Begehren anzugeben[12]. Vergleich-bares gilt im sozialgerichtlichen Verfahren für Klagen auf Leistungen bzw auf Feststellung von Versicherungszeiten der Pensionsversicherung im gesetzlichen Ausmaß (§ 82 Abs 2 ASGG).

Eine weitere Ausnahme vom Bestimmtheitsgebot liefert die Stufenklage nach Art XLII EGZPO. Diese führt zu zwei Verfahrensstufen mit unterschiedlichen Begehren: zunächst ist die Klage auf Rechnungslegung oder auf Angabe des Vermögens oder der Schulden (Manifestationsklage) gerichtet und das Begehren auf Herausgabe des Vermögens oder der Zahlung bleibt vorerst unbestimmt[13]. Erst nach

---

10 Vgl beispielsweise *Mader/Janisch* in *Schwimann* (Hrsg), ABGB[3] (2006) § 1497 Rz 19 f.

11 Vgl *Klicka*, Bestimmtheit des Begehrens bei Leistungsklagen (1989) 84 f; *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht[8] (2010) Rz 534; aA*Fasching* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze III[2] (2004) § 226 ZPO Rz 42, wonach die Klage abzuweisen ist.

12 Vgl *Rechberger* in *Rechberger*, AußStrG[2] (2013) § 9 Rz 5.

13 Vgl *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht[8] (2010) Rz 530 ff.

Rechnungslegung oder Bekanntgabe des Vermögens muss das eigentliche Leistungsbegehren beziffert werden.

Im Hinblick auf die oberhalb angeführten Beispiele, nämlich Schadenersatzansprüche und Klagen auf Lohn basierend auf den Unterlagen des Arbeitgebers, sind allerdings Beschränkungen der Stufenklage zu beachten. Nach ständiger Rechtsprechung ist eine Stufenklage, die nur zur Vorbereitung einer Schadenersatzklage und zur Bezifferung des Schadens dient, unzulässig[14]. Damit trägt weiterhin der Kläger das Risiko für den Umfang des Begehrens.

Im Kostenrecht finden diese Probleme insofern Berücksichtigung, als § 43 Abs 2 öZPO normiert, dass dem Beklagten bei teilweisen Obsiegen und teilweisen Unterliegen des Klägers dennoch die gesamten entstandenen Kosten auferlegt werden können. Damit soll einer übergroßen Vorsicht bei der Bezifferung der Klagsforderung entgegen gewirkt werden[15].

Für Klagen auf Lohn basierend auf den Unterlagen des Arbeitgebers fehlt es in manchen Fällen an den Voraussetzungen für eine Stufenklage, weil in diesem Zusammenhang oftmals keine zivilrechtliche Verpflichtung auf Angabe des Vermögens oder ein Rechnungslegungsanspruch angenommen werden kann[16]. In ähnlichem Zusammenhang verneinte der österreichische Oberste Gerichtshof (OGH) auch eine Verschiebung der Beweislast wegen der Nähe zum Beweis im Hinblick auf geleistete Überstunden. Der OGH begründete dies damit, dass keine unverhältnismäßigen Beweisschwierigkeiten der Klägers vorlägen, weil die vom Kläger behaupteten Überstunden diesem bekannt sein müssten[17]. Allenfalls könnte vor Klageerhebung eine Editionsklage (Art XLIII EGZPO) eingebracht werden, zumal davon auszugehen ist, dass die Lohnaufzeichnungen des Arbeitgebers, welche die Basis für die Lohnzahlungen an den Arbeitnehmer darstellen, als zwischen diesen

---

14 OGH 02.08.2012, 7 Ob 48/12b.

15 *M.Bydlinski* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze II/1[2] (2002) § 43 ZPO Rz 18; vgl auch *Klicka*, Bestimmtheit des Begehrens bei Leistungsklagen (1989) 52 ff.

16 Vgl dazu *Rechberger/Klicka* in *Rechberger* (Hrsg), ZPO[4] (2014) Art XLII EGZPO Rz 1 f.

17 OGH 21.12.2009, 8 ObA 71/09p; 26.11.2012, 9 ObA 134/12i.

gemeinschaftliche Urkunden gelten. In manchen Fällen wird eine Verpflichtung zur Aufklärung sogar im Gesetz normiert: so können Angestellte beispielsweise nach § 14 AngG Einsicht in die Bücher verlangen, wenn das Entgelt ganz oder zum Teil in einer Gewinnbeteilung besteht. Auf diese gesetzliche Grundlage kann daher eine entsprechende Stufenklage gestützt werden[18].

Im Hinblick auf Schadenersatzklagen spielt die Verjährungsproblematik auch im österreichischen Recht eine Rolle. Systemwidrig lässt die österreichische Rechtsprechung eine Feststellungsklage über die Ersatzpflicht von künftigen Schäden zu[19]. Dadurch können Verjährungsprobleme eingedämmt werden. Soweit der Schaden allerdings schon eingetreten ist, mangelt es aufgrund der Subsidiarität der Feststellungsklage an einem Feststellungsinteresse, weshalb eine Leistungsklage anzustrengen ist. Das Risiko der falschen Einschätzung der Höhe des Anspruchs geht zu lasten des Klägers.

Die Probleme, welche zur Änderung der tZPO geführt haben, finden sich demnach teilweise genauso im österreichischen Recht. Eine vergleichbare Anpassung könnte durchaus in Erwägung gezogen werden.

III. Klageänderung

A. Türkische Regelung

Parteien können ihre Anträge mit der Replik und mit der Duplik ändern oder erweitern und neue Tatsachen in den Prozess einführen. Nach Zustellung der Replik bzw Duplik gilt – gleichfalls nach dem Vorbild der Schweizer ZPO – die Eventualmaxime[20]. Im laufenden Zivilprozess bedarf eine Erweiterung oder Änderung grundsätzlich der ausdrücklichen Zustimmung der Gegenpartei. Widerspricht die Gegenpartei, kommt

---

18 Vgl *Konecny* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze II/1[2] (2002) Art XLII EGZPO Rz 20.

19 Vgl *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht[8] (2010) Rz 549; *Rechberger/Klicka* in *Rechberger* (Hrsg), ZPO[4] (2014) § 228 Rz 5.

20 *Özkaya-Ferendeci*, Ein allgemeiner Überblick über die Reformierung der türkischen Zivilprozessordnung, ZZPInt 16 (2011) 295 (326 f).

dennoch eine einmalige Änderung oder Erweiterung nach Art 176 ff tZPO in Betracht. Die abändernde Partei ist der Gegenpartei allerdings zu Schadenersatz verpflichtet (Art 178 tZPO)[21].

B. Kommentierung aus österreichischer Sicht

Die Eventualmaxime ist ein beachtenswertes Instrument zur Verfahrensbeschleunigung. Allerdings führen strenge Präklusionsvorschriften oft dazu, dass sich der intendierte Zweck gerade ins Gegenteil verkehrt, es also zu einer Verlangsamung des Verfahrens kommt. Wenn die Parteien ihr Vorbringen bereits umfassend in einem sehr frühen Verfahrensstadium erstatten müssen, werden sie vorsichtshalber alles Erdenkliche vorbringen, um die drohende Präklusion zu verhindern; dadurch kann der Prozessstoff unnötig aufgebläht werden[22]. In geringem Umfang findet sich die Eventualmaxime aber auch heute noch im österreichischen Zivilprozess: sie gilt für Wieder-einsetzungswerber (§ 149 öZPO), im Verfahren über Kündigungen von unter das Mietrechtsgesetz (MRG) fallenden Bestandobjekten hinsichtlich der Kündigungsgründe (§ 33 MRG), und im Exekutionsverfahren für die Oppositions- (§ 35 EO) und die Impugnationsklage (§ 36 EO).

Auch in Österreich wurde eine breitere (Wieder-)Einführung der Eventualmaxime[23] im Zuge verschiedener Novellen zur öZPO in den letzten Jahren durchaus diskutiert. Abgesehen davon, dass derartige Überlegungen politisch nicht durchsetzbar erschienen (vor allem die Rechtsanwälte befürchteten einen erhöhten Leistungsdruck[24]), wurde geltend gemacht, dass dem Richter trotzdem die Möglichkeit belassen werden müsste, im Einzelfall späteres Vorbringen zuzulassen. Damit erhebt sich aber die Frage, worin dann noch der wesentliche Unterschied zum derzeitigen System bestehen

---

21 *Pekcanitez*, Grundlinien der Reform der Zivilprozessordnung in der Türkei, R.L.R. 2013, 175 (182).

22 *Rechberger*, Zur Entwicklung des Zivilverfahrensrechts in Österreich in den letzten 50 Jahren, in FS 50 Jahre Oberösterreichische Juristische Gesellschaft (2010) 54 (72).

23 Der „Vater" der öZPO, *Franz Klein*, hielt eine starre Eventualmaxime als unangemessen. Vgl *Klein/Engel*, Der Zivilprozess Österreichs (1927) 267.

24 *Fasching*, Der mühsame Weg zur Prozessbeschleunigung, in FS Beys (2003) I 305 (310 f).

soll, welches über weite Strecken auf der Präklusion durch Richterspruch baut (vgl §§ 179, 275, 279 öZPO).

IV. Vertretungspflicht

A. Türkische Regelung

In der Türkei besteht keine anwaltliche Vertretungspflicht. Bestrebungen, eine Anwaltspflicht ab einem gewissen Streitwert einzuführen, waren erfolglos. Wenn eine Partei sich in einem Prozess vertreten lassen will, muss der Vertreter aber in jedem Fall ein Rechtsanwalt sein[25].

B. Kommentierung aus österreichischer Sicht

Aus österreichischer Sicht ist die dargestellte Konzeption, die als relative Anwaltspflichtbezeichnet wird (vgl § 29 öZPO), die Ausnahme. Sie kommt nur dann zur Anwendung, wenn der Streitwert € 5.000 übersteigt und zudem die sachliche Zuständigkeit kraft Eigenzuständigkeit (vgl insbesondere § 49 Abs 2 JN) bei den Bezirksgerichten liegt[26]. Unterhalb der Wertgrenze von € 5.000 gilt Vertretungsfreiheit. Die Parteien können daher ohne Vertretung selbst auftreten, sich von einem Anwalt, aber auch von einer anderen Person vertreten lassen. Im Verfahren außer Streitsachen gilt in erster Instanz überhaupt Vertretungsfreiheit (§§ 4, 6AußStrG).

Die Möglichkeit, sich in Verfahren aufgrund der Vertretungsfreiheit von anderen Personen vertreten zu lassen, wurde auch in Österreich zuletzt im Hinblick auf das Obsorge- und Kontaktsverfahren diskutiert und seit 2013 gilt hier eine Änderung. Kritikpunkt war nämlich, dass in der Praxis oftmals nahestehende Personen, die in einer ähnlichen Ausnahmesituation wie die betroffenen Eltern selbst stehen, als Vertreter herangezogen werden. Derartige hoch emotionale Verfahren sollten durch die Einführung einer relativen Anwaltspflicht (§ 107 Abs 1 Z 1 AußStrG) deeskaliert und versachlicht werden. Die Eltern müssen sich allerdings nachwievor keinen

---

25 *Pekcanitez*, Grundlinien der Reform der Zivilprozessordnung in der Türkei, R.L.R. 2013, 175 (178); vgl auch *Özkaya-Ferendeci*, Ein allgemeiner Überblick über die Reformierung der türkischen Zivilprozessordnung, ZZPInt 16 (2011) 295 (311).

26 *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht[8] (2010) Rz 379.

Anwalt nehmen, sondern können auch selbst ihre Interessen wahrnehmen. Lediglich die Freiheit, eine andere Person zum Vertreter zu bestimmen, wurde ihnen kraft Gesetzes genommen.

V. Gewillkürter Parteiwechsel

A. Türkische Regelung

Obwohl in der Praxis unbedeutend, wurde die Möglichkeit des gewillkürten Parteiwechsels in die tZPO aufgenommen (Art 124 tZPO)[27]. Wenn die Gegenpartei zustimmt, kann das Verfahren gegen einen Dritten fortgesetzt werden; andernfalls wird das Verfahren mit den bisherigen Parteien fortgesetzt[28]. Wenn die Klage aufgrund eines formellen Fehlers gegen die falsche Person erhoben wird, bedarf es der Einwilligung der Gegenseite zum gewillkürten Parteiwechsel nicht[29]. Gleiches gilt für einen Verstoß gegen Treu und Glauben, wenn beispielsweise aufgrund von Täuschungen der Gegenpartei Klage gegen einen unbeteiligten Dritten erhoben wird[30]. Sonst kann bei einer Klage gegen einen sachlich nicht legitimierten Dritten kein Parteiwechsel stattfinden[31].

B. Kommentierung aus österreichischer Sicht

Der gewillkürte Parteiwechsel kommt in Österreich nur in den gesetzlich normierten Fällen des Parteieintritts eines Nebenintervenienten (§ 19 Abs 2 öZPO), eines Auktors (§ 23 Abs 1 öZPO) oder des Erwerbers der streitverfangenen Sache (§ 234 öZPO) in Betracht[32].

---

27 *Pekcanitez*, Grundlinien der Reform der Zivilprozessordnung in der Türkei, R.L.R. 2013, 175 (183).

28 *Erdönmez*, Grundlinien der Reform der Zivilprozessordnung in der Türkei, ZZPInt 16 (2011) 273 (283 f); *Özsunay*, The New Turkish Code of Civil Procedure of 2011, No. 6100, S.C.L.R. 49 (2010) 119 (132).

29 *Erdönmez*, Grundlinien der Reform der Zivilprozessordnung in der Türkei, ZZPInt 16 (2011) 273 (284).

30 *Erdönmez*, Grundlinien der Reform der Zivilprozessordnung in der Türkei, ZZPInt 16 (2011) 273 (284).

31 *Erdönmez*, Grundlinien der Reform der Zivilprozessordnung in der Türkei, ZZPInt 16 (2011) 273 (284).

32 *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht[8] (2010) Rz 344.

Keinesfalls kann die sachlich nicht legitimierte Partei gegen die „richtige" Partei ausgetauscht werden[33]. Diese Auffassung wird auch zum türkischen Recht vertreten. Beachtet man die noch zu erörternde Auffassung des OGH, stellt sich allerdings die Frage, ob dieser Stehsatz in Österreich auch weiterhin Gültigkeit hat.

Eine Berichtigung der Parteienbezeichnung nach § 235 Abs 5 öZPO kommt grundsätzlich nicht in Betracht, weil diese – wie der Name schon sagt – nur eine Berichtigung der Bezeichnung von einer Partei ist, die auch immer schon Partei war[34]. Ausnahmsweise zulässig ist aber die Richtigstellung einer falsch bezeichneten, aber eindeutig erkennbaren Partei, auch wenn es durch die Richtigstellung zu einem Personenwechsel kommt. Dazu muss sich aber aus der Klageerzählung eindeutig ergeben, wer der Beklagte sein sollte, sodass der in Anspruch Genommene wissen musste, wen die Klage tatsächlich betraf[35]. Der österreichische OGH weicht dieses Kriterium aber – wie schon angedeutet – auf:so lässt eroftmals schon die Bezugnahme auf das strittige Rechtsverhältnis genügen, um die Gegenpartei ausreichend zu individualisieren und so den Schluss auf die eigentlich richtige Partei zu ziehen, auf welche berichtigt werden kann[36]. Ebendiese Fälle stellen wohl den Hauptanwendungsfall der türkischen Regelung zum gewillkürten Parteiwechsel ohne Zustimmung dar. Daran lässt sich die Ambivalenz der Debatte um Parteiwechsel und Berichtigung der Parteienbezeichnung zeigen, zumalderselbe Vorgang je nach Standpunkt unter beides subsumierbar erscheint.

VI. Beweisverfahren

A. Türkische Regelung

In der Türkei gilt für bestimmte Beweismittel der sog. Strengbeweis; d.h. das Ergebnis der Beweisaufnahme ist für das Gericht bindend. Diese

---

33 *Schubert* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze II/1[2] (2002) Vor § 1 ZPO Rz 89.

34 *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht[8] (2010) Rz 344.

35 *Rechberger/Klicka* in *Rechberger* (Hrsg), ZPO[4] (2014) § 235 Rz 11.

36 Vgl *Koller/Schellmann*, Entscheidungsbesprechung zu OGH 10 Ob 51/11i, wobl 2012/33.

Beweismittel sind Urkunden, der Parteieid[37], rechtskräftige Entscheidungen und das Geständnis[38]. Hinsichtlich Zeugenaussagen, Sachverständigengutachten und Augenscheinsbeweisen gilt demgegenüber die freie Beweiswürdigung[39].

Für Rechtsgeschäfte mit einem Geldwert von über 2.500 Türkischen Lira gilt der Strengbeweis (Art 200 tZPO)[40]. Rechtsgeschäfte, die einen bestimmten Geldbetrag oder Geldwert überschreiten, sind durch Urkunden zu beweisen. Ausnahmen von diesem Grundsatz bestehen bei Rechtshandlungen unter nahen Angehörigen, ferner bei Rechtsgeschäften, deren Festhaltung auf Urkunden nicht verbreitet ist, oder wenn ein Willensmangel vorliegt oder die Urkunde aufgrund von unerwarteten Umständen abhanden gekommen ist (Art 203 tZPO)[41]. Als problematisch kann diesbezüglich angesehen werden, dass die verlangte Schriftlichkeit zur Durchsetzung der Rechtsgeschäfte nicht mit einem entsprechenden Schriftformerfordernis im Schuldrecht korrespondiert, weil dort grundsätzlich Formfreiheit gilt[42].

B. Kommentierung aus österreichischer Sicht

Die gebundene Beweiswürdigung war das in Österreich herrschende Prinzip vor Erlass der öZPO[43]. Die geltende Regelung des § 272 öZPO

---

37 Die Parteivernehmung wird in der tZPO nicht als Beweismittel angeführt; vgl dazu *Özkaya-Ferendeci*, Ein allgemeiner Überblick über die Reformierung der türkischen Zivilprozessordnung, ZZPInt 16 (2011) 295 (328).

38 *Pekcanitez*, Grundlinien der Reform der Zivilprozessordnung in der Türkei, R.L.R. 2013, 175 (185).

39 *Özkaya-Ferendeci*, Ein allgemeiner Überblick über die Reformierung der türkischen Zivilprozessordnung, ZZPInt 16 (2011) 295 (328).

40 *Pekcanitez*, Grundlinien der Reform der Zivilprozessordnung in der Türkei, R.L.R. 2013, 175 (184); *Özkaya-Ferendeci*, Ein allgemeiner Überblick über die Reformierung der türkischen Zivilprozessordnung, ZZPInt 16 (2011) 295 (328).

41 *Pekcanitez*, Grundlinien der Reform der Zivilprozessordnung in der Türkei, R.L.R. 2013, 175 (184); *Erdönmez*, Grundlinien der Reform der Zivilprozessordnung in der Türkei, ZZPInt 16 (2011) 273 (285 f).

42 *Özkaya-Ferendeci*, Ein allgemeiner Überblick über die Reformierung der türkischen Zivilprozessordnung, ZZPInt 16 (2011) 295 (328).

43 *Rechberger* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze III^2 (2004) § 282 ZPO Rz 1; *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht^8 (2010) Rz 753.

normiert nach dem Vorbild des § 286 der deutschen ZPO, dass das Gericht unter sorgfältiger Berücksichtigung der Ergebnisse der gesamten Verhandlung und Beweisführung nach freier Überzeugung zu beurteilen hat, ob eine tatsächliche Angabe für wahr zu halten sei oder nicht. Die freie, ungebundene Beweiswürdigung wird in Österreich als „ein wesentliches Gestaltungselement des modernen Zivilprozesses" gesehen[44].

Die heutigen Beweisregeln der öZPO sehen nur in sehr beschränktem Umfang Beweisregeln vor. Der „Klassiker" diesbezüglich ist die öffentliche Urkunde: diese liefert gemäß § 292 Abs 1 öZPO vollen Beweis darüber, was in ihr amtlich verfügt, erklärt oder bezeugt wird[45].

Eine gewisse Skepsis gegenüber manchen Beweismitteln im Vergleich zu anderen Beweismitteln ist auch aus österreichischer Sicht durchaus nachvollziehbar. So war die Parteienvernehmung bis zur Zivilverfahrens-Novelle 1983 ein subsidiäres Beweismittel[46]; die Bedenken gegen die Parteien-vernehmung sind durch die Neuregelung zweifellos nicht abgeschafft. Man hat aberanerkannt, dass die Richter mit ihnen umzugehen vermögen. Dazu liefert gerade die freie Beweiswürdigung die entsprechende Handhabe.

VII. Privatgutachten

A. Türkische Regelung

In der Türkei werden, insbesondere aufgrund der hohen Auslastung von Richtern, Sachverständige nicht selten auch für Rechtsfragen herangezogen[47]. Dem soll durch Art 33 tZPO, wonach der Richter das türkische Recht von Amts wegen anzuwenden hat (*iuranovitcuria*), Einhalt geboten werden[48]. Erwähnenswert ist auch, dass die Leistung eines

---

44 *Rechberger* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze III^2 (2004) § 282 ZPO Rz 4.

45 *Rechberger* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze III^2 (2004) § 282 ZPO Rz 3.

46 *Spenling* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze III^2 (2004) § 371 ZPO Rz 2.

47 *Pekcanitez*, Grundlinien der Reform der Zivilprozessordnung in der Türkei, R.L.R. 2013, 175 (185); *Özsunay*, The New Turkish Code of Civil Procedure of 2011, No. 6100, S.C.L.R. 49 (2010) 119 (140).

48 *Özkaya-Ferendeci*, Ein allgemeiner Überblick über die Reformierung der türkischen Zivilprozessordnung, ZZPInt 16 (2011) 295 (308).

Kostenvorschusses, der unter anderem auch die Sachverständigengebühren abzudecken hat, eine Sachentscheidungsvoraussetzung darstellt[49].

Privatgutachten haben mit der neuen türkischen Zivilprozessordnung eine ausdrückliche gesetzliche Regelung erfahren. Schon bisher stützten sich Parteien oft auf Privatgutachten, doch müssen diese nun vom Richter verpflichtend in Betracht gezogen werden. Die Nichtbeachtung stellt einen Verstoß gegen das rechtliche Gehör dar. Der Privatgutachter kann vom Gericht geladen und sodann auch von den Parteien befragt werden (Art 293 Abs 2 tZPO). Sollte der Sachverständige trotz Ladung unentschuldigt fern bleiben, wird dessen Privatgutachten vom Gericht nicht beachtet (Art 293 Abs 3 tZPO)[50]. Umstritten ist die Regelung hinsichtlich der Kostentragung[51].

B. Kommentierung aus österreichischer Sicht

Privatgutachten sind in der öZPO nicht geregelt[52]. Die Rechtsprechung zeichnet sich durch eine eher ablehnende Haltung gegenüber Privatgutachten aus[53]; nach dem OGH sind sie als Privaturkunden anzusehen, die lediglich beweisen, dass ihr Inhalt der Ansicht des Verfassers des Gutachtens entspricht[54]. In der Regel werden sie nicht als geeignet erachtet, eine Gerichtsentscheidung zu stützen[55]. Widersprüche zwischen einem gerichtlichen Sachverständigengutachten und einem Privatgutachten müssen nicht aufgeklärt werden, vielmehr kann sich das Gericht einem schlüssigen

---

49 *Özkaya-Ferendeci*, Ein allgemeiner Überblick über die Reformierung der türkischen Zivilprozessordnung, ZZPInt 16 (2011) 295 (321).

50 *Özkaya-Ferendeci*, Ein allgemeiner Überblick über die Reformierung der türkischen Zivilprozessordnung, ZZPInt 16 (2011) 295 (328 f); *Özsunay*, The New Turkish Code of Civil Procedure of 2011, No. 6100, S.C.L.R. 49 (2010) 119 (141).

51 Für eine Berücksichtigung in den allgemeinen Prozesskosten und somit einer Mittragung durch die Gegenpartei *Erdönmez*, Grundlinien der Reform der Zivilprozessordnung in der Türkei, ZZPInt 16 (2011) 273 (291); aA *Özsunay*, The New Turkish Code of Civil Procedure of 2011, No. 6100, S.C.L.R. 49 (2010) 119 (141).

52 *Rechberger*, Aktuelle Fragen des Sachverständigenbeweises, in FS Fuchs (2014) 397 (411).

53 Vgl *Krammer*, Die „Allmacht" des Sachverständigen – Überlegungen zur Unabhängigkeit und Kontrolle der Sachverständigentätigkeit (1990) 28 f.

54 RIS-Justiz RS0040363, zuletzt OGH 29.09.2911, 8 Ob 75/11d.

55 OGH 12.04.2011, 17 Ob 21/10b.

und sachlich begründet erscheinenden gerichtlichen Gutachten ohne weiteres anschließen[56]. Diese Skepsis basiert auf der Annahme, dass der Auftraggeber und die damit einhergehende Bezahlung auch den Inhalt determiniere. Mag dieser Generalvorwurf auch nicht gänzlich von der Hand zu weisen zu sein, so ignoriert er doch, dass bestimmte Berufsgruppen ohnedies an Standesregeln gebunden sind und viele Privatsachverständige auch einen Ruf zu verlieren hätten.

Diese restriktive Haltung wurde in der Lehre kritisiert[57]. Angemerkt wird in diesem Zusammenhang, dass die justiziellen Rechtssätze zur Beweiskraft von Privatgutachten dem System der festen Beweisregeln nahekommen[58]. Das ist insofern bemerkenswert, als – wie schon oben erwähnt – die freie Beweiswürdigung zum österreichischen Grundverständnis eines modernen Zivilprozesses gehört. Während man in der Türkei auch nach der Reform der tZPO am Strengbeweis festhielt, wird hier aber dem Richter bei der Beurteilung eines Sachverständigengutachtens die Würdigung nichtabgenommen.

Eine explizite Regelung über Gutachten von Privatsachverständigen in der öZPO wäre wünschens-wert. Dabei könnte man sich durchaus an dem türkischen Modell orientieren. Es muss möglich sein, den Inhalt des Privatgutachtens zu verwerten und zu erörtern und den Privatgutachter im Verfahren unter Wahrung des rechtlichen Gehörs aller Parteien mit Fragen zu konfrontieren und umgekehrt auch den gerichtlich bestellten Sachverständigen zum Privatgutachten Stellung nehmen zu lassen. *De lege ferenda* erscheint es sinnvoll, den Privatgutachter mit dem gerichtlich bestellten Sachverständigen in einen fachlichen Diskurs treten zu lassen[59].

---

56 RIS-Justiz RS0040592; OGH 29.09.2911, 8 Ob 75/11d.

57 Vgl *Rechberger*, Aktuelle Fragen des Sachverständigenbeweises, in FS Fuchs (2014) 397 (412 f).

58 *Koller*, Der Sachverständige im Zivilprozess, in WiR (Hrsg), Sachverstand im Wirtschaftsrecht (2013), 97 (112); vgl auch *Fucik*, Am Rande des Sachverständigenwesens: Privatgutachten und Rechtsgutachten in der Rechtsprechung des OGH, in FS 100 Jahre Hauptverband der Gerichtssachverständigen (2012) 331 (338).

59 *Rechberger*, Die Rechtsstellung der Beteiligten beim Sachverständigenbeweis, SV Sonderausgabe 2012, 24 (32).

Wenn man den Privatsachverständigen unter die klassischen Beweismittel einzuordnen will (wofür freilich keine Notwendigkeit besteht), müsste ihm eine Zwitterstellung zwischen Urkunde (Gutachten) und Zeuge (Vernehmung) zukommen[60]. Zeugen im Sinne der öZPO sollen allerdings nur eigene Wahrnehmungen von prozessrelevanten Tatsachen liefern, selbst allerdings keine Ermittlungen vornehmen. Unter diesem Aspekt scheint die Hilfskonstruktion der Subsumtion unter den Zeugenbeweis keineswegs als tragfähige gesetzliche Stütze, die Vernehmung des Privatsachverständigen zu ermöglichen. Sinnvoll erscheint es daher, sich von der strikten Zuordnung zu einem Beweismittel zu lösen[61].

VIII. Keine Säumnisentscheidung

A. Türkische Regelung

Im türkischen Zivilprozess ist das Institut der Säumnisentscheidung abgeschafft worden. Der Richter kann stattdessen ohne die abwesende Partei den Prozess fortführen, sofern die abwesende Partei ordnungsgemäß – mit einem Hinweis auf die Rechtsfolgen – geladen wurde und die anwesende Partei den Fortgang des Verfahrens wünscht[62].

B. Kommentierung aus österreichischer Sicht

Auch wenn das Versäumungsurteil in Österreich durch die Einführung und die spätere Ausdehnung des Anwendungsbereichs des obligatorischen Mahnverfahrens an Bedeutung verloren hat, stellt es immer noch ein wesentliches Instrument dar, um – außerhalb des Anwendungsbreichs des Mahnverfahrens – rasch zu einer Entscheidung zu kommen. In

---

60 Vgl *Koller*, Der Sachverständige im Zivilprozess, in WiR (Hrsg), Sachverstand im Wirtschaftsrecht (2013), 97 (113); *Fucik*, Am Rande des Sachverständigenwesens: Privatgutachten und Rechtsgutachten in der Rechtsprechung des OGH, in FS 100 Jahre Hauptverband der Gerichtssachverständigen (2012) 331 (335).

61 *Rechberger*, Die Rechtsstellung der Beteiligten beim Sachverständigenbeweis, SV Sonderausgabe 2012, 24 (31).

62 *Pekcanitez*, Grundlinien der Reform der Zivilprozessordnung in der Türkei, R.L.R. 2013, 175 (182).

Ausnahmefällen kann die Erlassung eines Versäumungsurteils allerdings zu einer Verzögerung des Verfahrens führen. Grund dafür ist die einfache Möglichkeit der Beseitigung des Versäumungsurteils durch einen Widerspruch (§ 397a öZPO). Dieser kann stets innerhalb von 14 Tagen ab Zustellung eines Versäumungsurteils, welches aufgrund der Versäumung der ersten prozessualen Handlung (im bezirksgerichtlichen Verfahren ist dies die vorbereitende Tagsatzung, im landesgerichtlichen Verfahren die Klagebeantwortung) erlassen wurde, erhoben werden. Aus welchem Grund die Säumnis eingetreten ist, ist belanglos. Eine Sanktion sieht das Gesetz für eine derartige Vorgehensweise allerdings vor: die Exekution zur Sicherstellung ist auf Basis eines Versäumungsurteils, gegen das nur ein Widerspruch erhoben wurde, auch ohne Bescheinigung der Gefahr zulässig (§ 371 EO).

In Österreich gab es im Rahmen der Zivilverfahrensnovelle 2002 Bestrebungen, den Widerspruch gegen das Versäumungsurteil abzuschaffen, weil in der Zwischenzeit auch die Anforderungen für die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand herabgesetzt wurden[63]. Dieses Vorhaben scheiterte letztlich aber am Widerstand der Rechtsanwaltschaft[64].

IX. Berufung / Revision

A. Türkische Regelung

Bisher können erstinstanzliche Urteile des Amts- oder Landgerichts nur vor dem Kassations-gerichtshof *Yargitay* angefochten werden, der diese Urteile auch wegen fehlerhafter Tatsachen-feststellungen aufheben kann. Gegenüber dieser Entscheidung kann dann noch Entscheidungs-berichtigung verlangt werden, für welche derselbe Zivilsenat zuständig ist[65]. Das Gesetz über die Einrichtung von regionalen Berufungsgerichten aus dem Jahr 2004

---

63 1049 BlgNR 21. GP 2.

64 *Rechberger*, Zur Entwicklung des Zivilverfahrensrechts in Österreich in den letzten 50 Jahren, in FS 50 Jahre Oberösterreichische Juristische Gesellschaft (2010) 54 (73).

65 *Erdönmez*, Grundlinien der Reform der Zivilprozessordnung in der Türkei, ZZPInt 16 (2011) 273 (291); *Pekcanitez*, Grundlinien der Reform der Zivilprozessordnung in der Türkei, R.L.R. 2013, 175 (186).

hat offenbar bisher noch nicht zu deren Verwirklichung geführt, sodass keine Entlastung des türkischen Höchstgerichtserfolgt ist. Vorgesehen ist, dass gegen erstinstanzliche Urteile innerhalb von zwei Wochen Berufung eingelegt werden und gegen die Entscheidung des Berufungsgerichts mit Revision vorgegangen werden kann[66].

B. Kommentierung aus österreichischer Sicht

In Österreich wurden 2013 in Zivilsachen insgesamt 31.563 Rechtsmittel erhoben; davon 20.692 an das Landesgericht, 8.474 an das Oberlandesgericht und 2.397 an den Obersten Gerichtshof[67]. Hätte der OGH über alle diese Rechtsmittel zu entscheiden gehabt, hätte er also mehr als 13-malso viele Fälle behandeln müssen – eine undenkbare Situation. Es ist zu hoffen, dass die Einrichtung der türkischen Berufungsgerichte rasch vorangetrieben wird, weil die derzeit bestehenden Anfechtungs-möglichkeiten erstinstanzlicher Urteile in Zivilsachen in der Türkei nicht dem europäischen Standard entsprechen. Mit der Einrichtung dieser Berufungsgerichte wird auch keine – möglicherweise befürchtete – Verlängerung der Verfahren verbunden sein, weil die derzeit bestehende Möglichkeit der Entscheidungsberichtigung ohnedies zu einer Situation führt, die mit einem dreigliedrigen Instanzenzug vergleichbar ist. Freilich stellt diese Entscheidungsberichtigung, zumal der Antrag an denselben Zivilsenat zu stellen ist, kaum einen effektiven Rechtsbehelf dar.

X. Conclusio

Der Vergleich der neuen türkischen ZPO mit der österreichischen zeigt gewisse Problemfelder und auch Änderungsbedarf auf. So lassen sich unterschiedliche Lösungen für gleiche Probleme finden, wie die verschiedene Herangehensweise in Bezug auf unbezifferte Klagen oder bei Klageänderung und bei gewillkürtem Parteiwechsel. Es wird aber zum Teil

---

66 *Pekcanitez*, Grundlinien der Reform der Zivilprozessordnung in der Türkei, R.L.R. 2013, 175 (186).

67 Vgl justiz.gv.at/web2013/html/default/8ab4a8a422985de30122a92f257563a2.de.html (abgerufen 20.10.2014).

auch Verbesserungsbedarf bzw Nachbesserungspotential sichtbar. So erscheint etwa aus österreichischer Sicht das teilweise Fest-halten der tZPO an der gebundenen Beweiswürdigung veraltet, während die türkische Regelung für Privatgutachten modern wirkt; sie sollte für den österreichischen Gesetzgeber einen (weiteren) Anstoß liefern, die Bestimmungen der öZPO zu verbessern.

DIE „TATSÄCHLICHE VERMUTUNG“ IM ZIVILPROZESS

Prof. Dr. Herbert ROTH*

Der vorliegende Beitrag befasst sich mit einer häufigen prozessualen Erscheinung des Beweisrechts, die den Gerichten aus ihrer täglichen Praxis bekannt ist. Dagegen erörtert die deutsche Prozessrechtswissenschaft die Thematik eher selten. *Hakan Pekcanitez* kann neben seinen vielen Verdiensten um das Prozessrecht mit Fug und Recht auch als Pionier der türkisch-deutschen Prozessrechtsvergleichung bezeichnet werden, so dass ich auf sein Interesse hoffen darf. Die folgenden Ausführungen seien ihm als Zeichen besonderer Wertschätzung gewidmet.

I. Vorkommen

Die Gerichte verschiedener Gerichtszweige ziehen im Anwendungsbereich ihrer jeweiligen Prozessordnungen (z.B. ZPO, ArbGG, VwGO, SGG) nicht selten „tatsächliche Vermutungen“ heran, wenn sie Beweisfragen zu entscheiden haben[1]. Es geht also um ein Problem aus der allgemeinen Verfahrenslehre, wenngleich im vorliegenden Beitrag das Zivilprozessrecht im Vordergrund steht. So soll etwa für das wucherähnliche Rechtsgeschäft nach § 138 Abs.1 BGB aus einem groben Missverhältnis von kaufvertraglicher Leistung und Gegenleistung der Schluss auf die zum Urteil der Sittenwidrigkeit zusätzlich erforderliche subjektive Komponente der

* Lehrstuhlinhaber für Bürgerliches Recht sowie Deutsches, Europäisches und Internationales Verfahrensrecht an der juristischen Fakultät der Universität Regensburg

1 Nachweise der älteren Rechtsprechung durch *Prütting*, Gegenwartsprobleme der Beweislast, 1983, S.50 ff.; neuere Rechtsprechung bei Baumgärtel/*Laumen*, Handbuch der Beweislast, Grundlagen, 2.Aufl.2009, § 14 Rdnr.2 ff.; zu den unterschiedlichen Ansätzen in der rechtlichen Qualifikation *Allner*, Die tatsächliche Vermutung mit besonderer Berücksichtigung der GEMA-Vermutung, 1993, S.21 ff.

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Özel Sayı 2014, s. 329-344 (Basım Yılı: 2015)
Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ'e Armağan

verwerflichen Gesinnung der begünstigten Partei auf einer „tatsächlichen Vermutung“ beruhen können[2].

Diese Art von Vermutungen lässt sich nicht auf eine gesetzliche Regelung gründen, so dass § 292 ZPO keine Anwendung findet (sogleich unten II)[3]. Sie beruhen nach heute vorherrschender Auffassung auf allgemeinen Erfahrungssätzen und entfalten ihre Wirkung daher im Rahmen der Beweiswürdigung (§ 286 ZPO). Dort sollen sie einen Anscheins- oder Indizienbeweis für die behauptete Tatsache begründen können[4]. Ersteres kommt vor bei Erfahrungssätzen mit starkem Beweiswert. Letzteres ist gegeben bei Erfahrungssätzen, die „nicht dieselbe hohe Wahrscheinlichkeit für ein bestimmtes Geschehen begründen“[5]. Seltener wurden in älteren Entscheidungen tatsächliche Vermutungen eingesetzt, um die gesetzliche Beweislastverteilung abzuändern[6].

Das häufige Vorkommen der tatsächlichen Vermutungen in der Gerichtspraxis überrascht, weil sie historisch aus den „praesumtiones facti“ des Gemeinen Rechts hervorgegangen sind, die unter bestimmten Voraussetzungen Wahrscheinlichkeitsregeln für die Annahme von Tatsachen aufstellten[7]. Mit dem Ende des Gemeinen Prozesses durch das Inkrafttreten

---

2 *BGH* (V. Zivilsenat) NJW 2010, 363 Rdnr.15.

3 *BGH* NJW 2010, 363 Rdnr.15; *Stein/Jonas/Leipold,* ZPO, 22. Aufl. 2008, § 292 Rdnr.7; *Zöller*/*Greger*, ZPO, 30. Aufl. 2014, vor § 284 Rdnr.33.

4 Abermals *BGH* NJW 2010, 363 Rdnr.15; für die Zugehörigkeit zur Beweiswürdigung auch *A. Mayer/M. Mayer*, Vermutung der Richtigkeit und Vollständigkeit für privaturkundliche Datums- und Ortsangaben?, ZZP 105 (1992), 287.

5 *BGHZ* 2, 82, 85 als Beispiel für einen Indizienbeweis (zur Frage des „persönlichen Gebrauchs“ eines Ehegatten bei § 1362 Abs.2 BGB): Es existiere ein Erfahrungssatz unterhalb eines Anscheinsbeweises im Sinne eines Indizes innerhalb der Beweiswürdigung, wonach Frauenschmuckstücke in einer „Normalehe“ ausschließlich zum persönlichen Gebrauch der Frau bestimmt seien.

6 Z.B. *BGH* NJW 1966, 826, 827 (vermutete Vereinbarung der Vertragsabänderung nach zwanzigjähriger vom Gesellschaftsvertrag abweichender Gewinnverteilung: Frage der Beweislast).

7 Ausführlich *Piekenbrock*, Der Kausalitätsbeweis im Kapitalanlegerprozess: ein Beitrag zur Dogmatik der „ungesetzlichen“ tatsächlichen Vermutungen, WM 2012, 429, 435 ff.; *Allner* (Fn.1), S.9 ff.

der CPO am 1.10.1879 hatte sich die freie Beweiswürdigung (§ 286 ZPO) endgültig durchgesetzt, wodurch den praesumtiones facti ihre Grundlage entzogen war[8]. Gleichwohl haben sie überlebt und breiten sich weiter aus. Ihre unklar gebliebene Bedeutung erklärt sich daraus, dass sie schwer abgrenzbar neben benachbarten prozessualen Erscheinungen wie Beweislast, Anscheins- und Indizienbeweis stehen. In neuerer Zeit ist zudem das Verhältnis zum Institut der „sekundären Darlegungslast" zweifelhaft geworden (unten III 2 d, e).

Eines der wesentlichen Probleme der tatsächlichen Vermutung liegt neben ihren Voraussetzungen in der Frage ihrer Entkräftung, die in dieser Arbeit im Mittelpunkt stehen soll.

II. Abgrenzung zu den gesetzlichen Vermutungen

1. § 292 ZPO als Beweislastnorm

Die tatsächlichen Vermutungen im Gebrauch der Rechtsprechung haben nicht die Wirkungen der in § 292 ZPO geregelten „gesetzlichen Vermutungen" (oben I) und müssen daher von diesen unterschieden werden. Bei der § 292 ZPO unterfallenden (der Bezeichnung nach in hohem Maße verwechslungsfähigen) „Tatsachenvermutung" handelt es sich um eine gesetzliche Beweislastnorm[9]. Sie weicht von der gewohnheitsrechtlich gesicherten Grundregel der Beweislast ab, wonach jede Partei die Beweislast für das Vorhandensein aller Voraussetzungen der ihr günstigen Norm trägt[10]. Dagegen betreffen die „tatsächlichen Vermutungen" sowohl im Verständnis der neueren Rechtsprechung als auch nach ihrer historischen Herkunft in erster Linie die Ebene der Beweiswürdigung (oben I).

---

8 Den Wert der freien Beweiswürdigung betonend und daher für eine völlige Beseitigung der tatsächlichen Vermutung: *Wassermeyer*, Der prima facie Beweis und die benachbarten Erscheinungen, 1954, S.49.

9 *Rosenberg*/*Schwab*/*Gottwald*, Zivilprozessrecht, 17. Aufl. 2010, § 112 Rdnr.34; ebenso etwa *Gruber*, Die tatsächliche Vermutung der Wiederholungsgefahr als Beweiserleichterung, WRP 1991, 368, 372.

10 *Rosenberg*/*Schwab*/*Gottwald* (Fn.9), § 115 Rdnr.11.

2. Unterschiedliche Behauptungslast

Von den gewöhnlichen Beweislastregeln zur Umkehr der Grundregel der Beweislast (z.B. § 280 Abs.1 Satz 2 BGB oder § 476 BGB) unterscheidet sich die Tatsachenvermutung des § 292 ZPO dadurch, dass sie das Beweisthema verschiebt: So muss vom Hypothekengläubiger im Falle des § 1117 Abs.3 BGB nicht die vermutete Tatsache der Briefübergabe (§ 1117 Abs.1 BGB) behauptet und bewiesen werden. Vielmehr reicht es aus, wenn er seinen Briefbesitz als Vermutungsbasis behauptet und beweist (zweigliedriger Tatbestand). Außerdem ist die nachgewiesene Vermutungsbasis (Besitz) nicht identisch mit den Merkmalen des vermuteten Tatbestandsmerkmals des § 11117 Abs.1 BGB (Übergabe)[11].

Im Unterschied zu § 292 ZPO befreit die „tatsächliche Vermutung" nicht von der Behauptungslast für die vermutete Tatsache. Im Falle des § 138 Abs.1 BGB (oben I) muss daher das Vorliegen des subjektiven Merkmals des wucherähnlichen Rechtsgeschäfts, also die vermutete Tatsache der verwerflichen Gesinnung, von der benachteiligten Partei behauptet werden[12].

3. Beweis des Gegenteils und Gegenbeweis

a. § 292 ZPO

Ein bedeutsamerer Unterschied zwischen der gesetzlichen Tatsachenvermutung des § 292 ZPO und der richterlichen Schöpfung der „tatsächlichen Vermutung" besteht darin, dass erstere nur durch den Beweis des Gegenteils als Vollbeweis zur richterlichen Überzeugung (§ 286 ZPO) ausgeschaltet werden kann. Eine bloße Erschütterung der Vermutung reicht hingegen nicht aus.

b. Tatsächliche Vermutung

Dagegen lässt es die Rechtsprechung genügen, wenn z.B. die für die Anwendung des § 138 Abs.1 BGB herangezogene tatsächliche Vermutung

---

11 *Rosenberg*/*Schwab*/*Gottwald* (Fn.9), § 115 Rdnr.11; *Musielak*, Die sog. tatsächliche Vermutung, JA 2010, 561 (zu § 1253 Abs.2 BGB).

12 *BGH* NJW 2010, 363 Rdnr.18.

einer verwerflichen Gesinnung des begünstigten Vertragsteils (oben I) durch dessen Berufung auf besondere Umstände erschüttert werden kann[13]. Das soll unabhängig davon gelten, ob die tatsächliche Vermutung als Anscheinsbeweis oder als Indizienbeweis eingeordnet wird (näher unten III 2)[14].

Die zur Erschütterung geeigneten Umstände sind damit von der Partei zu behaupten und zu beweisen, zu deren Gunsten sie wirken, also vom Profiteur des wucherähnlichen Geschäfts. So kann etwa der Nachweis gelingen, dass der Benachteiligte ein besonderes Affektionsinteresse hatte und daher zur Zahlung eines den Grundstückswert in doppelter Höhe übersteigenden Kaufpreises bereit war[15]. In diesem Fall einer geeigneten Erschütterung der tatsächlichen Vermutung der verwerflichen Gesinnung trägt der Benachteiligte wieder die volle Behauptungs- und Beweislast für die eine verwerfliche Gesinnung des begünstigten Teils begründenden tatsächlichen Umstände. Dagegen war die frühere Rechtsprechung wohl davon ausgegangen, dass in vergleichbaren Sachverhalten hinsichtlich der verwerflichen Gesinnung eine Umkehr der Beweislast zu Lasten des Begünstigten gegeben ist[16].

Dem Gegner der tatsächlichen Vermutung wird deren Entkräftung durch das Erfordernis bloßer „Erschütterung" also leichter gemacht als dem Vermutungsgegner des § 292 ZPO, der den Beweis des Gegenteils als Vollbeweis zur vollen Überzeugung des Gerichts nach § 286 ZPO führen muss.

---

13 *BGH* NJW 2010, 363 Rdnr.19; *BGHZ* 146, 298, 305; 160, 8, 15 (alle Entscheidungen zum wucherähnlicher Kaufvertrag nach § 138 Abs.1 BGB).

14 *BGHZ* 146, 298, 305 (grundlegend).

15 Beispiel von *BGHZ* 146, 298, 305 (zum umgekehrten Fall eines Grundstücksverkaufs unter Wert).

16 So für einen sittenwidrigen Ratenkreditvertrag *BGHZ* 98, 174, 178 f. (die Kreditbank müsse „darlegen und notfalls beweisen, dass besondere Umstände des Einzelfalls es rechtfertigen, die subjektiven Voraussetzungen des § 138 Abs.1 BGB zu verneinen und den Kreditvertrag trotz des auffälligen Mißverhältnisses von Leistung und Gegenleistung nicht als sittenwidrig zu bewerten"); in der Einschätzung als Beweislastregelung ebenso (und daher mit Recht kritisch) *Baumgärtel*, Die Bedeutung der sog. „tatsächlichen Vermutung" im Zivilprozess, Festschrift Schwab, 1990, S. 43, 45 f.

III. Fließende Übergänge zwischen Beweislast, Anscheins-und Indizienbeweis

Mit der Annahme einer tatsächlichen Vermutung können Beweiserleichterungen gemeint sein, die, beginnend mit einem bloßen Indizienbeweis über den Anscheinsbeweis bis hin zur Umkehr einer Beweislast führen. Derartige fließende Übergänge sind auch im Beweisrecht der Arzthaftung bekannt[17]. Die Rechtsprechung legt das Gemeinte in aller Regel offen, so dass Missverständnisse nicht entstehen können. Jedoch werden davon Ausnahmen gemacht, von denen jetzt die Rede sein soll.

1. Beweislastumkehr oder Anscheinsbeweis?

Im Bereich der Verletzung einer vertraglichen Aufklärungspflicht taucht innerhalb der Anspruchsgrundlage des § 280 Abs.1 BGB häufiger die Frage auf, ob eine feststehende Pflichtverletzung für den Schaden kausal geworden ist. Im Kapitalanlagerecht arbeitet der XI. Zivilsenat des *BGH* mit einer weitreichenden Beweislastumkehr zu Lasten der ihre Pflichten verletzenden Bank[18], wogegen in Fällen der Aufklärungspflichtverletzung durch rechtliche Berater (Rechtsanwälte, Steuerberater, Notare) der IX. Zivilsenat des *BGH* dem Geschädigten mit einem Anscheinsbeweis hilft (unten e)[19].

Bisweilen wird aber auch offengelassen, ob eine Umkehr der Beweislast oder ein Anscheinsbeweis anzunehmen ist. Vielmehr soll die bloße Befürwortung einer tatsächlichen Vermutung ausreichen, um die richterliche Entscheidung zu stützen.

a. BGH (II. Zivilsenat) WM 2014, 661 (Prospekthaftung)

Hat sich der geschädigte Anleger an einem offenen Immobilienfonds beteiligt und wurde vom Schädiger ein unrichtiger oder unvollständiger

---

17 *BGHZ* 72, 136, 139.

18 *BGHZ* 193, 159 mit Nachweisen; bestätigt durch *BGH* NJW 2014, 2348 mit Anm. *H. Roth*, LMK 2014, 359380.

19 Spätestens seit *BGHZ* 123, 311; jüngst bestätigt durch *BGH* NJW 2014, 2795; 2012, 2435, je mit Nachweisen.

Prospekt verwendet, so liegt innerhalb der Vertragsanbahnung eine Verletzung der Aufklärungspflicht vor (§ 280 Abs.1 BGB). Es ist auch hier oftmals streitig, ob die Pflichtverletzung für den entstandenen Schaden kausal geworden ist. Nach den allgemeinen Regeln (oben II 1) trägt der Geschädigte dem Grundsatz nach die Beweislast für die die Kausalität begründenden Umstände. Der Beklagte wendet aber häufig ein, der Kläger hätte die Beteiligung auch bei einem allen Anforderungen gerecht werdenden Prospekt erworben.

Nach der Rechtsprechung des *BGH* besteht bei einer mangelhaften Prospektdarstellung von „für die Anlageentscheidung wesentlichen Umständen" eine tatsächliche Vermutung dafür, dass der fehlerhafte Prospekt für die Anlageentscheidung ursächlich war. Der II. Zivilsenat[20] hat insoweit offengelassen, ob eine Beweislastumkehr anzunehmen ist, wie das der XI. Zivilsenat[21] tut (oben 1 vor a), oder ob die Grundsätze des Anscheinsbeweises zum Tragen kommen. Jedenfalls hätten die Beklagten „die auf der Lebenserfahrung beruhende Vermutung nicht widerlegen können", dass die behaupteten Prospektfehler für die Anlageentscheidung des Klägers ursächlich waren. Das gelte auch dann, wenn dem Kapitalanleger bei richtigen Prospektangaben mehrere Handlungsalternativen zur Verfügung standen, er sich also in einem Entscheidungskonflikt befunden hätte[22].

b. Würdigung

Der *BGH* (oben a) konnte die Entscheidung zwischen den möglichen Arten der Beweiserleichterung meines Erachtens nicht offenlassen, weil lediglich feststand, dass der Prospekt übergeben worden war.

Nimmt man an, dass die Beklagte im Wege der Beweislastumkehr die Beweislast für ihre Behauptung trägt, der Kläger hätte sich auch bei fehlerfreiem Prospekt am Fonds beteiligt, so hätte sie zur vollen

---

20 *BGH* WM 2014, 661, 662.

21 *BGHZ* 193, 159 (keine Aufklärung über vereinnahmte Rückvergütungen der Bank).

22 So grundlegend *BGHZ* 193, 159 zur Aufklärungspflichtverletzung bei Rückvergütungen (Beweislastumkehr); *BGH* WM 2014, 661, 662 (Unschädlichkeit von Handlungsalternativen sowohl bei Beweislastumkehr als auch bei Anscheinsbeweis).

Überzeugung des Gerichts (§ 286 ZPO) beweisen müssen, dass der Prospektmangel nicht ursächlich für die Beteiligung war.

Anders liegt es beim Anscheinsbeweis. Nach ständiger Rechtsprechung ist er bei typischen Geschehensabläufen anwendbar. Es handelt sich um Fälle, in denen ein bestimmter Sachverhalt feststeht, der „nach der allgemeinen Lebenserfahrung auf eine bestimmte Ursache oder auf einen bestimmten Ablauf als maßgeblich für den Eintritt eines bestimmten Erfolgs hinweist“[23]. Geht man von einem bloßen Anscheinsbeweis für die Ursächlichkeit aus, so hätte die Beklagte lediglich den Nachweis einer ernsthaften Möglichkeit eines atypischen Geschehensablaufes führen müssen[24]. Dadurch wird der Anscheinsbeweis entkräftet und die beweispflichtige Partei (der Kläger) hätte wieder die volle Beweislast für das Vorliegen der Kausalität gehabt[25].

Im vorliegenden Fall hatte aber für den Anleger wohl mindestens eine weitere Handlungsvariante bestanden, die zur Beteiligung am Fonds trotz unrichtigen Prospekts geführt hätte. Für die auf allgemeine Lebenserfahrung, also das Erwartete und letztlich Wahrscheinliche, gestützte tatsächliche Vermutung im Rahmen eines Anscheinsbeweises[26] hätte man also durchaus dessen gelungene Erschütterung wegen der vorhandenen Handlungsalternativen des Geschädigten annehmen können. Der Anleger konnte dann wohl seiner unveränderten Beweislast wegen der Kausalität der Aufklärungspflichtverletzung nicht genügen. Schon vorgelagert hätte

---

23 Nachweise in *BGH* NJW 2013, 1092 Rdnr.26.

24 Etwa *BGHZ* 6, 169; *BGH* NJW 2013, 1092 Rdnr.28.

25 *BGHZ* 6, 169.

26 Die Herkunft aus der Wahrscheinlichkeit betont *Medicus*, Aufklärungsrichtiges Verhalten, Festschrift Picker, 2010, S.619, 622; auch bereits (mit Unterschieden im einzelnen) *Schönke*, Beweislast, tatsächliche Vermutungen und schuldhafte Vereitelung der Beweisführung, ZAkDR 1939, 193; Stein/Jonas/*Leipold* (Fn.3), § 286 Rdnr.133 hebt mit Recht hervor, dass für den Anscheinsbeweis ein geringeres Beweismaß gilt als für den Vollbeweis und er daher nicht mit der Beweisstärke des gewöhnlichen Beweises übereinstimmt, die „dem Zweifel Schweigen gebietet“; ferner *Musielak/Voit*, Grundkurs ZPO, 12. Aufl. 2014, Rdnr.466; a.A. etwa MünchKommZPO/*Prütting*, 4. Aufl. 2013, § 286 Rdnr.52, 53 („volle Überzeugung des Richters“); *Zöller*/*Greger* (Fn.3), § 286 Rdnr.29a; *Gottwald*, Zivilprozessrecht (Fn.9), § 113 Rdnr.16.

angenommen werden können, dass bei mehreren vernünftigen Handlungsoptionen des Anlegers der für den Anscheinsbeweis geforderte „typische Geschehensablauf" von vornherein ausscheidet.

c. Umkehr der Beweislast

Das Ergebnis des *BGH* lässt sich nur halten, wenn von einer Umkehr der Beweislast ausgegangen wird. Dort genügt es für den Beklagten nicht, wenn er die ernsthafte Möglichkeit eines atypischen Geschehensablaufes beweist. Die Beweislastumkehr beruht nämlich gerade nicht auf der Vermutung, „der Anleger hätte sich in einer bestimmten Art und Weise verhalten". Vielmehr ist sie „durch den besonderen Schutzzweck der Aufklärungspflicht gerechtfertigt", nämlich dem Anleger eine „sachgerechte Entscheidung über den Abschluss bestimmter Geschäfte zu ermöglichen"[27].

Diese Begründung ist durchaus verschieden von der den Anscheinsbeweis kennzeichnenden „allgemeinen Lebenserfahrung", die für die zu beweisende Tatsache (Ursächlichkeit) einen typischen Geschehensablauf voraussetzt[28]. Die Entscheidung des II. Zivilsenats bedarf also einer weiteren Begründung, die in den Entscheidungsgründen auch gebracht wird: Es müsse das Recht des Anlegers geschützt werden, „in eigener Entscheidung und Abwägung des Für und Wider darüber zu befinden, ob er in ein bestimmtes Projekt investieren will oder nicht"[29]. Diese Begründung ist aber kennzeichnend für die Beweislastumkehr, die nicht wie beim Anscheinsbeweis auf einem nach der Lebenserfahrung typischen Geschehensablauf beruht, letztlich also auf Wahrscheinlichkeiten[30], sondern auf allgemein gültigen normativen Erwägungen.

---

27 Zutreffend *BGHZ* 193, 159 Rdnr.35; in diesem Sinne schon früher *H. Roth*, Beweismaß und Beweislast bei der Verletzung von bankvertraglichen Aufklärungs- und Beratungspflichten, ZHR 154 (1990), 513, 530 ff.

28 Für viele *RGZ* 130, 359; *BGHZ* 2, 1, 5; zusammenfassend *BGH* NJW-RR 1988, 789, 790; *Thomas*/*Putzo*/*Reichold*, ZPO, 35. Aufl. 2014, § 286 Rdnr.13.

29 *BGH* WM 2014, 661 im Anschluss an *BGH* WM 2010, 1310.

30 Besonders klar *BGH* NJW-RR 1988, 789, 790.

Die bloße Möglichkeit eines Anscheinsbeweises trägt die Entscheidung daher nicht. Die Heranziehung einer tatsächlichen Vermutung ist darüber hinaus irreführend, weil dieses Argument nur für die Ebene der Beweiswürdigung passt[31], zu der nach richtiger Auffassung auch der Anscheinsbeweis zählt[32]. Dagegen hat die tatsächliche Vermutung nichts mit der Beweislastumkehr zu tun, weil es gerade nicht auf die Vermutung ankommt, der Anleger hätte sich in einer bestimmten Art und Weise verhalten.

d. Entscheidungskonflikt

Allein zutreffend ist die Auffassung des XI. Zivilsenats, der eine Beweislastumkehr im Falle der Verletzung einer Aufklärungspflicht in Kapitalanlagefällen annimmt, auch wenn sich der Kapitalanleger bei gehöriger Aufklärung in einem Entscheidungskonflikt befunden hätte[33]. Irrig ist jedoch der Einwand, die Annahme einer tatsächlichen Vermutung wäre von der Rechtsprechung zur Begründung einer Beweislastumkehr herangezogen worden[34]. Deren Nennung bringt lediglich das Bedürfnis nach einer Beweiserleichterung zum Ausdruck. Die Annahme der Beweislastumkehr selbst wird ausschließlich mit der Entscheidungsfreiheit des Anlegers begründet.

e. Entscheidungen des IX. Zivilsenats

Das Urteil des II. Zivilsenats passt auch nicht zu den abweichenden (wenngleich kritikwürdigen) Ansätzen des IX. Zivilsenats mit seiner grundlegenden Entscheidung aus dem Jahre 1993[35]. Für Verträge mit rechtlichen Beratern (Rechtsanwälte, Steuerberater) wird dort eine tatsächliche Vermutung in der Form des Anscheinsbeweises angenommen, wonach der Mandant beratungsgemäß gehandelt hätte. Die Vermutung wird gerade auf Fälle beschränkt, in denen nur eine einzige Entscheidung sinnvoll

---

31 So richtig *BGH* (V. Zivilsenat) NJW 2010, 363 Rdnr.15.

32 Prütting/Gehrlein/*Laumen*, ZPO, 6. Aufl. 2014, § 286 Rdnr.29.

33 *BGHZ* 193, 159.

34 So aber Hk-ZPO/*Saenger*, 5. Aufl. 2013, § 292 Rdnr.4.

35 *BGHZ* 123, 311; *BGH* NJW 2012, 2435 Rdnr.36; 2014, 2795 Rdnr.2.

ist. Dagegen ist sie nicht anwendbar, wenn sich der Mandant bei pflichtgemäßer Beratung in einem Entscheidungskonflikt befunden hätte, ihm also verschiedene vernünftige Handlungsmöglichkeiten zur Verfügung gestanden hätten[36].

Die Entscheidungen des IX. Zivilsenats sind abzulehnen, weil sie die Fälle des Entscheidungskonfliktes des Anlegers bei (angenommener) zutreffender Beratung nicht abdecken[37]. Richtig ist in allen Fällen die Annahme einer Beweislastumkehr (oben c) und nicht der auf „Auswertung von Wahrscheinlichkeiten aufgrund der Lebenserfahrung" beruhende Anscheinsbeweis[38], der zur Ebene der Beweiswürdigung gehört.

2. Anscheinsbeweis oder Indizienbeweis?

a. BGHZ (V. Zivilsenat) 146, 305

Wie bereits eingangs erwähnt (oben I), kann für einen Kaufvertrag die Beurteilung als wucherähnliches Rechtsgeschäft nach § 138 Abs.1 BGB in Betracht kommen, wenn Leistung und Gegenleistung objektiv in einem besonders groben Missverhältnis stehen. Ein derartiges „Äquivalenzmissverhältnis" ist nachgewiesen, wenn bei Grundstücksgeschäften der Wert der Leistung knapp doppelt so hoch ist wie der Wert der Gegenleistung. Notwendigerweise hinzukommen muss das subjektive Merkmal des Handelns des Begünstigten in verwerflicher Gesinnung (oben I)[39]. Der *BGH* (V. Zivilsenat) schließt von dem objektiv gestörten Äquivalenzverhältnis im Wege einer „tatsächlichen Vermutung" auf das erforderliche subjektive Element der verwerflichen Gesinnung des hiervon begünstigten Vertragsteils[40]. Weitgehende Einigkeit besteht inzwischen darin, dass diese Vermutung bei der Beweiswürdigung

---

36 *BGHZ* 123, 311, 316 f.; *BGH* NJW-RR 2007, 569 Rdnr.22 ff.; NJW 2012, 2435 Rdnr.36; 2014, 2795 Rdnr.2.

37 Jüngst aber wiederum eine Bestätigung der Rechtsprechung des IX. Zivilsenats durch *BGH* NJW 2012, 2435 Rdnr.36; 2014, 2795 Rdnr.2.

38 *BGH* NJW-RR 1988, 789, 790.

39 Aus jüngerer Zeit *BGH* NJW 2010, 363; 2012, 1570 Rdnr.15.

40 *BGHZ* 146, 298, 305.

angesiedelt ist und einen Anscheins- oder Indizienbeweis für die behauptete Tatsache der verwerflichen Gesinnung begründet[41]. Diese Schlussfolgerung wird auf den Erfahrungssatz gestützt, dass in der Regel „außergewöhnliche Leistungen nicht ohne Not ... zugestanden werden und auch der Begünstigte diese Erfahrung teilt“[42].

b. Erschütterung im Falle des Anscheinsbeweises

Der *BGH* hat offen gelassen, ob diese eine Willensentscheidung zum Vertragsabschluss betreffende Schlussfolgerung so zwingend ist, dass sie einen Anscheinsbeweis für die verwerfliche Gesinnung des Begünstigten erbringt oder ob sie lediglich als Indizienbeweis (unten c) Bedeutung entfaltet[43]. Jedenfalls lässt der *BGH* die Erschütterung dieser tatsächlichen Vermutung durch besondere Umstände zu. Die Beweislast für die eine Erschütterung begründenden Umstände trägt der Begünstigte, also die Partei, zu deren Gunsten die besonderen Umstände wirken.

Zu denken ist z.B. daran, dass die Parteien ein fehlerhaftes Verkehrsgutachten als Grundlage des verabredeten Kaufpreises akzeptiert haben oder ihnen das Wertverhältnis der beiderseitigen Leistungen gleichgültig war oder der Benachteiligte ein besonderes Affektionsinteresse hatte[44]. Das deckt sich mit den Anforderungen an den Anscheinsbeweis, der durch den Nachweis einer „ernsthaften Möglichkeit eines atypischen Geschehensablaufes entkräftet (erschüttert) werden kann“[45]. In den genannten Beispielsfällen träfe bei gelungener Erschütterung die benachteiligte Partei wiederum die volle Beweislast für die tatsächlichen Umstände, die einer verwerflichen Gesinnung des Begünstigten zugrunde liegen.

---

41 *BGH* NJW 2010, 363 Rdnr.15.

42 *BGHZ* 146, 298, 302.

43 *BGHZ* 146, 298, 304 f.; gegen einen Anscheinsbeweis wegen eines fehlenden Erfahrungssatzes: *Jung*, Wucherähnliches Rechtsgeschäft - Tatbestand und Beweis, ZGS 2005, 95, 100.

44 *BGHZ* 146, 298, 305.

45 *BGHZ* 6, 169 (Schiffszusammenstoß).

c. Erschütterung im Falle eines Indizienbeweises

Die für die Erschütterung des Anscheinsbeweises geltenden Grundsätze sollen nach Auffassung des *BGH* auch dann gelten, wenn für die verwerfliche Gesinnung kein Anscheinsbeweis streitet, sondern der Schlussfolgerung lediglich die Bedeutung eines Indizienbeweises zukommt[46]. Doch ist diese Aussage durchaus unklar. Wenn nämlich das schwache Indiz nicht für sich allein zur vollen Beweisführung ausreicht (§ 286 ZPO) und weitere für den Benachteiligten streitende Indizien nicht vorliegen, so braucht es auch nicht vom Gegner erschüttert zu werden. Im Gegenteil ist der Richter beim Indizienbeweis auch sonst in dem Sinne freier gestellt, als er ihn vor der Beweiserhebung auf Schlüssigkeit prüfen darf. Kommt er zu dem Ergebnis, dass die als richtig unterstellte Gesamtheit aller vorgetragenen Indizien ihn nicht von der Wahrheit der Haupttatsache überzeugen würde, darf ein das Indiz betreffender Beweisantrag abgelehnt werden[47]. Ganz zutreffend ist allerdings die Annahme, dass für einen Anscheinsbeweis nicht ausreichende Erfahrungssätze bei der Beweiswürdigung als Indizien berücksichtigt werden können[48].

d. Unterschiedliche Beweisstärke

Die Unterscheidung von Anscheins- und Indizienbeweis ist nur sinnvoll, wenn im Falle einer angenommenen indiziellen Bedeutung der groben Äquivalenzstörung deren Beweisstärke für die vorläufige richterliche Überzeugungsbildung im Hinblick auf die verwerfliche Gesinnung für sich allein nicht genügt. Dann ist die Beweiskraft des dem Indiz zugrunde liegenden Erfahrungssatzes nicht so stark, dass sie für einen Anscheinsbeweis ausreicht[49]. Man kann ein Indiz, das einen schwächeren Beweiswert als ein Anscheinsbeweis aufweist, allein zur vorläufigen richterlichen Überzeugungsbildung nicht genügen lassen, sonst käme ihm

---

46 *BGHZ* 146, 298, 304 f.

47 Nachweise in *BGH* NJW-RR 2013, 743 Rdnr.26.

48 *BGH* NJW 1961, 777, 778.

49 Exakte Unterscheidung in *BGHZ* 2, 82, 85; entsprechende Stufenleiter bei *Hirtz*, Der Nachweis der Wiederholungsgefahr bei Unterlassungsansprüchen oder: Was vermögen Erfahrungssätze bei der Beweiswürdigung?, MDR 1988, 182, 185.

beweisrechtlich eine größere Bedeutung zu als dem Anscheinsbeweis mit seiner stärkeren Beweiskraft.

Als Folge dieser Betrachtungsweise wäre aber die benachteiligte Partei weitgehend schutzlos, weil und wenn sie nicht mehr nachweisen kann als das gestörte Äquivalenzverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung. Eine Hilfestellung über die Annahme einer „sekundären Behauptungslast" der begünstigten Partei scheidet wohl aus, weil deren Voraussetzungen nicht vorliegen. Allerdings hat der *BGH* in Fällen der Haftung für einen ungesicherten „WLAN-Anschluss" eine tatsächliche Vermutung angenommen, wonach der Inhaber des Anschlusses für eine Rechtsverletzung verantwortlich ist. Daraus wurde eine sekundäre Darlegungslast des Anschlussinhabers gefolgert, der geltend macht, eine andere Person habe die Rechtsverletzung begangen[50]. Voraussetzung dafür ist aber, dass die behauptungs- und beweisbelastete Partei „keine nähere Kenntnis der maßgeblichen Umstände und auch keine Möglichkeit zur weiteren Sachverhaltsaufklärung hat, während dem Prozessgegner nähere Angaben dazu ohne weiteres möglich sind"[51]. So liegt es in den vorliegenden Fällen regelmäßig nicht, da beide Parteien gleichermaßen von den betreffenden Umständen Kenntnis haben werden.

e. Ergebnis

Lässt man dagegen trotz der dargestellten Bedenken das Indiz des gestörten Äquivalenzverhältnisses schon für sich allein zur vorläufigen Überzeugungsbildung des Richters wegen der verwerflichen Gesinnung ausreichen, so könnte die auf das Indiz gestützte Schlussfolgerung nach Auffassung des *BGH* erschüttert werden. Letztlich sind dann aber auch die Anforderungen an einen Anscheinsbeweis erfüllt. Für die Frage der verwerflichen Gesinnung ist daher allein die Annahme eines

---

50 *BGHZ* 185, 330 Rdnr.12 („Sommer unseres Lebens"); eine tatsächliche Vermutung wurde dagegen verneint in *BGH* NJW 2014, 2360 Rdnr.15 („BearShare"), dem Inhaber des Internetanschlusses aber eine sekundäre Darlegungslast auferlegt.- In *BGH* NJW 2013, 1441 Rdnr.34 f. („Morpheus") sollte die bejahte tatsächliche Vermutung wohl die Annahme eines Anscheinsbeweises bedeuten.

51 *BGH* NJW 2014, 2360 Rdnr.17.

Anscheinsbeweises als Instrument der Beweiserleichterung zugunsten der benachteiligten Partei sachgerecht. Die gesonderte Nennung der tatsächlichen Vermutung ist dann überflüssig, weil diese bereits im Anscheinsbeweis als dessen Motiv aufgeht. In keinem Fall käme es auf die Frage an, ob die Erschütterung eines bloßen Indizes leichter gelingen kann als die Erschütterung eines Anscheinsbeweises. Bei einer anderen Sicht der Dinge als hier wäre die Frage freilich wegen der geringeren Beweiskraft des Indizes zu bejahen.

In Einzelfällen kann die Beweiskraft eines Indizes freilich auch über die Wirkung eines Anscheinsbeweises hinausgehen und führt dann schon für sich zur vollen richterliche Überzeugungsbildung nach § 286 ZPO. Auch in diesem Fall ist die Rede von einer „tatsächlichen Vermutung" überflüssig, weil irreführend.

IV. Bedeutung der tatsächlichen Vermutung

Nach dem bisher Gesagten zum Gebrauch der „tatsächlichen Vermutung" durch die Rechtsprechung bringt die Verwendung dieses Begriffes nicht mehr zum Ausdruck als das prozessuale Bedürfnis nach einer Beweiserleichterung zugunsten der nach den allgemeinen Regeln mit der Beweislast beschwerten Partei[52]. Doch entscheidet die Annahme einer tatsächlichen Vermutung nicht schon über die Einordnung der gewährten Art der Beweiserleichterung im Sinne einer Beweislastfrage, eines Anscheinsbeweises oder eines bloßen Indizes mit je unterschiedlichen Rechtsfolgen. In Betracht kommt die Entkräftung der tatsächlichen Vermutung durch den Beweis des Gegenteils oder durch bloßen Gegenbeweis mit Erschütterung oder durch Anwendung der Grundsätze der sekundären Behauptungslast.

Die tatsächliche Vermutung ist ausschließlich auf der Ebene der Beweiswürdigung angesiedelt[53] und bedeutet dann meistens eine -

---

52 Die Entbehrlichkeit des Begriffs betont daher *Prütting*, Beweiserleichterungen für den Geschädigten - Möglichkeiten und Grenzen -, in: Karlsruher Forum 1989, S.3, 15.

53 Darüber besteht heute weithin Einigkeit: Hk-ZPO/*Saenger* (Fn.34), § 292 Rdnr.4; Musielak/*Huber*, ZPO, 11. Aufl. 2014, § 292 Rdnr.1.

überflüssige - Bezeichnung für einen Anscheinsbeweis, der den allgemeinen Regeln folgt.

Auf der Ebene der Beweislast kann die tatsächliche Vermutung dagegen keinen Erkenntnisgewinn bringen. Sie ist Ausdruck von Erfahrungssätzen und weist mit der nicht auf Wahrscheinlichkeitserwägungen, sondern auf normativen Begründungen beruhenden Beweislast keine ausreichenden Berührungspunkte auf. Insoweit bedeutet ihre Verwendung eine (unschädliche) Falschbezeichnung, die am besten vermieden werden sollte.

Die neuere Rechtsprechung ist sich der unterschiedlichen Bedeutungsgehalte in aller Regel bewusst, wenn sie von einer „tatsächlichen Vermutung“ spricht und leitet daraus mit Recht keine eigenständigen Rechtsfolgen wegen der Anforderungen an eine Entkräftung ab.

WHEN THE COMMON JOURNEY COMES TO AN END – GETTING DIVORCED IN AUSTRIA

Professor Dr. Marianne ROTH, LL.M. (Harvard)[*]

Dr. Claudia REITH, LLB. oec.[**]

I. Introduction

Today divorce is recognised all over Europe and the numbers of divorces are consistently high. In Austria, the divorce rate has almost doubled in the last forty years. In 2001, the highest number of divorces (20.582) has been reached so far. In comparison, in the same year 34.213 marriages were concluded. Although the number of divorces has been declining since 2007, the probability that a marriage, which was concluded in 2013, will be divorced is around 40 per cent[1]. These figures clearly demonstrate that divorce has become an increasingly important aspect of society and could therefore not have been disregarded from the legal perspective[2].

Until 1938 divorce was not a legally available option, rather it was only possible to obtain a decree of judicial separation *(Scheidung von Tisch und*

---

[*] Marianne Roth is professor of law at Salzburg University, Austria. In addition, she is practising as an arbitrator under institutional and ad hoc rules and has worked as a legal advisor and visiting professor for various institutions around the world. Contact: marianne.roth@sbg.ac.at

[**] Claudia Reith is senior scientist at the department of private law and civil procedure at the University of Salzburg. Contact: claudia.reith2@sbg.ac.at

[1] Statistik Austria, http://www.statistik.at/web_de/statistiken/bevoelkerung/scheidungen/ (last accessed 6 October 2014).

[2] Cf. Dimmel/Hagen, *Strukturen der Gesellschaft*, 2005, p. 120.

Bett)[3]. Such a decree, however, did not terminate the marriage and Catholics were unable to remarry[4]. The first divorce legislation was introduced in 1938 and was primarily based on fault[5]. In 1978 and 1999 the Austrian divorce law was reformed by widening divorce on the ground of irretrievable breakdown and concurrently diminishing divorce based on fault[6]. Further, divorce by consent was introduced[7]. The society's understanding of family and marriage has considerably changed in the last decades and divorce no longer constitutes the exception to the rule. Taking into account the fact that the breakdown of a marriage can be an extremely difficult situation, particularly if children are involved, it is of crucial importance to offer the parties effective regulatory procedures.

Against this background and having in mind that Austria has a long experience with the legal institution of divorce, which might serve as an example for other countries, this article explains the available procedures to obtain a divorce decree in Austria. Since these options differ depending upon which ground the divorce is based on, the grounds for divorce will be briefly described at the beginning. Further, the article deals with the procedure for dissolving partnerships of same-sex couples and the recognition and enforcement of foreign divorce decrees in Austria.

II. Grounds for divorce

In contrast to Germany for example, where divorce is strictly based on irretrievable breakdown, Austria provides for a variety of grounds for divorce, namely divorce by consent, divorce on the ground of fault, divorce on the ground of irretrievable breakdown and divorce based on other

---

3 Roth, in: Boele-Woelki/Braat/Curry-Sumner (eds.), *European Family Law in Action, Grounds for Divorce*, vol. I, 2003, p. 13., Austrian National Report available at http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Austria-Divorce.pdf (last accessed 14 November 2014); Kerschner, *Familienrecht*, 5th edition, 2013, marg. No. 2/74.

4 Kerschner, *Familienrecht*, 5th edition, 2013, marg. No. 2/74.

5 Berka, *Scheidung und Scheidungsreform*, 2000, p. 65.

6 Kerschner, *Familienrecht*, 5th edition, 2013, marg. No. 2/74.

7 Deixler-Hübner, *Scheidung, Ehe und Lebensgemeinschaft*, 11th edition, 2013, marg. No. 138.

grounds[8]. The table below shows that most frequently divorce is requested jointly by both spouses.

Total Number of Divorces 2013[9]	15,958
Divorce by consent	13,906
Divorce on the ground of fault	1,100
Divorce on the ground of irretrievable breakdown	840
Divorce based on other grounds	112

1.) Divorce by consent

Section 55a Austrian Marriage Act regulates divorce by consent[10]. In order to request a divorce based on consent four conditions must be fulfilled: Each spouse has to declare that an irretrievable breakdown has occurred[11]. The "matrimonial partnership" must have ceased to exist for at least six months, whereby a separation is not necessarily required. If the spouses' relationship is no longer determined by the so-called "matrimonial frame of mind", it constitutes an indication for a breakdown[12]. Thus, even if there is no physical separation due to the fact that the spouses are still sharing the

---

8 Sections 49 *et seq.* Austrian Marriage Act; see Roth, in: Boele-Woelki/Braat/Curry-Sumner (eds.), *European Family Law in Action, Grounds for Divorce*, vol. I, 2003, chapter B., Austrian National Report available at http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Austria-Divorce.pdf (last accessed 14 November 2014).

9 Statistik Austria, http://www.statistik.at/web_de/static/ehescheidungen_seit_2004_nach_paragraph_des_ehegesetzes_und_bundeslaendern_023621.pdf (last accessed 6 October 2014).

10 Roth, in: Boele-Woelki/Braat/Curry-Sumner (eds.), *European Family Law in Action, Grounds for Divorce*, vol. I, 2003, chapter B.III.1., Austrian National Report available at http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Austria-Divorce.pdf (last accessed 14 November 2014).

11 See Weitzenböck, in: Schwimann/Kodek (eds.), *ABGB Praxiskommentar,* vol. I, 4th edition, 2011, section 55a Austrian Marriage Act, marg. No. 3 *et seq*.

12 Cf. Weitzenböck, in: Schwimann/Kodek (eds.), *ABGB Praxiskommentar,* vol. I, 4th edition, 2011, section 55a Austrian Marriage Act, marg. No. 5.

same dwelling, the "matrimonial partnership" may no longer exist. Further, both spouses must agree on the divorce and they have to conclude a written agreement on the consequences of the divorce. In the interest of an expeditious and easy procedure, divorce based on consent is heard in non-contentious proceedings[13].

2.) Divorce on the ground of fault

Section 49 Austrian Marriage Act governs divorce based on the ground of fault in the form of a general clause with two standard examples[14]. Under the general clause a divorce may be requested, if one spouse has caused the irretrievable breakdown by a serious marital fault or through dishonourable or immoral behaviour to such an extent that reconciliation cannot be expected. Examples are adultery, the infliction of physical violence and severe mental cruelty. Irretrievable breakdown means the loss of the matrimonial community[15]. Case law has repeatedly ruled that it constitutes an irretrievable breakdown, if one spouse has once and for all lost its belief in the marriage due to the offending behaviour of the other spouse[16].

3.) Divorce on the ground of irretrievable breakdown

Under section 55 para. 1 Austrian Marriage Act a spouse may obtain a divorce, if the "domestic community" *(häusliche Gemeinschaft)* has ceased to exist for a period of three years and the marriage has broken down irretrievably[17]. The period of three years runs from the termination of the

---

13 Deixler-Hübner, *Scheidung, Ehe und Lebensgemeinschaft*, 11th edition, 2013, marg. No. 138.

14 Roth, in: Boele-Woelki/Braat/Curry-Sumner (eds.), *European Family Law in Action, Grounds for Divorce*, vol. I, 2003, chapter B.III.2., Austrian National Report available at http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Austria-Divorce.pdf (last accessed 14 November 2014).

15 Weitzenböck, in: Schwimann/Kodek (eds.), *ABGB Praxiskommentar*, vol. I, 4th edition, 2011, section 49 Austrian Marriage Act, marg. No. 2.

16 See e.g. Judgement of the Austrian Supreme Court 07.02.1990, 3 Ob 503/90, *EFSlg.* 63.384.

17 Roth, in: Boele-Woelki/Braat/Curry-Sumner (eds.), *European Family Law in Action, Grounds for Divorce*, vol. I, 2003, chapter B.III.3., Austrian National Report available at

"domestic community" and begins anew in the event of reconciliation[18]. Section 55 para. 1 last sentence Austrian Marriage Act emphasises the fact that the breakdown must be irretrievable: Thus, even if the spouses have separated for a period of three years the judge has to dismiss the divorce suit, if he or she reaches the conclusion that there is a reasonable prospect of restoring the matrimonial community.

Moreover, at the request of the respondent the divorce must not be granted, if the irretrievable breakdown was entirely or predominately caused by the petitioner and the divorce would result in greater hardship for the respondent than would a dismissal of the request for the petitioner[19]. However, if the "domestic community" has already been dissolved for a period of six years, the judge has to render a divorce decree irrespective of any hardship or prospect of restoration[20]. Therefore, in order to rely on the ground of irretrievable breakdown for obtaining a divorce, the marriage must have been in existence for at least three respectively for at least six years, depending on the specific paragraph, which has been invoked[21].

4.) Divorce based on other grounds

Besides divorce on irretrievable breakdown, which is mainly indicated by a certain period of separation, the Austrian Marriage Act further distinguishes between specific grounds, which may have caused the irretrievable breakdown[22]. Under sections 50-52 Austrian Marriage Act a

---

http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Austria-Divorce.pdf (last accessed 14 November).

18 Judgement of the Higher Regional Court Vienna, 19.02.1986, 13 R 183/85, *EFSlg*. 51.619; Judgement of the Regional Court Vienna, 17.09.1999, 43 R 685/99z, *EFSlg.*90.302.

19 Section 55 para. 2 Austrian Marriage Act.

20 Section 55 para. 3 Austrian Marriage Act; Deixler-Hübner/Nademleinsky, *Scheidung kompakt,* 4th edition, 2013, p. 45; Hinteregger, *Familienrecht,* 6th edition, 2013, p. 99.

21 Section 55 para. 1 or para. 3 Austrian Marriage Act.

22 Sections 50-52 Austrian Marriage Act; Roth, in: Boele-Woelki/Braat/Curry-Sumner (eds.), *European Family Law in Action, Grounds for Divorce*, vol. I, 2003, chapter B.III.3., Austrian National Report available at http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Austria-Divorce.pdf (last accessed 14 November 2014).

spouse can request a divorce, if the marriage has broken down to such an extent that a restoration cannot be expected due to the other spouse's mental disturbance, mental illness, or serious infectious or repulsive illness[23]. Only serious and chronic diseases, such as leprosy, psoriasis, or certain venereal diseases are considered to be aground for divorce under the Marriage Act[24]. Whether AIDS still qualifies as such a serious and chronic illness, is disputed in view of the currently available antiretroviral medication, which renders patients uninfectious[25]. Examples for "mental disturbances" are hysteria[26]. drug addiction[27], and general mental problems on a lower level (depression, confusion, etc.)[28]. It is worth mentioning that not the mental disturbance itself, but rather the resulting behaviour, which cannot be regarded as fault, constitutes aground for divorce[29]. Schizophrenia falls in the category of "mental illnesses".

To obtain a divorce under sections 50-52 Austrian Marriage Act no period of separation nor a particular duration of the marriage is required. However, the respondent, who is confronted with a claim for divorce on the ground of an existing mental or physical defect, may plead hardship and claim that the divorce is not ethically justifiable. Whether this defence will

---

23 Kerschner, *Familienrecht*, 5th edition, 2013, marg. No. 2/84.

24 Weitzenböck, in: Schwimann/Kodek (eds.), *ABGB Praxiskommentar*, vol. I, 4th edition, 2011, section 52 Austrian Marriage Act, marg. No. 2.

25 The Judgement of the Austrian Supreme Court 03.09.2008, 3 Ob 91/08s still regards AIDS as a ground for marital dissolution under the Marriage Act; contrary Roth, *Aufhebung der Ehe aufgrund einer schon vor der Ehe vorliegenden HIV-Infektion eines Ehegatten – Eine kritische Reflexion der österreichischen Rechtslage,* in: Büchler/ Müller-Chen (eds.), *Private Law, national – global – comparative, Festschrift für Ingeborg Schwenzer zum 60. Geburtstag,* 2011, p. 1435 *et seq.,* 1439 *et seq.,* 1446 *et seq.*with further references.

26 See e.g. Judgement of the Austrian Supreme Court 24.05.1989, 1 Ob 582/89.

27 See e.g. Judgement of the Austrian Supreme Court 30.07.1992, 7 Ob 576/92, *EFSlg.* 69.233.

28 Prevailing case law, e.g. Judgement of the Austrian Supreme Court 30.07.1992, 7 Ob 576/92, *EFSlg.* 69.233.

29 Koziol/Welser, *Grundriss des Bürgerlichen Rechts,* vol. I, 13th edition, 2006, p. 489 *et seq*.

be granted or not, depends on the particular circumstances, namely on the duration of the marriage, the age of the spouses, and the cause of the sickness[30].

III. Divorce proceedings: from the request to the divorce decree

Depending upon the envisaged type of divorce, the procedure to be followed might differ considerably. Besides the standard civil procedure, the Austrian legal system provides for so-called non-contentious proceedings. The Austrian legislator has specifically assigned certain matters to non-contentious procedures, including consensual divorce[31]. Hence, divorce on the ground of mutual consent is heard in non-contentious proceedings, whereas divorce on all other grounds takes place in contentious proceedings. Before explaining the two procedures in detail, some general procedural issues, such as the jurisdiction in divorce matters, need to be clarified. When explaining the two procedures, particular emphasis will be put on their similarities and the differences.

1.) General procedural issues

Section 46 para. 1 Austrian Marriage Act states that a marriage can only be dissolved by a judicial decision[32]. According to sections 49 para. 2 No. 2a and 104a Austrian Jurisdiction Act district courts *(Bezirksgerichte)* have exclusive jurisdiction over all types of divorce proceedings[33]. Usually, the claim[34] must be submitted at the district court, in the jurisdiction of which the spouses are or were habitually resident. Lacking a joint habitual

---

30 Section 54 Austrian Marriage Act.

31 Neumayr, *Außerstreitverfahren,* 2014, p. 1 *et seq*.

32 Stabentheiner, in: Rummel (ed.), *Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch,* 3rd edition, 2002, section 46 Austrian Marriage Act, marg. No. 1.

33 Roth, *Zivilprozessrecht*, 2012, p. 93.

34 Non-contentious proceedings are not initiated by a claim, but a joint request. Further, in non-contentious proceedings the spouses are not opponents, but both are petitioners. For practical reasons reference is made only to the terminology used in contentious proceedings in this section, although the explanations under III. 1. apply to both procedures.

residence, the claim must be filed at the district court where the respondent habitually resides, or if he or she has no residence in Austria, the district court where the claimant has its habitual residence is competent. If neither the claimant nor the respondent are habitually resident in Austria, but the international jurisdiction of Austria is affirmed, the district court "Inner City of Vienna *(Innere Stadt Wien)* is competent[35].

In divorce matters choice of forum clauses are generally permitted. Hence, the parties may agree on another locally competent district court than the one prescribed by law[36]. In cross-border cases the competent court is determined primarily pursuant to the Brussels IIa Regulation[37]. If the Brussels IIa Regulation is, however, not applicable, the jurisdiction has to be assessed according to section 76 para. 2 Austrian Jurisdiction Act. This provision sets forth that Austrian courts are competent, if one of the spouses is either Austrian or habitually resides in Austria. According to Austrian case law habitual residence is interpreted as the habitual abode, where the person lives for about 6 months per year and where the centre of its live is. Hence, no subjective criterion such as the intention of a party is used to define habitual residence according to Austrian national law[38].

Matters falling within the exclusive jurisdiction of district courts do not necessarily require legal representation. Therefore, in divorce proceedings spouses do not have to be represented by a lawyer pursuant to section 27 para. 2 Austrian Code of Civil Procedure. If a spouse wishes to be represented, he or she can appoint a lawyer, but nobody else than a lawyer *(relative Anwaltslast)*. In appeal proceedings legal representation is mandatory *(absolute Anwaltslast)*. If necessary, the spouses may apply for

---

35 Section 76 para. 1 Austrian Jurisdiction Act; Kodek/Mayr, *Zivilprozessrecht*, 2nd edition, 2013, marg. No. 239.

36 Deixler-Hübner/Nademleinsky, *Scheidung kompakt,* 4th edition, 2013, p. 45.

37 Council Regulation (EC) No. 2201/2003 of 27 November 2003 concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgements in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, repealing Regulation (EC) No.1347/2000.

38 Rechberger/Simotta, *Zivilprozessrecht*, 8th edition, 2010, marg. No. 234; Judgement of the Austrian Supreme Court 24.07.1957, RS0046577; Judgement of the Austrian Supreme Court 24.10.2013, 6 Ob 180/13h.

legal aid, which is generally available to parties, who are unable to bear the costs of legal proceedings without endangering their livelihood[39].

Divorce officially breaks the marriage, when the decision was delivered to both parties and neither party decided to appeal against the decision, which means that the decision is final and binding and has the effect of *res judicata*. A remarriage is allowed after the legally binding dissolution of the former marriage[40].

2.) Contentious divorce proceedings

i.) Principles guiding contentious divorce proceedings

In Austria court proceedings are generally open to the public in order to allow public scrutiny of the justice[41]. In exceptional cases the public can be excluded, if legitimate interests need to be protected. Divorce proceedings deal with matters of private nature and are therefore confidential[42]. Each party may, however, appoint three persons of its trust, which are then permitted to attend the proceedings[43]. Besides other principles, civil procedure in Austria is governed by the principle of party control, which means that the party by withdrawing, acknowledging or waiving the divorce suit or reaching a settlement may terminate the proceedings. This principle is considerably restricted in divorce proceedings. Hence, the above mentioned options are not available to the parties in divorce proceedings, except for the withdrawal of the divorces suit without, however, waiving the claim. Further, divorce proceedings are determined by the "principle of cooperation" *(Kooperationsmaxime),* which means that it is up to the parties

---

39 Sections 63 *et seq*. Austrian Code of Civil Procedure; seeRoth, *Litigation in Austria. Are Costs and Fees Worth It?,* in: Reisman (ed.), *Cost and Fee Allocation in Civil Procedure – A Comparative Study*, 2012, p. 76.

40 Weitzenböck, in: Schwimann/Kodek (eds.), *ABGB Praxiskommentar*, vol. I, 4th edition, 2011, section 8 Austrian Marriage Act, marg. No. 2.

41 See Roth, *Zivilprozessrecht,* 2012, p. 32.

42 Section 460 No. 3 Austrian Code of Civil Procedure.

43 Section 174 para. 1 Austrian Code of Civil Procedure.

to prove their claims and defences, whereas the judge has to ascertain the truth without gathering evidence *ex officio*[44].

Having regard to the principle of *favour matrimonii*, the judge has to make an attempt to reach a reconciliation between the spouses at the beginning and, if appropriate, in the course of the divorce proceedings.[45] Also for this purpose it is required that both spouses attend the oral hearing in person[46]. As a consequence the divorce suit is considered to be withdrawn, if the claimant fails to appear[47]. If both parties do not come to a hearing, the proceeding is suspended for at least three months and will only be continued after this period upon request[48]. If the judge comes to the conclusion that reconciliation is not possible, but an amicable settlement may be reached, he or she has to recommend mediation or other forms of alternative dispute resolution[49]. Further, the judge has to assess whether a party – who is not represented by a lawyer – is aware of the consequences of the divorce. For this purpose the judge may inform the unrepresented party about respective counselling centres and, if necessary, has to postpone the hearing to enable the party to inform itself at these centres[50].

---

44 Section 460 No. 4 Austrian Code of Civil Procedure; Roth, *Zivilprozessrecht*, 2012, p. 94.

45 Section 460 No. 7 Austrian Code of Civil Procedure;Kodek/Mayr, *Zivilprozessrecht,* 2nd edition, 2013, marg. No. 999; Simotta, in: Fasching/Konecny (eds.), *Zivilprozessgesetze*, 2nd edition, 2004, section 460 Austrian Code of Civil Procedure, marg. No. 92.

46 Section 460 No. 1 Austrian Code of Civil Procedure.

47 Section 460 No. 5 Austrian Code of Civil Procedure. The possibility of a default decree *(Versäumungsurteil)* does not exist in matrimonial proceedings. Roth, *Zivilprozessrecht*, 2012, p. 94.

48 Section 170 Austrian Code of Civil Procedure; Kodek/Mayr, *Zivilprozessrecht,* 2nd edition, 2013, marg. No. 429 *et seq.*; Simotta, in: Fasching/Konecny (eds.), *Zivilprozessgesetze*, 2nd edition, 2002, section 170 Austrian Code of Civil Procedure, marg. No. 1.

49 Deixler-Hübner, *Scheidung, Ehe und Lebensgemeinschaft*, 11th edition, 2013, marg. No. 121; Kodek/Mayr, *Zivilprozessrecht,* 2ndedition, 2013, marg. No. 999.

50 Section 460 No. 6 Austrian Code of Civil Procedure; Simotta, in: Fasching/Konecny, *Zivilprozessgesetze*, 2nd edition, 2004, section 460 Austrian Code of Civil Procedure, marg. No. 90.

ii.) The divorce suit and means of defence

Section 460 Austrian Code of Civil Procedure lays down the rules for divorce in contentious proceedings[51]. The divorce suit can either be filed in a written form or it can be brought forward orally at the so-called *Amtstag*, which is a day – usually the Tuesday – held once a week at the district courts in order to give persons, who are not represented by a lawyer, the possibility to place claims or other requests, e.g. for legal aid, on the record and ask simple questions of law[52]. It should be noted that under Austrian law spouses are not obliged to respect a so-called *cooling-off period* before they can file a divorce suit. Concurrently with the divorce suit documents such as the marriage certificate, proof of citizenship, certificate of registration and the birth certificate of children born during the marriage should be submitted.[53] Moreover, if the divorce is based on fault the petitioner has to observe a deadline: The suit has to be submitted within a period of six months after gaining knowledge of the ground, otherwise the suit will be dismissed as unfounded. If a spouse becomes aware of the ground after ten years, it can no longer be invoked (absolute deadline)[54]. It should be noted that the district court responsible for the divorce proceedings is also competent to decide upon claims arising from the marital relationship between the spouses, e.g. maintenance claims or claims relating to the marital home[55]. If, however, the claim does not result from the matrimonial relationship, the judge has to decide whether the consolidation of claims is economically reasonable[56].

After the divorce suit has been filed, the court informs the respondent about the case by sending him or her the divorce suit together with the

---

51 Roth, *Zivilprozessrecht,* 2012, p. 93.

52 Deixler-Hübner, *Scheidung, Ehe und Lebensgemeinschaft*, 11th edition, 2013, marg. No. 118.

53 Deixler-Hübner, *Scheidung, Ehe und Lebensgemeinschaft*, 11th edition, 2013, marg. No. 118.

54 Kerschner, *Familienrecht*, 5th edition, 2013, marg. No. 2/82.

55 Sections 76a and 100 Austrian Jurisdiction Act; Deixler-Hübner, *Scheidung, Ehe und Lebensgemeinschaft*, 11th edition, 2013, marg. No. 117.

56 Deixler-Hübner, *Scheidung, Ehe und Lebensgemeinschaft*, 11th edition, 2013, marg. No. 119.

summons[57]. Various means of defence are at the respondent's disposal: The respondent wishing to uphold the marriage may request the dismissal of the suit, because he or she contests the ground for divorce, or it may raise objections against the suit, e.g. that the other party has forgiven the respondent or that the suit is time-barred[58]. Further, the respondent might argue that the divorce is morally unjustifiable, because e.g. the respondent's misconduct was caused by the claimant's prior culpable behaviour[59]. As a second option the respondent may request the determination of the applicant's contributory or sole fault concerning the ground for divorce. Further, the respondent may submit a counter-claim, if it wishes to obtain the divorce, but is of the view that the applicant has caused the breakdown of the marriage. The judge will then decide upon the claim and the counter-claim in a single judgement.

iii.) The taking of evidence and options during ongoing divorce proceedings

If no settlement can be reached during the preparatory hearing, the judge – after having decided on possible procedural objections and discussed the case with the parties in terms of the underlying facts and the applicable law – announces the further programme. If appropriate, the judge can immediately start taking evidence. After having opened the evidentiary proceeding new facts and evidence can only be submitted, if they were not available at an earlier point in time and the judge is convinced that the party is not trying to delay the proceedings with its submission[60].

The Austrian Code of Civil Procedure provides five types of evidentiary means, namely documents, witnesses, experts, judicial inspections and testimony of the parties[61]. In general, documents, such as letters, photos or hotel bills have the strongest conclusiveness. The burden of

---

57 Deixler-Hübner, *Scheidung, Ehe und Lebensgemeinschaft*, 11th edition, 2013, marg. No. 121.

58 See section 56 Austrian Marriage Act.

59 Section 49 last sentence Austrian Marriage Act.

60 Section 178 para. 2 Austrian Code of Civil Procedure.

61 Roth, *Zivilprozessrecht,* 2012, p. 46 *et seq.*

proof lies with the claimant, who wants to convince the judge of the ground for divorce. If the respondent contests the ground for divorce, it has to offer evidence for its submission. The duration of the proceedings largely depends on the quantity of evidentiary means the parties wish to present. In almost three-quarters of all cases the duration of the proceedings is less than three months[62]. The judge evaluates the presented evidence and assesses whether an allegation is true or not. The required standard of proof is utmost probability, which approximates certainty. As soon as all evidence has been taken, the judge closes the oral hearing. The judgement can either be pronounced orally or delivered in writing. Due to the fact that a divorce constitutes a highly sensitive family matter, the parties may apply for a shortened judgement, which does not contain any reasons for the decision[63].

If the spouses wish to reconsider the divorce during ongoing divorce proceedings, they may suspend it by mutual agreement for a minimum duration of three months[64]. Within these three months neither the parties nor the judge can take any actions with regard to the suspended proceedings. If reconciliation could not be reached, each party may request the continuation of the proceedings after the expiration of the three months[65]. Further, during contentious divorce proceedings the spouses may file a joint request for divorce by consent with the same court[66]. This results in the suspension of the contentious proceedings. If the spouses are divorced on the ground of mutual consent, the divorce suit is considered to be withdrawn. If, on the other hand, the spouses withdraw their joint request for divorce by consent or the court dismisses the request the suspended proceedings are only resumed, if one spouse requests so[67].

---

62 Statistik Austria, http://www.statistik.at/web_de/statistiken/bevoelkerung/scheidungen/ (last accessed 6 October 2014).

63 Section 460 No. 8a Austrian Code of Civil Procedure.

64 Section 168 Austrian Code of Civil Procedure; Roth, *Zivilprozessrecht,* 2012, p. 78.

65 Section 168 Austrian Code of Civil Procedure.

66 Sections 114a para. 3 Austrian Jurisdiction Act, 460 No. 10 Austrian Code of Civil Procedure.

67 Fasching, *Lehrbuch des österreichischen Zivilprozeßrechts,* 2nd edition, 1990, marg. No. 2364; Deixler-Hübner, *Scheidung, Ehe und Lebensgemeinschaft*, 11th edition, 2013, marg. No. 145.

iv.) Legal costs and review proceedings

The judgement will also contain a decision on the question of who bears the incurred costs[68]. Generally, the legal costs comprise court's and attorney's fees as well as cash expenditures, e.g. travel and accommodation costs of the witnesses. The court's and attorney's fees are dependent upon the amount in dispute. A divorce suit is currently valued with EUR 4.360,-- and the claimant is required to pay a flat fee of EUR 297,-- for the proceedings at first instance[69]. Also pre-procedural costs *(vorprozessuale Kosten)* might be reimbursed. According to case law such pre-procedural costs might include costs for a detective, if they had become necessary to prove the misconduct of one spouse.

The basic rule of cost and fee allocation sets forth that the loser has to pay all fees and costs of the parties as long as these costs were reasonable and necessary. In divorce proceedings the costs must be borne according to the fault of one or both spouses that has been determined in the judgement. If solely the respondent was responsible for the divorce, it has to pay all the costs. The judge may also come to the conclusion that both spouses were equally responsibleor it may grant the divorce without deciding upon one's fault. In this case every party has to bear its own costs[70]. If the divorce is granted under section 55 Austrian Civil Code (divorce on the ground of irretrievable breakdown), the person who has caused the irretrievable breakdown has to reimburse the other party all its costs[71].

Each party has the possibility to appeal against the divorce decree[72]. In general, review proceedings in divorce matters can be initiated regardless of the amount in dispute. It should be noted that the parties are not allowed to

---

68 For a general overview of legal costs in Austria see Roth, *Litigation in Austria. Are Costs and Fees Worth It?,* in: Reisman (ed.), *Cost and Fee Allocation in Civil Procedure – A Comparative Study*, 2012, p. 69 *et seq*.

69 Section 16 para. 2 Court Fees Act *(Gerichtsgebührengesetz);* section 10 para. 4a Attorneys' Tariff Act *(Rechtsanwaltstarifgesetz).*

70 Section 45a para. 1 Austrian Code of Civil Procedure.

71 Section 45a para. 2 Austrian Code of Civil Procedure.

72 Deixler-Hübner, *Scheidung, Ehe und Lebensgemeinschaft*, 11th edition, 2013, marg. No. 135a.

submit new claims, defences, facts or evidence due to the *Neuerungsverbot* (prohibition of putting forward new material in review proceedings). Reasons for appeal are formal (e.g. procedural errors such as the violation of the right to be heard) as well as substantive defects (e.g. incorrect application of the law) concerning the proceedings at first instance. The submission of an appeal necessarily requires the representation by a lawyer, who has to file the appeal at the district court within four weeks after the delivery of the written divorce decree[73]. The appeal suspends the validity as well as the enforceability of the judgement. The appellate court, which is in divorce matters, the regional court, may affirm, modify or set aside the decision. Against the judgement of the regional court a revision (second appeal) can be filed with the Austrian Supreme Court, if the legal issue is of significant importance. Until the judgement gains legal force, the claimant may withdraw the divorce suit, hence, this is also possible during review proceedings[74]. If one of the spouses dies during the divorce proceedings, the proceedings are declared terminated[75]. The decision becomes legally binding after four weeks of the written delivery of the judgement to both ex-spouses, if they did not waive their right to appeal earlier[76].

3.) Non-contentious divorce proceedings

Divorce by consent is heard in non-contentious proceedings under sections 93-96 Austrian Non-contentious Proceedings Act. Spouses seeking divorce by consent must file a joint request for divorce *(gemeinsamer Scheidungsantrag)* under section 55a para. 1 Austrian Marriage Act. If one spouse does not agree with the request, it has to be dismissed. Generally, the procedure is determined by the principle of unanimity: If one spouse fails to act – e.g. he or she fails to appear at the hearing – the request is considered to be withdrawn[77]. Similarly to the divorce suit in contentious proceedings,

---

73 Roth*, Zivilprozessrecht*, 2012, p. 11.

74 Section 483a para. 1 Austrian Code of Civil Procedure.

75 Section 460 No. 8 Austrian Code of Civil Procedure; Roth*, Zivilprozessrecht*, 2012, p. 94.

76 Deixler-Hübner/Nademleinsky, *Scheidung kompakt,* 4th edition, 2013, p. 48.

77 Cf. Deixler-Hübner, in: Rechberger (ed.), Kommentar zum Außerstreitgesetz, 2nd edition, 2012, section 94 Austrian Non-Contentious Proceedings Act, marg. No. 2.

the request must be accompanied by a marriage certificate, proof of citizenship, certificate of registration and the birth certificate of children born during the marriage[78]. For the divorce based on consent the parties have to pay a total amount of EUR 558,-- comprising EUR 279,-- for the proceedings at first instance and EUR 279,-- for the agreement on the consequences of the divorce[79].

As has been already mentioned above, legal representation is neither required in contentious nor in non-contentious proceedings. Additionally, it should be noted that a double representation of both parties by the same lawyer in non-contentious proceedings is no longer permissible. In contrast, this issue will not arise in contentious proceedings, which are by their nature adversarial[80]. Also in non-contentious proceedings the judge has to inform an unrepresented party about the consequences of the divorce and has to refer the party to respective counselling centres[81]. If the party is given the possibility to obtain advice, the next hearing should be scheduled within 6 weeks[82].

In order to validly request a divorce by mutual consent, the matrimonial partnership must have been dissolved for at least six months[83]. Further, the spouses must reach a written agreement with regard to the consequences of the divorce covering the following matters: the principal place of residence or custody of the children[84]; contact with the children (visiting times, etc.)[85]:

---

78 Cf. Deixler-Hübner, *Scheidung, Ehe und Lebensgemeinschaft*, 11th edition, 2013, marg. No. 140.

79 Tariff Item 12a Court Fees Act.

80 Fucik/Kloiber, *Außerstreitgesetz,* 2005, section 93 Austrian Non-Contentious Proceedings Act, marg. No. 2.

81 Weitzenböck, in: Schwimann/Kodek (eds.), *ABGB Praxiskommentar,* vol. I, 4th edition, 2011, section 55a Austrian Marriage Act, marg. No. 27.

82 Deixler-Hübner, in: Rechberger (ed.), Kommentar zum Außerstreitgesetz, 2nd edition, 2012, section 95 Austrian Non-Contentious Proceedings Act, marg. No. 4.

83 Stabentheiner, in: Rummel (ed.), *Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch,* 3rd edition, 2002, section 55a Austrian Marriage Act, marg. No. 1.

84 See section 179 General Austrian Civil Code; Roth, in: Boele-Woelki/Braat/Curry-Sumner (eds.), *European Family Law in Action, Parental Responsibilities*, vol. III, 2005, see in particular p. 275 *et seq*., p. 299 *et seq.*, p. 501 *et seq.*, Austrian National

maintenance of the children[86]; settling of matrimonial property[87], which will include the necessary arrangements in the event that one spouse works in gainful employment of the other[88]; division of the matrimonial property (dwellings, cars, etc.) and savings[89] and maintenance of a spouse[90]. The listed matters must be covered, unless a final court order already exists concerning one issue or another (e.g. custody)[91]. The agreement on the consequences of the divorce constitutes a legal act and is therefore subject to the rules of contract law[92]. Before the parties conclude the agreement on the consequences of the divorce, they have to certify that they have taken prior advice from a qualified person in terms of the children's specific needs

---

Report available at http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Austria-Parental-Responsibilities.pdf (last accessed 14 November 2014).

85 Section 186 General Austrian Civil Code.

86 Section 231 General Austrian Civil Code.

87 Roth, in: Boele-Woelki/Braat/Curry-Sumner (eds.), *European Family Law in Action, Property Relations Between Spouses*, vol. IV, 2009, see in particular p. 495 *et seq.*, p. 981 *et seq.,* Austrian National Report available at http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Austria-Property.pdf (last accessed 14 November 2014); Deixler-Hübner, *Scheidung, Ehe und Lebensgemeinschaft*, 11th edition, 2013, marg. No. 138.

88 See section 98 General Austrian Civil Code. Some authors are of the opinion that agreements on compensation under section 98 General Austrian Civil Code do not fall under section 55a para. 2 Austrian Marriage Act; Weitzenböck, in: Schwimann/Kodek (eds.), *ABGB Praxiskommentar*, vol. I, 4th edition, 2011, section 55a Austrian Marriage Act, marg. No. 17; Stabentheiner, in: Rummel (ed.), *Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch*, 3rd edition, 2002, section 55a Austrian Marriage Act, marg. No. 14. In contrast Aicher, *Ehescheidung und Scheidungsfolgen,* in: Floretta (ed.), *Das neue Ehe- und Kindschaftsrecht*, 1979, p. 113; Mänhardt, *Die Scheidung im Einvernehmen,* in: Ostheim (ed.), *Schwerpunkte der Familienrechtsreform 1977/1978,* 1979, p. 133.

89 Section 81 *et seq.* Austrian Marriage Act; Deixler-Hübner, *Scheidung, Ehe und Lebensgemeinschaft*, 11th edition, 2013, marg. No. 138.

90 Roth, in: Boele-Woelki/Braat/Curry-Sumner (eds.), *European Family Law in Action, Maintenance Between Former Spouses*, vol. II, 2003, chapter C., Austrian National Report available at http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Austria-Divorce.pdf (last accessed 14 November 2014).

91 Section 55a para. 3 Austrian Marriage Act.

92 Koziol/Welser, *Grundriss des Bürgerlichen Rechts*, vol. I, 13th edition, 2006, p. 516 *et seq.*

resulting from the divorce[93]. Hence, they are obliged to consult child psychologists, child psychiatrists or family counselling centres to obtain respective information[94]. Parties in non-contentious proceedings are only the spouses[95]. Oral hearings are prescribed by law, in practice, however, these hearings are limited to examining the parties and recording their agreement. If the parties do not submit an agreement on the consequences of the divorce, the judge has to instruct them to conclude one. As long as the parties have not reached an agreement, they may not waive their right to withdraw the request or their right to appeal. As in contentious proceedings, the judge may suggest mediation in non-contentious proceedings. However, mediation cannot be court-ordered, since it is based on the principle of voluntariness.

It is not possible to convert divorce proceedings on the ground of mutual consent into proceedings based on other grounds[96]. In non-contentious proceedings the court decides by way of order *(Beschluss),* which has to be reasoned[97]. The parties may apply for a decision, which does not contain any reasons as to the divorce. The parties can appeal against the decision of the district court with a so-called *Rekurs* within 14 days[98]. Against the decision of the regional court a party can file a *Revisionsrekurs,* which is the second and last possibility of an appeal. Until the decision enters into effect, a party may withdraw its request. After the party waived its right to appeal, it may no longer withdraw the request[99]. The marriage is dissolved when the decision becomes final. Generally, the parties equally bear the legal costs resulting from the divorce proceedings. If, however, one party has undertaken a greater procedural effort, then the costs will be borne proportionally.

---

93 Section 95 para. 1a Austrian Non-Contentious Proceedings Act.

94 Neumayr, *Außerstreitverfahren,* 2014, p. 69.

95 Section 93 para. 2 Austrian Non-Contentious Proceedings Act.

96 Section 42 paras. 1 and 4 Austrian Jurisdiction Act.

97 Deixler-Hübner, in: Rechberger (ed.), Kommentar zum Außerstreitgesetz, 2nd edition, 2012, section 96 Austrian Non-Contentious Proceedings Act, marg. No. 3.

98 Mayr/Fucik, *Verfahren außer Streitsachen*, 2013, marg. No. 242,270.

99 Judgement of the Austrian Supreme Court 12.12.2002, 6 Ob 259/02k.

4.) Mediation – creating a win-win situation for both spouses

Although a marriage can only be dissolved by judicial decision, mediation – understood as a complementary assistance during the separation phase to reach an agreement on some consequences of the divorce – is gaining importance in Austria[100]. Mediation being a voluntary and out-of-court process can support the parties in finding an acceptable solution for both and to maintain a proper basis for further discussion, which is of particular essence, if children are involved. As already mentioned above, spouses are not obliged to turn to alternative dispute resolution, rather the judge may invite them to do so.

Mediation is governed by the Federal Law on Mediation in Civil Matters (Austrian Mediation Act), which entered into force on 1 May 2004. In mediation a professionally trained neutral third person (mediator) encourages communication between the parties with the aim of enabling the parties themselves to reach a solution[101]. It is therefore not the task of the mediator to offer advice or to propose a solution, rather the mediator has to facilitate the communication between the parties. However, the mediator is allowed to offer non-binding advice, if this seems to be appropriate in the case at hand. The hourly rate for family mediation is EUR 182,--, depending on the income of the parties and the number of joint children, the whole amount or a certain percentage will be covered by the state. The Federal Minister of Justice maintains a list of mediators, which is electronically available[102]. Negotiations with a mediator, who is registered in the list, suspend the statute of limitations and other deadlines. In cross-border cases the law implementing the EU Directive, namely the Austrian EU-Mediation-Act *(EU-Mediations-Gesetz)* applies[103].

---

100 Cf. Hinteregger, Familienrecht, 6th edition, 2013, p. 102; for a general overview of mediation in Austria see Roth/Stegner, *Mediation in Austria*, in: Roth/Geistlinger (eds.), *Yearbook on International Arbitration,* vol. III, 2013, p. 367 *et seq*.

101 Section 1 Austrian Mediation Act.

102 Bundesministerium für Justiz,http://www.mediatorenliste.justiz.gv.at/mediatoren/mediatorenliste.nsf/docs/home (last accessed 6 October 2014).

103 Section 1 para. 1 Austrian EU-Mediation-Act.

If the parties reach a solution in the mediation, the settlement does not automatically constitute an enforceable title. The settlement – which is qualified as a civil law contract under Austrian law – has to be recorded in the form of a notarial deed or a court settlement to be enforceable[104]. Mediation constitutes a highly efficient problem-solving model, because it allows to discuss the needs and wishes of both spouses and to find a solution which suits them best.

IV. Dissolution of registered partnerships

The Austrian Registered Partnership Act *(Eingetragene Partnerschaft-Gesetz),* which entered into force in 2010, enables same-sex couples to register their partnership at the competent district authority[105]. Although the institution of marriage is still exclusively available for heterosexual couples, the registered partnership comes close to a marriage and establishes a long-term relationship with mutual rights and obligations similar to a marriage[106]. Moreover, the Austrian Registered Partnership Act was drafted along the lines of the Austrian Marriage Act. Thus, it comes as no surprise that the grounds for dissolving a registered partnership as set forth in the Austrian Registered Partnership Act are identical to the grounds for divorce as provided for in the Austrian Marriage Act[107]. Further, section 43 para. 1 No. 2 and 25 Austrian Registered Partnership Act stipulates that the rules governing the divorce proceedings of heterosexual couples shall apply to the dissolution of registered partnerships respectively. Accordingly, the dissolution of registered partnerships falls in the jurisdiction of district courts and will either be heard in contentious or non-contentious proceedings

---

104 Section 3 Austrian Notaries Act; section 433a Austrian Code of Civil Procedure.

105 Curry-Summer*, A Patchwork of Partnerships: Comparative Overview of Registration Schemes in Europe,* in: Boele-Woelki/Fuchs (eds.), *Legal Recognition of Same-Sex Relationships in Europe*, 2nd edition, 2012, p. 77.

106 Sections 7 *et seq.* Austrian Registered Partnership Act.

107 Faffelberger, *Familienrecht,* 2010, p. 30 *et seq.*; Hinteregger, *Familienrecht,* 6th edition, 2013, p. 150; Gitschthaler, in: Gitschthaler/Höllwerth (eds.), *Ehe- und Partnerschaftsrecht*, section 15 Austrian Registered Partnership Act, 2011, marg. No. 1 *et seq*.

depending upon the ground the request for dissolution is based on[108]. Until 2013, 1.892 same-sex couples have been registered, 77 out of them were dissolved again by the courts[109].

V. Recognition and enforcement of foreign divorce decrees

The Brussels IIa Regulation[110] sets *inter alia* forth the rules for the recognition and enforcement of judgements in matrimonial matters including divorce decrees within the member states of the European Union[111]. It prescribes an automatic recognition of all judgements issued in one member state without any intermediary procedure being required[112]. However, the scope of application of the regulation is restricted to 'positive decisions'; judgements refusing a request must not be recognized[113]. Besides, the recognition of a judgement may be denied, if a ground for refusal exists pursuant to Art 22 Brussels IIa Regulation[114].

---

108 For further information reference can thus be made to the explanations above under section III.

109 Statistik Austria, http://www.statistik.at/web_de/statistiken/bevoelkerung/gleichgeschlechtliche_partnerschaften_eintragung_und_aufloesung/partnerschaftsbegruendungen/index.html; http://www.statistik.at/web_de/statistiken/bevoelkerung/gleichgeschlechtliche_partnerschaften_eintragung_und_aufloesung/partnerschaftsaufloesungen/index.html (last accessed 11 October 2014).

110 Council Regulation (EC) No. 2201/2003 of 27 November 2003 concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgements in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, repealing Regulation (EC) No. 1347/2000.

111 Roth, *Zivilprozessrecht,* 2012, p. 162 *et seq*.

112 Art 21 para. 1 Brussels IIa Regulation; Roth, *Zivilprozessrecht,* 2012, p. 167; Mayr, *Europäisches Zivilprozessrecht*, 2011, marg. No. IV/56.

113 Mayr, *Europäisches Zivilprozessrecht*, 2011, marg. No. IV/56; Nademleinsky/Neumayr, *Internationales Familienrecht,* 2007, marg. No. 05.55.

114 These grounds are: Recognition is manifestly contrary to the public policy of the Member State in which recognition is sought; Respondent was not served with the document that instituted the proceedings in sufficient time to arrange for his or her defense unless it is determined that the respondent has accepted the judgement unequivocally; Recognition is irreconcilable with a judgement given in proceedings between the same parties in the Member State in which recognition is sought; or it is irreconcilable with an earlier judgement given in another Member State or in a non-

The recognition of foreign decisions rendered outside the European Union is primarily governed by international treaties according to section 100 Austrian Non-contentious Proceedings Act. In absence of such international treaties sections 97-99 Austrian Non-contentious Proceedings Act regulate the recognition of foreign decisions[115]. Foreign divorce decrees are automatically recognized, if they are legally binding and no ground for refusal exists[116]. If, however, the petitioner shows sufficient legal interest in having an explicit decision recognizing the divorce decree, separate proceedings are held[117]. Further, it should be noted that the refusal grounds contained in the Brussels IIa Regulation and the Austrian Non-contentious Proceedings Act are similarly drafted. Both stipulate for instance that the recognition of a foreign divorce decree may be denied, if it violates the Austrian public policy and is therefore contrary to the fundamental principles of the Austrian legal system[118]. The Austrian Supreme Court has ruled that the repudiation of a wife pursuant to Islamic law *(talaq)* violates the national public order[119].

VI. Conclusion

Divorce is certainly a complex process. Besides managing daily routine, facing psychological and financial challenges, the involved persons have to deal with awkward legal issues. Nonetheless, around 1.330 requests

---

Member State between the same parties, provided that the earlier judgement fulfils the conditions necessary for its recognition in the Member State in which recognition is sought.

115 Neumayr, *Außerstreitverfahren,* 2014, p. 69.

116 Section 97 para. 1 Austrian Non-contentious Proceedings Act; Deixler-Hübner, *Scheidung, Ehe und Lebensgemeinschaft*, 11th edition, 2013, marg. No. 138. These grounds comprise: violation of the Austrian public order; the right to be heard was not granted to one of the spouses; incompatibility with a decision rendered in Austria or a previously rendered decision which fulfils the conditions for recognition in Austria; the authority was not competent to issue a decision according to Austrian law.

117 Section 98 Austrian Non-contentious Proceedings Act.

118 Nademleinsky/Neumayr*, Internationales Familienrecht,* 2007, marg. No. 05.75.

119 Prevailing case law, e.g.Judgement of the Austrian Supreme Court of 31.08.2006, 6 Ob189/06x.

for divorce are filed at Austrian district courts monthly. However, 75 per cent of the initiated proceedings take less than three months[120]. This fortunate finding is due to the fact that around 87 per cent of the divorce petitions are based on consent and settled in non-contentious proceedings[121], which generally are simpler, faster and cheaper than the form-stricter contentious proceedings[122].

Spouses seeking divorce by consentare not opponents, but petitioners pursuing the same aim. Correspondingly non-contentious proceedings are commenced upon a joint request by both spouses. In such proceedings there is no room for accusations, they rather create an atmosphere for open, problem-oriented talks. Having this in mind non-contentious divorce proceedings are clearly less unsettling for the parties than contentious proceedings, which are initiated by one spouse against the other.

In order to obtain a divorce by consent, spouses are required to reach an agreement not only concerning the divorce as such, but also concerning the consequences of the divorce. This leaves a considerable leeway to the parties to organise their financial and child related matters following the divorce according to their needs. A jointly negotiated agreement is definitely more satisfactory for the parties than an authoritative decision by a judge and will therefore enjoy a greater level of acceptance.

All in all, the prevailing legal situation in Austria suggests that spouses seeking divorce turn to non-contentious proceedings. In this way they may mitigate possible damages, be they of financial or personal nature, and maintain a relationship of appreciation and respect.

---

120 Statistik Austria, http://www.statistik.at/web_de/statistiken/bevoelkerung/scheidungen/ (last accessed 6 October 2014).

121 Statistik Austria, http://www.statistik.at/web_de/statistiken/bevoelkerung/scheidungen/ (last accessed 6 October 2014).

122 Deixler-Hübner, *Scheidung, Ehe und Lebensgemeinschaft*, 11th edition, 2013, marg. No. 138.

ZUR ÖRTLICHEN ZUSTÄNDIGKEIT FÜR EINE VOM STAATSANWALT GEGEN BEIDE EHEGATTEN ERHOBENE KLAGE AUF NICHTIGERKLÄRUNG IHRER EHE*

o. Univ.-Prof. MMag. Dr. Daphne-Ariane SIMOTTA**

A. Problemstellung

Nach § 23 EheG[1] ist eine Ehe nichtig, wenn sie ausschließlich oder überwiegend zu dem Zweck geschlossen worden ist, dem einen Ehegatten die Führung des Familiennamens des anderen Ehegatten oder den Erwerb der Staatsangehörigkeit des anderen Ehegatten zu ermöglichen[2], ohne dass die eheliche Lebensgemeinschaft begründet werden soll. Nichtig sind also **Namens- und Staatbürgerschaftsehen**, wenngleich die Heirat mit einem

---

* Der vorliegende Beitrag basiert auf meiner Kommentierung des § 76 JN in der dritten Auflage des von *Fasching/Konecny* herausgegebenen Kommentars zu den Zivilprozessgesetzen.

** Stellvertretende Leiterin des Instituts für Österreichisches und Internationales Zivilgerichtliches Verfahren, Insolvenzrecht und Agrarrecht an der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Karl-Franzens-Universität Graz

1 Gesetz vom 6.7.1938 zur Vereinheitlichung des Rechts der Eheschließung und der Ehescheidung, dRGBl 1938 I 807.

2 § 23 Abs 1 EheG lautet eigentlich dahingehend, dass die Ehe ausschließlich oder überwiegend zu dem Zweck geschlossen worden ist, der Frau die Führung des Familiennamen des Mannes oder den Erwerb der Staatsangehörigkeit des Mannes zu ermöglichen, ohne dass die eheliche Lebensgemeinschaft begründet werden soll. Allerdings ist - wie der OGH in seiner Entscheidung 4 Ob 39/00i SZ 73/27 ausgesprochen hat- § 23 Abs 1 EheG trotz seines gleichheitswidrig formulierten Wortlauts auch auf jenen Fall anzuwenden, dass ein Mann den Namen oder die Staatsangehörigkeit der Frau erwerben will. So auch *Koch* in *Koziol/Bydlinski/ Bollenberger*, Kurzkommentar zum ABGB[4] (2014) § 23 EheG Rz 1.

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Özel Sayı 2014, s. 369-380 (Basım Yılı: 2015)
Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ'e Armağan

Österreicher bzw eine Österreicherin nicht mehr wienach StbG 1949[3] kraft Gesetzes oder nach dem StbG 1965[4] durch Erklärung zum Erwerb der österreichischen Staatsbürgerschaft führt, sondern diesen gemäß § 11a StbG[5] nur mehr erleichtert[6]. Die Rechtsprechung[7] wendet § 23 EheG analog auch auf jene Fälle an, in denen durch die Heirat mit einem Inländer bzw einer Inländerin leichter eine **Aufenthalts- oder Arbeitsbewilligung** erlangt werden kann.

Zur Erhebung einer Klage auf Nichtigerklärung einer Ehe aus den in Art 23 EheG genannten Gründen ist gemäß § 28 Abs 1 EheG **nur** der **Staatsanwalt legitimiert**. Die Klage ist gegen beide Ehegatten gemeinsam zu richten[8], die eine einheitliche Streitpartei nach § 14 ZPO bilden[9]. Daraus ergibt sich, seitdem § 76 Abs 1 JN[10] durch das FamGG[11] geändert worden

---

3 Staatsbürgerschaftsgesetz 1949, Anlage 2 der Kundmachung der Bundesregierung vom 4.11. 1949 über die Wiederverlautbarung von Rechtsvorschriften auf dem Gebiet des Staatsbürgerschaftsrechts, BGBl 1949/276.

4 Bundesgesetz vom 15.7. 1965 über die österreichische Staatsbürgerschaft (Staatsbürgerschaftsgesetz 1965), BGBl 1965/250.

5 Bundesgesetz vom über die österreichische Staatsbürgerschaft (Staatsbürgerschaftsgesetz 1985), BGBl 1985/311. Dass die Heirat mit einem Österreicher oder Österreicherin nicht mehr allein für den Erwerb der österreichischen Staatsbürgerschaft genügt, wurde bereits durch die Staatsbürgerschaftsgesetz-Novelle 1983, BGBl 1983/170 verfügt.

6 Auch wenn die Eheschließung bloß zum Zweck der Erleichterung der Einbürgerung erfolgte, ist sie nichtig (OGH 6 Ob 720/88 SZ 61/262 = EvBl 1989/104 = JBl 1989, 306 = RZ 1989/24 = EFSlg XXV/6).

7 OGH 8 Ob 577/93 SZ 67/56 = EvBl 1995/2 = JBl 1995, 55 (ablehnend *H. Pichler*) = EFSlg 75.501; OGH 3 Ob 535/95 ZfRV 1996/29 =EFSlg 78.603; OGH 6 Ob 2050/ 96fEFSlg 81.601; OGH 6 Ob 65/97w EvBl 1997/187 = ZfRV 1997, 213 =EFSlg 84.541 =ÖA 1998, 33; OGH 8 Ob 261/97h ZfRV 1997/64 = EFSlg 84.452; LGZ Wien 47 R 2097/90 EFSlg 66.395 = 93.708 = 93.709; OGH 4 Ob 554/94 ZfRV 1995/10; OGH 6 Ob 142/00a ZfRV 2001, 32.

8 *Koch* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, Kurzkommentar[4], § 23 EheG Rz 2.

9 OGH 5 Ob 297/70EvBl 1971/180 = SZ 43/239; OGH4 Ob 39/00i SZ 73/27; OGH 1 Ob 39/00t ZfRV 2001, 33 = EFSlg 94.364; *Koch* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, Kurzkommentar[4], § 28 EheG Rz 3.

10 Gesetz vom 1.8.1895 über die Ausübung der Gerichtsbarkeit und der Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte in bürgerlichen Rechtssachen (Jurisdiktionsnorm), RGBl 1895/ 111.

ist, ein Problem bezüglich der örtlichen Zuständigkeit, wenn die Ehegatten keinen gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt[12] im Inland gehabt haben oder keiner der Ehegatten im Zeitpunkt der Klagserhebung mehr seinen gewöhnlichen Aufenthalt[13] im Sprengel des Bezirksgerichts hat, in dem der (letzte) gemeinsame gewöhnliche Aufenthalt gelegen war. An einem (letzten) gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt wird es aber gerade im Fall einer Scheinehe im Regelfall mangeln.

Bis zum FamGG lautete der zweite Satz des § 76 Abs 1 JN nämlich folgendermaßen: „Hat zur Zeit der Erhebung der Klage keiner der Ehegatten seinen gewöhnlichen Aufenthalt in diesem Sprengel (gemeint ist der Sprengel, in dem sie ihren letzten gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt hatten) oder haben sie im Inland einen gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt nicht gehabt, so ist das Gericht ausschließlich zuständig, in dessen Sprengel der gewöhnliche Aufenthalt des beklagten Ehegatten **oder eines der beklagten Ehegatten** oder falls ein solcher im Inland fehlt, der gewöhnliche Aufenthalt des klagenden Ehegatten liegt, sonst das Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien“. Im Zuge der **Novellierung des § 76 Abs 1 JN durch** das **FamGG ging** die **Wendung „oder eines der beklagten Ehegatten“ verloren**. Da nach den ErläutRV zum FamGG[14] die Änderung des § 76 Abs 1 JN nur deswegen erfolgte, um diesen an die geänderte sachliche Zuständigkeit in Ehesachen anzupassen (statt des Landesgerichts ist nunmehr das Bezirksgericht für die Ehesachen sachlich

---

11 Bundesgesetz vom 23.1.1985, mit dem Bestimmungen über die Zuständigkeiten der Gerichte in Familienangelegenheiten geändert werden, BGBl 1985/70.

12 Zum Begriff des (letzten) gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalts siehe *Simotta* in *Fasching/Konecny*, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen I[3] (2013) § 76 JNRz 6ff.

13 Was unter dem gewöhnlichen Aufenthalt zu verstehen ist wird in § 66 Abs 2 JN definiert: „Der Aufenthalt einer Person bestimmt sich ausschließlich nach tatsächlichen Umständen; er hängt weder von der Erlaubtheit noch der Freiwilligkeit des Aufenthaltes ab.Bei der Beurteilung, ob ein Aufenthalt als gewöhnlicher Aufenthalt anzusehen ist, sind seine Dauer und seine Beständigkeit sowie andere Umstände persönlicher oder beruflicher Art zuberücksichtigen, die dauerhafte Beziehungen zwischen einer Person und ihrem Aufenthalt anzeigen. Näheres siehe bei *Simotta i*n *Fasching/Konecny*, Komm I[3] § 66 JN Rz 21.

14 Erläuternde Bemerkungen zur Regierungsvorlage zum FamGG 669 BlgNR 15. GP 35.

zuständig) und in den ErläutRV zum FamGG[15] kein Wort darüber zu finden ist, warum die Wendung „oder eines der beklagten Ehegatten" entfallen sollte, kann es sich bei der Auslassung dieser Wendung nur um ein **Redaktionsversehen**[16] handeln. Beim Abschreiben bzw Adaptieren des alten Textes ist einfach ein Lapsus passiert.

Jedenfalls besteht nunmehr auf Grund des Fehlens der Wendung „oder eines der beklagten Ehegatten" vor allem in der Rechtsprechung[17] Uneinigkeit darüber, wonach sich nun die örtliche Zuständigkeit für gegen beide Ehegatten erhobene Nichtigkeitsklagen des Staatsanwalts richtet.

B. Die Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes

In der Entscheidung **7 Ob 347/98z**[18] hat der Oberste Gerichtshof (im Folgenden OGH) ausgesprochen, dass, wenn die beklagten Ehegatten in verschiedenen Gerichtssprengeln ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, **nicht an den gewöhnlichen Aufenthalt eines der beklagten Ehegatten angeknüpft werden könnte**. Der OGH lehnte diese Anknüpfung **wegen des daraus folgenden Wahlrechts des Staatsanwalts** ab. Ein solches Wahlrecht sei damit unvereinbar, dass das Gericht am gewöhnlichen Aufenthalt des (jeweiligen) Beklagten ausschließlich[19] zuständig und eine

---

15 Siehe die vorige FN.

16 Auf dieses Redaktionsversehen und dass dieses auch Bedeutung für § 114a Abs 1 JN hat, da in diesem auf § 76 Abs 1 JN verwiesen wird, habe ich mehrfach (*Simotta,* Die Änderungen der Zuständigkeit in Ehe- und Familiensachen in der geplanten „Zivilverfahrens-Novelle", ÖJZ 1982, 66 FN 37; *dies,* Wann treten in Ehe- und Familiensachen die Bestimmungen der Zivilverfahrens-Novelle 1983 in Kraft? AnwBl 1983, 313; *dies*, Wann treten in Ehe- und Familiensachen die neuen Zuständigkeitsbestimmungen in und die alten außer Kraft? ÖJZ 1986, 706 f) hingewiesen.

17 OGH 8 Ob 69/04m EFSlg 108.736 = ZfRV 2004/40; OGH 1 Ob 39/00i EFSlg 94.364 = ZfRV 2001, 33; OGH 4 Ob 39/00i SZ 73/27 = EFSlg 94.364 = EvBl 2000/126 = JBl 2000, 804; OGH 7 Ob 347/98z EFSlg 90.757 = ZfRV 1999/78, 232; OGH RIS-Justiz RS0113165.

18 OGH 7 Ob 347/98z EFSlg 90.757 = ZfRV 1999/78, 232.

19 Ein ausschließlicher Gerichtsstand schließt den allgemeinen Gerichtsstand und damit auch die Wahlgerichtsstände aus. Vgl *Rechberger/Simotta*, Grundriss desösterreichischen Zivilprozessrechts[8] (2010) Rz 231.

gemeinsame Klage gegen beide Ehegatten einzubringen sei. Es komme daher **nur** die **subsidiäre Zuständigkeit des Bezirksgerichts Innere Stadt Wien** in Betracht. Dieser Gerichtsstand schließt den Gerichtsstand der Streitgenossenschaft nach § 93 JN[20] aus.

Diese Ansicht ist jedoch **von anderen Senaten des OGH**[21] **verworfen** worden. Seit dem Jahr 2000 vertritt der OGH die Ansicht, dass sich schon **auf Grund einer bloßen Wortinterpretation des § 76 Abs 1 JNergebe**, dass dieser **auf** eine **Ehenichtigkeitsklage des Staatsanwalts gegen beide Ehegatten nicht zur Anwendung** komme. § 76 Abs 1 JN regle nämlich nur die örtliche Zuständigkeit für Streitigkeiten über die Scheidung, die Aufhebung, die Nichtigerklärung oder die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens einer Ehe **zwischen den Parteien;** die Zuständigkeit für die Ehenichtigkeitsklage des Staatsanwalts gegen beide Ehegatten werde darin nicht behandelt bzw diese in § 76 Abs 1 JN gar nicht erwähnt.

Ein **Wahlrecht des Staatsanwalts zwischen den verschiedenen gewöhnlichen Aufenthalten der** beklagten **Ehegatten** wird außerdem **wegen Unvereinbarkeit mit einem ausschließlichen Gerichtsstand,** wie ihn § 76 Abs 1 JN normiert, **abgelehnt**. Daraus sei – entgegen der Entscheidung 7 Ob 347/98z – aber nicht die Konsequenz zu ziehen, die subsidiäre Auffangzuständigkeit des Bezirksgerichts Innere Stadt Wien zur primären Zuständigkeit zu erheben, und den durch den gewöhnlichen Aufenthalt eines oder beider beklagten Ehegatten in Österreich bestehenden Bezug zu einem anderen inländischen Gericht zu ignorieren, sondern daraus sei zu schließen, dass **§ 76 Abs 1 JN** die **Ehenichtigkeitsklage des Staatsanwalts nicht erfasse,** sondern sich eben nur **auf Streitigkeiten aus dem Eheverhältnis zwischen den Parteien** beschränke.

---

20 Die Anwendung des Gerichtsstands der Streitgenossenschaft setzt nämlich voraus, dass kein gemeinsamer besonderer Gerichtsstand besteht. Zuden besonderen Gerichtsständen zählen Wahlgerichtsstände und ausschließliche Gerichtsstände. Näheres dazu siehe bei *Simotta* in *Fasching/Konecny*, Komm I[3] § 93 JN Rz 6.

21 OGH 8 Ob 69/04m EFSlg 108.736 = ZfRV 2004/40; OGH 1 Ob 39/00t EFSlg 94.364 = ZfRV 2001, 33; OGH 4 Ob 39/00i SZ 37/27 = EFSlg 94.364 = EvBl 2000/126 = JBl 2000, 804; Ris-Justiz RS0113165.

Der Staatsanwalt habe daher die **Ehenichtigkeitsklage beim allgemeinen Gerichtsstand**[22] **des bzw der Beklagten einzubringen** (§§ 65, 66 JN). Da die beklagten Ehegatten eine einheitliche Streitpartei nach § 14 ZPO bilden[23], ist für den Ehegatten, für den das angerufene Gericht nicht das Gericht seines allgemeinen Gerichtsstands ist, der **Gerichtsstand der Streitgenossenschaft** (§ 93 Abs 1 JN) begründet[24]. Die Subsidiarität dieses Gerichtsstands – der Gerichtsstand der Streitgenossenschaft ist nämlich nur dann anwendbar, wenn für alle Streitgenossen kein gemeinsamer besonderer Gerichtsstand gegeben ist – stehe der Anwendung des § 93 Abs 1 JN (dh des Gerichtsstands der Streitgenossenschaft) nicht entgegen, weil für die beklagten Ehegatten kein gemeinsamer besonderer Gerichtsstand bestehe, wenn – wie ausführlich dargelegt – die Anwendbarkeit des § 76 Abs 1 JN zu verneinen ist. Sollte sich in einem Fall keiner der Ehegatten in Österreich aufhalten und der Staatsanwalt dennoch eine Ehenichtigkeitsklage einbringen[25], so wäre nach § 28 JN[26] vorzugehen.

---

22 Nach § 66 JN wird der allgemeine Gerichtsstand einer natürlichen Person durch deren Wohnsitz oder deren gewöhnlichen Aufenthalt bestimmt. Der Wohnsitz einer Person istgemäß § 66 Abs 1 JN an dem Ort begründet, an welchem sie sich in der erweislichen oder aus den Umständen hervorgehenden Absicht niedergelassen hat, daselbst bleibenden Aufenthalt zu nehmen. Zum Begriff „gewöhnlicher Aufenthalt" siehe FN 13, zum allgemeinen Gerichtsstand siehe *Simottain Fasching/Konecny*, Komm I^3 § 66JN.

23 Siehe FN 14.

24 Dieser Ansicht haben sich *Hopf/Kathrein*, Eherecht^3 (2014) § 76 JN Rz 1, *Mayr* in *Rechberger* (Hrsg), Kommentar zur ZPO^4 (2014) § 76 JN Rz 1und *Nademleinsky* in *Gitschthaler/Höllwerth* (Hrsg), Kommentar zum Ehe- und Partnerschaftsrecht (2011) § 76 JN Rz 3 angeschlossen; aA sind jedoch *Fasching,* Lehrbuch des österreichischen Zivilprozeßrechts^2 (1990) Rz 280; *Simotta* in *Fasching/Konecny*, Komm I^3 § 76 JN Rz 15 ff.

25 Allerdings muss, damit der Staatsanwalt die Nichtigkeitsklage auch dann erheben kann, wenn keiner der Ehegatten seinen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt in Österreich hat, die internationale Zuständigkeit in Ehesachen gegeben sein.

26 § 28 JN regelt die Ordination. Darunter versteht man die Bestimmung eines örtlich zuständigen Gerichts durch den OGH, wenn sich die örtliche Zuständigkeit nicht ermitteln lässt oder es an einer örtlichen Zuständigkeit fehlt.Dass in einem solchen Fall eine Ordination zu erfolgen hat, obwohl nach § 76 Abs 1 JN das BG Innere Stadt Wien (subsidiär) zuständig wäre, ist ein weiterer Punkt, der gegen die Ansicht des OGH spricht, § 76 Abs 1 JN sei auf eine vom Staatsanwalt gegen die Ehegatten erhobene

C. Gegenargumente

Der OGH lehnt also in allen Entscheidungen ein Recht des Staatsanwalts zwischen den gewöhnlichen Aufenthalten der beklagten Ehegatten zu wählen, mit der Begründung ab, ein solches **Wahlrecht sei mit einem ausschließlichen Gerichtsstand**, wie ihn § 76 Abs 1 JN normiere, **unvereinbar.** Diesem Argument ist aber entgegenzuhalten, dass**bis zum FamGGin § 76 Abs 1 JN** ein **solches Wahlrecht** des Staatsanwalts ausdrücklich vorgesehen war und es sich bei **§ 76 Abs 1 JN auch damals** schon **um einen ausschließlichen Gerichtsstand gehandelt** hat. Außerdem enthält auch der (ausschließliche) Gerichtsstand für Streitigkeiten aus gewerblichem Rechtsschutz und Urheberrecht sowie Verbandsklagen (§ 83c JN) ein Wahlrecht des Klägers. Er kann nämlich gemäß § 83c Abs 1 JN bei Vorhandensein mehrerer Niederlassungen die Klage wahlweise beim Gericht der Hauptniederlassung oder derjenigen Niederlassung einbringen, auf die sich die inkriminierte Handlung bezieht. Im Übrigen gibt es sogar Zwangsgerichtsstände[27], wie zB § 7 Abs 1 ASGG[28] oder § 178g Abs 2 VersVG[29], bei denen dem Kläger ein Wahlrecht zwischen mehreren Anknüpfungspunkten eingeräumt wird. Nach § 7 Abs 1 ASGG ist für die in § 65 Abs 1 Z 1, 2, 4 bis 8 ASGG genannten Rechtsstreitigkeiten nur das Gericht örtlich zuständig, in dessen Sprengel der **Wohnsitz oder gewöhnliche Aufenthalt des Versicherten** liegt. Gemäß § 178g Abs 2 VersVG ist für Klagen nach § 178g VersVG nur das Handelsgericht Wien zuständig. Hat jedoch der Versicherer seinen Sitz im Ausland und keiner der von der umstrittenen Änderung betroffenen Versicherungsnehmer seinen Wohnsitz im Sprengel dieses Gerichts, so ist **nach Wahl des Klägers** jedes die Gerichtsbarkeit in Handelssachen ausübende Landesgericht zuständig, in

---

Klage auf Nichtigerklärung ihrer Ehe nicht anwendbar.Näheres zur Ordination siehe bei *Garber i*n *Fasching/Konecny*, Komm I[3] § 28 JN.

[27] Unter Zwangsgerichtsständen versteht man ausschließliche Gerichtsstände, die nicht durch eine Gerichtsstands-vereinbarung abbedungen werden können. Näheres siehe *Simotta i*n *Fasching/Konecny*, Komm I[3] Vor §§ 83a, 83 b JN Rz 1ff.

[28] Bundesgesetz vom 7.3.1985 über die Arbeits- und Sozialgerichtsbarkeit (Arbeits- und Sozialgerichtsgesetz), BGBl 1985/104.

[29] Bundesgesetz vom 2.12.1958 über den Versicherungsvertrag (Versicherungsvertragsgesetz 1958), BGBl 1959/2.

dessen Sprengel der Wohnsitz wenigstens eines betroffenen Versicherungsnehmers liegt. Aus den genannten Bestimmungen folgt, dass ein Wahlrecht des Klägers mit dem Wesen eines ausschließlichen Gerichtsstandes keineswegs unvereinbar ist. Demnach schließt der Umstand, dass es sich bei § 76 Abs 1 JN um einen ausschließlichen Gerichtsstand handelt, keineswegs ein Wahlrecht des Staatsanwaltes aus. Noch dazu, wo durch das Wahlrecht des Staatsanwalts keiner der Ehegatten gegenüber dem anderen schlechter gestellt wird, weil für jeden Ehegatten eine 50: 50 Chance besteht, an seinem eigenen gewöhnlichen Aufenthalt geklagt zu werden.

Auch ist darauf hinzuweisen, dass **die vom OGH favorisierte Lösung**, § 76 Abs 1 JN sei auf gegen beide Ehegatten gerichtete Nichtigkeitsklagen des Staatsanwalts unanwendbar und es könne daher mangels eines gemeinsamen besonderen Gerichtsstands der **Gerichtsstand der Streitgenossenschaft** (§ 93 Abs 1 JN)[30] angewendet werden, letztlich **zu fast genau demselben Ergebnis führt**, **wie wenn man gleich** – wie vor dem FamGG – dem **Staatsanwalt** ein **Wahlrecht zwischen den gewöhnlichen Aufenthalten der beklagten Ehegatten einräumen würde**. Der Unterschied liegt nur darin, dass bei der vom OGH vorgeschlagenen Lösung an den allgemeinen Gerichtsstand der beklagten Ehegatten und somit nicht nur an deren gewöhnlichen Aufenthalt, sondern auch noch an deren Wohnsitz[31](!) angeknüpft wird, während nach § 76 Abs 1 JN nur der gewöhnliche Aufenthalt eines der beklagten Ehegatten maßgeblich ist. Bei der vom OGH nun favorisierten Lösung ist das Wahlrecht des Staatsanwalts sogar noch ein größeres als jenes, das ihm § 76 Abs 1 JN einräumen würde, wenn man ihn auch heute noch genau so auslegen würde, wie er vor dem FamGG gelautet hat. Denn haben beide Ehegatten jeweils an verschiedenen Orten ihren Wohnsitz und ihren gewöhnlichen Aufenthalt, dann kann der Staatsanwalt nicht bloß zwischen zwei, sondern sogar zwischen vier (!) verschiedenen Anknüpfungspunkten wählen.

---

30 Ausführlich zum Gerichtsstand der Streitgenossenschaft *Simotta* in *Fasching/Konecny*, Komm I^3 § 93 JN.

31 Zum Begriff des Wohnsitzes siehe FN 22 sowie *Simotta* in *Fasching/Konecny*, Komm I^3 § 66 JN Rz 3ff.

Gegen die Ansicht des OGH, dass aus dem Wortlaut des **§ 76 Abs 1 JN**, wonach dieser für Streitigkeiten über die Scheidung, Aufhebung, Nichtigerklärung oder die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens einer Ehe **zwischen den Parteien** gelte, sei abzuleiten, dass **nur Eheklagen zwischen den Parteien** von dieser Bestimmung erfasst werden würden, nicht aber auch eine vom Staatsanwalt gegen beide Ehegatten erhobene Klage auf Nichtigerklärung ihrer Ehe, ist einzuwenden, dass sich die Wortfolge **„zwischen den Parteien" nur auf** die zuletzt genannten **Klagen auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens einer Ehe bezieht.** Damit wollte der Gesetzgeber, da die Klage auf Feststellung des (Nicht) Bestehens einer Ehe – anders als die übrigen Eheklagen – nicht im materiellen Recht geregelt ist, nur klar stellen, dass derartige Klagen nur von einem Ehegatten gegen den anderen, nicht aber auch von einem Dritten gegen die Ehegatten erhoben werden können. Außerdem enthält § 49 Abs 2 Z 2a JN betreffend die sachliche Zuständigkeit in Ehesachen eine gleichlautende Regelung wie § 76 Abs 1 JN. Die vom Staatsanwalt erhobene Klage auf Nichtigerklärung einer Ehe fiele – würde man der Ansicht des OGH folgen – dann generell nicht mehr unter den Begriff der Ehesachen. Bei der sachlichen Zuständigkeit wird jedoch einhellig die Meinung vertreten, dass von § 49 Abs 2 Z 2a JN alle streitigen Ehesachen (§§ 20 ff EheG) erfasst werden[32].

Dass der Gesetzgeber **§ 76 Abs 1 und 2 JN** – entgegen der jetzigen Ansicht des OGH – **auf alle Klagen auf Nichtigerklärung einer Ehe angewendet** wissen wollte und nicht bloß auf solche, bei denen ein Ehegatte den anderen auf Nichtigerklärung der Ehe klagt, folgt **ganz deutlich aus § 76 Abs 2 JN,** der die internationale Zuständigkeit für streitige Ehesachen regelt. In der Z 2 wird nämlich ausdrücklich auf die Nichtigkeitsklage des Staatsanwalts gegen beide Ehegatten Bezug genommen und angeordnet, dass **im Fall einer Nichtigkeitsklage gegen beide Ehegatten** die **internationale Zuständigkeit gegeben** ist, **wenn zumindest eine der beklagten Parteien ihren gewöhnlichen Aufenthalt im Inland** hat. Die Regelung des § 76 Abs

---

32 *Mayr* in *Rechberger*, ZPO[4] § 49 JN Rz 6; *Nademeleinsky* in *Gitschthaler/Höllwerth*, Ehe- und Partnerschaftsrecht § 49 JN Rz 4; *Simotta* in *Fasching/Konecny,* Komm I³ § 49 JN Rz 35.

2 Z 2 JN korrespondiert zur Gänze mit der Regelung des § 76 Abs 1 JN in der Fassung vor dem FamGG.

Wenn der Gesetzgeber ausdrücklich in **§ 76 Abs 2 Z 2 JN** eine Regelung betreffend die internationale Zuständigkeit für die vom Staatsanwalt gegen beide Ehegatten erhobene Nichtigkeitsklage trifft, so **legt** dies zwingend den **Schluss nahe**, dass **die im Abs 1 des § 76 JN getroffene Regelung** betreffend die örtliche Zuständigkeit für Klagen auf Nichtigerklärung einer Ehe **auch für jene Nichtigkeitsklagen** gelten soll, **die vom Staatsanwalt gegen beide Ehegatten erhoben werden**. Es wäre nämlich **völlig unlogisch**, wenn der Gesetzgeber **im Abs 1** des § 76 JN von einem **anderen Begriff der Ehesachen** ausgehen würde **als im Abs 2 desselben Paragraphen**.

Weiters würde **die vom Staatsanwalt gegen beide Ehegatten erhobene Klage auf Nichtigerklärung einer Ehe**, wenn man sie – wie der OGH dies tut – nicht unter den Begriff der Ehesachen (vgl § 49 Abs 2 Z 2a und § 76 JN) subsumieren würde, **unter die sonstigen Streitigkeiten aus dem Eheverhältnis** (§ 49 Abs 2 Z 2b JN) **fallen**. Zu den sonstigen Streitigkeiten aus dem Eheverhältnis gehören einerseits alle Eheklagen, die nicht unter die streitigen Ehesachen (§ 49 Abs 2 Z 2a JN) subsumiert werden können[33] und andererseits Klagen, mit denen Ansprüche geltend gemacht werden, die sich aus dem (aufrechten, aufgelösten oder für nichtig erklärten) Eheverhältnis ergeben[34]. Für nicht rein vermögensrechtliche Streitigkeiten aus dem Eheverhältnis, zu denen ua die Ergänzungsklage, mit der nach bereits erfolgter Ehescheidung weitere Ehescheidungsgründe geltend gemacht werden sollen[35] und ausländische Eheklagen, die dem österreichischen Recht fremd sind[36], zählen, gibt es in **§ 100 JN** einen Wahlgerichtsstand. Nach § 100 JN ist aber **das in § 76 Abs 1 JN (!) bezeichnete Gericht** für nicht rein vermögensrechtliche Streitigkeiten aus dem Eheverhältnis **zuständig.** Dh, selbst wenn die vom Staatsanwalt erhobene Klage auf Nichtigerklärung einer Ehe nicht unter § 76 Abs 1 JN

---

33 *Simotta* in *Fasching/Konecny*, Komm I^3 § 49 JN Rz 42 sowie § 100 JN Rz 2.

34 *Simotta* in *Fasching/Konecny*, Komm I^3 § 49 JN Rz 38f.

35 *Simotta* in *Fasching/Konecny*, Komm I^3§ 49 JN Rz 42.

36 *Simotta* in *Fasching/Konecny*, Komm I^3 § 100 JN Rz 2.

fiele, wäre der **Gerichtsstand der Streitgenossenschaft nicht anwendbar**, weil es sich dann bei der vom Staatsanwalt gegen beide Ehegatten erhobenen Nichtigkeitsklage um eine nicht rein vermögensrechtliche Streitigkeit aus dem Eheverhältnis handeln würde, für die es **nach § 100 JN** eine **gemeinsame besondere Zuständigkeit** geben würde. Dieses Mal ist aber § 76 Abs 1 JN auf jeden Fall anwendbar, weil in § 100 JN nicht darauf abgestellt wird, zwischen wem sich die Streitigkeit (aus dem Eheverhältnis) abspielt. Daraus folgt, dass es auch dann, wenn man die vom Staatsanwalt gegen beide Ehegatten erhobene Nichtigkeitsklage nicht unter § 76 Abs 1 JN subsumieren würde, für die Klage eine gemeinsame besondere Zuständigkeit gibt, weshalb der Gerichtsstand der Streitgenossenschaft (§ 93 Abs 1 JN) nicht anwendbar ist.

D. Fazit

Zusammenfassend kommen für die Lösung des Problems, welches Gericht für eine vom Staatsanwalt gegen beide Ehegatten erhobene Klage auf Nichtigerklärung der Ehe örtlich zuständig ist, wenn beide Ehegatten in verschiedenen Gerichtssprengeln ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, **nur folgende Lösungen** in Frage:

Erstens jene Lösung, die der OGH[37] anfangs gewählt hat, nämlich, dass bei unterschiedlichen gewöhnlichen Aufenthalten der beklagten Ehegatten die **subsidiäre Zuständigkeit des Bezirksgerichts Innere Stadt Wien** zum Tragen kommt. Diese Lösung hat aber den Nachteil, dass sie – wie auch im Fall des § 109 JN, der ebenfalls eine subsidiäre Zuständigkeit des Bezirksgerichts Innere Stadt vorsieht – **zu einer (unnötigen) Belastung des Bezirksgerichts Innere Stadt Wien führt**[38] und überdies die beklagten Ehegatten vor ein Gericht zwingt, zu dem sie – außer sie haben in Wien ihren gewöhnlichen Aufenthalt – im Regelfall gar keinen Bezug haben werden. Außerdem stellt es **für die Ehegatten eine Zumutung** dar, dass sie sich, **auch wenn sie ganz woanders** (zB im Westen Österreichs) **ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, in Wien vom Staatsanwalt auf**

---

37 S FN 14.

38 *Simotta,* AnwBl 1983, 319 FN 19; vgl auch *Maurer,* Eine besonders unzweckmäßige neue gesetzliche Bestimmung: § 109 zweiter Satz, letzter Halbsatz, JN, Rz 1978, 233.

Nichtigerklärung ihrer Ehe klagen lassen müssen. Ist für eine vom Staatsanwalt gegen die Ehegatten erhobene Nichtigkeitsklage, wenn die Ehegatten in verschiedenen Gerichtssprengeln ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, das Bezirksgericht Innere Stadt Wien zuständig, dann werden meistens beide Ehegatten einen weiteren Weg zu Gericht haben, während, wenn an den gewöhnlichen Aufenthalt eines von ihnen angeknüpft werden würde, nur einer der Ehegatten bei einem Bezirksgericht prozessieren müsste, in dessen Sprengel er nicht seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat.

Die zweite Lösung, die in Frage kommt, ist die, dass man – wie vor dem FamGG – **an den gewöhnlichen Aufenthalt eines der beklagten Ehegatten anknüpft**. Diese Regelung scheint vorteilhafter als die subsidiäre Zuständigkeit des Bezirksgerichts Innere Stadt Wien, weil dieses nicht zusätzlich belastet wird und jeder Ehegatte in gleicher Weise die Chance hat, dort verklagt zu werden, wo er seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Diese Lösung steht auch in Einklang mit § 76 Abs 2 Z 2 JN, nach dem die internationale Zuständigkeit Österreichs für die gegen beide Ehegatten gerichtete Nichtigkeitsklage des Staatsanwalts dann gegeben ist, wenn einer der Ehegatten seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Österreich hat. Daher ist mE dieser Lösung der Vorzug zu geben[39].

---

[39] So bereits *Simotta* in *Fasching/Konecny*, Komm I § 76 JN Rz 15/11.

DIE HAFTUNG DES NOTARS ZWISCHEN ÖFFENTLICHER AMTSHAFTUNG UND PRIVATER BERUFSHAFTUNG

EIN BEITRAG AUS DEUTSCHLAND

Prof. Dr. Andreas SPICKHOFF*

I. Einführung

Der Jubilar hat sich als einer der bedeutendsten, wenn nicht als der bedeutendste Prozessrechtswissenschaftler der Türkei tiefgründig mit verfahrensrechtlichen Fragen im umfassenden Sinne befasst. Zur Weite seines Blickfeldes gehört auch sein Interesse für das Notariat, das in vielen seiner Aufgaben und Funktionen der vorsorgenden Rechtspflege dient, Rechtsklarheit und Rechtssicherheit schafft und so in hervorgehobener Weise der Streitvermeidung dient. Sanktionen für Fehlverhalten des Notars können berufsrechtlicher Natur sein und sie können bei besonders schwerwiegenden Pflichtverletzungen strafrechtlich relevant werden. Den Beratenen, beim Notar Rechtssuchenden interessieren demgegenüber eher mögliche Schadensersatzansprüche wegen fehlerhafter Beratung oder sonstiger Fehler durch den Notar. Dabei ist die Präventionswirkung und -funktion des Haftungsrechts, die bei Notaren zu einer besonders sorgfältigen Wahrnehmung ihrer Aufgaben im Kontext der vorsorgenden Rechtspflege führen kann, zunehmend anerkannt[1].

---

* Lehrstuhlinhaber für Bürgerliches Recht, Medizinrecht, IPR und Rechtsvergleichung an der juristischen Fakultät und zugleich geschäftsführender Leiter des Instituts für Notarrecht der Georg-August-Universität Göttingen

1 Siehe insbesondere die Arbeiten von *G. Wagner*, Schadensersatz - Zwecke, Inhalte, Grenzen, in: E. Lorenz (Hrsg.), Karlsruher Forum 2006; *ders.*, Neue Perspektiven im Schadensersatzrecht - Kommerzialisierung, Strafschadensersatz, Kollektivschaden, Gutachten A für den 66. Deutschen Juristentag, 2006; *ders.*, Prävention und Verhaltenssteuerung durch Privatrecht – Anmaßung oder legitime Aufgabe? AcP 206

Indes nehmen die Notare haftungsrechtlich in Deutschland eine Zwitterstellung ein. Das beruht auf ihrer in Deutschland tradierten, von EuGH indes relativierten[2] Qualifikation als Träger eines öffentlichen Amtes, gegebenenfalls als hoheitlich die Staatsgewalt Ausübende. Andererseits zeigt sich gerade dann, wenn der Notar nicht – wie namentlich in Bayern oder im Rheinland – als so genannter „Nur-Notar" in Erscheinung tritt, sondern – wie etwa in Westfalen oder Niedersachsen – als „Anwaltsnotar" (er ist dann in Personalunion Rechtsanwalt und zugleich Notar), dass – auch im Kontext der Rechtsberatung – die Grenzen zwischen anwaltlicher und notarieller Tätigkeit doch fließend sein können, was eine gewisse Nähe zur allgemeinen Berufshaftung (im Sinne der Haftung der so genannten „freien" Berufe) anzeigt.

In seiner Habilitationsschrift mit dem Titel „Berufshaftung" (erschienen 1996) hat *Heribert Hirte* denn auch sechs Berufsgruppen für das Thema der Berufshaftung genauer ins Auge gefasst: die Haftung des Rechtsanwaltes, die Steuerberaterhaftung, die Wirtschaftsprüferhaftung, die Arzthaftung, die Haftung von Architekten und eben die Notarhaftung. Anders als im Falle der eben sonst genannten Berufsgruppen ist die Haftung des Notars in § 19 BNotO, der als ausschließliche Anspruchsgrundlage verstanden wird[3], ausschließlich dem Deliktsrecht im weiteren Sinne zugeordnet, genauer gesagt: dem Bereich der Haftung für Amtspflichtverletzungen. Er steht daher § 839 BGB (in Verbindung mit Art. 34 GG) nahe[4]. Diese Einordnung war bereits der Reichsnotarordnung von 1937 (dort geregelt in § 21) eigen. Wesentlich ist, dass die Notarhaftung damit zumindest formal keine vertragliche Haftung begründet[5]. Damit gilt von vornherein insbesondere nicht § 280 Abs. 1 BGB als zentrale Haftungsgrundlage der vertraglichen Haftung der anderen freien Berufe.

(2006), 350; ferner etwa *Kötz*, Festschrift für Steindorff, 1990, 643; *Deutsch*, Allgemeines Haftungsrecht, 2. Aufl. 1996, Rn. 18; Soergel/*Spickhoff*, BGB, 13. Aufl. 2005, Vor § 823 Rn. 29-35; Staudinger/*Hager*, BGB, Bearbeitung 1999, Vor § 823 Rn. 9-11.

2 Rs C-54/08.a njw 2011, 2941= DNotZ 2011, 462; siehe dazu näher unten.

3 *Schramm*, in: Schippel/Bracker, Bundesnotarordnung, 9. Aufl. 2011, § 19 Rn. 1.

4 MünchKommBGB/*Papier*, 6. Auf. 2013, § 839 Rn. 41.

5 *Hirte*, Berufungshaftung, 1996, S. 71; *Schramm*, in: Schippel/Bracker, § 19 Rn. 4.

Aufgabe der folgenden Überlegungen wird es sein, zunächst einige Charakteristika der Notarhaftung im Vergleich zur „normalen" Berufshaftung, die durch die Parallelität von vertraglicher und deliktischer Haftung geprägt ist, aufzuzeigen. Dabei fällt allerdings sogleich auf, dass es ein in sich konsistentes „System" der Berufshaftung in Deutschland (und erst recht in Europa) zumindest noch nicht gibt[6]. Insbesondere werden richterrechtliche Berufspflichten zum Schutz reiner Vermögensinteressen, namentlich in Form unrichtiger Auskünfte oder Erklärungen, im Rahmen von § 823 Abs. 2 BGB[7] mit Grund nicht anerkannt[8]. Ob es sinnvoll ist, überhaupt von der Existenz eines solchen Systems auszugehen bzw. danach zu suchen, ist obendrein alles andere als unbestritten[9]. Das beruht zum einen auf den unterschiedlichen Personengruppen, die durch die Berufshaftung geschützt werden: Vertragshaftung führt zu Partnerschutz; im Recht der Notarhaftung spricht man von unmittelbar oder mittelbar „Beteiligten" und ggf. deren Schutz: Unmittelbar Beteiligte veranlassen mit eigenem Ansuchen die Notartätigkeit, während bloß mittelbar Beteiligte anlässlich des Amtsgeschäfts für einen anderen im eigenen Interesse mit dem Notar Verbindung aufnehmen; genannt wird hier insbesondere ein (vermeintlich) Vorkaufsberechtigter[10]. Auf der anderen Seite besteht der echte Drittschutz, der vom Deliktsrecht oft nicht zureichend befriedigt werden kann[11]. Dieser

---

6 Ansätze hierzu bei *Hopt*, AcP 183 (1983), 608; *Hirte*, Berufshaftung, S. 313 ff.; *Odersky*, NJW 1989, 1.

7 Dafür *K. Huber*, Festschr. f. v. Caemmerer, 1978, 359; *v. Bar*, Verkehrspflichten, 1980, 237.

8 *Canaris*, Festschrift f. Larenz II, 1983, S. 27, 83f.

9 Gegen eine "Figur der Berufshaftung" aus unterschiedlichen Gründen *Canaris*, Festschrift f. Larenz II, 1983, S. 27, 83 ff., 92 f. (aber Einbeziehung der Auskunftshaftung in den Bereich der culpa in contrahendo, heute § 311 Abse. 2 und 3 BGB); *Picker*, AcP 1983 (183), 369, 441 ff, 519 in: Fußnote 362; skeptisch auch *Schiemann*, Haftung der Dienstleistungsberufe nach deutschem Recht, in: Deutsch/Taupitz, Haftung der Dienstleistungsberufe, 1993, S. 137, 138.

10 Siehe etwa BGH, NJW 2003, 1940: Der vermeintlich Vorkaufsberechtigte muss über die Unwirksamkeit dieses Rechts belehrt werden, wenn das Vorkaufsrecht des Dritten entgegen der Annahme der Beteiligten nicht wirksam ist.

11 *Schiemann*, in: Deutsch/Taupitz, Haftung der Dienstleistungsberufe, S. 137 f.

Einwand gegenüber dem privaten Deliktsrecht beruht auf dem nur sehr fragmentarischen Schutz des genuinen Vermögens (Recht am Unternehmen, Schutzgesetzhaftung und §§ 824 und 826 BGB, den es im Bereich der Notarhaftung in dieser Form nicht zu beklagen gibt. Dennoch bleibt, dass sich dem Betrachter des Rechts der Dienstleistungen und der Berufshaftung ein Bild „verwirrender Vielfalten verschiedenster Haftungsansätze" bietet[12]. Die Haftungsgrundlagen spiegeln eben regelmäßig nicht ein bestimmtes berufliches Rollenverständnis wider, sieht man einmal von einer Vorschrift wie § 19 BNotO oder den neuen §§ 630a ff. BGB für die Arzthaftung (genauer: für diejenigen Berufsgruppen, die einen der dort geregelten medizinischen Behandlungsverträge abschließen können) ab (wobei in den §§ 630a ff BGB nur ein Pflichtenkatalog, aber keine eigenständige Anspruchsgrundlage niedergelegt ist).

In Deutschland ist die Notarhaftung in letzter Zeit scheinbar etwas in den Hintergrund getreten. Von Ende 2012 bis zu Beginn des Jahres 2014 hatte der dafür zuständige II. (Zivil-) Senat des BGH überhaupt nur eine einzige Entscheidung zu damit aufgeworfenen Fragen zu treffen[13]. Das letzte Urteil befasst sich (nur) mit der Frage nach einem Auskunftsanspruch der Partei einer Beurkundung gegenüber der Landesjustizverwaltung bzw. der zuständigen Notarkammer über den Namen und die Adresse der Berufshaftpflichtversicherers (einschließlich der Versicherungsnummer) eines Notars[14]. Das mag gewiss auch als Ausdruck der Qualität und des hohen Standards des deutschen („lateinischen") Notariats zu bewerten sein.

Gleichwohl ist das Thema von besonderer Aktualität, haben sich doch nach dem Koalitionsvertrag vom 14.12.2013 („Deutschlands Zukunft gestalten", S. 107) die Regierungsparteien CDU, CSU und SPD zum Ziel gesetzt, dass zersplitterte Staatshaftungsrecht zusammenzufassen. Davon wäre auch das Notarhaftungsrecht als Sonderform der deutschen Amtshaftung erfasst. Daher besteht aus deutscher Sicht auch aktuell Anlass, sich (wieder) genauer mit der Notarhaftung zu befassen.

---

12 *Schiemann*, in: Deutsch/Taupitz, Haftung der Dienstleistungsberufe, S. 137, 138.

13 Siehe dazu auch H*errmann*, in: Spickhoff (Hrsg.), Perspektiven der Notarhaftung, 2014.

14 BGH VersR 2014, 966.

II. Charakteristika der Notarhaftung in Deutschland im Vergleich zu sonstigen Fällen der Berufshaftung

1. Private Haftung und Ausübung öffentlich-rechtliche Amtsträgerschaft

§ 19 BNotO steht als Sonderfall der Amtshaftung von Notaren eng im Zusammenhang mit der allgemeinen Amtshaftung nach § 839 BGB i. V. m. Art. 34 GG. Bei letzterer wird eine zunächst einmal offenbar zivilrechtliche Haftung des Beamten (unabhängig davon, ob dieser nun öffentlich-rechtlich, gar hoheitlich oder privatrechtlich tätig wird) auf den Staat übergeleitet[15].

Da es eine solche Überleitung der Haftung auf den Staat im Bereich der Notarhaftung sonst nicht gibt, wird regelmäßig die Notarhaftung nach § 19 BNotO generell als privatrechtliche Haftung und Haftungsgrundlage angesehen[16]. Dafür spricht in der Tat die systematische Stellung der Amtshaftung im BGB und deren angelehnte Regelung in § 19 BNotO. Jedoch ist nicht zu verkennen, dass sowohl der Beamte als auch und insbesondere der Notar als Amtspersonen tätig werden, jedenfalls nicht im Rahmen privatvertraglicher Beziehungen. Das zeigt sich sofort an manchen Privilegierungen der Schuldner aus Amts- bzw. Notarhaftung, die es im Bereich der sonstigen (auch deliktsrechtlichen) privaten Haftung zugunsten des Deliktsschuldners sonst nicht gibt. Die Notarhaftung zeigt daher zumindest ihre deutliche Nähe zu (aus deutscher Perspektive traditionell) öffentlich-rechtlich tätigen Amtsträgern.

2. Keine Konkurrenz von vertraglicher und deliktischer Haftung

§ 19 BNotO versperrt als Anspruchsgrundlage den Rückgriff auf sonstige deliktische Anspruchsgrundlagen und erst recht auf die Anspruchsgrundlagen der Vertragshaftung, insbesondere also § 280 Abs. 1 BGB, sofern die betreffende Person in ihrer Eigenschaft als Notar tätig geworden ist. Das ist auch im Falle versehentlicher Auszahlungen von einem

---

15 Jauernig/*Teichmann*, BGB, 15. Aufl. 2014, § 839 Rn. 4.

16 Etwa *Schramm*, in: Schippel/Bracker, § 19 Rn. 2 unter Hinweis auf *Römer*, Notariatsverfassung und Grundgesetz, 1963, S. 31.

Notaranderkonto so bestätigt worden[17]. Daran ändert auch nichts, dass § 19 Abs. 1 S. 2 BNotO von einem „Auftraggeber" des Notars spricht[18]. Allerdings können auch Notare fiskalisch tätig werden, etwa wenn ein Bankkonto eingerichtet wird, und ebenso können sie – dann nicht als Amtsperson tätig – Nebenbeschäftigungen ausüben[19].

3. Gehilfenhaftung

In Bezug auf Gehilfen haftet der Notar zum einen gemäß § 19 Abs. 2 BNotO unter Umständen für Fehler eines eingeschalteten Notarassessors. Im Übrigen soll trotz des Grundsatzes, dass zwischen dem Notar und dem Auftraggeber keine vertragliche Beziehung entsteht, § 278 BGB analog anwendbar sein können[20]. Dafür spricht, dass § 278 BGB lediglich ein zur Zeit der Pflichtverletzung zwischen den Beteiligten bestehendes Schuldverhältnis verlangt. Und hiervon kann man zumindest entsprechend im Falle der Tätigkeit eines Notars ausgehen. Die Exkulpationsmöglichkeit des § 831 Abs. 1 S. 2 BGB, die ohnedies rechtspolitisch missglückt ist, wird dadurch ausgeschaltet. Im Übrigen hat der Notar sein Büro sorgfältig zu organisieren, falls er Mitarbeiter einschaltet; anderenfalls haftet er unter dem Aspekt einer Organisationspflichtverletzung. Höchstpersönlich wahrzunehmende Pflichten darf er von vornherein nicht delegieren[21].

Die Gehilfen selbst haften nicht aus Vertrag, erst recht nicht gemäß § 19 BNotO, sondern allenfalls deliktsrechtlich, was – da es um Vermögensschäden geht – typischerweise nur unter den engen Voraussetzungen der Haftung wegen Verletzung von Schutzgesetzen (die zumeist freilich Vorsatz voraussetzen, § 15 StGB) sowie – insoweit parallel – aus § 826 BGB möglich ist. Auch eine Sozietätshaftung von Notaren wie im Falle des Tätigwerdens von Anwälten soll nicht in Betracht kommen[22].

---

17 BGH NJW 1990, 1794; BVerfG DNotZ 1992, 56, gegen OLG Düsseldorf DNotZ 1987, 562 mit Anm. *Haug.*

18 *Schramm*, in: Schippel/Bracker, § 19 Rn. 7.

19 *Schramm*, in: Schippel/Bracker, § 19 Rn. 8 unter Hinweis auf OLG Düsseldorf DNotZ 1986, 431, 432.

20 BGH DNotZ 1996, 581 gegen BGH NJW 1989, 586 und früher.

21 *Schramm*, in: Schippel/Bracker, § 19 BNotO Rn. 161.

22 BayObIG DNotZ 1981, 317.

4. Verschulden und (keine) Verschuldensvermutung

Anders als im Rahmen der vertraglichen Haftungsgrundlage des § 280 Abs. 1 BGB kennt die Haftung wegen Verletzung einer Amtspflicht durch den Notar keine Verschuldensvermutung, die § 280 Abs. 1 S. 2 BGB entsprechen würde.

Ebenso wie § 280 Abs. 1 BGB unterscheidet freilich auch § 19 BNotO zwischen der Pflichtverletzung (der einem anderen gegenüber bestehenden Amtspflicht) und dem Verschulden in Form von Vorsatz oder Fahrlässigkeit. Anders als § 280 Abs. 1 S. 2 BGB differenziert § 19 BNotO indes nicht in Bezug auf die Verteilung der Beweislast insoweit, als nur die Pflichtverletzung vom Anspruchsteller, das Nicht-Vertretenmüssen demgegenüber vom in Anspruch Genommenen bewiesen werden muss. Demgemäß entspricht es zwar bestrittener, aber doch ganz herrschender Ansicht, dass im Rahmen von § 19 BNotO der Kläger im Haftpflichtprozess gegen den Notar alle behaupteten Anspruchsvoraussetzungen zu beweisen hat, und dazu gehört auch die Beweislast für sogenannte innere Tatsachen wie des Verschuldensgrades[23].

Es mag an diesem Ausgangspunkt liegen, dass man bis heute und anders als im Bereich der Anwaltshaftung[24] die Abgrenzung von Pflichtverletzung (wie die Belehrungspflicht als Pflicht im engeren Sinne) und Verschulden im Bereich der Notarhaftung eher vernachlässigt. Indes gilt (natürlich) auch im Bereich der Notarhaftung der objektive Fahrlässigkeitsmaßstab von § 276 Abs. 2 BGB[25]. Der BGH spricht vom Maßstab des „Durchschnittsnotars“, freilich von einem erfahrenen,

---

23 BGH DNotZ 1973, 494, 498; *Schramm*, § 19 BNotO Rn. 170; anders (§ 282 BGB a. F. analog, heute § 280 Abs. 1 S. 2 BGB) *Hirte*, Berufshaftung S. 90.

24 Hierzu *Karg*, Anwaltsvertragshaftung - Pflichtverletzung und Verschulden im neuen Schuldrecht, Diss. iur. Regensburg 2004, S. 197 ff., 204 ff. und zur Beweislast S. 243 ff.; zum Steuerberater *Salder*, Die Haftung des Steuerberaters aus Vertrag, 2007, S. 88 ff., 109 ff.

25 Statt aller: *Deutsch*, Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt, 2. Aufl. 1995, S. 303 ff.; siehe auch *Walter*, Spezialisierung und Sorgfaltsstandard im Arzt- und Anwaltshaftungsrecht, 2004, S. 34 ff., 227 ff.

pflichtbewussten und gewissenhaften[26]. Durch diesen objektiven Fahrlässigkeitsmaßstab wird die Unterscheidung von (objektiver) Pflicht und Verschulden heikel.

Zum Verschulden wird in der Kommentarliteratur insbesondere die ausreichende Rechts- und Gesetzeskenntnis gerechnet; ihr Fehlen entschuldigt den Notar grundsätzlich nicht[27]. Bei alledem stellt die Rechtsprechung an die Kenntnis der veröffentlichten Judikatur erhebliche, nach Ansicht mancher übermäßige Anforderungen. Nicht anders als im Bereich der Anwaltshaftung ist jedenfalls die Rechtsprechung der obersten Gerichte auszuwerten[28]. Dabei hat der Notar – wiederum in Parallelität zur Anwaltshaftung – nicht mehr nur den „sichereren" Weg zu wählen, wenn mehrere gangbare Wege nebeneinander vorhanden sind, sondern den „sichersten" und gefahrlosesten[29]. Das wird – naheliegend – ebenso wie im Bereich der Anwaltshaftung kritisiert[30]. Anders als im Bereich der Amtshaftung nach § 839 BGB ist nicht einmal gesichert, dass die Rechtsprechung im Bereich der Notarhaftung von einer entschuldigenden Wirkung von Kollegialgerichtsentscheidungen ausgeht, die im Bereich der normalen Amtshaftung wenigstens als „Richtlinie" anerkannt ist[31]. Im Kontext der Notarhaftung werden nach einer Analyse von *Schramm*[32] die entschuldigenden Wirkungen von Kollegialgerichtsentscheidungen „meist mit der Begründung ab[gelehnt], dass die Richter den Streitstoff nicht erschöpfend erfasst oder Art und Ausmaß einer Pflichtverletzung unzutreffend gewürdigt hätten".

Im Bereich der Anwaltshaftung wird demgegenüber – dogmatisch zutreffender und vor dem Hintergrund der Beweislastverteilungsregel in § 280 Abs. 1 S. 2 BGB – die rechtliche Prüfung des Sachverhaltes bis hin zur

---

26 BGH DNotZ 2009, 45; BGHZ 175, 111; BGH DNotZ 2001, 49.

27 *Schramm*, in: Schippel/Bracker, § 19 BNotO Rn. 54.

28 BGH NJW 1992, 3237; kritisch *Schramm*, in: Schippel/Bracker, § 19 BNotO Rn. 57.

29 BGH NJW 2009, 71; früher RGZ 148, 321, 325.

30 Etwa *Lang*, MDR 1984, 458, 459.

31 MünchKommBGB/*Papier*, § 839 Rn. 290 m. w. N.

32 In: Schippel/Bracker, § 19 BNotO Rn. 65-58 m. w. N.

Gesetzes- und Rechtsprechungskenntnis dem Bereich des Pflichtenkreises von Rechtsanwälten zugeordnet[33]. Eine andere systematische Einordnung würde dort die Gefahr einer doch signifikanten Verschiebung der Beweislast heraufbeschwören. Zwar ist das Recht an sich nicht dem Beweis und daher auch nicht Regeln der Beweislastverteilung zugänglich; Recht und Tatsachen sind im Prozess voneinander zu trennen. Doch gilt dies schon nicht mehr im Bereich von Auslandsrecht, und auch die Frage nach der Erkennbarkeit, insbesondere von örtlich begrenztem Recht, mag im Einzelfall für die Pflichtenbegründung doch eine Rolle in tatsächlicher Hinsicht spielen. Bei alledem darf nicht unberücksichtigt bleiben, dass gerade im Bereich der Rechtsberatung (gleich, ob sie durch Anwälte, Steuerberater oder Notare erfolgt) die Gesetzes- und Judikaturkenntnis einen, wenn nicht den zentralen Bestandteil des Gegenstandes des geschuldeten Leistung bildet.

Freilich hat kein geringerer als *Ulrich Huber* als derjenige, auf dessen Gutachten für das Bundesjustizministerium die Norm des heutigen § 280 Abs. 1 BGB zurückgeht, den entschuldigten Rechtsirrtum des Schuldners geradezu als einzigen denkbaren Fall einer nicht zu vertretenden Pflichtverletzung angesehen[34]. Der Rechtsanwalt und nicht der Mandant hat dann aber darzulegen und zu beweisen, dass eine fehlerhaft zugrunde gelegte Rechtsauffassung für den Anwalt nicht erkennbar war[35]. Ist dem aber so – und dem entspricht immerhin die bisherige Linie im Bereich der Notarhaftung, die die entsprechende Problematik wie gezeigt dem Verschulden zuordnet – so ergibt sich dann doch ein bemerkenswerter Unterschied im Bereich der Verteilung der Beweislast zwischen der Notarhaftung und der Anwaltshaftung durch das schlichte Fehlen einer Regel wie die des § 280 Abs. 1 S. 2 BGB im Bereich der Notarhaftung, mögen sich auch die praktischen Konsequenzen (die freilich bislang kaum reflektiert zur Kenntnis genommen worden sind) in Grenzen halten.

---

33 *Karg*, Anwaltsvertragshaftung, S. 54 ff.

34 In: Ernst/Zimmermann (Hrsg.), Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, 2001, S. 31, 102 f.; ebenso MünchKommBGB/*Ernst*, 6. Aufl. 2012, § 280 Rn. 14.

35 *Spickhoff*, NJW 2002, 2530, 2536 f.

5. Die Subsidiarität der Haftung (§ 19 Abs. 1 S. 2 BNotO)

Nicht anders als im Bereich der normalen Amtshaftung nach § 839 BGB kann auch der Notar im Falle von fahrlässigem Verhalten nur dann in Anspruch genommen werden, wenn der Verletzte nicht auf andere Weise Ersatz zu erlangen vermag. Allerdings gilt das nicht bei Amtsgeschäften gemäß §§ 23, 24 BNotO im Verhältnis zwischen dem Notar und dem Auftraggeber. Dabei geht es einerseits um die Aufbewahrung von Geld, Wertpapieren und Kostbarkeiten einschließlich der Übergabe zur Ablieferung an Dritte (§ 23 BNotO) sowie andererseits um die Anfertigung von Urkundenentwürfen und die Beratung der Beteiligten, ferner um die Stellung von Anträgen beim Grundbuchamt oder bei Registerbehörden (§ 24 BNotO).

Abgesehen von den freilich praktisch höchst relevanten Sonderfällen der §§ 23, 24 BNotO schließt jede rechtliche oder auch rein tatsächliche Möglichkeit einer anderweitigen Inanspruchnahme die Notarhaftung aus[36]. Darunter fallen etwa Ansprüche gegen Vertragspartner, Anfechtungsrechte, Ersatzansprüche auch gegen nahe Verwandte oder gegen andere Berater bzw. gegen Vertreter oder Angestellte[37], es sei denn, die Ersatzmöglichkeit ist unzumutbar, wenn und weil in absehbarer Zeit keine Befriedigung zu erwarten ist[38]. Gleichfalls greift der Einwand der subsidiären Haftung nicht, wenn der andere Ersatzpflichtige gleichfalls subsidiär haftet, namentlich im Falle der weiteren Amtshaftung[39]; dann kommt es zum Gesamtschuldnerausgleich (§ 426 BGB). In den durchaus wesentlichen Fällen insbesondere des § 24 BNotO (Anfertigung von Urkundenentwürfen und Beratung der Beteiligten) kann der Einwand der Subsidiarität der Haftung auch in Fällen der Fahrlässigkeit zwar nicht erhoben werden, dies aber nur im Verhältnis zwischen dem Notar und Auftraggebern. Letzteres sind vorrangig diejenigen, die den Notar um eine Beratung, Vertretung oder

---

36 BGH NJW-RR 2008, 1506; BGH NJW 1999, 2038.

37 Näher *Schramm*, in: Schippel/Bracker, § 19 BNotO Rdnrn. 112 ff.

38 Siehe etwa BGH NJW 1996, 3006 (Fälle der Insolvenz).

39 BGH DNotZ 1960, 260, 265 (Grundbuchbeamte oder Gerichtsvollzieher); BGH NJW-RR 1992, 1178; BGH DNotZ 1996, 563: Haftung eines anderen Notars.

Verwahrung ersuchen[40]. Dabei hat der BGH[41] eine gewisse Ausdehnung des Auftraggeberbegriffs zum Zwecke der Zurückdrängung der Subsidiaritätsklausel in Betracht gezogen, die im Recht der Amtshaftung ohnedies vielfach als verfehlt angesehen wird. Diejenigen, die in den Schutzbereich der Amtspflicht einbezogen sind, könnten danach noch als Auftraggeber angesehen werden; die Parallele zum Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter liegt auf der Hand[42].

Auch wenn sowohl derartige Tendenzen der Rechtsprechung als auch die genannten Bereichsausnahmen den Subsidiaritätseinwand im Bereich der Notarhaftung zurückdrängen, bleibt doch auch insoweit ein wesentlicher Unterschied zur allgemeinen Berufshaftung bestehen. Angesichts der Möglichkeit der Versicherbarkeit und der doch bestehenden Parallele zur Anwaltshaftung ist der Subsidiaritätseinwand im Bereich der Notarhaftung zumindest rechtspolitisch noch deutlicher zu hinterfragen als im Bereich der allgemeinen Haftung bei Amtspflichtverletzung gemäß § 839 BGB.

6. Unterlassene Rechtsmittel (§ 19 Abs. 1 S. 3 BNotO, § 839 Abs. 3 BGB)

Nach § 839 Abs. 3 BGB tritt die Ersatzpflicht wegen Amtspflichtverletzung nicht ein, wenn der Verletzte schuldhaft (vorsätzlich oder fahrlässig) unterlassen hat, den Schaden durch Gebrauch eines Rechtsmittel abzuwenden. Dazu gehört auch die Beschwerde nach § 15 Abs. 2 BNotO gegen die Verweigerung der Urkunds- oder sonstigen Tätigkeit eines Notars[43], ferner alle anderen Maßnahmen, die geeignet sind, Nachteile aufgrund des schädigenden Verhaltens des Notars abzuwenden, wie Erinnerungen, Mahnungen, Gegendarstellungen oder Dienstaufsichtsbeschwerden. Das Rechtsmittel muss sich unmittelbar gegen eine bereits begangene Amtspflichtverletzung richten und deren Beseitigung bezwecken. Dazu soll nicht etwa eine unterlassene Beschwerde des

---

40 *Schramm*, in: Schippel/Bracker, § 19 BNotO Rn. 121 m. w. N.

41 NJW 1999, 2183, 2185f. (nur obiter erwogen, aber tendenziell befürwortet).

42 Mit Grund gesehen in BGH NJW 1999, 2183, 2186. Kritsch gegenüber dieser Ausdehnung *Schramm*, in: Schippel/Bracker, § 19 BNotO Rn. 122.

43 *Schramm*, in: Schippel/Bracker, § 19 BNotO Rn. 129.

Geschädigten gegen eine Pflichtverletzung des Grundbuchbeamten gehören, in welcher der Urkundsentwurf des Notars hätte beanstandet werden können; hier bleibt nur im Einzelfall der Mitverschuldenseinwand gemäß § 254 BGB[44]. Der Einwand des unterlassenen Rechtsmittels gemäß § 839 Abs. 3 BGB kann trotz eines eventuellen Mitverschuldens des Notars erhoben werden; seine Erhebung ist auch dann nicht per se rechtsmissbräuchlich[45].

Auch insoweit ergibt sich also eine Privilegierung des Notars in haftungsrechtlicher Hinsicht, die zum Ausschluss der Notarhaftung führt. All dies wird noch dadurch ergänzt, dass nach § 19 Abs. 1 S. 4 BNotO eine Haftung des Staates anstelle des Notars im Gegensatz zu Art. 34 GG nicht stattfindet.

7. Resümee

Die Haftung des Notars in Deutschland führt demgemäß gegenüber den Fällen der sonstigen Felder klassischer Berufshaftung, insbesondere derjenigen der Vergleichsgruppe von Rechtsanwälten und Steuerberatern, in dreifacher Hinsicht zu Privilegierungen: (1.) Es besteht von vornherein keine Verschuldensvermutung wie im § 280 Abs. 1 S. 2 BGB, (2.) die Haftung ist nach § 19 Abs. 1 S. 2 BNotO entsprechend der Amtshaftung, wenn auch mit leichten Abschwächungen, nur subsidiär, und (3.) unterlassene Rechtsmittel führen nach § 19 Abs. 1 S. 3 BNotO in Verbindung mit § 839 Abs. 3 BGB zum Ausschluss der persönlichen Haftung des Notars. Eine Überleitung der Haftung auf den Staat kommt im Gegensatz zu Art. 34 GG von vornherein nicht in Betracht.

III. Die Notarhaftung als Haftung für Amtspflichtverletzungen im europäischen Normenumfeld

Es erhebt sich die Frage, wie die damit angesprochenen Privilegierungen der Notarhaftung gegenüber den sonstigen Berufshaftungen rechtspolitisch zu bewerten sind. Anlass dazu gibt auch eine Passage im für die aktuelle Bundesregierung maßgeblichen Koalitionsvertrag

---

44 BGH NJW 2009, 71, 73.

45 BayObLGZ 14, 649, 665; *Schramm*, in: Schippel/Bracker, § 19 BNotO Rn. 133.

(„Deutschlands Zukunft gestalten“ für die 18. Legislaturperiode), in dem es unter 5. 2. („Moderne Justiz“) immerhin heißt, man wolle, „damit die Bürger einfacher Ersatz für die Schäden erhalten, die sie durch fehlerhaftes Verhalten staatlicher Stellen erlitten haben, […] das zersplitterte Staatshaftungsrecht zusammen [fassen]“. Das gibt zugleich Anlass für die Herstellung einer besseren Passgenauigkeit der Wertungen, die den jeweiligen Haftungsregelungen zugrunde liegen.

1. Die Entscheidungen des EuGH vom 24.05.2011

Zusammen mit anderen Parallelverfahren hat der EuGH in einer europaweit vielfach diskutierten Entscheidungsserie vom 24.05.2011[46] die deutsche Staatsangehörigkeit als Voraussetzung für die Bestellung zum Notar als mit der Niederlassungsfreiheit unvereinbar angesehen. In diesem Zusammenhang hat der EuGH die Bereichsausnahme des Art. 51 AEUV (früher Art. 45 EGV), wonach u. a. die Niederlassungsfreiheit keine Anwendung findet, soweit es um Tätigkeiten geht, die in einem Mitgliedstaat dauernd oder zeitweise mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind, nicht auf die Tätigkeit von Notaren erstreckt. Notare übten keine öffentliche Gewalt im Sinne der Bereichsausnahme aus. Grund dafür war im Wesentlichen die Erwägung, dass der Notar keine Entscheidung gegen den Willen einer der Parteien, die er berät, durchsetzt. Die Parteien würden selbst über den Umfang ihrer Rechte und Pflichten entscheiden, ihre Übereinstimmung sei maßgeblich. Weder die Beurkundungstätigkeit selbst noch die Rechtmäßigkeitsprüfung durch den Notar sei wesentlich für die Ausübung öffentlicher Gewalt. Selbst die Beweiskraft und die Vollstreckbarkeit notarieller Urkunden genüge für die Annahme der Ausübung öffentlicher Gewalt nicht.

Man hat deshalb davon gesprochen, dass der Notar nun im Ausgangspunkt zwar noch „zwittrig von Natur, nicht Staat und nicht ganz privat“, aber gleichwohl ein im Ausgangspunkt im Prinzip „normaler“ freier Beruf im Sinne des Primärrechts[47] sei. Abgesehen von der Frage der

---

46 Rs C-54/08.a njw 2011, 2941= DNotZ 2011, 462.

47 *Kämmerer*, FAZ v. 10.08.2011, 19.

Staatsangehörigkeit als (unzulässige) Zugangsvoraussetzung hat der EuGH in seiner Entscheidung freilich sowohl die Berufsqualifikations-Anerkennungs-Richtlinie[48] für nicht anwendbar erklärt, weil sich dies aus der Entstehungsgeschichte der entsprechenden Richtlinie ergibt, als auch die weiteren Qualitätsstandards wie die Bedürfnisprüfung, die Befähigung zum Richteramt sowie die sonstigen fachlichen Eignungsvoraussetzungen jedenfalls zunächst einmal nicht weiter angetastet[49].

Zur Haftung von Notaren hat der EuGH in seiner Entscheidung nicht Stellung genommen. Freilich wird man nicht fehlgehen in der Annahme, dass der EuGH eine angemessene Haftung eines freien, aus europarechtlicher Hinsicht privaten Berufes wie denjenigen des Notars als europäischen Standard und damit zumindest im Kernbereich als unverzichtbar ansehen wird, so wie der EGMR dies bereits in anderen berufshaftungsrechtlichen Zusammenhängen getan hat[50]. Wie dem auch sei: Jedenfalls wird man die derzeitige Regelung des § 19 BNotO nicht ohne weiteres als europarechtswidrig ansehen können, mögen auch die Haftungsanforderungen im Vergleich zu denjenigen der sonstigen freien Berufe zum Nachteil potenziell Geschädigter verschärft sein.

2. Die Notarhaftung im europäischen Internationalen Prozess- und Privatrecht

Ein deutlicher Hinweis darauf, dass jedenfalls aus europäischer Perspektive die Notarhaftung trotz ihrer der Amtshaftung angelehnten Natur in Deutschland eine als privatrechtlich zu qualifizierende Haftung eines „freien“ Berufs ist, folgt auch aus einer Reihe von Entscheidungen des EuGH bzw. des BGH zum europäisierten Internationalen Prozess- und Privatrecht.

---

48 2005/36/EG v. 07.09.2005, ABl EU L 255/22; Vorläuferrichtlinie 89/48.

49 *Spickhoff*, JZ 2012, 333 ff. m. w. N.; *ders.*, *Jusletter* (CH) v. 28.10.2013.

50 Siehe EGMR NJW 2005, 727 (Schädigung eines Fötus durch Ärzte mit anschließender Fehlgeburt; auch der Nasciturus sei durch Menschenrechte geschützt. Zwar müssten Verletzungen nicht in jedem Falle strafbewehrt sein, doch liege dann zumindest die Zuerkennung von Schadensersatz nahe); dazu *Groh/Lange-Bertalot*, NJW 2005, 713.

So hat der EuGH[51] eine Amtshaftungsklage gegen einen deutschen verbeamteten Lehrer aus Baden-Württemberg, der seiner Aufsichtspflicht nicht zureichend nachgekommen sein soll, als Zivilsache von Art. 1 Abs. 1 EuGVÜ (heute EuGVVO, ebenso formuliert in der Rom I-VO und in der Rom II-VO) angesehen. Im Rahmen eines Adhäsionsverfahrens hatten die Erben eines tödlich verunglückten deutschen Schülers den Lehrer auf Schadensersatz vor einem italienischen Gericht in Anspruch genommen. Die nach europäischem Zivilprozessrecht (heute Art. 5 Nr. 3 EuGVVO) einschlägige Tatortzuständigkeit hat der EuGH toleriert. Mag auch öffentlicher Sozialversicherungsschutz bestanden haben: Zwischen Lehrern von Privatschulen und öffentlichen Schulen sei insoweit kein Unterschied zu machen. Ebenso hat der BGH[52] die nach kantonalem Recht der Schweiz allein bestehende, öffentlich-rechtlich ausgestaltete Staatshaftung von Kantonsspitälern als Zivilsache im Sinne des Parallelabkommens zur EuGVVO, dem LugÜ, angesehen. Es war deshalb zwar kritikwürdig, aber auch nicht überraschend (jedenfalls nicht für den, der sich mit europäischem Zivilprozessrecht beschäftigt), dass der EuGH seiner hier sichtbar gewordenen Linie treu geblieben ist. Der EuGH hat den Begriff der Ausübung öffentlicher Gewalt (in der Diktion des europäisierten Internationalen Privat- und Prozessrechts „acta iure imperii", siehe Art. 1 Abs. 1 a. e. Rom II-VO) autonom und eng ausgelegt.

Bei alledem ist kaum ein Unterschied zwischen der Auslegung von primärem und sekundärem europäischen Recht zu erkennen, mögen auch die Zwecke differieren. Das bedeutet, dass auch § 19 BNotO als ein der klassischen Amtshaftung des § 839 BGB nachgebildeter Tatbestand unter die normalen Regeln des internationalen Deliktsrechts fällt; es gilt also keinesfalls prinzipiell nur das Recht des Amtsträgers, auf das bislang allgemein nach (nur) autonomem Kollisionsrecht abgestellt wurde[53].

---

51 NJW 1993, 2091 auf Vorlage des BGH, IPRspr 1991 Nr. 206.

52 NJW 2008, 2344 = MedR 2008, 666 mit Anm. *Seibl*; siehe auch die Folgeentscheidung BGH MedR 2012, 316 m. Anm. *Spickhoff*.

53 BGH NJW 1976, 2074; BGH NJW 1978, 495; Bamberger/Roth/*Spickhoff*, BGB, 3. Aufl. 2012, Art. 40 EGBGB Rn. 9 und Art. 1 Rom II-VO Rn. 10.

3. Ausblick

Damit sind die Zeichen der Zeit an sich deutlich zu erkennen: Das europäische Normenumfeld belässt zwar den nationalen Rechten die Möglichkeit, intern die Rechtsstellung von Notaren als Amtsträger zu definieren. Daher besteht auch keine Notwendigkeit einer vollständigen Anschaffung des § 19 BNotO. Indes zeigt die europäische Rechtsentwicklung doch funktional an, dass die Notarhaftung zumindest weitgehend von den Haftungsregeln für freie Berufe geprägt sein sollte. Daran vermag auch eine im Einzelfall unbezweifelbar bestehende Nähe der Tätigkeit des Notars zur Ausübung hoheitlicher Gewalt wenig zu ändern. Das spricht jedenfalls rechtspolitisch dafür, im Bereich der Notarhaftung die rechtstechnische Nähe der Notarhaftung zur Haftung für Amtspflichtverletzung und zur Staatshaftung aufzuheben, genauer: zu lockern.

Bei richtig verstandener Auslegung ist dabei weniger die Introduktion der ohnedies wenig relevanten und obendrein unklar gebliebenen Verschuldensvermutung von § 280 Abs. 1 S. 2 BGB und erst recht nicht die schlichte Abschaffung des § 19 BNotO in den Vordergrund des Anliegens zu stellen.

Wohl aber erscheint zum einen die Subsidiarität der Notarhaftung nach § 19 Abs. 1 S. 2 BGB selbst in der im Vergleich zur normalen Beamtenhaftung des § 839 BGB zurückgenommenen Subsidiarität nicht als zeitgemäß. Der Notar ist zwar als Amtsträger ggf. zum Tätigwerden verpflichtet. Doch kennt auch das Arztrecht in Deutschland im Bereich der Krankenhäuser einen Kontrahierungszwang, und ebenso sind Vertragsärzte zur Behandlung von Kassenpatienten verpflichtet[54]. Nicht anders als in Bereich der Mediziner kann indes auch ein (Nur- ebenso wie ein Anwalts-) Notar unter dem Aspekt der Aus- oder Überlastung der Pflicht zu Tätigwerden entrinnen. Hinzu kommt, dass schon die Subsidiaritätsklausel der klassischen Beamtenhaftung des § 839 Abs. 1 S. 2 BGB als „anachronistisches Fiskusprivileg“[55] und „antiquiert“[56] bezeichnet worden

---

54 S. *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, 7. Aufl. 2014, Rn. 125.

55 *Isensee*, Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht, 1968, S. 86ff.

ist. Die früheren Argumente für die Subsidiarität, nämlich Entschlussfreude und Tatkraft des Beamten zu fördern[57], greifen – zumal im Vergleich zur Haftung von Rechtsanwälten oder Steuerberatern – im Kontext von Notaren kaum, zumal (auch) der Notar über eine Berufshaftpflichtversicherung verfügen kann und muss (§ 19a BNotO). Schließlich zeigt die Rechtsprechung auch im Bereich der Notarhaftung die Neigung, die Subsidiarität der Haftung zu umgehen, zumindest aber eine gewisse Zufälligkeit ob des Eingreifens dieses Haftungsausschlussgrundes. Eine neuere Entscheidung des BGH[58] zur zweiwöchigen Regelfrist des § 17 Abs. 2a S. 2 Nr. 2, S. 2 BeurkG ist dafür beispielhaft: Die Erstinstanz nahm eine vorrangige Ersatzmöglichkeit in Form von Ansprüchen gegen eine Vermittler an, die Berufungsinstanz statt dessen gegen den Vermittler (aus Beratungsvertrag), während der BGH beide anderweitigen Ersatzmöglichkeiten in Ermangelung hinreichender Anhaltspunkte verneinte.

Ähnliche Kritik ist gegenüber dem besonderen Haftungsausschlussgrund der schuldhaften Unterlassung des Gebrauchs eines Rechtsmittels angebracht. Auch dieser Einwand könnte de lege ferenda nicht anders als im sonstigen Recht der Berufshaftung wesentlich flexibler und angemessener im Rahmen von § 254 BGB berücksichtigt werden sollte. All das spricht deutlich dafür, die Haftungsregimes von Anwälten und Notaren grundsätzlich zumindest anzunähern.

---

56 BGHZ 42, 176, 181; *Scheuner*, DÖV 1055, 545, 548. Kritisch auch MünchKommBGB/*Papier*, § 839 Rn. 303; *Deutsch*, JZ 1974, 712, 713; vorsichtiger *Ossenbühl/Cornils*, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl. 2013, S. 80ff, 88 ff.

57 *Ossenbühl/Cornils*, Staatshaftungsrecht, S. 81 m. w. N.

58 BGHZ196, 166 = DNotZ 2013, 552 = NJW 2013, 1451.

ANAYASAL ŞİKAYET VE ADALETE ERİŞİM

Prof. Dr. Meral SUNGURTEKİN ÖZKAN*

1. Adalete Erişim Kavramı

a. Tanım ve Tanıtıcı Bilgi

Adalete erişim, salt yargı organlarına başvuru imkanına sahip bulunmayı ifade etmez; gerek bunun önündeki engellerin saptanarak kaldırılmasını, gerekse yargılama usul ve kurallarıyla başvurucu hak arayana en kısa sürede ve en az masrafla ve rahatlıkla hakkına kavuşma yolunun açılmasını ve bu konuda gerekli düzenlemelerin yapılmasını ifade eder.

Acces to justice karşılığı olarak adalete erişim, özellikle ABD'de üç dalga olarak ortaya çıkmış ve gelişme göstermiştir. Cappelletti ve Garth, yaklaşık otuz yıl önce, adalete erişim ile sosyal devlet ilkesi arasındaki ilişkiyi ABD'deki gelişmeler ışığında üç "dalga" üzerinden açıklamışlardır. Bu dalgaların ilki, 1965 yılında ABD'de başlatılan ve yoksullara hukuki hizmet götüren kurumların iyileştirilmesini öngören bir "mahalle hukuk bürosu programı"nı (*neighborhood law firm program*) içerir. İkinci dalga, hukuki temsili, yoksullardan öteye taşıyarak çevreciler ya da tüketiciler gibi farklı çıkar gruplarına da yaymıştır. 1970'lerdeki üçüncü dalgada ise, hukuki temsil mekanizmaları hareketin içindeki merkezi yerini kaybederek uyuşmazlık çözme mekanizmalarının ilgi görmeye başladığı görülür. Yine bu dönemde, mahkemelere ve adli işlemlere alternatif olabilecek, daha az resmi mekanizmalar gündeme gelmiş ve bu alternatifler adalete erişim sürecinin önemli unsurları olarak değerlendirilmiştir. Genel olarak "sosyal devletlerde yoksulların, tüketicilerin ve benzer dezavantajlı veya örgütsüz grupların

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

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Özel Sayı 2014, s. 399-410 (Basım Yılı: 2015)
Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ'e Armağan

haklarının yakın dönemlerde hızla çoğaldığını, bu hakların etkinliğine ve uygulanabilirliğine ilişkin kaygıların ortaya çıktığını, mahkemelere ve diğer uyuşmazlık çözüm mekanizmalarına erişimin artırılması için siyasi ve anayasal eşitlik prensibinin uygulandığını" belirten yazarlar, bu nedenle ABD'deki gelişmelerin diğer sosyal devletlerde de kronolojik olarak bire bir aynı çizgiyi takip etmesini beklemenin mümkün olmadığını, ama dalga benzetmesini tanımlayan analizin tüm sosyal devletlerin adalete erişimle ilişkisini anlamlandırmakta faydalı olacağını iddia etmişlerdir.

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 6. maddesinde ilan edildiği üzere "**herkesin her yerde hukuk önünde insan olarak kabul görme hakkına** sahip olduğu"ndan şüphe yoktur. Bu prensibin inceleme konumuz bakımından önemi ortadadır. Bu çerçevede, **insanların hukuk önünde tanınmaları**, **hukuki bir kimliğe sahip olmalarının sağlanması, sadece Devletin vatandaşlarına karşı bir yükümlülüğü olarak değil, bir insan hakları meselesi olarak adalete erişimle** ilişkilendirilmiştir.

b. Adalete Erişim Önündeki Engeller ve Kaldırılması

Şüphesiz hukuk önünde kabul görmek için, "hukuki haklara ilişkin bilgisizliğin" söz konusu olmaması gerekir. Bir başka deyişle eğitimsizlik, adalete erişimin önündeki en önemli engellerden biridir. Eğitimsizlik ve özellikle de hukuki haklara ilişkin bilgisizlik, adalete erişim yolunda ilerlenmek isteniyorsa mutlaka bertaraf edilmelidir. Hukuki bilgisizlik ise, dört nedene dayanır:

1. Bilginin yetersiz dağılımı/paylaşımı;
2. Bilginin kasten gizlenmesi;
3. Hukuk terminolojisinin anlaşılmazlığı;
4. Hukuk dilinin resmi dil olması (resmi dilin dışında anadili bulunanların hak arama sorunu)

Hukuki haklara dair bilgisizliğin aşılması bakımından "Ülke çapında 'hukuk bilincinin' sağlanması, bu bağlamda temel hukuk bilgilerinin öğretildiği hukuk derslerinin orta öğretimde okutulması yoluna gidilmiştir. Bu olumlu bir adımdır. Ayrıca vatandaşlar arasında basit konulardaki ihtilafı çıkmadan önlemek üzere 'Hukuk Danışma Büroları'nın kurulması da bir

diğer yöntemdir. Kamu kurum ve kuruluşlarınca kendi faaliyet alanlarında vatandaşları hak ve yükümlülükleri konusunda bilgilendirme amaçlı "el kitabı, rehber, kılavuz ve broşürler" yayımlanması gibi faaliyetler de "koruyucu hukuk" uygulamaları olarak önem taşır".

Bir başka engel ise yoksulluktur. Yoksullukla mücadele de adalete erişim bakımından son derece önemlidir.

Birleşmiş Milletler Kalkınma Programı (United Nations Development Programme- UNDP) tarafından ortaya konan bir tanıma göre de, adalete erişim, "*toplumu oluşturan bireylerin, insan hakları standartlarına uygun olarak, geleneksel ya da geleneksel olmayan yollardan, ihtiyaç duyduğu hukuki çözümlere ulaşabilecek durumda olması"dır.* Ayrıca, UNDP, adalete erişimin, **demokratik devlet yönetimi** ve **yoksullukla mücadele** ile de çok güçlü bağları bulunduğuna işaret etmektedir. Hukukun üstünlüğünün kabul edildiği hukuk devletlerinde adalete erişimin önündeki gerek ekonomik kaynaklı gerek kültürel kaynaklı gerekse siyaset kaynaklı engeller saptanarak giderilir. Dezavantajlı gruplar denilen örneğin kadınlar, çocuklar, yoksullar, tüketiciler, eşcinseller vs. bakımından adalete erişimlerini engelleyen hukuki ya da idari tüm engellerin saptanarak giderilmesi gerekir. Adli yardıma dair hükümlerle avukatla temsil mecburiyetine dair düzenlemeler getirilmesinin de bu bağlamda değerlendirilmesi mümkündür.

Sonuç olarak, yapılan tanımlar göz önüne alındığında, Adalete erişim, toplumu oluşturan bireylerin, insan hakları, temel hak ve özgürlükler ve adaletin kalitesinden ödün vermemek koşuluyla, **en kolay, hızlı, etkili ve en az masrafla, uygun hukuki mekanizmalardan yararlanarak, ihtiyaç duydukları hukuki çözümlere ulaşması olarak tanımlanabilir.**

Adalete erişimin konusunun belirlenmesi bakımından, adalete erişimin öznesi olan adalet arayanlardan yola çıkılmalıdır. Adalete erişimin sağlanması ile bireysel olduğu kadar toplumsal anlamda da önemli yararlar sağlandığı şüphesizdir.

Adalete erişimin öznesi, adalet hizmetlerinden yararlanmak isteyip de yararlanamayan ve yararlanması gerekenler olup; bu bağlamda yapılacak çalışmaların kapsamında, bu kişileri adalet mekanizmasına ulaştırabilecek vasıtalar ve yöntemler ile kurumlar bulunur. Böylece adalete erişimin amacı, öncelikle, istisnasız **herkes için** adalete erişimin sağlanmasıdır. Bu amaç

doğrultusunda, adalete erişimin konusu ise, adalete erişim hakkından, hiç ya da yeteri kadar yararlanamayan bireylerin, bu haklarını ileri sürmelerinin önündeki engellerin belirlenerek ortadan kaldırılmasına dair çalışmalar ve reformlardır.

İnceleme konumuz da Anayasa değişiklikleri bağlamında yeni bir başvuru yolu olarak sistemimize dahil edilmiş olan anayasal şikayettir ve bu yol adalete erişimin teminatlarındandır. 6216 sayılı Kanun ve AYM İçtüzüğü çerçevesinde mevzuatta yerini alan anayasal şikayet işlevini yerine getirmeye uygulamada da başlamıştır. Adalete erişim konusunda ne denli önemli bir teminat olduğunun da hukuk camiası başta olmak üzere toplumca kavrandığı söylenebilir.

Çalışmamızın adından da anlaşılacağı üzere anayasal şikayet kurumu, adalete erişimin temini bağlamında değerlendirilecektir. Yargı talebi ve keza hukuki korunma talebi, hukuki korunma temel hakkı niteliğindeki adil yargılanma temel hakkının kendiliğinden bir parçası olup, mahkeme kararlarının bu temel hakkı zedelediği durumlarda, anayasal şikayet yoluna başvurularak temel hak ihlalinin tespitinin yapılmasının ardından yargılamanın yenilenmesi suretiyle mağduriyetin giderilmesi temin edilmektedir. Bu suretle de hak sahibinin etkin hukuksal koruma dolayısıyla da adil yargılanma temel hakkı temin olunmaktadır.

Yargılama hukukunda adalete erişim, hakların gerçekleştirilmesinin önündeki engellerin kaldırılarak, uygun hukuki mekanizmaların herkes için kullanılabilir halde sunulmasını ifade ettiğinden avukatla temsil zorunluluğu ve adli yardım müesseselerine işlerlik kazandırılması önemli olduğu gibi bir tamamlayıcı halka olarak anayasal şikayete de yer verilmesi önemlidir. Zira hakkını aramak üzere bir başka deyişle, adalet tesis edilsin diye uyuşmazlığın mahkemeye intikal ettirildiği her durumda, mahkeme kararı ile temel hak zedelenmesine maruz kalmış olanların da bu zedeleme giderilmediği sürece, adalet tesis edilmiş olamayacağından mağdur olacakları açıktır. İşte bu noktada anayasal şikayet mekanizması sayesinde bu mağduriyetin giderilebilmesi mümkün olmaktadır. Bu suretle de adalete erişimin ulusal bağlamda son halkası ve garantörü artık bu kurum yani anayasal şikayettir. Şüphesiz uluslarüstü hukuk bağlamında da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvuruda bulunulması imkanı da mevcuttur.

2. Adalete Erişim Bakımından Anayasal Şikayet

a. Anayasal Şikayet

Anayasaca güvence altına alınmış temel haklara yönetimin yanında yargının da uyması hukuk devleti ilkesinin gereğidir. Anayasalarda düzenlenen ve korunan temel hakları bir kısmının yargı organlarınca da korunması gerekir. Yargılama hukuku kuralları içinde de bu temel hakların yargı tarafından da korunması ile ilgili düzenlemeler görülür. Örneğin medeni yargılamaya egemen ilkelerin yeraldığı HMK birinci kısım ikinci bölüm bunların başında gelir. Kanunyolları kısmında örneğin HMK.m. 375'te de temel hak ihlalleri halinde başvurulacak kanun yolu olarak yargılamanın yenilenmesi düzenlenmiştir.

Ancak temel hak ihlalleri kanunyolları sürecinde de yeterince korunabilmiş değilse o zaman ne suretle ve hangi mekanizma ile temel hak korunabilir? sorusuna yanıt olmak üzere bazı ülkelerde Anayasa şikayeti kurumu düzenlenmiştir[1]. Kanuni hakim ilkesine, iddia ve savunma hakkına uyulması, adil yargılanma hakkı ilkesine riayet edilmesi[2] gibi yargısal temel haklara uyulmayarak tesis edilmiş ve kanunyolları da tüketilmiş olan mahkeme kararlarını, temel hakkı ihlal ettiği gerekçesiyle Anayasa Mahkemesine anayasal şikayet müessesesinden yararlanarak götürmek mümkündür. Ancak unutulmamalıdır ki anayasal şikayet kamu gücünün Devlet bütünlüğü içinde tanımlanmış herhangi bir organı eliyle temel hakları ihlal edilmiş herkese, Devlet karşısında bu özel hukuki çareye[3] başvurarak korunmasını isteme imkanı verir.

Anayasa Mahkemesinin, mahkeme kararıyla temel bir hakkın ihlal edilmiş olduğunu tespit etmiş olması halinde, 6216 sayılı Kanun m. 79 (a) gereğince "İhlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosyayı ilgili mahkemeye gönderir. İlgili mahkeme, Bölümün ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde

---

1 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Pekcanıtez,** H.: "Mukayeseli Hukukta Medeni Yargıda verilen Kararlara Karşı Anayasa Şikayeti", Anayasa Yargısı Dergisi, 1995, s. 257-287.

2 **Pekcanıtez,** s. 268-279.

3 **Zuck,** R.: Das Recht der Verfassungsbescwerde, 4. Aufl. 2013, Rdnr. 9-10.

yeniden yargılama yapar ve mümkünse dosya üzerinden ivedilikle karar verir" hükmü, ulusal hukuk sistemimizde adalete erişim hakkının güvencesini teşkil eder; adeta garantördür. Anayasa şikayeti başvurusu ve bunun üzerine nasıl bir inceleme yapılarak ne gibi bir karar verileceği çalışmamızda incelenecektir.

Konu, 6216 sayılı Kanunun 50.maddesi ile[4] AYM İçtüzüğündeki (m. 59 vd.)[5] düzenlenmesi ile değil de, yargılama hukuku alanındaki kanunla düzenlendiğinde, daha sistemsel bir güvence tesis edilmiş olacaktır.

---

[4] Esas inceleme sonunda, başvurucunun hakkının ihlal edildiğine ya da edilmediğine karar verilir. İhlal kararı verilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir. Ancak yerindelik denetimi yapılamaz, idari eylem ve işlem niteliğinde karar verilemez. (2) Tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için ***yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir***. ***Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hâllerde başvurucu lehine tazminata hükmedilebilir veya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir***. Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir. (3) Bölümlerin esas hakkındaki kararları gerekçeleriyle birlikte ilgililere ve Adalet Bakanlığına tebliğ edilir ve Mahkemenin internet sayfasında yayımlanır. Bu kararlardan hangilerinin Resmî Gazetede yayımlanacağına ilişkin hususlar İçtüzükte gösterilir. (4) Komisyonlar arasındaki içtihat farklılıkları, bağlı oldukları bölümler; bölümler arasındaki içtihat farklılıkları ise Genel Kurul tarafından karara bağlanır. Buna ilişkin diğer hususlar İçtüzükle düzenlenir. (5) Davadan feragat hâlinde, düşme kararı verilir.

[5] **İhlal kararı ve ihlalin giderilmesi MADDE 79-** (1) Bölüm, ihlalin bir mahkeme kararından kaynaklandığını tespit ederse;

a) İhlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosyayı ilgili mahkemeye gönderir. İlgili mahkeme, Bölümün ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde yeniden yargılama yapar ve mümkünse dosya üzerinden ivedilikle karar verir.

b) Bölümlerce yapılan inceleme sonunda, başvurucunun bir hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi hâlinde, yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmadığı takdirde başvurucu lehine uygun bir tazminata hükmedilebilir.

c) Tazminat miktarının tespitinin, daha ayrıntılı bir incelemeyi gerektirmesi hâlinde, Bölüm bu konuyu kendisi karara bağlamaksızın genel mahkemelerde dava açılması yolunu gösterebilir.

2013 Adalet Hizmetleri Vizyonu "Demokratik, laik ve sosyal hukuk devletinin gerekleri doğrultusunda; evrensel hukukta kabul edilen temel ilkelere dayanmak suretiyle, adaletli bir hukuk düzeni oluşturup, toplumumuza her alanda zahmetsiz, hızlı, isabetli, etkin, güvenli yargı ve adalet hizmetleri sunmak" olarak tanımlanmış olup anayasal şikayet de bu vizyona dahildir.

Bu bağlamda AİHS ve ek protokollerdeki hakların ihlal olunduğu durumda, gerek kişiler, gerek kişiler topluluğu gerekse hükümet dışı organlar AİHM'ne bireysel başvuruda bulunabilmektedir. Anayasa şikayetine başvurabilecekler ise, gerçek kişilerle özel hukuk tüzel kişileridir[6]. Oysa kamu tüzel kişilerine de hatta tüzel kişiliği olmayan kişi topluluklarına da bu yola başvurabilmek imkanı verilmelidir.

Bilindiği üzere AİHM, önce kabul edilebilirlik incelemesi yapmakta, kabul edilebilir bulduğu başvurularda da dostça çözüm suretiyle uzlaştırmaya çalışmakta, dostça çözüme ulaşılamadığı takdirde uyuşmazlık esastan çözüme kavuşturulmaktadır.

Anayasal şikayet üzerine ise, önce bir ön inceleme yapılarak başvurunun süresi ve şekli (AYM İç Tüzüğünün 59 ve 60. maddeleri çerçevesinde) bakımından başvuru bürosunca yapılacak incelemenin sonucunda bunda bir pürüz çıkmadığı takdirde bir sonraki aşamaya geçilerek 6216 sayılı Kanunun 45 vd. maddeleri gereğince yapılacak incelemeden sonra kabul edilebilirlik kararı verilmesi söz konusu olmaktadır. Başvurunun esasına geçilebilmesi için HMK. m.114'teki dava şartları gibi varlık ya da yokluğu gereken kabul edilebilirlik şartları yönünden araştırma yapılması gerekir.

Bunlardan ilki, talebin süresinde olup olmadığı yani kanun yolları tüketilerek kesinleşmiş hak ihlali için **23.9.2012'den sonra kesinleşmiş olmak** ve **kesinleşmenin öğrenilmesinden itibaren 30 gün içinde** başvuru yapıl-

(2) Bölüm kararında, gerekli görüldüğü takdirde Kanunun 50 nci maddesinin birinci fıkrası doğrultusunda ihlalin ve sonuçlarının hangi şekilde ortadan kaldırılabileceği hususunda yapılması gerekenler belirtilir.

6 Bunlar sadece tüzel kişiliğe ait hakların ihlal edildiği gerekçesiyle bu yola başvurabilir (6216 SK. m. 46/II).

mış olmaktır. Kişi bakımından taraf ehliyeti, dava ehliyeti, sıfatın mevcut olması gereklidir. AYM, örneğin kamu tüzel kişisi bu yola başvurmuşsa, kişi bakımından yetkisizlik kararı verebilir. TC'nin egemenlik sınırları içinde Türkiye mahkemeleri tarafından verilmiş ve kesin olan ya da kesinleşmiş kararlarla temel hak ihlalinin gerçekleşmiş olduğu hallerde, bu yola başvurulabileceğinden bunun da kontrol edilmesi gerekir. Konu itibarıyla da anayasal şikayet başvurusu yapılabilecek bir kesinleşmiş ya da zaten kesin olan mahkeme kararının varlığı gereklidir. Başvurunun anayasal önem taşıması ve hak ihlalinin açık şekilde anlaşılması[7] gereklidir. Kanunyolu incelemesini yapan mercilerin yaptıkları incelemenin tekrar bu kez AYM'nce yapılmasının istenmesi halinde bunun kabul edilemez olduğu AYM'nce ortaya konacaktır. Bu incelemenin ardından esas bakımından başvuru incelemeye tabi tutulur. Başvuruları incelemek için başkan dışında üyelerden oluşan iki bölüm vardır. Bölümlerden birinin başvuruya ilişkin kararı, daha önceden verilmiş bölüm kararları ile çelişik olacaksa o zaman o bölümün başkanı, Genel kurul önüne götürmek için Başkana ilecektir. Bölüm başvurucu hakkında gerekli tedbirleri de alır. Anayasal şikayet başvurusunun ilişkin olduğu mahkeme kararı, başvurunun durdurucu etkisi olmadığı için[8] anayasal şikayete konu mahkeme kararının icra edilmesi bakımından başka bir durdurucu sebep de yoksa icra da edileceğinden AYM'nce tedbir kararı verilmesi de gerekebilir (6216 sK.m. 49/V). Mahkeme kararları bakımından en temel tedbir kararı, icrasının durdurulmasıdır. Şüphesiz tedbir kararı ile ulaşılmak istenen yararla tedbir kararı verilmemiş olması halinde ortaya çıkacak zarar arasında denge olması gereklidir[9]. Tedbir kararını anayasal şikayeti inceleyen bölüm verir. İhtiyati tedbir kararı verilen dosyalarda esas hakkındaki kararın da en geç 6 ay içinde verilmesi gerekir. Esas hakkında kararın verilmesi ihtiyati tedbir kararının verildiği tarihten itibaren 6 ayı geçerse tedbir kendiliğinden kalkar(AYM İçtüzüğü m. 73/IV).

---

7 Kabul edilebilirlik incelemesinin ardından ihlal edildiği iddia edilen temel hakkın hükme etki etmiş olması gerekir. Ancak bu takdirde anayasa şikayeti hakkında esastan karar verilir. Daha ayrıntılı bilgi için **Pekcanıtez**, s. 281.

8 Alman hukuku bakımından da aynı yönde bkz. **Zuck,** Rdnr. 21.

9 **Erişir,** E.: Geçici Hukuki Korumanın Temelleri ve İhtiyati Tedbir Türleri, s. 69-80, s. 348; **Zuck**, Rdnr. 22.

Esas hakkındaki inceleme kural olarak duruşmasız yapılır. Ancak gerek görülürse, başvuranın talebi üzerine ya da kendiliğinden duruşma açılması mümkündür. Başvuranın duruşmaya gelmemiş olması, dosyanın işlemden kaldırılması sonucunu yaratmayacaktır. Zira temel Hak İhlali olup olmadığı incelendiğinden başvurunun karara bağlanması, kamu menfaatinin de gereğidir ve resen araştırma ilkesine tabidir. İnceleme, sadece temel hak ihlali tespitine yönelik olup bu çerçevede gerçekleştirilir. Dolayısıyla ikrar, ıslah gibi kurumların uygulanabilmesine de imkan bulunmaz[10]. Bölümler, anayasal şikayet üzerine esas bakımdan sadece hak ihlalinin bulunup bulunmadığına yönelik inceleme yapar. usul işlemleri de bu çerçeve içinde yapılır.

AYM'nin yaptığı inceleme, temel hak ihlal ettiği iddiasında bulunulmuş olan mahkeme kararının ve uygulanan usuli yöntemlerin anayasal şikayete başvuranın iddia ettiği gibi bir temel hakkı ihlal edip etmediğine yöneliktir. Konunun sıfırdan ele alınması asla söz konusu olmadığından[11], bu inceleme kısa zaman alacaktır. Kanımızca başvurunun AYM'ne ulaşmasından sonra bir üst sınır getirilerek belli bir süre içinde karar verilmesi ile ilgili de düzenleme olması isabetli olacaktır. Bu bağlamda kullanılabilecek deliller de sınırlı olduğundan bu sürenin kısa öngörülmesi örneğin altı ay gibi uygun olacaktır. Anayasal şikayete dair esas incelemede, temel amaca aykırı olmadığı sürece bilirkişi incelemesi, keşif yapılması söz konusu olabilir. Ancak söz konusu deliller de derece mahkemelerindeki gibi davanın yerel mahkemede ele alındığı şekliyle değil, adalete erişimin son halkası olan bir sürecin yaşandığı yani ikincil hak arama yolu olduğu gerçeği çerçevesinde olup, hak ihlalini tespite yardımcı olacak daha çok teknik konuda yapılan bir bilirkişiliktir.

Hak ihlali tespiti incelemesi yapılırken kanunyolları aşamasında yapılan incelemeye oranla çok daha spesifik ve nokta atışı olarak hak ihlali tespitine yönelik bir inceleme yapılacaktır. 6216 sayılı Kanunun 49/VI. maddesinde "Bölümlerin bir mahkeme kararına karşı yapılan anayasal şikayet üzerine incelemeleri temel hakkın ihlal edilip edilmediği ve bu ihlalin nasıl ortadan

---

10 Benzer şekilde **Korkmaz,** R.: Medeni Usul Hukuku Açısından Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru, İstanbul 2014, s. 186.

11 Bir üst mahkemeye aktarma etkisi (Devolutiveffekt) de bulunmamaktadır (**Zuck,** Rdnr. 23).

kaldırılacağının belirlenmesi ile sınırlıdır. Bölümlerce kanun yolları aşamasında gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz." denilmekle beraber; bundan Bölümün anayasal şikayet incelemesini yaparken mahkeme kararının ve mahkemenin uyguladığı usuli yöntemlerin yerel mahkemece örneğin duruşma açılması ve tarafların davet edilmesi gerektiği halde bunun yapılmamış olduğunun keza bu yönün Temyiz mahkemesinin de gözünden kaçtığının ve bir temel hak ihlali oluşturduğunun tespitine de anayasal şikayetin imkan sağladığı şeklinde anlaşılması gerekir.

b. Adalete Erişim Bakımından Anayasal Şikayet

Ülkemizde 4793 sayılı Kanunla HUMK m. 445.maddeye eklenen "Hükmün, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin veya eki protokollerin ihlâli suretiyle verildiğinin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmiş olması" ve 447. maddeye eklenen "445 inci maddenin birinci fıkrasının 11 inci bendinde yazılı sebepten dolayı iadei muhakeme müddeti Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararının kesinleştiği tarihten itibaren bir yıldır" düzenlemeleri gereğince, AİHM kararı ile; "ulusal mahkeme kararının bir temel hakkı zedelemiş olduğu"nun tespit edildiği hallerde, buna dayanılarak AİHM kararının kesinleşmesinden itibaren bir yıl içinde yargılamanın yenilenmesini talep edebilmek imkanı bulunmaktadır. Keza 1 Ekim 2011'de yürürlüğe giren HMK. m. 375 gereğince de AİHM'nin kesinleşmiş kararı, yargılamanın yenilenmesi sebebi[12] teşkil etmektedir. AİHM'ne başvuru ve bunun sonucunda ortaya çıkan kesinleşmiş AİHM kararı ile aynı amaca hizmet ettiğini düşündüğümüz son Anayasa değişikliği ile hukuk hayatımıza giren "kesinleşmiş mahkeme kararlarının temel bir hakkı ihlal etmesi halinde başvurulabilecek bir yol olarak Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru"da bulunulması (6216 sayılı Kanun m. 46 vd.) da aynı şekilde yargılamanın yenilenmesi sebebi teşkil edeceğinden HMK ya da halen uygulanmaya devam edilen HUMK'ta bu yönde hükme yer verilmesi beklenir.

---

[12] Yargılamanın yenilenmesi ve sebepleri hakkında bkz. **Arslan,** R.: Medeni Usul Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi (İade-i Muhakeme), Ankara 1977, s. 15 vd.; s. 79 vd.

Anayasal şikayet olsun yargılamanın yenilenmesi olsun adalete erişimin sağlanması noktasında benzer işleve sahiptir. Bu iki kurum birbirinin tamamlayıcısıdır. Esasen temel hak ihlalinin anayasal şikayet başvurusu sonucunda tespitini müteakiben yargılamanın yenilenmesinin söz konusu olması ile adalete erişimin gerçekleştirilmesi amacına ulaşılmış olur.

Yargılama hukukundaki "yargılamanın yenilenmesi" kurumunun devreye sokulduğu temel hak ihlallerinde HMK. m.375 ve HMK. geçici m.3 gereğince hala uygulanmaya devam edilen HUMK. m.445'teki yargılamanın yenilenmesi sebeplerinden biri olarak medeni yargılama mevzuatında yerini alması, adalete erişimin gerçek bir güvencesinin tesisi bakımından isabetli olacaktır[13]. Esasen avukatla temsil mecburiyeti ve iyi işleyen kaliteli adli yardım hizmetleri sunumu ile birlikte anayasal şikayet kurumu, adalete erişim kavramının tamamlayıcı öğeleridir. Kesinleşmiş AİHM kararının, yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak medeni yargılamada üstlendiği işlevle aynı temele sahip olan anayasal şikayet üzerine, mahkeme kararının temel hakkı ihlal ettiğinin tespiti halinde, hukuk usulü yasasındaki maddeye (HMK. m. 375 ya da yürürlük kazanmasına kadar HUMK. m. 445'e ekleme yapılarak bu durumun yargılamanın yenilenmesi sebepleri sınırlı olarak kanunda belirtilmiş olup, ancak kanunla yeni sebep/sebepler eklenebilir. Bu bağlamda söz konusu yeni sebeplerin de bir başka kanunla örneğin 6216 sayılı Kanunla getirilmesi yerine usul yasasının ilgili maddesine yapılacak eklemeyle gerçekleştirilmesi kanunkoyma tekniği açısından daha uygun olur.

Kesinleşmiş AİHM kararının, yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak medeni yargılamada üstlendiği işlevle aynı temele sahip olan anayasal şikayet üzerine mahkeme kararının temel hakkı ihlal ettiğinin tespiti halinde, tüm başvuru yolları da tüketildikten sonra, anayasal şikayete başvuru suretiyle yargılamanın yenilenmesi sürecinin işetilmeye başlanması ve bu konuda hukuk usulü yasasındaki maddeye(HMK. m. 375 ya da yürürlük kazanmasına kadar HUMK. m. 445) ekleme yapılarak bu durumun da

---

13 Mahkemece verilmiş kararın belirli ağırlıkta hata ve eksikliklere dayanan bir yargılama sonucunda kesin hüküm halini almış olsa da yargılamanın yenilenmesi yoluyla kaldırılması, hukuk devleti anlayışının ve kişilerde bulunan adalete ulaşma arzusunun gereğidir (**Arslan**, s. 17).

yargılamanın yenilenmesi sebepleri arasında yerini almasının sağlanması daha isabetli olacaktır. Bu suretle sadece temel hakkı ihlal ettiği AYM'nce tespit edilmiş olan ilk hüküm ortadan kaldırılmış olmayıp -ki bunun için bu ilk hükmün değiştirilmesi ya da kaldırılmasını gerektiren nedenin varlığı (bu neden AYM'nce söz konusu kararla temel hak ihlal edildiği hususu olarak tespit edilmiştir) gereklidir. Bu halde yeniden yargılama yapılarak dava konusu uyuşmazlığa dair yeni bir karar verilecektir. Dolayısıyla yargılamanın yenilenmesinde ilk aşama olan ilk hükmün değiştirilmesi ya da kaldırılmasını gerektiren neden varlığını tespit hususu AYM'nce temel hak ihlali tespiti suretiyle gerçekleşmiş olduğundan yapılacak şey sadece artık bunu gerekçe göstererek ilk hükmün ortadan kaldırılmış olduğu ve yeni karar verilmesi olacaktır.

3. Sonuç

Ülkemizde yukarıda incelenen 6216 sayılı Kanunla, anayasal şikayete dair düzenlemeler getirilmiş olduğu gibi Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü ile de m. 79 vd.nda konuya ilişkin ayrıntılı düzenlemeler getirilmiştir. Şüphesiz olumlu olan bu yaklaşımın, ilgili usul yasalarındaki yargılamanın yenilenmesini düzenleyen mevcut maddelere, konuya ilişkin eklenecek bir cümle ile, yasal garantinin hak sahiplerine konuya dair temel yasa içinde sunulması ve "yargılamanın yenilenmesi"ne dair hükümlerin uygulama alanı bulacağı hususunun tereddütsüz kılınması olumlu ve beklenen bir adımdır.

Sonuç olarak adalete erişim amacının gerçekleştirilmesi, anayasal şikayet kurumu ile kolaylaştırılmıştır. Adaletin tesis olunduğu mahkeme kararlarının beklendiği gerçeği ile mahkemelerin bizatihi temel hak ihlal etmek suretiyle karar tesis etmiş olduğu ve bunların da kesinlik kazanmış olabildiği durumların da bulunabileceği gerçeği çelişeceğinden, bunun önlenmesi hukuk devleti ilkesinin gereğidir. Zira bu halde, adalete erişim sağlanamamış demektir. İşte bunun önlenebilmesi bakımından anayasal şikayet müessesesi ve yargılamanın yenilenmesi yolu birlikte bir güvence oluşturacaktır.

DIE SCHWEIZERISCHE ZPO UND IHRE AUSLEGUNG - KRITISCHE ANMERKUNGEN ZUR RECHTSPRECHUNG DES BUNDESGERICHTS

Prof. Dr. iur. Thomas SUTTER-SOMM*

Dr. iur. Benedikt SEILER**

I. Die Auslegung von zivilprozessualen Bestimmungen im Allgemeinen

Die nur wenige Monate nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)[1] inkraftgetretene türkische Zivilprozessordnung kann als Werk von Kollege HAKAN PEKCANITEZ bezeichnet werden, hat er doch die vorarbeitenden Arbeiten der Expertenkommissionen, die unter seiner Leitung den Gesetzesentwurf ausgearbeitete hat, wesentlich geprägt. Die beiden neuen Zivilprozessgesetze haben in einigen Bereichen, namentlich bei den Klagen, Berührungspunkte. Es mag deshalb auch von Interesse sein, wie das Bundesgericht die neue Schweizerische Zivilprozessordnung in der praktischen Anwendung in den ersten Jahren auslegt.

1. Massgeblichkeit von Art. 1 ZGB

Für die Auslegung von zivilprozessualen Bestimmungen gelten die allgemeinen Regeln für die Gesetzesauslegung. Auch bei der Auslegung von Bestimmungen zivilprozessualer Natur ist demnach von den vier unter anderem in der Schweiz etablierten, klassischen Auslegungselementen auszugehen, welcheim Wesentlichen auf SAVIGNY und Jhering zurückführen

* Ordinarius für Zivilrecht und Zivilprozessrecht, Universität Basel

** wissenschaftlicher Assistent und Habilitand, Universität Basel

1 SR 272; http://www.admin.ch/bundesrecht.

sind[2], nämlich dem grammatikalischen, dem historischen, dem systematischen und dem teleologischen Element[3].

Das Bundesgericht kennt grundsätzlich keine Hierarchie der genannten Auslegungselemente, vielmehr bekennt es sich zum sog. Methodenpluralismus[4]. Nichts Abweichendes gilt im Bereich der Auslegung der Bestimmungen der ZPO[5].

Teleologische Erwägungen spielen indessen bei der Gesetzesauslegung eine besonders wichtige Rolle. Es ist grundsätzlich bei jeder Auslegung namentlich nach dem Sinn und Zweck des auszulegenden Gesetzes und dem ihm zugrunde liegenden Wertungen abzustellen[6].

Gleichsam gelten die im materiellen Zivilrecht für die Lückenfüllung entwickelten Grundsätze analog für das Zivilprozessrecht. Lücken in den

---

2 Vgl. etwa die Hinweise bei KESHELAVA TORNIKE, Der Methodenpluralismus und die ratio legis, Diss. Fribourg/Basel 2012, S. 23.

3 EMMENEGGER SUSAN/TSCHENTSCHER ALEX, in: Heinz Hausheer/Hans Peter Walter (Hrsg.), Berner Kommentar, Bd. I, Einleitung und Personenrecht, 1. Abteilung, Einleitung, Art. 1-9 ZGB, Bern 2012, Art. 1 N 108 ZGB; MEIER-HAYOZ ARTHUR, in: Liver u.a., Berner Kommentar, Bd. I, Einleitung (Art. 1-10 ZGB), Bern 1962, Nachdruck 1966 (BK), Art. 1 ZGB N 73; DÜRR DAVID, in: Zürcher Kommentar, 1. Teilb. Vorb. zu Art. 1 und 4 ZGB; Kommentar zu Art. 1 ZGB, Zürich 1998 (ZK), Vorbem. zu Art. 1 und 4 ZGB N 119 ff.; GULDENER MAX, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Auflage, Zürich 1979, S. 53; WILLISEGGER DANIEL, Grundstruktur des Zivilprozesses, Zürich 2012, S. 49.

4 Vgl. etwa BGE 139 III 457, 461 (E. 4.4); BGE 137 II 164, 170 (E. 4.1); BGE 136 III 283, 284 (E. 2.3.1); BGE 131 III 314, 316 (E. 2.2). Eingehend hierzu etwa TORNIKE (Anm. 2), S. 62 ff.; KRAMER ERNST A., Juristische Methodenlehre, 4. Auflage, Bern 2013, S. 179 ff.

5 BGE 140 III 315, 318 ff. (E. 5); BGE 139 III 457, 461 (E. 4.4); BGE 138 III 788, 789 f. (E. 4.2 ff.). Vgl. bereits BGE 123 III 213 (E. 5.b). Aus der neueren Doktrin vgl. auch BOHNET FRANÇOIS, Procédure civile, 2. Auflage, Basel/Neuenburg 2014, S. 22; SUTTER-SOMM THOMAS, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. Auflage, Zürich 2012, Rz. 1; BINDER ANDREAS/GUTZWILLER ROMAN S., Das Privatgutachten, in: ZZZ 2013, S. 171 ff.; HABERBECK PHILIPP, Genereller Ausschluss der gerichtlichen Fragepflicht nach Art. 56 ZPO, wenn eine Partei überhaupt kein Beweismittel offeriert?, in: ZZZ 2013, S. 177 ff.; BAECKERT ANDREAS, Die materielle Abweisung eines Gesuchs um Rechtsschutz in klaren Fällen, in: Jusletter vom 8. September 2014.

6 BGE 139 III 457, 461 (E. 4.4).

Zivilprozessgesetzen sind nach den Regeln von Art. 1 Abs. 2 des Zivilgesetzbuchs (ZGB)[7] zu füllen[8].

2. Die Bedeutung der Funktion des Zivilprozessrechts für die Auslegung

Im Rahmen der teleologischen Auslegung zivilprozessualer Bestimmungen ist die Funktion des Zivilprozessrechts im Allgemeinen zu beachten. Die primäre Funktion des Zivilprozessrechts besteht in der Verwirklichung bzw. Durchsetzung des materiellen Rechts. Das Zivilprozessrecht hat also keinen Selbstzweck, sondern kann als „Diener des materiellen Rechts" bezeichnet werden[9]. Bei der Auslegung ist im Zweifel daher nicht anzunehmen, dass einer zivilprozessualen Bestimmung eine Bedeutung zukommt, welche die Verfolgung bzw. Durchsetzung materieller Ansprüche übermässig erschwert[10]. Auch das Bundesgericht berücksichtigt in ständiger Rechtsprechung diese dienende Funktion des Prozessrechts im Kontext der Auslegung[11].

---

7 SR 210.

8 BGE 122 I 253, 254 (E. 6.a); BGE 74 I 105, 108 (E. 2); MEIER-HAYOZ,in: BK (Anm. 1), Art. 1 ZGB N 73; GULDENER, ZPR (Anm. 3), S. 53; DÜRR, ZK (Anm. 3), Vorbem. Art. 1 und 4 ZGB N 119 ff.

9 STAEHELIN ADRIAN/SUTTER THOMAS, Zivilprozessrecht nach den Gesetzen der Kantone Basel-Stadt und Basel-Landschaft unter Einbezug des Bundesrechts, Zürich 1992, § 6, Rz. 6 f.; SUTTER-SOMM THOMAS (Anm. 5)., Rz. 1; BERTI STEPHEN V., Einführung in die Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2011, Rz. 27; SPÜHLER KARL/DOLGE ANNETTE/GEHRI MYRIAM, Schweizerisches Zivilprozessrecht, und Grundzüge des internationalen Zivilprozessrechts, 9. Auflage des von Oscar Vogel begründeten Werks, Bern 2010, § 2, Rz. 15; LEUENBERGER CHRISTOPH/UFFER-TOBLER BEATRICE, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Bern 2010, Rz. 1.1 und 1.3; STAEHELIN ADRIAN/STAEHELIN DANIEL/GROLIMUND PASCAL, Zivilprozessrecht, Unter Einbezug des Anwaltsrechts und des internationalen Zivilprozessrechts, 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2013, § 1, Rz. 6 f. Vgl. auch HABSCHEID WALTHER J., Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht, 2. Auflage, Basel/Frankfurt a.M. 1990, § 3, Rz. 35: „*Das materielle Recht ist die Idee, das Prozessrecht die Tat*".

10 GULDENER, ZPR (Anm. 3), S. 52 f.

11 BGE 139 III 457, 463 f. (E. 4.4.3.3); BGE 127 III 461, 466 (E. 3.d); BGE 123 III 140, 144 (E. 2.c); BGE 116 II 215, 218 (E. 3). Vgl. auch BGE 123 III 213 (E. 5.b), wo das Bundesgericht hierbei den Begriff „*Auslegungsmaxime*" verwendet.

Obwohl jeder Zivilprozess – im Sinne eines Idealmodelles – einmöglichst gerechtes Urteil haben soll, ist es notwendig, seine Dauer zu beschränken;ein Prozess darf sich nicht endlos hinziehen[12]. Dies dient dem Rechtsfrieden und der Rechtssicherheit. Bei der Auslegung prozessualer Normen ist daher der Gedanke der Prozessökonomie ebenfalls zu berücksichtigen. Bei mehreren Auslegungsmöglichkeiten ist daher grundsätzlich diejenige Auslegung vorzuziehen, welche es dem Gericht ermöglicht, auf einfachstem und kürzestem Weg zu einem der materiellen Rechtslage entsprechenden Entscheid zu gelangen[13].Von mehreren Auslegungsvarianten ist wenn immer möglich die einfachste zu wählen[14].

Im Zweifel kommt einer prozessualen Norm somit der die Durchsetzung des materiellen Rechts erleichternde und der die Prozessökonomie fördernde Sinn zu[15].

II. Besondere Aspekte bei der Auslegung der Bestimmungen der Schweizerischen Zivilprozessordnung

1. Grundsätzliches

Mit dem Erlass der ZPO hat sich der Gesetzgeber für das *Kodifikationsprinzip* entschieden[16]. Er hat davon abgesehen, lediglich ein Rahmengesetz zu erlassen[17]. Die ZPO stellt demnach eine abschliessende, bundesrechtliche Ordnung des zivilgerichtlichen Verfahrens vor den kantonalen Instanzen dar. Kantonale Bestimmungen sind unter dem

---

12 LEUENBERGER /UFFER-TOBLER, ZPR (Anm. 9), Rz. 1.6.

13 GULDENER, ZPR (Anm. 3), S. 53.

14 Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) vom 28. Juni 2006, BBl 2006, S. 7221 ff., S. 7236.

15 MEIER-HAYOZ, in: BK (Anm. 1), Art. 1 N 72.

16 Vgl. schon die Diskussion in diesem Kontext in der Expertenkommission (Protokolle der Sitzungen der Expertenkommission zur Ausarbeitung eines Vorentwurfs zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Protokoll der 1. Sitzung vom 14. Juni 1999, S. 5 ff.).

17 Bericht der Expertenkommission zum Vorentwurf zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Juni 2003, S. 10; Botschaft ZPO (Anm. 14), S. 7236; WALTER HANS PETER, Auf dem Weg zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, in: SJZ 2004, S. 313 ff., S. 314; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, ZPR (Anm. 9), Rz. 1.14.

Blickwinkel der derogatorischen Kraft des Bundesrechts[18] nur zulässig, soweit die ZPO einen entsprechenden Vorbehalt zugunsten des kantonalen Rechts enthält[19]. Dies ist weitgehend im Zusammenhang mit der Regelung der Gerichtsorganisation und der sachlichen Zuständigkeit der Fall[20]. In die kantonale Organisation wurde somit nur soweit eingegriffen, als es zur Vereinheitlichung des Verfahrens unumgänglich war, wie etwa bei der Frage der Anzahl Instanzen[21]. Ein weiterer, allerdings nur grundsätzlicher Vorbehalt zugunsten des kantonalen Rechts besteht hinsichtlich der Tarife für die Prozesskosten[22].

---

18 Vgl. Art. 3 BV: „*Die Kantone sind souverän, soweit ihre Souveränität nicht durch die Bundesverfassung beschränkt ist; sie üben alle Rechte aus, die nicht dem Bund übertragen sind*." sowie Art. 49 Abs. 1 BV: „*Bundesrecht geht entgegenstehendem kantonalem Recht vor*".

19 Botschaft ZPO (Anm. 14), S. 7236; BRÖNNIMANN JÜRGEN, Die Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19.12.2008 - ein Überblick, in: recht 2009, Heft 3, S. 79 ff., S. 80; GASSER DOMINIK, Das ordentliche Verfahren nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, in: Walter Fellmann/Stephan Weber (Hrsg.), Haftpflichtprozess 2009, Schweizerische Zivilprozessordnung, Bundesgerichtsgesetz, Beweis, richterliche Fragepflicht und Rechtsmittel, Zürich 2009, S. 11 ff., S. 11 f.; SUTTER-SOMM THOMAS, Schwerpunkte und Leitlinien des Vorentwurfs zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler (Hrsg.), Die künftige schweizerische Zivilprozessordnung - Mitglieder der Expertenkommission erläutern den Vorentwurf, Zürich/Basel/Genf 2003, S. 11 ff., S. 15 f.; LEUENBERGER CHRISTOPH, Das Scheidungsverfahren: vom st. gallischen Recht zur schweizerischen Zivilprozessordnung, in: Mitteilungen zum Familienrecht 10/2009, S. 45 ff., S. 45; KARLEN PETER, in: Spühler Karl/Tenchio Luca/Infanger Dominik (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Auflage, Basel 2013 (BSK ZPO), Art. 122 BV N 9; SCHOTT MARKUS, in: Oberhammer Paul/Domej Tanja/Haas, Ulrich (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurzkommentar, 2. Auflage, Basel 2014 (KUKO ZPO), Art. 1 N 7; GASSER DOMINIK, in: Brunner Alexander/Gasser Dominik/Schwander Ivo (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung, Kommentar, Zürich/St. Gallen 2011 (DIKE Komm), Art. 1 N 6 ff.

20 Art. 3 ZPO: „*Die Organisation der Gerichte und der Schlichtungsbehörden ist Sache der Kantone, soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt*" sowie Art. 4 Abs. 1 ZPO: „*Das kantonale Recht regelt die sachliche und funktionelle Zuständigkeit der Gerichte, soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt*".

21 Botschaft ZPO (Anm. 14), S. 7237.

22 Art. 96 ZPO: „*Die Kantone setzen die Tarife für die Prozesskosten fest*".

Mit der Vereinheitlichung des Zivilprozessrechts auf Bundesebene wurde auch das vielschichtige Problem des Verhältnisses zwischen Bundeszivilrecht und kantonalem Zivilprozessrecht über weite Bereiche behoben, welches früher zu vielen schwierigen Fragen geführt hatte. Weil das Bundesrecht – sei es geschriebenes oder ungeschriebenes – als höherrangige Rechtsquelle dem kantonalen Recht vorgeht, mussten die Kantone vor der Vereinheitlichung des schweizerischen Zivilprozessrechts bei ihrer legislatorischen Tätigkeit jeweils darauf achten, dass sie keine zivilprozessualen Normen erlassen, welche das Bundesrecht vereiteln[23]. Die Frage, wo die Grenze zwischen zulässigen und bundesrechtswidrigen kantonalen Normen verläuft, war im Einzelnen schwierig zu bestimmen und beschäftigte früher die kantonale Gerichtsbarkeit sowie das Bundesgericht ständig[24]. Diese Problematik besteht nunmehr nur noch im sehr beschränkten Bereich, in welchem zivilprozessuale Normen auf kantonaler Stufe zulässig sind.

Entsprechend der kantonalen und schweizerischen Tradition folgte der Gesetzgeber auch beim Erlass der ZPO dem Prinzip „*Mut zur Lücke*“[25]. Die ZPO soll der Praxis den nötigen Spielraum geben, den Einzelfall effizient und sachgerecht abzuwickeln. Auch der Fortbildung des Rechts sollte der notwendige Raum belassen werden[26], was bei der Auslegung bzw. Lückenfüllung zu berücksichtigen ist.

Die Problematik der Bestimmung des Streitgegenstandes stellt eine der umstrittensten Fragen in der Dogmatik des Zivilprozessrechts dar[27]. Der

---

23 STAEHELIN/SUTTER(Anm. 9), § 3, Rz. 6 ff.

24 So normierte Art. 68 aOG als ersten Beschwerdegrund der zivilrechtlichen Nichtigkeitsbeschwerde an das Bundesgericht gemäss Art. 68 ff. aOG die Anwendung von kantonalem Recht statt des massgebenden Bundesrechts; vgl. STAEHELIN/SUTTER(Anm. 9), § 22, Rz. 19.

25 Dieser Gesichtspunkt wurde vom Bundesrat als Leitlinie übernommen, vgl. Botschaft ZPO (Anm. 14), S. 7237 (unten) sowie S. 7238.

26 Botschaft ZPO (Anm. 14), S. 7236.

27 Statt vieler ALTHAMMER CHRISTOPH, Streitgegenstand und Interesse - eine zivilprozessuale Studie zum deutschen und europäischen Streitgegenstandsbegriff, Tübingen 2012, *passim*, mit umfassenden Hinweisen auf die deutsche Lehre. Vgl. weiter

Vorentwurf zur ZPO ging noch – entsprechend der herrschenden Lehre[28]– von einem zweigliedrigen Streitgegenstand aus, ohne jedoch eine Legaldefinition vorzusehen[29]. Der Bundesrat verzichtete ebenfalls auf eine Definition der materiellen Rechtskraft. Vielmehr wurde dies im Entwurf – trotz Kritik an der fehlenden Regelung in der Vernehmlassung[30] und teilweise in der Doktrin[31]– zu Recht weiterhin der Lehre und Rechtsprechung überlassen[32,] denn entsprechend der schweizerischen Rechtssetzungstradition sind Schwierigkeiten im Zusammenhang mit der Umschreibung der materiellen Rechtskraft und ihrer objektiven Grenzen durch eine offene Gesetzgebung zu begegnen, um der Gerichtspraxis die nötige Flexibilität zu erhalten[33].

Das Bundesgericht musste sich denn auch jüngst zur Frage der materiellen Rechtskraft äussern. Dabei knüpfte es an die in der früheren

---

die Darstellung bei SUTTER THOMAS, Auf dem Weg zur Rechtseinheit im schweizerischen Zivilprozessrecht, Zürich 1998, S. 230 ff., Rz. 243 ff.

28 ZÜRCHER ALEXANDER, in: Sutter-Somm Thomas/Hasenböhler Franz/Leuenberger Christoph (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2013 (ZPO Komm), Art. 59 N 30; SUTTER-SOMM THOMAS/HEDINGER MARTIN, in: ZPO Komm (Anm. 28), Art. 64 N 11; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, ZPR (Anm. 9), Rz. 7.3; MÜLLER-CHEN, in: DIKE Komm (Anm. 19), Art. 64 N 19 ff. Eingehend VON ARX GREGOR, Der Streitgegenstand im schweizerischen Zivilprozess, Diss. Basel 2007, S. 33 ff.

29 Bericht VE, S. 103: „*Gleich ist der Streitgegenstand, wenn das gleiche Rechtsbegehren aus dem gleichen Lebensvorgang geltend gemacht wird*".

30 Zusammenstellung der Vernehmlassungen zum Vorentwurf für ein Bundesgesetz über die Schweizerische Zivilprozessordnung, 2004, S. 619 ff.

31 So insbes. BERTI STEPHEN V., Neue Gedanken zum Streit- oder Prozessgegenstand, in: SZZP 2/2008, S. 193 ff., S. 194 ff.; DOMEJ TANJA, Die künftige schweizerische Zivilprozessordnung - Struktur und Charakteristika des Verfahrens, in: ZZPInt 2006, S. 244; OBERHAMMER PAUL, in: BSK ZPO (Anm. 19), vor Art. 236-242 N 27 f.

32 Botschaft ZPO (Anm. 14), S. 7345; VON ARX(Anm. 28), S. 34 f.

33 SUTTER-SOMM THOMAS, Rechtspolitische Grundsatzfragen des Zivilprozessrechts, in: ZZZ 5/2005, S. 3 ff., S. 9 ff. mit eingehender Begründung. In diesem Sinne auch GULDENER MAX, Über die Herkunft des schweizerischen Zivilprozessrechtes, Berlin 1966, S. 21; HANSPETER WALTER, SJZ 2004 (Anm. 17), S. 319; GASSER DOMINIK/ RICKLI BRIGITTE, Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Kurzkommentar, 2. Auflage, Zürich/St. Gallen 2014, Art. 60 N 6.

Rechtsprechung entwickelten, teilweise nicht ganz kongruenten Formeln an, und brachte diese in Einklang durch einepräzisierte Formel, wonach die Identität von prozessualen Ansprüchen nach den Klageanträgen und dem behaupteten Lebenssachverhalt, d.h. dem Tatsachenfundament, auf das sich die Klagebegehren stützen, beurteilt werde. Dabei sei der Begriff der Anspruchsidentität nicht grammatikalisch, sondern inhaltlich zu verstehen. Ein neuer prozessualer Anspruch sei deshalb trotz abweichender Umschreibung vom beurteilten nicht verschieden, wenn er in diesem bereits enthalten war oder wenn im neuen Verfahren das kontradiktorische Gegenteil zur Beurteilung gestellt wird[34].

2. Bedeutung des bisherigen kantonalen Rechts und seiner Praxis

Bei der Auslegung der verschiedenen Bestimmungen der ZPO ist ein Blick in die Vergangenheit oft unumgänglich. Denn diese Kodifikation stellt inhaltlich gesehen grundsätzlich kein völlig neuartiges und unbekanntes Regelwerk dar[35], sondern basiert auf dem soliden Fundament der reichen kantonalen Prozessrechtstradition[36] und soll in diesem Sinne eine Fortführung der schweizerischen Rechtstradition sein[37].

---

34 BGE 139 III 126, 128 ff. (E. 3).

35 SUTTER THOMAS, Konzeptionelle Überlegungen für eine schweizerische Zivilprozessordnung, in: Stephen V. Berti (Hrsg.), Helvetisches Zivilprozessrecht, Symposium zum 75. Geburtstag von Walter J. Habscheid, Bibliothek zur Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Beiheft 31, Basel 1999, S. 32 ff., S. 32.

36 LIATOWITSCH ROTTENBERG VERA, Die neue schweizerische Zivilprozessordnung aus höchstrichterlicher Sicht, in: SZZP 2/2008, S. 199 ff., S. 201.

37 Bericht VE (Anm. 17), S. 10; BOHNET FRANÇOIS, Procédure civile suisse: plaidoyer pour un retour vers le futur, in: Piermarco Zen-Ruffinen (Hrsg.), Le temps et le droit: recueil de travaux offerts à la Journée de la Société suisse des juristes 2008, Neuenburg 2008, S. 1 ff., S. 2 ff.; BOHNET FRANÇOIS, Les défenses en procédure civile suisse, in: ZSR 2/2009, S. 185 ff., S. 197 f.; DOMEJ TANJA, ZZPInt 2006 (Anm. 31), S. 239 ff., S. 242; ROHNER BRIGITTE, Die Schweizerische Zivilprozessordnung - aus der Sicht der Gesetzgebung, in: Anwaltsrevue 2/2007, S. 58 ff., S. 60; HANSPETER WALTER, SJZ 2004 (Anm. 17), S. 316; JÜRGEN BRÖNNIMANN, recht 2009, S. 80; BERTI STEPHEN V., Die Schweizerische ZPO und der Haftpflichtprozess, in: Walter Fellmann/Stephan Weber (Hrsg.), Haftpflichtprozess 2009, Schweizerische Zivilprozessordnung, Bundesgerichtsgesetz, Beweis, richterliche Fragepflicht und Rechtsmittel, Zürich 2009, S. 119 ff., S. 120; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER (Anm. 9), Rz. 1.14 f.

Allerdings bestanden in den verschiedenen kantonalen Zivilprozessordnungen zum Teil erhebliche Unterscheide auch hinsichtlich zentraler Aspekte[38]. Der Gesetzgeber hatte somit die Aufgabe „*die Farbenvielfalt der einzelnen Steine zu einem sinnvollen Mosaik*" zusammenzufügen[39].

Trotz der Anknüpfung an das kantonale Recht ist zu beachten, dass die ZPO als ein um etliche Jahre jüngeres Gesetz grundsätzlich autonom auszulegen ist. Dies ergibt sich zum einen daraus, dass eine Auslegung im Sinne der kantonalen Rechtstradition naturgemäss dort nicht möglich ist, wo vor Inkrafttreten der ZPO eine unterschiedliche Rechtslage bzw. Praxis herrschte[40]. Zum anderen kennt die ZPO durchaus Neuerungen, wie z.B. die Regelungen der Mediation[41], der Schutzschrift[42] oder der vollstreckbaren öffentlichen Urkunde[43] zeigen[44], welche dem bisherigen kantonalen Zivilprozessrecht fremd waren.

Das bisherige kantonale Recht und seine Praxis kann aus diesen Gründen nur sehr beschränkt als Auslegungshilfe herangezogen werden. Eine Orientierung der Auslegung an den früheren kantonalen Regelungen bzw. der dazu ergangenen Rechtsprechung ist grundsätzlich nur dann angezeigt, wenn hierzu eine weitgehend einheitliche Rechtslage bereits vor Inkrafttreten der ZPO bestand und insbesondere aus den Gesetzesmaterialien hervorgeht, dass der Gesetzgeber bewusst an die kantonale Regelung anknüpfen wollte[45].

---

38 Dies ist insbes. zwischen den deutsch- und den lateinischsprachigen Kantonen der Fall, da diese von unterschiedlichen fremden Einflüssen geprägt sind; eingehend hierzu GULDENER, Herkunft (Anm. 33), S. 11 ff. sowie SUTTER, Rechtseinheit (Anm. 27), S. 124 ff., Rz. 151 ff.

39 HANS PETER WALTER, SJZ 2004 (Anm. 17), S. 316.

40 SEILER BENEDIKT, Die Berufung nach ZPO, Zürich/Basel/Genf 2013, Rz. 67.

41 Art. 213 ff. ZPO.

42 Art. 270 ZPO.

43 Art. 347 ff. ZPO.

44 BRIGITTE ROHNER, Anwaltsrevue 2007 (Anm. 37), S. 60.

45 In diesem Sinne BGE 139 III 457, 459 (E. 3.2). Vgl. auch BINDER/GUTZWILLER (Anm. 5), S: 172.

3. Bedeutung des bisherigen Bundeszivilprozessrechts

Der Grundsatz der Bewahrung des Status quo betrifft aber nicht nur die kantonalen Zivilprozessordnungen. Bereits vor dem Erlass der Schweizerischen Zivilprozessordnung bestand schon eine immer stärker werdende Tendenz, geschriebenes Bundesrecht mit zivilprozessualem Inhalt zu erlassen, verbunden mit der zunehmenden Entwicklung des ungeschriebenen Bundeszivilprozessrechts bzw. rechtsschöpfende Anerkennung desselben durch das Bundesgericht. In diesem Zusammenhang war der Gesetzgeber beim Erlass der ZPO um eine möglichst vollständige Erfassung und Übernahme solcher Bestimmungen in die ZPO bemüht[46]. So wurden Verfahrensbestimmungen des OR, des ZGB oder des Immaterialgüterrechts sowie etwa auch das nun aufgehobene Gerichtsstandsgesetz in die ZPO integriert und in den genannten Gesetzen aufgehoben[47]. So etwa die zahlreichen verfahrensrechtlichen Vorschriften des Scheidungsrechts (Art. 135-149 aZGB).

Sofern die ZPO keine bewussten Abweichungen bei der Übernahme solcher bereits auf Bundesgesetzesebene vorhandenen zivilprozessualen Bestimmungen vorsieht, kann die Rechtsprechung zum bisherigen Recht bei der Auslegung dieser Bestimmungen ohne Weiteresherangezogen werden[48].

Der Umstand, dass die Vorschriften der ZPO, anders als die früheren Normen des Bundesrechts (z.B. Art. 148 Abs. 1 aZGB[49] betreffend Aufschub des Eintritts der formellen Rechtskraft für nicht angefochtene Kinderunterhaltbeiträge bei Anfechtung des Ehegattenunterhalts) nur noch

---

46 Botschaft ZPO (Anm. 14), S. 7237; SEILER, Berufung nach ZPO (Anm. 40), Rz. 65; DOMEJ TANJA, ZZPInt 2006 (Anm. 31), S. 244.

47 Botschaft ZPO (Anm. 14), S. 7237; BRIGITTE ROHNER, Anwaltsrevue 2007 (Anm. 37), S. 58; JÜRGEN BRÖNNIMANN, recht 2009 (Anm. 37), S. 82.

48 Vgl. hierzu etwa BGE 138 III 555, 557 ff. (E. 2).

49 Art. 148 Abs. 1 aZGB: „*Die Einlegung eines Rechtsmittels hemmt den Eintritt der Rechtskraft nur im Umfang der Anträge; wird jedoch der Unterhaltsbeitrag für den Ehegatten angefochten, so können auch die Unterhaltsbeiträge für die Kinder neu beurteilt werden*". Diese Bestimmung wurde mit dem Inkrafttreten der ZPO am 1. Januar 2011 aufgehoben und durch Art. 282 Abs. 2 ZPO sowie Art. 315 Abs. 1 ZPO ersetzt.

für die kantonalen Instanzen (Art. 1 ZPO[50]), aber nicht mehr für das Verfahren vor Bundesgericht gelten, spielt für den Inhalt der Norm bzw. deren Auslegung u.E. keine Rolle.

4. Bedeutung von Art. 29 und Art. 30 der Bundesverfassung

Art. 29[51] und Art. 30[52] der Bundesverfassung (BV)[53] umschreiben rechtsstaatliche Mindestanforderungen an die Verfahren gerichtlicher Instanzen (Verfahrensgarantien), welche auch nach Inkrafttreten der ZPO auf den Zivilprozess anwendbar sind[54]. Allerdings sind nach Art. 190 BV[55]

---

50 Art. 1 ZPO: „*Dieses Gesetz regelt das Verfahren vor den kantonalen Instanzen für:*
a. streitige Zivilsachen;
b. gerichtliche Anordnungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit;
c. gerichtliche Angelegenheiten des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts;
d. die Schiedsgerichtsbarkeit".

51 Art. 29 BV: „*Allgemeine Verfahrensgarantien*
1 Jede Person hat in Verfahren vor Gerichts- und Verwaltungsinstanzen Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung sowie auf Beurteilung innert angemessener Frist.
2 Die Parteien haben Anspruch auf rechtliches Gehör.
3 Jede Person, die nicht über die erforderlichen Mittel verfügt, hat Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint. Soweit es zur Wahrung ihrer Rechte notwendig ist, hat sie ausserdem Anspruch auf unentgeltlichen Rechtsbeistand".

52 Art. 30 BV: „*Gerichtliche Verfahren*
1 Jede Person, deren Sache in einem gerichtlichen Verfahren beurteilt werden muss, hat Anspruch auf ein durch Gesetz geschaffenes, zuständiges, unabhängiges und unparteiisches Gericht. Ausnahmegerichte sind untersagt.
2 Jede Person, gegen die eine Zivilklage erhoben wird, hat Anspruch darauf, dass die Sache vom Gericht des Wohnsitzes beurteilt wird. Das Gesetz kann einen anderen Gerichtsstand vorsehen.
3 Gerichtsverhandlung und Urteilsverkündung sind öffentlich. Das Gesetz kann Ausnahmen vorsehen".

53 SR 101.

54 Bericht VE (Anm. 17), S. 59; KARLEN PETER, in: BSK ZPO (Anm. 19), Art. 29 BV N 1; HUBER LUKAS, in: DIKE Komm (Anm. 19), Art. 117 N 3.
Art. 190 BV: „*Bundesgesetze und Völkerrecht sind für das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden massgebend*".

Bundesgesetze und Völkerrecht für das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden massgebend. Damit kann Bundesgesetzen weder im Rahmen der abstrakten noch der konkreten Normenkontrolle auf Verfassungsmässigkeit die Anwendung versagt werden[56]. Die Bestimmungen der ZPO sind für eine rechtsanwendende Behörde also selbst dann massgebend, wenn diese die Mindestanforderungen gemäss Art. 29 und Art. 30 BV nicht erfüllten sollten. Da es sich dabei um Mindestanforderungen handelt, können die Bestimmungen der ZPO demgegenüber auch über das von der Verfassung Vorgeschriebene hinausgehen[57].

Aus diesem Umstand darf jedoch nicht geschlossen werden, dass Art. 29 und Art. 30 BV seit der Vereinheitlichung des Zivilprozessrechts keine Bedeutung mehr zukommt. So ist die Rechtsprechung zu Art. 29 und Art. 30 BV namentlich bei der Auslegung von Bestimmungen der ZPO zu berücksichtigen, welche die verfassungsmässigen Vorgaben konkretisieren[58].In diesem Sinne ist beispielsweise die vom Bundesgericht zum Begriff der Aussichtslosigkeit gemäss Art. 29 Abs. 3 BV im Kontext der unentgeltlichen Rechtspflege entwickelte Praxis auch für die Auslegung der entsprechenden Bestimmung in Art. 117 Bst. b ZPO zu berücksichtigen[59].

5. Verhältnis zum Bundesgerichtsgesetz

Aus der bislang ergangenen Rechtsprechung zeigt sich, dass die Bestimmungen der ZPO, namentlich jene betreffend die Rechtsmittel (Art. 308 ff. ZPO) oder den Streitwert (Art. 92 ff. ZPO), bisweilen im Lichte des Bundesgerichtsgesetzes (BGG)[60] ausgelegt werden, was in gewissen Bereichen – so im Bereich der Streitwertberechnung – im Sinne der Vereinheitlichung begrüssenswert ist und auch dem Willen des Gesetzgebers

---

56 BGE 136 II 120, 130 (E. 3.5.1).

57 KARLEN PETER, in: BSK ZPO (Anm. 19), Art. 29 BV N 5.

58 KARLEN PETER, in: BSK ZPO (Anm. 19), Art. 29 BV N 6 und Art. 30 BV N 5.

59 BGE 138 III 217, 218 (E. 2.2.4).

60 SR. 173.110.

entspricht[61]. Ähnliches gilt im Bereich des Fristenrechts dieser beiden Gesetze[62].

In anderen Bereichenwiederum ist dies jedoch als problematisch anzusehen, weil die Vorschriften der ZPO und des BGG nicht vollständig deckungsgleich sein müssen. So insbesondere, wenn die Praxis bestrebt ist, die Geltung des sog. Rügeprinzips nach Art. 42 Abs. 2 BGG (sowie Art. 106 Abs. 2 BGG) unbesehen in das Rechtsmittelverfahren nach ZPO vor den kantonalen Instanzen zu übertragen[63]. Nach dem Rügeprinzip prüft das Bundesgericht nur die geltend gemachten Rügen; es ist nicht gehalten, alle sich stellenden rechtlichen Fragen zu prüfen, wenn diese vor Bundesgericht

---

61 Botschaft ZPO (Anm. 14), S. 7292; Protokolle der Sitzungen der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates, Protokoll vom 13./14. September 2007, S. 25 ff.; Bericht VE (Anm. 17), S. 48 f.

62 Die Regeln der Fristen in Art. 142 ff. ZPO lehnen sich stark an die Regelungen in Art. 44 ff. BGG an, weshalb bei der Auslegung des Fristenrechts der ZPO weitgehend auf die Rechtsprechung zum Fristenrecht des BGG zurückgegriffen werden kann, vgl. Botschaft ZPO (Anm. 14), S. 7308;

63 So etwa der Entscheid des Obergerichts Zürich vom 15. August 2012, LA120001: „*Im Ergebnis bedeutet dies, dass die Berufungsbegründung mit den entsprechenden Rügen grundsätzlich den Umfang der Prüfungsbefugnis und der Prüfungspflicht der Berufungsinstanz umschreibt*“ (E. 5). Weniger streng demgegenüber der Entscheid des Obergerichts Zürich vom 5. Mai 2014, LB140016: „*Die Begründung hat zu erklären, weshalb der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten unrichtig sein soll, sie hat sich dementsprechend mit den Entscheidgründen der Vorinstanz auseinanderzusetzen. Zwar prüft die Berufungsinstanz nicht nur die geltend gemachten Rügen (Rügeprinzip). Der Berufungskläger hat sich aber mit der Begründung des erstinstanzlichen Entscheids auseinanderzusetzen; das Gericht muss den angefochtenen Entscheid nicht von sich aus auf Mängel untersuchen, es sei denn, der Sachverhalt sei geradezu willkürlich festgestellt oder das Recht sei geradezu willkürlich angewandt worden*“ (E. 3). U.E. zutreffend sind die Ausführungen im Entscheid des Kantonsgericht Basel-Landschaft vom 3. Januar 2012, 400 11 306: „*Das Erfordernis einer Begründung darf jedoch nicht mit dem Rügeprinzip verwechselt werden. Es geht in der Begründung nicht darum, dass der Berufungskläger bestimmte Normen präzise anruft und konkret aufzeigt, inwiefern die angerufenen Normen verletzt worden sind, sondern darum, dass der Berufungskläger der Rechtsmittelinstanz durch zusätzliche Ausführungen zu den Berufungsanträgen seine Überlegungen hinsichtlich des angefochtenen Entscheids mitteilt und so zu einer effizienten Justiz beiträgt*“ (E. 4.1).

nicht mehr vorgetragen wurden[64]. Dies bedeutet eine Einschränkung des Grundsatzes, wonach das Gericht das Recht von Amtes wegen anzuwenden hat, welchem auch das Bundesgericht untersteht[65]. Eine solche Einschränkung auf Stufe der kantonalen Rechtsmittel, welche letztlich auf einen Abbau von Rechtsschutz hinausläuft, entspricht nicht dem Willen des Gesetzgebers[66].

6. Bedeutung der Gesetzesmaterialien

a. Allgemeines

Im Zusammenhang mit dem historischen Auslegungselement ist allgemein umstritten, ob ein Gesetz „subjektiv" (entstehungszeitlich) oder „objektiv" (geltungszeitlich) auszulegen ist. Dieser Streit durchzieht die ganze methodologische Dogmengeschichte[67]. Auch die Rechtsprechung des Bundesgerichts hierzu ist uneinheitlich. Während einige Entscheide den historischen Willen des Gesetzgebers und damit die Aussagen in den Gesetzesmaterialien als völlig unbeachtlich bezeichnen[68], wird in anderen

---

64 BGE 133 IV 150, 152 (E. 1.2).

65 Art. 106 Abs.1 BGG.

66 Eingehend SEILER, Berufung nach ZPO (Anm. 40), Rz. 433, 893 f., 901. Gl. M. OBERHAMMER PAUL, in: KUKO ZPO (Anm. 19), Art. 57 N 2; SUTTER-SOMM THOMAS/VON ARX GREGOR, in: ZPO Komm (Anm. 28), Art. 57N 6;GEHRI MYRIAM A., in: BSK ZPO (Anm. 19), Art. 57 N 7. Differenzierend HURNI CHRISTOPH, in: Hausheer Heinz/Walter Hans Peter (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung, Berner Kommentar, Band I, Artikel 1-149 ZPO, Bern 2012, Art. 57 ZPO N 43, wonach das Rügeprinzip gemäss Art. 42 Abs. 2 BGG im kantonalen Beschwerdeverfahren nicht aber im kantonalen Berufungsverfahren zur Anwendung komme. A.A. GLASL DANIEL, in: DIKE Komm (Anm. 19), Art. 57 N 22; GEHRI MYRIAM A., in: Gehri Myriam A./Kramer Michael, Schweizerische Zivilprozessordnung, Kommentar, Zürich 2010, Art. 310 N 5. In diesem Sinne auch JEANDIN NICOLAS, in: Bohnet François/Haldy Jacques/Jeandin Nicolas/Schweizer Philippe/Tappy Denis (Hrsg.), Code de procédure civile commenté, Basel 2011, Art. 311 N 3.

67 Eingehend hierzu etwa KRAMER (Anm. 4), S. 121 ff.

68 Insbesondere BGE 81 I 274, 282 (E. 2): „*Wie das Bundesgericht wiederholt erklärt hat, ist nicht massgebend, was in den Gesetzesmaterialien steht oder was bei der Gesetzesberatung in der gesetzgebenden Behörde gesagt wurde, sondern was dem*

Entscheiden davon ausgegangen, dass das Bundesgericht an den gesetzgeberischen Willen generell gebunden sei[69]. Andere Entscheide wiederum nehmen eine Mittelmeinung ein, mit unterschiedlichen Tendenzen[70].

b. Insbesondere die Rechtsprechung zum Stellenwert der Gesetzesmaterialien

Auch im Zusammenhang mit der historischen Auslegung einer Bestimmung der ZPO hat sich das Bundesgericht bereits mehrfach zur Bedeutung der Gesetzesmaterialien geäussert. Doch scheint es auch hier nicht eine einheitliche Meinung zu vertreten.

In BGE 139 III 368 stellte es folgende Formel auf: „*Die Gesetzesmaterialien sind zwar nicht unmittelbar entscheidend, dienen aber alsHilfsmittel, den Sinn der Norm zu erkennen. Die Materialien sind dabei für die Gesetzesinterpretation weder verbindlich noch für die Auslegung unmittelbar entscheidend; denn ein Gesetz entfaltet ein eigenständiges, vom Willen des Gesetzgebers unabhängiges Dasein, sobald es in Kraft getreten ist. Insbesondere sind Äusserungen von Stellen oder Personen, die bei der Vorbereitung mitgewirkt haben, nicht massgebend, wenn sie im Gesetzestext nicht selber zum Ausdruck kommen. Das gilt selbst für Äusserungen, die unwidersprochen geblieben sind. Als verbindlich für die Gerichte können nur die Normen selber gelten, die von der gesetzgebenden Behörde in der hierfür vorgesehenen Form erlassen worden sind. Das bedeutet nun nicht, dass die Gesetzesmaterialien methodisch unbeachtlich wären; sie können namentlich dann, wenn eine Bestimmung unklar ist oder verschiedene, einander widersprechende Auslegungen zulässt, ein wertvolles Hilfsmittel sein, um den Sinn der Norm zu erkennen und damit falsche Auslegungen zu vermeiden. Wo die Materialien keine klare Antwort geben, sind sie als*

Gesetz im Lichte allgemeiner Rechtsanschauung zu entnehmen ist, wobei die gegenwärtigen Verhältnisse zu berücksichtigen sind".

69 BGE 127 III 342, 344 (E. 2): „*An diesen (jungen) gesetzgeberischen Willen ist das Bundesgericht gebunden*".

70 Eine eingehende Darstellung dieser Rechtsprechung findet sich bei KRAMER (Anm. 67), S. 126 ff. Vgl. auch HANS PETER WALTER, recht 1999, S. 157 ff.

Auslegungshilfe nicht dienlich. Insbesondere bei verhältnismässig jungen Gesetzen darf der Wille des historischen Gesetzgebers nicht übergangen werden. Hat dieser Wille jedoch im Gesetzestext keinen Niederschlag gefunden, so ist er für die Auslegung nicht entscheidend."[71].

In BGE 139 III 98, ein im gleichen Jahr gefällter Entscheid, scheint das Bundesgericht die Bedeutung der Gesetzesmaterialien demgegenüber stärker zu betonen:

„*Ausgangspunkt jeder Auslegung bildet der Wortlaut der Bestimmung. Ist der Text nicht klar und sind verschiedene Interpretationen möglich, so muss nach seiner wahren Tragweite gesucht werden unter Berücksichtigung aller Auslegungselemente, namentlich des Zwecks, des Sinns und der dem Text zu Grunde liegenden Wertungen. Wichtig ist ebenfalls der Sinn, der einer Norm im Kontext zukommt. Vom klaren, das heisst eindeutigen und unmissverständlichen Wortlaut darf ausnahmsweise abgewichen werden, wenn triftige Gründe dafür vorliegen, dass der Wortlaut nicht den wahren Sinn der Bestimmung wiedergibt. Solche Gründe können sich aus der Entstehungsgeschichte der Bestimmung, aus ihrem Sinn und Zweck oder aus dem Zusammenhang mit andern Vorschriften ergeben. Bei der Auslegung neuerer Bestimmungen kommt den Gesetzesmaterialien eine besondere Stellung zu, weil veränderte Umstände oder ein gewandeltes Rechtsverständnis eine andere Lösung weniger nahelegen*"[72].

c. Kritische Würdigung

Auffällig ist an der ersten Formel, dass das Bundesgericht für die Beachtlichkeit der Gesetzesmaterialien im Rahmen der Auslegung einen Niederschlag im Gesetzestext der entsprechenden Aussagevoraussetzt.

Dies betonte das Bundesgericht auch in einem Entscheid, in welchem es um die Frage des Novenrechts im Berufungsverfahren bei Geltung der Untersuchungsmaxime, also die Geltung von Art. 229 Abs. 3 ZPO[73] im

---

71 BGE 139 III 368, 372 f. (E. 3.2).

72 BGE 139 III 98, 100 ff. (E. 3.1). Ähnlich etwa BGE 140 III 315, 318 (E. 5.2.1); BGE 139 III 78 (E. 5.4.3); BGE 137 III 470 (E. 6.5.2).

73 Art. 229 Abs. 3 ZPO: „*Hat das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen abzuklären, so berücksichtigt es neue Tatsachen und Beweismittel bis zur Urteilsberatung*".

Berufungsverfahren ging. Das Bundesgericht schloss aus der Streichung des entsprechenden Verweises in Art. 314 E-ZPO[74] darauf, dass Art. 229 Abs. 3 ZPO keine Geltung im Berufungsverfahren habe, da dies dem Willen des Gesetzgebers entspreche. Zwar wurde in der Botschaft ZPO klargestellt, dass Art. 229 Abs. 3 ZPO auch in zweiter Instanz gelte[75], allerdings habe diese Ansicht keinen Niederschlag im Gesetzestext gefunden, da der im bundesrätlichen Entwurf noch vorhandene entsprechende Verweis vom Parlament wieder gestrichen wurde[76]. Bei genauer Betrachtung der Gesetzesmaterialien geht jedoch hervor, dass im parlamentarischen Verfahren davon ausgegangen wurde, dass die Geltung von Art. 229 Abs. 3 ZPO in der Berufungsinstanz als selbstverständlich anzusehen sei. Die Streichung eines entsprechenden Verweises im Vergleich zum Entwurf hatte lediglich redaktionelle Gründe, wie sich aus den (nicht allgemein öffentlich zugänglichen) Protokollen der Rechtskomissionen des Parlaments ergibt[77]. An diesem Beispiel wird erkennbar, dass Aussagen in den Materialien durchaus dem Willen des Gesetzgebers entsprechen können, selbst wenn diese in der Folge keinen Niederschlag im Gesetz gefunden haben.

Fraglich ist hierbei auch, was unter „Niederschlag im Gesetz" im Sinne der dargestellten Rechtsprechung zu verstehen ist. Denn im genannten Entscheid ist der Gesetzgeber offenbar auch davon ausgegangen, dass sich die Weitergeltung des Novenrechts im Berufungsverfahren klarerweise und

---

74 Entwurf zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (Zivilprozessordnung, ZPO) vom 28. Juni 2006, BBl 2006, S. 7413 ff. Art. 314 Abs. 1 E-ZPO: „*Für das Vorbringen neuer Tatsachen und Beweismittel gilt Artikel 225 Absätze 2 und 3* [E-ZPO] *sinngemäss*". Art. 225 Abs. 3 E-ZPO entspricht im Wortlaut Art. 229 Abs. 3 ZPO (vgl. Anm. 73).

75 Botschaft ZPO (Anm. 14), S. 7353.

76 BGE 138 III 625 ff. (E. 2.1 und 2.2). Eine ähnliche Argumentation findet sich in BGE 138 III 366 (E. 3.1.3), im Zusammenhang mit der Auslegung von Art. 291 ZPO.

77 Vielmehr ging es darum, einen sog „Doppelverweis" zu vermeiden, da ein solcher als unschön empfunden wurde. Eingehend zum Ganzen SEILER BENEDIKT, Zur Anwendbarkeit von Art. 229 Abs. 3 ZPO im Berufungsverfahren, SZZP 5/2012, S. 457 ff.; LEUENBERGER CHRISTOPH, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Zivilprozess im Jahr 2011, Veröffentlicht im Band 137, sowie ausgewählte amtlich nicht publizierte, elektronisch abrufbare Entscheide, 1. Teil: Zivilprozessrecht im internen Verhältnis (BE), in: ZBJV 3/2013, S. 233 ff., S. 254 ff.

ohne weiteres aufgrund von Art. 219 ZPO[78] ergebe.Diese Bestimmungsieht nämlich die sinngemässe Geltung der Vorschriften über das ordentliche Verfahren für sämtliche anderen Verfahren vor, soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt. Insofern kann ein „gesetzlicher Niederschlag" der in den Gesetzesmaterialien enthaltenen Aussage in diesem Fall entgegen der Ansicht des Bundesgerichts durchaus als vorhanden betrachtet werden.

Im Gegensatz zur ersten Formel ist es nach der zweiten Formulierung des Bundesgerichts demgegenüber nicht notwendig, dass eine in den Gesetzesmaterialien vertretene Ansicht ihren expliziten Niederschlag im Gesetzestext gefunden haben muss, damit eine Berücksichtigung derselben bei der Interpretation überhaupt zulässig ist. Der innere Widerspruch der bundesgerichtlichen Rechtsprechung liegt somit klar auf der Hand.

Es entspricht auch der Gesetzgebungstechnik, dass die ZPO bewusst nicht alle Details regeln will (sog. „Mut zur Lücke")[79], dass das Gesetz aber entsprechend seiner Systematik auszulegen ist. Dies bringt auch der genannte Art. 219 ZPO zum Ausdruck, dessen praktische Bedeutung aber zu wenig wahrgenommen wird.Wegleitend ist der Gesichtspunkt, dass das Gesetz bewusst das ordentliche Verfahren detailliert regelt, die anderen Verfahren aber, darunter auch das Rechtsmittelverfahren[80], weit weniger ausführlich, weil eben gemäss Art. 219 ZPO eine sinngemässer Rückgriff auf die Vorschriften des ordentlichen Verfahrens vorgeschrieben wird. Diese subsidiäre Anwendung der Vorschriften über das ordentliche Verfahren entspricht dem klaren Willen des Gesetzgebers und geht auch eindeutig aus dem Gesetzestext hervor[81].

---

78 Art. 219 ZPO: „*Die Bestimmungen dieses Titels gelten für das ordentliche Verfahren sowie sinngemäss für sämtliche anderen Verfahren, soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt*".

79 Vgl. hierzu bereits oben II.1.

80 Das Rechtsmittelverfahren ist in der ZPO nur sehr rudimentär geregelt, vgl. insbesondere Art. 316 und Art. 327 ZPO; eingehend hierzu SEILER, Berufung nach ZPO (Anm. 40), Rz. 1060.

81 Vgl. Botschaft ZPO (Anm. 14), S. 7338 zum im Laufe der parlamentarischen Beratung unveränderten Art. 216 E-ZPO.

Bei der Auslegung der ZPO ist deshalb der zweiten Formel des Bundesgerichts der Vorzug zu geben. Denn einerseits erscheint die Voraussetzung, dass Aussagen in den Gesetzesmaterialien einen „Niederschlag im Gesetz" gefunden haben, nicht selten als unklar. Anderseits ist die ZPO ein noch junges Gesetz, was – wie das Bundesgericht selbst bisweilen zu Recht festhält[82]– dazu führt, dass den Gesetzesmaterialien einen grösseren Stellenwert bei der Auslegung beigemessen werden muss[83].

III. Fazit

Die dargestellten uneinheitlichen Entscheidungen des Bundesgerichts im Kontext der Auslegung der ZPO sind der Rechtssicherheit kaum förderlich. Es bleibt zu hoffen, dass sich die zivilrechtlichen Abteilungen des Bundesgerichts zu einer einheitlichen Betrachtungsweise durchdringen können. Weiter ist darauf zu hoffen, dass Art. 219 ZPO, der – wie oben ausgeführt –eine sinngemässe Anwendung der Vorschriften des ordentlichen Verfahrens im Sinne einer „Lückenfüllung" vorschreibt, die ihm gebührende Bedeutung bekommt. Dazu gehört auch, dass die genannte Vorschrift dabei nach dem klaren Willen des Gesetzgebers wegleitend ist und die offenen Fragen nicht primär durch analoge Anwendung des Bundesgerichtsgesetzes oder einem Umkehrschluss beurteilt werden sollen.

---

82 BGE140 III 206, 207 (E. 3.5.4); BGE 139 III 98, 100 (E. 3.1). Deutlich auch BGE 137 III 470, 472 (E. 6): „*Zu prüfen ist, ob die Materialien zuverlässigen Aufschluss über die Auslegung von Art. 119 Abs. 6 ZPO geben. Nach ständiger Rechtsprechung stellen sie, gerade bei jüngeren Gesetzen, ein wichtiges Erkenntnismittel dar, von dem im Rahmen der Auslegung stets Gebrauch zu machen ist*", wo in der Folge die Frage der Kostenlosigkeit des Verfahrens auf Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege im Rechtsmittelverfahren, ausschliesslich anhand der Gesetzesmaterialien, beantwortet wurde. Vgl. auch BGE 140 III 315, 318 (E. 5), wo die Frage, ob ein Gesuch im Verfahren des Rechtsschutzes in klaren Fällen nach Art. 257 ZPO auch materiell abgewiesen werden kann, ausschliesslich anhand einer historischen Auslegung dieser Bestimmung, also ausschliesslich anhand der Gesetzesmaterialien, beantwortet wurde.

83 In diesem Sinne auch WILLISSEGGER, Grundstruktur (Anm. 3), S. 50 sowie BOHNET (Anm. 5), S. 23.

[H]KATILMA ALACAĞI DAVASI BELİRSİZ ALACAK DAVASI OLARAK AÇILABİLİR Mİ?

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA[*]

Yrd. Doç. Dr. Sezin AKTEPE ARTIK[**]

GİRİŞ

4721 sayılı ve 22 Kasım 2001 kabul tarihli yeni Türk Medeni Kanunu, 1 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu Kanun ile aile hukuku alanında önemli bir yenilik getirilerek edinilmiş mallara katılma rejimi, yasal mal rejimi olarak kabul edilmiştir. İsviçre Medeni Kanunu'ndan bazı değişiklikler ve eklemelerle alınan bu sistem birbirini tamamlayan bir dizi kurallar bütününden oluşmaktadır. Bu yasal mal rejimi içinde yer alan malvarlıkları türünün mal rejimi sona erinceye kadar bir önemi olmamakla birlikte, mal rejimi sona erdiği andan itibaren önem kazanmaktadır. Her eşin malvarlığının tasfiye edilmesi ve birbirinden mahsup edilmesiyle ortaya, parasal bir alacak hakkı olarak katılma alacağı çıkmaktadır. İşte bu alacağa ilişkin davaların, Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) m. 107 uyarınca belirsiz alacak davası olarak açılabilip açılamayacağı, bu çalışmanın konusunu oluşturmaktadır.

H Hakem incelemesinden geçmiştir.

* İstanbul Kemerburgaz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

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

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Özel Sayı 2014, s. 431-458 (Basım Yılı: 2015)
Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ'e Armağan

I. GENEL OLARAK YASAL MAL REJİMİ VE MAL REJİMİNİN TASFİYESİ SONUCU ORTAYA ÇIKAN KATILMA ALACAĞI

A. Genel Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, Başlangıcı ve Sona Ermesi

Türk Medeni Kanun'un 202. maddesi uyarınca eşler arasında aksi kararlaştırılmadıkça, edinilmiş mallara katılma rejiminin uygulanması asıldır. Maddenin ikinci fıkrasında, eşlere Kanunda belirtilen diğer mal rejimlerinden birini seçme olanağı tanınmaktadır. Eşler, bu olanaklarını kullanarak başka bir mal rejimini seçmemişlerse ve Kanunun 206. maddesi doğrultusunda mahkemece olağanüstü mal rejimine geçilmediği takdirde, edinilmiş mallara katılma rejimine tabi olacaklardır. Yasal mal rejiminin başlangıç ve bitiş tarihlerinin tespiti, katılma alacağı davaları için önem arz etmektedir. Özellikle edinilmiş mallara katılma rejiminin sona ermesine ilişkin tarihin belirlenmesi, tasfiye kapsamına giren malvarlığı değerlerinin tespit edilebilmesi açısından önemlidir.

Edinilmiş mallara katılma rejimi, 1 Ocak 2002 tarihinden sonra kurulan evliliklerde, eşler evlenirken başka bir mal rejimi sözleşmesi yapmamışlarsa, evlilik tarihinden geçerli olmak üzere kendiliğinden yürürlüğe girer. Yasal mal rejiminin, kanunun yürürlüğe girmesinden önceki evliliklere uygulanıp uygulanmayacağı sorusuna ilişkin olarak, Türk Medeni Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 10.maddesinde özel bir düzenleme getirilmiştir. Buna göre, 1 Ocak 2002 tarihinden önce evlenmiş olan eşler için yasal mal rejiminin başlangıcı, kural olarak, 1 Ocak 2002'dir. Bu durumda eşler, iki ayrı mal rejimine tabidirler, Şöyle ki; evlendikleri tarihten 1 Ocak 2002 tarihine kadar eşler arasında (daha önceden başka bir mal rejimi seçmemişlerse) mal ayrılığı rejimi, bu tarihten sonrası için ise yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejimi geçerlidir. Bununla birlikte eşler, Kanunun yürürlük tarihinden itibaren bir yıl içinde mal rejimi sözleşmesiyle, yasal mal rejiminin evlenme tarihinden geçerli olacağını kararlaş-

tırabilirler. Bu halde, yasal mal rejiminin başlangıcı, eşlerin evlilik tarihi olacaktır[1].

Yasal mal rejiminin sona erme nedenleri ve sona erme anı, Medeni Kanun'un 225.maddesinde sayılmıştır. Öncelikle bir eşin ölümü, eşler arasındaki yasal mal rejimini kendiliğinden sona erdirir (m. 225/f.1). Bu emredici bir hükümdür. Ölüm karinesi, ölüm gibi hukuki sonuç doğuracağından (TMK m. 31 ve m. 44), ölümüne kesin gözüyle bakılacak bir ölüm tehlikesi içinde kaybolmuş ve cesedi bulunamayan bir eşin öldüğü, kayıtlara işlenir. Bu halde, ölüm tehlikesi tarihi, mal rejiminin ve evliliğin sona erdiği tarih olarak kabul edilir[2]. Gaiplik kararı, evliliği kendiliğinden sona erdirmeyip, gaiplik kararı ile birlikte ya da daha sonra gaibin eşinin evliliğin feshini talep etmesi gerekmektedir (TMK m. 131). Bununla birlikte, evliliğin feshedilip edilmemesinin mal rejimi tasfiyesine bir etkisi bulunmamalı; mal rejimi, gaiplik olayı tarihinden itibaren -ölüm ile- sona ermiş sayılmalıdır. Zira aksine düşünce, gaibin eşi ile diğer mirasçıları arasında karşılıklı ortaya çıkabilecek olan tasfiye talepleri açısından adaletsiz ve karmaşık sorunlar doğurabilecektir[3].

Eşler istedikleri zaman bir başka mal rejimine geçmek için sözleşme yapabilirler (TMK m. 202/f.2 ve 203). Böyle bir durumda, sözleşme tarihi eski mal rejiminin sona erme anıdır. Ancak eşler seçtikleri yeni mal rejiminin hükmün doğurmasını bir şarta ya da sonraki bir tarihe bağlamış iseler, bu durumda söz konusu şartın ya da sürenin gerçekleşmesi ile birlikte eski mal

---

1 **Şıpka**, Şükran; Türk Hukukunda Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar, 3. Tıpkı Basım, İstanbul 2013 (Rejim), s. 76 vd.; **Gençcan**, Ömer Uğur; Mal Rejimleri Hukuku, Ankara 2010, s. 345-346; **Kılıçoğlu**, Ahmet M.; Katkı-Katılma Alacağı, Ankara 2011, s. 170 vd.; **Acar**, Faruk; Aile Hukukumuzda Mal Rejimleri ve Eşin Yasal Miras Payı, 2. Baskı, Ankara 2010, s. 16; **Akıntürk** Turgut/**Ateş Karaman**, Derya; Türk Medeni Hukuku- Aile Hukuku, İkinci Cilt, 15. Bası, İstanbul 2013, s. 144; **Dural**, Mustafa/**Öğüz**, Tufan/**Gümüş**, Mustafa Alper; Türk Özel Hukuku Cilt III, Aile Hukuku, İstanbul 2013, s. 193 vd.

2 **Şıpka**, Rejim, s. 143; **Gümüş**, Mustafa Alper; Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri (TMK m. 185-281), İstanbul 2008, s. 284; **Gençcan**, s. 362 vd.

3 Ayrıntılı bilgi için bkz. **Şıpka**, Rejim, s. 146-151. Aynı yönde, **Öztan**, Bilge; Aile Hukuku, 5. Bası, Ankara 2004, s. 320; **Acar**, s. 199-200 ve dn. 578.

rejimi sona ermiş sayılır[4]. Evliliği sona erdirmeye yönelik boşanma ya da iptal davası açıldığında, bu dava kabul edilip boşanmaya hükmolunduğu takdirde, eşler arasında mevcut olan yasal mal rejimi, davanın açıldığı tarihte sona ermiş sayılır (TMK m. 225/f.2). Kanun'un 206.maddesi uyarınca, eşlerden birinin talebi ile mevcut mal rejimi, hâkim kararı ile mal ayrılığına dönüştürülürse, bu davanın açıldığı tarihten itibaren eşler arasında mevcut mal rejimi sona erer (TMK m. 225/f.2).

Mal rejiminin sona erme anının önemli sonuçları vardır. Birincisi, TMK m. 228/f1 uyarınca eşlerin kişisel malları ile edinilmiş malları, mal rejiminin sona ermesi anındaki durumlarına göre ayrılır. İkinci olarak, mal rejimi sona erdiği tarihte mevcut olan edinilmiş mallar, tasfiye anındaki değerleriyle hesaba katılır (TMK m. 235/f.1). Katılma alacağı üzerindeki beklenen hak, mal rejiminin sona ermesi ve bu anın tespiti ile birlikte talep edilebilir bir alacak hakkına dönüşür. Nihayet, zamanaşımının başlangıcı da, mal rejiminin sona erdiği tarih olacaktır[5].

B. Edinilmiş Mal- Kişisel Mal Ayırımı

Eşlerin tasfiyeye konu malvarlığı, edinilmiş mallarıdır. Edinilmiş malların ne olduğu TMK 219. maddede belirtilmiştir. Söz konusu maddenin birinci fıkrasında öncelikle edinilmiş malvarlığının tanımı verilmiştir. Bu tanıma göre edinilmiş maldan sözedebilmek için söz konusu mal, edinilmiş mallara katılma rejimi içinde ve karşılığı verilerek (ivazlı olarak) elde edilmiş olmalıdır. Elde edilen edinilmiş mal değeri için verilen ya da ödenen ivazın kaynağının da "edinilmiş mal", ya da maddenin 4. bendinde belirtildiği üzere "kişisel mal geliri" olması gerekir. Bu tanım dışında ayrıca maddede yasa gereği edinilmiş mal sayılan diğer malvarlıkları da beş bend halinde belirtilmiştir[6]. Ancak tekrar belirtelim ki, edinilmiş mallar, bu

---

4 **Şıpka**, Rejim, s. 151; **Sarı**, Suat; Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, 2007, s. 89, 37 vd.

5 **Şıpka**, Rejim, s. 159.

6 Bir eşin çalışmasının karşılığı olan edinimler; Sosyal güvenlik veya sosyal yardım kurum ve kuruluşlarının veya personele yardım amacı ile kurulan sandık ve benzerlerinin yaptığı ödemeler; Çalışma gücünün kaybı nedeniyle ödenen tazminatlar; Eşin, kişisel mallarının gelirleri; Edinilmiş malların yerine geçen değerler.

maddede sayılanlarla sınırlı değildir. Birinci benddeki tanıma dahil olabilecek her malvarlığı, edinilmiş mal sayılabilecektir.

Kişisel mal ise, TMK.m. 220'de kanun gereği saymaca olarak belirtilmiş olup, bu malvarlığı türleri tasfiyeye ve katılma alacağı hesabına girmemektedir. Bunlar, eşlerden birinin yalnız kişisel kullanımına yarayan eşya, mal rejiminin başlangıcında yalnız eşlerden birine ait bulunan veya bir eşin sonradan miras yoluyla veya herhangi bir şekilde karşılıksız kazanma yoluyla elde ettiği malvarlığı değerleri, manevi tazminat alacakları, kişisel mallar yerine geçen değerlerdir. Ayrıca TMK m. 221 hükmüne göre eşler, bir mal rejimi sözleşmesi yaparak, iki tür edinilmiş malı, kişisel mal sayabilirler: 1) Bir mesleğin icrası veya işletmenin faaliyeti sebebiyle doğan edinilmiş mallara dahil olması gereken malvarlığı değerlerinin kişisel mal sayılacağını kabul edebilirler. 2) Kişisel mallarının gelirinin, edinilmiş mallara dahil olmayacağını kararlaştırabilirler.

TMK m. 222/f.3 uyarınca, bir eşin bütün malları aksi ispat edilinceye kadar edinilmiş mal kabul edilir. Bu kural gereğince, davacı davalının tasfiyeye tabi olan mallarının edinilmiş mal olduğunu ispat etmek zorunda olmayıp, davalı taraf ispat yükü altındadır. Davalı eş, kişisel malı olduğu savunmasında bulunuyorsa bunu ispat etmek zorundadır. İşte edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesi ve katılma alacağının belirlenmesi için mahkemece öncelikle davalı eşin (çift taraflı tasfiye yapılacaksa, her iki eşin) malvarlığında bulunan edinilmiş malların ve kişisel malların tespiti, kişisel mallar varsa bunların ayrıştırılması gerekir.

Edinilmiş mal ve kişisel mal ayırımının ayrıca değer artış payı alacağı (MK.m. 227) hesabında da önemi vardır. Zira bir eşin kişisel ya da edinilmiş malından, diğer eşin kişisel ya da edinilmiş malına yapmış olduğu katkının belirlenmesi için öncelikle katkı yapan ve katkı yapılan malvarlığı türünün nitelenmesi gerekir.

Tasfiyeye ve katılma alacağına, edinilmiş malvarlığı değerleri dahil olduğundan, katılma alacağı davalarında eşlerin (kural olarak davalının) mal varlığında bulunan edinilmiş mallar ayrıştırılmalıdır. Zira, tasfiye hesabı yapılabilmesi ve katılma alacağına hükmedilebilmesi için davalı eşin edinilmiş malı bulunmalıdır. Şayet davalının hiç edinilmiş malı bulunmuyorsa,

tüm malvarlığı kişisel mal ise, bu halde tasfiyeye konu bir mal bulunmuyor demektir.

C. Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Tasfiyesi ve Tasfiye Sonucu Ortaya Çıkan Katılma Alacağı

a. Genel Olarak

Yasal mal rejiminin sona erme anı, aynı zamanda tasfiyeyi ve buna bağlı olarak katılma alacağını en erken talep edebilme anıdır. Katılma alacağı, *"kaynağı edinilmiş mallara katılma rejimi, doğumu ise bu mal rejiminin tasfiyesi sonucu ortaya çıkacak artık değere bağlı olan, mal rejimi hukukuna ilişkin nisbi bir hak*"tır[7]. Mal rejiminin sona ermesinden önce bir katılma alacağı hakkı doğmaz. Katılma alacağı en erken mal rejiminin sona ermesi ile talep edilebilir hale gelir. Bundan önce her eşin katılma alacağı bir "beklenen hak" niteliğindedir[8]. Mal rejiminin sona ermesi ve sona erme anının belirlenmesi ile birlikte, katılma alacağı üzerindeki beklenen hak, talep edilebilir bir alacak hakkına dönüşür[9]. Bununla birlikte, katılma alacağının belirlenmesi için tasfiyenin gerçekleşmesi ön koşuldur. Tasfiye sonucunda, her iki eşin artık değerinin takas edilmesiyle, bir eşin katılma alacağı belirlenecektir[10]. Bir başka deyişle, katılma alacağı tasfiye bittiği zaman muaccel hale gelir[11].

---

7 **Şıpka,** Şükran; Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Tasfiyeyi ve Katılma Alacağını Talep Hakkına İlişkin Zaman Aşımı Süreleri, Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan, Ankara 2008 (Armağan), s. 842; **Şıpka**, Rejim, s. 290.

8 **Şıpka**, Armağan, s. 842; **Şıpka**, Rejim, s. 290; **Sarı**, s. 102 vd.; **Hausheer**, H./**Reusser**, R./**Geiser**, T.; Berner Kommenter, zum schweizerischen Privatrecht, Band II, Das Familienrecht, 1.Abteilung, Das Eherect, 3. Teiband, Das Güterrecht der Ehegatten, Allgemeine Vorschriften, Art. 181-195a ZGB Der ordentliche Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung, Art. 196-220 ZGB, Bern 1992 (Berner Komm), Art.215, N.17; **Zeytin,** Zafer; Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi, 2.Baskı, Ankara 2008, s. 65-66; **Gençcan**, s. 951.

9 **Hausheer,** H.; Das Güterrecht der Ehegatten, in Honsell/Vogt/Geiser (Hrsg), Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch I, Art.1-456 ZGB, 2.Aufl., Basel 2002 (Basler Komm), Art.202, N.3; **Sarı**, s. 100; **Şıpka**, Armağan, s. 839 vd.

10 **Şıpka**, Rejim, s. 161.

11 **Şıpka**, Rejim, s. 162.

TMK m.231'de artık değerin nasıl bulunacağı belirtilmiştir. Hükme göre artık değer, eklenmeden ve denkleştirmeden elde edilen miktarlar da dahil olmak üzere, her eşin edinilmiş mallarının toplam değerinden bu mallara ilişkin borçlar çıkarıldıktan sonra kalan miktardır. Buna göre, eşlerin artık değerini bulmak için, eşlerin edinilmiş mallarının tasfiye anındaki değeri, -varsa- m. 229 uyarınca eklenecek değerler, edinilmiş mal yararına denkleştirme alacağı (m. 230/f.2) hesabı yapılarak aktiflere eklenir. Eşlerin edinilmiş malların toplam değerinden bunlara ilişkin borçlar düşüldükten sonra, edinilmiş malların net değeri hesaba katılır. Ayrıca -varsa- bir eşin diğerinden olan değer artış payı alacağı da aktif ya da pasiflere eklenir. Bulunan artık değerin yarısı, bir eşin katılma alacağıdır.

Mal rejiminin tasfiyesi talebi ile katılma alacağının ifası talebinin birbirinden ayrılması gerekir. Mal rejiminin tasfiyesi mahkemeden talep edildiğinde, bu davanın teorik anlamda bir yenilik doğuran dava niteliğinde olduğu kabul edilmektedir[12]. Bu dava sonucunda eşler arasında bir katılma alacağı borç ilişkisi kurulacak ve eşlerden birisinin sahip olacağı katılma alacağı ortaya çıkacaktır. Bununla birlikte Türk hukuk uygulamasında, mal rejiminin tasfiyesi ve katılma alacağı talebi birlikte bir alacak davası olarak açılmakta ve yargılama buna göre devam etmektedir. Tasfiye talebi, TMK m. 178 anlamında, boşanmanın feri nitelikteki bir mali sonucu değildir. Boşanma davası ve sonucuna bağlı olan kanundan doğan mali sonuçlu bir talep hakkıdır[13]. Buna karşılık, uygulamada çoğunlukla boşanma davası ile birlikte ve boşanma dilekçesi içinde yer almaktadır. Tasfiye ve katılma alacağı talebi boşanma talebiyle birlikte ileri sürüldüğünde mahkeme, katılma alacağı davasını ayrı bir eda davası olarak kabul etmekte, boşanma davasından ayırarak, boşanma kararının kesinleşmesini bekletici mesele yapmaktadır.

b. Katılma Alacağının (Artık Değere Katılma Oranının) Hesaplama Yöntemi ve Ödenmesi

Yukarıda belirtildiği gibi, mal rejimi tasfiyesi aynî değil, nakdi bir tasfiyedir. Bu nedenle tasfiyeye tabi olan edinilmiş mallar tespit edildikten

---

12 **Şıpka**, Rejim, s. 163; **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 206; **Gümüş**, s. 288.

13 **Şıpka**, Rejim, s. 163.

sonra, bu malların güncel değeri[14] bilirkişi tarafından tespit edilmelidir. Daha sonra -varsa- TMK m. 229 kapsamında kalan eklenecek değerler, elden çıkarma tarihindeki değerleri ile hesaba katılmalı, yine eğer varsa m. 230'a göre denkleştirme hesabı yapılmalı, edinilmiş mallara ilişkin borçlar düşülmeli ve sonuç olarak eşlerin (kural olarak davalının) "artık değeri" bulunmalıdır. Bu hesaplama yöntemi özel uzmanlık gerektirdiğinden, mahkeme çoğu olayda bilirkişiden yararlanmaktadır. Hesap uzmanı denilen bilirkişi, bir dizi hesaplama yöntemi kullanarak, davacı yararına oluşacak katılma alacağını nakdi olarak hesaplayacaktır. Yargılama sonunda mahkeme davacının katılma alacağına hükmedecektir. Tasfiye çift taraflı ise, alacaklar mahsup edilip (m. 236/f.1) sadece bir eş yararına (bu davalı eş de olabilir) katılma alacağına karar verilir. Bu alacağa (m. 239/son fıkra gereği) karar tarihinden itibaren faiz yürütülür.

Katılma alacağının ödenmesinde de yine kanun gereği (m. 239) bazı özel durumlar söz konusu olabilir. Örneğin, katılma alacağı borçlusu, ödemeyi nakdi değil, ayın olarak yapabileceğini belirtirse, karşı tarafın itirazına rağmen, mahkeme tarafından uygun görülmesi halinde aynî ödemeye de karar verilebilir. Veya borçlu eş ödemelerinin ertelenmesini ya da takside bağlanmasını talep edebilir. Bu durumda hâkim talebi uygun görürse, borçludan güvence ister. Kanaatimizce bu talepler, yargılamanın sonuna kadar yapılabilmelidir. Zira, borçlu çıkabilecek olan davacı veya davalı, borç miktarını ancak mahkemece yapılacak hesaplama sonucunda -genellikle hesap uzmanı raporundan sonra- kesin olarak öğrenebilecektir. Kaldı ki ayın olarak ödeme, uyuşmazlığın esasına yönelik bir savunma aracı değil yalnızca Kanundan doğan, seçimlik hakkın kullanılmasına yönelik bir ifa yöntemidir. Görüldüğü gibi, mal rejimi kuralları içinde katılma alacağının belirlenmesi ve ödenmesi yöntemi, medeni yargılama kuralları dışında, istisnai düzenlemeler getirmektedir.

---

[14] TMK m. 232 ve m. 235 gereğince, mal rejiminin sona erdiği sırada mevcut olan edinilmiş mallar, tasfiye anındaki "sürüm değerleri" ile hesaba katılırlar. Sürüm değeri, bir malın değerlendirileceği ana göre normal piyasa değeridir. Tasfiye anının ise, mal rejiminin tasfiyesi talebiyle açılan davalarda davanın karar tarihi olduğu Yargıtay'ın yerleşik içtihadıyla belirtilmektedir. İlgili Yargıtay kararları için bkz. **Şıpka**, Rejim, s. 259, dn. 253.

c. Katılma Alacağının (Artık Değere Katılma Oranının) Hâkim Tarafından Belirlenmesi

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'na kaynak olan İsviçre Medeni Kanunu'nda yer almayan TMK.m. 236/f.2 hükmü, bizde kanunlaşma aşamasında tartışmalı bir şekilde TBMM Adalet Komisyonu'nda yasaya eklenmiştir. İlgili hükmün uygulanma koşulları varsa, hak sahibi (kusurlu) eş, diğer eşin artık değerinin yarısı üzerinde değil, **hakkaniyet oranında** bir katılma alacağına sahip olabilecek veya olamayacaktır. Madde gereğince, zina yapan ya da eşinin hayatına kasteden kötüniyetli eşin davranışı sonucu boşanma gerçekleşmiş ise, yasa gereği yarı yarıya olan alacak hakkının m. 236/f.2 kapsamında hâkim tarafından azaltılması ya da tamamen engellenmesi mümkün olabilecektir.

II. KATILMA ALACAĞININ BELİRSİZ ALACAK DAVASI OLARAK AÇILABİLECEĞİNİN KABULÜ VE GEREKÇELERİ

A. Genel Olarak Belirsiz Alacak Davası ve Koşulları

Talep sonucunu kesin olarak belirleme zorunluluğunun çeşitli nedenleri vardır. Bunlar, dava türünün tespiti, tasarruf ilkesi, hukuki dinlenilme hakkı, derdestlik, zamanaşımının kesilmesi, hükmün tesisi ve icrası, kanun yoluna başvuru imkânının kullanılması, maddi anlamda kesin hükmün tespiti olarak sayılabilir[15]. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 119. maddesinin d bendinde davanın konusu ve malvarlığına ilişkin davalarda, dava konusunun değerinin; ğ bendinde talep sonucunun açık bir şekilde dava dilekçesinde yer alması gerektiği düzenlenmiştir. Aynı zorunluluk 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde 179. maddenin 1. fıkrasının 5. bendine dayandırılmaktaydı[16]. Beşinci bentte yer alan "açık bir

---

15 Ayrıntılı bilgi için bkz. **Simil**, Cemil; Belirsiz Alacak Davası, İstanbul 2013, s. 9-18.

16 7.2.1945 gün 4/9 sayılı İBK (**Kuru**, Baki/**Arslan**, Ramazan/**Yılmaz**, Ejder; Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı, 21. Baskı, s. 313); **Umar,** Bilge; İktisatçılar için Medeni Usul Hukuku ve İcra-İflas Hukuku Ders Notları, İzmir 1973, s. 30; **Bilge,** Necip; Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, Ankara 1965, s. 320; **Bilge**, Necip/**Önen**, Ergun; Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, 3. Bası, Ankara 1978, s. 440; **Önen**, Ergun; Medeni Yargılama Hukuku, Ankara 1979, s. 146; **Berki**, Şakir; Hukuk Muhakemeleri Usulü, Ankara 1959, s. 112; **Berkin**, Necmeddin M.; Medeni Usul Hukuku Esasları, İstanbul

şekilde iddia ve savunma" ifadesi ile dava açarken talep sonucunun dava dilekçesinde açık ve net bir şekilde belirlenmesi anlaşılıyordu.

Davacı dava dilekçesinde açık bir şekilde talep sonucunu yazmak zorunda olduğundan, 1086 Sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu döneminde en büyük problemlerden birisini, dava açarken alacak miktarının belirli olmadığı davalar oluşturuyordu. Bu tür alacak taleplerinde, sakıncalarını en aza indirmek adına, alacağın bir kısmı için dava açılıyor, bilirkişi raporu ile tüm alacak miktarı belirlendikten sonra da dava edilmeyen kısım için (karşı tarafın kabulü olmaması halinde) ıslah yoluna başvuruluyordu. Dava ıslah edilince, ıslah yoluna başvuran taraf, ıslah masraflarını ödemek zorunda olduğundan, alacağın belirlenemeyen kısmı için davacı ek külfete katlanmak zorunda kalıyordu. Davacı ıslah hakkını daha önce kullanmış ise, aynı davada talep sonucunu ıslah suretiyle arttıramayacağından, saklı tuttuğu kısım için ayrı bir dava açıyordu. Bu durumda ayrı ayrı açılmış davalar birleştiriliyordu. Davaların birleştirilmesinin mümkün olmaması halinde ise, farklı ve çelişkili hükümlerin verilebilmesi gibi olumsuz ihtimaller ortaya çıkıyordu.

Ayrıca alacak miktarının tam olarak belirlenemediği hallerde dava dilekçesinde talep edilen miktarın yüksek tutulması durumunda, mahkemece belirlenen alacak miktarı daha düşük olduğunda, reddedilen kısım için yargılama gideri ve karşı taraf vekâlet ücretine mahkûm olma durumu ortaya çıkıyordu. Alacak miktarının düşük tutulması halinde ise alacağın dava edilmeyen kısmı için, dilekçede fazlaya dair hakların saklı tutulması gerekiyordu. Aksi takdirde davacı, bu kısımdan feragat edilmiş kabul ediliyordu[17].

1969, s. 379; **Onar**, Sıddık Sami/**Belgesay**, Mustafa Reşit; Adliye Hukukunun Umumi Esasları, İstanbul 1944, s. 113; **Üstündağ**, Saim; Medeni Yargılama Hukuku, C. I-II, 7. Bası, İstanbul 2000, s. 466; **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, Medeni Usul Hukuku Esasları, 7. Baskı, İstanbul 2009, s. 228; **Postacıoğlu**, İlhan E.; Medeni Usul Hukuku Dersleri, 6. Bası, İstanbul 1975, s. 393; **Pekcanıtez,** Hakan/**Atalay,** Oğuz/**Özekes,** Muhammet; Medenî Usûl Hukuku, 9. Bası, s. 241.

17 Yargıtay uygulaması alacağın geri kalanını ayrı bir dava ile istemek hakkını saklı tutma kaydı koymadan dava açan kişiyi, "*inanılmaz bir karine icadıyla"*, bakiye alacaktan feragat etmiş saydığı için bu bakiye alacak ayrı dava ile istenemiyordu. Şimdiki madde, bu adaletsiz çözümü engelleyecektir. **Umar,** Bilge; Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2011, s. 301.

Ayrıca, alacağın dava edilmeyen kısmı için zamanaşımı durmayacağı için, alacağın bu kısmının zamanaşımına uğraması tehlikesi doğmakta, ıslahın da zamanaşımı süresi içerisinde yapılması gerekmekte idi ve faize de ıslah tarihinden itibaren hükmediliyordu.

Yukarıda sözü edilen uygulama sorunları, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 107. maddesi ile büyük ölçüde çözüme kavuşturulmuştur[18].

---

[18] Belirsiz alacak davası, Alman ve İsviçre hukukunda, belirsiz talep davası *(unbezifferte Forderungsklage; unbezifferte Klageantrag; action en paiement non chiffrée)* olarak ifade edilmektedir. 2011 yılında yürürlüğe giren İsviçre Federal Usul Kanunu'nun 85. maddesinde Dava çeşitleri arasında düzenlenmiştir. Madde hükmüne göre,

"Dava açan tarafın alacağını davanın başında göstermesi imkânsız veya kendisinden beklenemeyecek durumda ise belirsiz alacak davası açılabilir. Bununla birlikte davacı, dava konusu olarak geçici bir en az miktarı dilekçesinde göstermek zorundadır.

Dava açan taraf ispat aşamasının sona ermesi ya da karşı tarafın bilgi açıklaması üzerine alacağını belirlemelidir. Bundan sonra talep sonucunun miktarı mahkemenin görevini aşsa bile dava açılan mahkeme görevli olmaya devam eder."

İsviçre Federal Usul Kanunu'nun 85. maddesinde iki ayrı belirsiz alacak davası tipi kabul edilmiştir. Bunlardan ilki, alacak miktarının karşı tarafın verdiği bilgi sonucu belirlenebildiği durumlarda belirsiz alacak davasıdır. Alacaklı dava açarken, kendisindeki bilgi eksikliği sebebiyle talep sonucunu belirleyememektedir. Alacak, ancak davanın açılmasından ve karşı tarafın ilgili bilgi ve belgeleri mahkemeye ibraz etmesinden sonra belirlenebilecektir. Diğer dava türü ise delillerin incelenmesinden sonra alacak miktarının belirlenebilir hale geldiği belirsiz alacak davası türüdür. Doktrinde bazı yazarlar, bu iki dava türüne bir üçüncüsünü eklemekte, alacak miktarının hâkimin takdirine göre belirlendiği hallerde de belirsiz alacak davası açılabileceğini kabul etmektedirler. (**Meier**, Isaak; Unbezifferte Forderungsklage: ein fragwürdiges Instrument zur Verminderung des Kostenrisikos, HAVE Haftpflichtprozess 2010, s. 21; **Spühler**, Karl/**Dolge**, Annette/**Gehri**, Myriam; Schweizerisches Zivilprozessrecht und Grundzüge des internationalen Zivilprozessrecht, Neunte Auflage des von Oscar Vogel begründeten Werkes, Bern 2010, Rn.63, s. 132; **Mohs**, Florian; in Gehri/Kramer (Hrsg), Schwezerishe Zivilprozessordnung, Zürich, Art.85, Rn.5, s. 197; **Looslı**, Peter; Die unbezifferte Forderungsklage, unter besonderere Berüchsichhtigung des Kantons Zürich, Zürich 1978; **Oberhammer**, Paul; in: Oberhammer (Hrsg) Schweizeriche Zivilprozessordnung, Kurzkommenter, Basel 2010, Art.85, Rn.10, s. 376-377; **Liebster**, Pascal Leumann; Die Stufenklage im schweizerichen Zivilprozessrecht, Basel/Genf/ München 2005, s. 104, **Simil**, s. 49, dn.149 naklen).

İsviçre Federal Usul Kanunu'nun 85. maddesi bu tip davaların belirsiz alacak davası olarak açılmasına engel olmamaktadır. Bunun en tipik örneği İsviçre Borçlar Kanunu'nun 42. maddesinin ikinci fıkrasının uygulamasıyla ortaya çıkmaktadır (**Simil**, s. 49).

HMK'nın yürürlüğe girmesiyle birlikte, talep sonucunun belirlenemediği hallerde kısmi davaya nazaran daha kolay ve ucuz olan belirsiz alacak davası açılması mümkün hale gelmiştir[19]. Belirsiz alacak davası, davanın başında talep sonucunu tam olarak belirleyemeyen davacının yüksek yargılama giderine mahkûm olma riskini ortadan kaldırmaktadır. Ayrıca davacı, yüksek yargılama giderlerinden korkarak yanlış ya da düşük talepte bulunma riskinden kurtulmuş olmaktadır. Belirsiz alacak davası, kısmi davanın ardından talep sonucunun arttırılması halinde zamanaşımı süresinin dolması tehlike-

---

İsviçre Borçlar Kanunu'nun 42. maddesinin ikinci fıkrasına göre, zararın miktarının belirlenmesinin hâkimin takdirine bağlı olduğu durumlarda, belirsiz alacak davasının açılabileceği kabul edilmektedir. Bununla birlikte Federal Mahkeme, sadece hâkime takdir yetkisi tanınan hallerde değil; ayrıca talep miktarının delillerin incelenmesinden sonra belirli hale gelebildiği hallerde veya talep sonucunun belirlenebilmesinin mahkemeye ibraz edilecek bilgi ve belgelere bağlı olduğu durumlarda da belirsiz alacak davası açılmasına imkân tanımaktaydı. BGE 123 III 140; BGE 116 II 215.

Alman hukukunda, belirsiz alacak davasının açılabileceğine ilişkin hiçbir düzenleme olmadığı halde, bu dava İmparatorluk Mahkemesinin 1883 ve 1887 tarihli içtihatlarına dayanmaktadır. İmparatorluk Mahkemesi özellikle haksız fiile dayanan tazminat davalarında belirsiz alacak davası açılabileceğini kabul edilmiş, bu görüş daha sonra Federal Mahkeme tarafından da benimsenmiştir. Özellikle maddi tazminata ilişkin davalarda, dava dilekçesinde belli bir miktarın yazılmasının zorunlu olmadığı, mahkemenin tazminata hükmedebilmesi için gerekli maddi vakıaların dilekçede bildirilmesinin yeterli olduğu kabul edilmiştir RGZ 10, 356; 21,387; RGZ 61 21 vd.; BGH VersR 1974, s. 1182; BGH VersR 1975, s. 856; BGH VerscR 1977, s. 861; BGH NJW 1982, s. 340; BGH, NJW 1983, s. 332; BGH NJW 1984, s. 1807; BGHZ 4, 138/142; 45, 91. BGHZ 45,91 =NJW 1966, s. 780, RGZ 140, 211; BGHZ 4, 138 =NJW 1952, s. 382 (**Pekcanıtez**, Hakan; Belirsiz Alacak Davası, Ankara 2011, s. 24, dn.36-37).

Uygulamada belirsiz alacak davası özellikle maddi ve manevi tazminat davalarıyla sınırlı tutulmaktadır. Talep sonucunun delillerin toplanmasından sonra ve özellikle bilirkişi incelemesi sonunda belirleneceği veya hâkimin hakkaniyete göre belirleyeceği hallerde belirsiz alacak davasının açılması kabul edilmektedir (**Pekcanıtez**, s. 26; **Simil**, s. 50-54).

19 **Pekcanıtez**, s. 12 vd.; **Simil**, s. 72 vd.; **Pekcanıtez,** Hakan/**Atalay,** Oğuz/**Özekes,** Muhammet; Medenî Usûl Hukuku, 14. Bası, Ankara 2013, s. 440 vd.; **Umar**, s. 300-301; **Karslı,** Abdürrahim; Medeni Muhakeme Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 2012, s. 387 vd.; **Kuru,** Baki/**Arslan,** Ramazan/**Yılmaz,** Ejder; Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı, 22. Baskı, Ankara 2011, s. 276-277; **Yılmaz**, Ejder; Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre Dava Çeşitleri, Makaleler, 2. Cilt, Ankara 2014, s. 1986 vd.

sini de bertaraf etmektedir. Zamanaşımı süresi belirsiz alacak davasının açılması ile tüm alacak için kesildiğinden, davacının belirleyemediği alacağının zamanaşımına uğraması mümkün değildir. Belirsiz alacak davası, davacının gereksiz masraf yapmasına, ikinci bir dava açmasına ve çelişik hüküm verilmesine de engel olmaktadır. İkinci bir dava açılmasına ya da ıslah yoluna başvurulmasına gerek kalmadığından zaman ve masraf yönünden tasarruf edilmektedir. Bu, usul ekonomisi bakımından da olumludur (Ay. m. 141; HMK m. 30).

Belirsiz alacak davası ayrıca davacının hakkına ulaşmasına yardım etmektedir. Alacaklı, talep sonucunu tam olarak belirleyemediği hallerde, dava dilekçesinde alacağının belirleyebildiği kadarını belirterek dava açabilmektedir. Belirsiz alacak davası, usul hukukundaki, talep sonucunun mutlaka belirli olmasının istisnasıdır ve böylelikle maddi hukuka ilişkin hakların tam olarak elde edilebilmesi ve usul hukukundaki şeklîlik sebebiyle hak kaybının önlenmesi sağlanmaktadır[20]. Böylelikle, sübjektif hakların tam olarak yerine getirilmesine hizmet ettiği için, medeni usul hukukunun amacına da uygundur[21].

Belirsiz alacak davası genel olarak hak arama özgürlüğü (Ay. m. 36) ve mahkemeye erişim hakkının sağlanmasına da hizmet etmektedir. Mahkemeye erişim hakkı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6.maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının bir unsuru sayılmaktadır ve kişilerin herhangi bir engelle karşılaşmadan medeni hak ve yükümlülüklerine ilişkin tüm iddialarını mahkeme önünde ileri sürebilmeleri anlamına gelmektedir[22]. Bu engeller, ekonomik,

---

20 **Pekcanıtez**/**Atalay**/**Özekes**, s. 444.

21 **Karslı**, s. 401; **Simil**, s. 87.

22 **Aktepe Artık,** Sezin; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Türk Medeni Usul Hukuku Açısından Adil Yargılanma Hakkı, Ankara 2014, s. 74 vd.; **Mole**, Nuala/**Harby**, Catharina; The Right To A Fair Trial, A Guide To The Implementation of Article 6 of The European Convention On Human Rights, Human Rights Handbooks, No:3, Belgium 2006, s. 39; **İnceoğlu**, Sibel; İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler, Tıpkı Dördüncü Bası, İstanbul 2013, s. 106; **Gözübüyük**, Şeref/**Gölcüklü**, Feyyaz; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi, 11.Ek

hukuki ya da fiili olabilir. Devletin, hak arama özgürlüğünü garanti altına alması, bireylerin mahkemeye erişimi için ihtiyaç duyabilecekleri araçları sağlaması ve aynı zamanda bireylerin önündeki engelleri kaldırması gerekir[23]. İşte belirsiz alacak davası, özellikle ekonomik engelleri kaldırarak hak arayanların mahkemeye ve adalete ulaşmasına yardımcı olmaktadır.

Protokola Göre Hazırlanıp Genişletilmiş 9. Bası, Ankara 2011, s. 277; **Türmen**, Rıza; "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Adil Yargılanma Hakkı", İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı (Sempozyum), TBB İHAUM, Ankara 2004, s. 41; **Gölcüklü**, A. Feyyaz; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Göre Doğru Yargılama, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Uygulamasında Kişisel Haklar Semineri, Ankara 1995, s. 15; **Leach**, Philip; Taking A Case To The European Court Of Human Rights, Third Edtition, Oxford University Press, New York 2011, s. 270; **Kuijer**, Martin; The Blindfold of Lady Justice, Judicial Independence and Impartiality in Light of the Requirements of Article 6 ECHR, doctoral thesis, University of Leiden 2004, s. 156; **De Salvia**, Michele; Compendium de la CEDH, Les principes directeurs de la jurisprudence relative á la Convention européenne des droits de l'homme, Vol.1 Jurisprudence 1960 à 2002, Strasbourg 2003, s. 206; **Sudre**, Frédéric/**Marguenaud**, Jean-Pierre/ **Andriantsimbazovina**, Joël/**Gouttenoire**, Adeline/**Levinet**, Michel; Les grand arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme, 5e édition mise à jour, Paris 2009, s. 276; **Guinchard,** Serge/**Chaınais,** Cécile/**Delıcostopoulos,** Constantin S./**Delicostopoulos,** Ioannis S./**Douchy-Oudot,** Mélina/**Ferrand,** Frédérique/**Lagarde,** Xavier/**Magnier,** Véronique/**Fabri,** Hélene Ruiz/**Sinopoli,** Laurence/**Sorel,** Jean-Marc; Droit processuel, Droit commun et droit comparé du procès équitable, 5e édition, Dalloz 2009. s. 485; **Couchez,** Gérard/**Lagarde**, Xavier; Procédure çivile, 17e édition, Paris 2014, s. 13; **Özbek**, Mustafa; "Sosyal Devletin Gereği: Adalete Erişim", MİHDER, S. 4, 2006/2, s. 907 vd.

23 **Aktepe Artık**, s. 67; **Freixes**, Teresa; "The Right To A Fair Trial In Spain", The Right To A Fair Trial, European Commission For Democracy Through Law, Council Of Europe Publishing, Strasbourg 2000, s. 58; **Harris**, David, **O'Boyle,** Micheal & **Warbrick,** Colin; Law of The European Convention On Human Rights, Second Etidion, Oxford University Press 2009, S. 236; **Gölcüklü**, s. 16; **Karslı**, s. 49; **Kuijer**, s. 161; **Ovey,** Clare/**White,** Robin; Jacobs and White, The European Convention on Human Rights, Third Edition, Oxford University Press, 2002, s. 152; **De Salvia**, s. 207; **Sudre**/ **Marguenaud**/**Andriantsimbazovina**/**Gouttenoire**/**Levinet**, s. 278 vd; **Guinchard**/ **Chaınais**/**Delicostopoulos**/**Delicostopoulos**/**Douchy-Oudot**/**Ferrand**/**Lagarde**/**Magnier**/**Fabri**/**Sinopoli**/**Sorel**, s. 619-620; **Chen**, Xuming; L'article 6&1 De La Convention Europeenne Des Droits De L'Homme Et La Procedure Civile Française, Thèse pour le Doctorat en Droit, Université De Droit, D'economie Et Des Sciences D'Aix- Marseille, 2002, s. 11; **Pettiti,** Louis-Edmond/**Decaux,** Emmanuel/

Hukuk Muhakemeleri Kanununun 107. maddesi uyarınca belirsiz alacak davası açılabilmesinin koşulları: 1) talep sonucunun miktarının belirlenmesinin imkânsız veya davacıdan beklenemeyecek olması, 2) dava dilekçesinde geçici talep sonucunun belirtilmesi, 3) dava dilekçesinde talep sonucunun dayandırıldığı tüm vakıaların eksiksiz olarak bildirilmesi şeklinde ifade edilebilir.

Davacı, davanın açıldığı tarihte alacağın miktarını yahut değerini tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin kendisinden beklenemeyeceği veya bunun imkânsız olduğu hallerde belirsiz alacak davası açabilecektir. Kanun'da hangi hallerin imkânsız ya da davacıdan beklenemeyecek olduğu belirtilmemiş bu husus öğreti ve uygulamaya bırakılmıştır. Talep sonucunun belirlenebilmesinin imkansız olması, davacının talep sonucunun belirleyebilmesi için gereken bilgilerin üçüncü kişi ya da davalıda olmasından kaynaklanabilir veya dava sonunda hükmedilecek miktar tamamen hâkimin takdir yetkisi dahilinde kaldığından hukuki anlamda bir belirsizlik söz konusu olabilir[24]. Talep sonucunun belirlenmesinin imkânsız olmamakla birlikte davacıdan beklenemez olduğu hallere örnek ise, davacının kendisinde eksik olan uzmanlık sebebiyle talep sonucunu tam olarak belirleyememesi gösterilebilir. Davacının alacağı ispat aşamasının sonunda, özellikle bilirkişi incelemesinden sonra belirlenebilecektir. Burada, davacının talep sonucunu yanlış belirlemesi halinde yüksek bir yargılama gideri tehlikesi taşıyıp taşımadığına bakılmalıdır[25]. Böyle bir durumda davacının talep sonucunu belirleyebilmek

---

Imbert, Pierre-Henri; La Convention Européenne Des Droits De L'Homme, Commentaire article par article, 2me édition, Paris 1999, s. 258; **Erdoğan**, Gülnur; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Medenî Yargıda Adil Yargılanma Hakkı, Ankara 2011, s. 61; **Van Drooghenbroeck**, Sébastien; La Convention européenne des droits de l'homme, Trois années de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme 2002-2004, Volume 1, Articles 1 à 6 de la Convention, Bruxelles 2006, s. 103.

24 **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s 276; **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 447; **Pekcanıtez**, s. 44; **Karslı**, s. 387-388.

25 **Pekcanıtez**, s. 45. Yüksek yargılama giderlerine mahkûm edilme tehlikesi tüm davalar için geçerlidir. Davacı sırf böyle bir riski gerekçe göstererek belirsiz alacak davası açamamalıdır. Örneğin, davacı iddia ettiği sözleşmenin geçerli olduğunu ispat edemezse açtığı dava reddedilecek ve yargılama giderine mahkûm edilecektir. Sadece bu risk

için özel uzman görüşüne başvurması (HMK m. 293) da beklenmemelidir. Zira özel uzmandan görüş alan davacı bunun masraflarını kendi üstlendiği için ek külfete katlanmak zorunda kalmaktadır[26].

İkinci olarak belirsiz alacak davası açan davacı, dava dilekçesinde alacağını tam olarak belirlememekle birlikte, belirleyebildiği en az miktarı belirtmek zorundadır. Bir başka deyişle davacı, talep sonucunu belirlemek hakkı saklı olarak, geçici bir talep sonucu ileri sürer. Dava sırasında talep sonucunu belirleyebilecek duruma geldiğinde kesin talep sonucunu mahkemeye bildirir. Hemen ifade edilmelidir ki, davacının dava dilekçesinde belirtmesi gereken "asgari miktar" istenildiği kadar gösterilebilecek bir miktar değildir. Bu miktar, davacının dava açarken belirleyebildiği miktar kadar olmalıdır[27]. Örneğin davacı o an itibarıyla alacağının 20 bin lirasından eminse, bu miktarı dava dilekçesinde göstermeli; yalnızca daha düşük harç ödemek için asgari miktarı düşük tutmamalıdır. Böyle bir tutum -örneğin, asgari miktarın 1000 lira gösterilmesi- usul hukukunda da geçerli olan dürüstlük kuralına[28] aykırılık oluşturur (HMK m. 29/1). Hâkim, gösterilen geçici miktarın dürüstlük kuralına uygun olarak gösterilip gösterilmediğini kendiliğinden dikkate alacak, davacının hukuki yararı bulunmadığı gerekçesiyle davayı reddedebilecektir[29].

Üçüncü olarak, belirsiz alacak davası açan davacı, talep sonucunun dayandığı tüm vakıaları ve borçlu ile arasındaki hukuki ilişkiyi eksiksiz olarak bildirmelidir. Bu tür davalarda belirsiz olan dava değil, alacaktır. Davada dayanılan vakıalar ise en azından talepte bulunan açısından davanın başında belirlidir. HMK m. 107 davacıya, sadece talep sonucunu sonradan,

---

sebebiyle belirsiz alacak davası açılamaz. **Pekcanıtez**/**Atalay**/**Özekes**, s. 453; **Pekcanıtez**, s. 47.

26 **Pekcanıtez**/**Atalay**/**Özekes**, s. 448; **Pekcanıtez**, s. 45.

27 Davacının, dava dilekçesinin geçici talep sonucuna belirleyebildiği asgari miktarı yazmak zorunluluğu, özellikle harcın kamu düzeni ile ilgisi dikkate alındığında daha anlaşılır olmaktadır. **Yılmaz**, s. 1994.

28 **Arslan**, Ramazan, Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı, Ankara 1989, s. 47 vd.

29 **Pekcanıtez**/**Atalay**/**Özekes**, s. 455-456; **Pekcanıtez**, s. 48; **Simil**, s. 261. Belirsiz alacak davası açılabildiği her durumda kısmi dava da açılabildiğine göre, daha az harç ödemek amacıyla geçici değeri düşük göstermek isteyen alacaklı, belirsiz alacak davası yerine kısmi dava açmayı tercih etmelidir. **Simil**, s. 328.

iddianın genişletilmesi yasağı ile karşılaşmadan bildirebilmesine olanak tanımaktadır. Vakıalar açısından böyle bir imkân tanınmamaktadır. Davacı başlangıçta belirsiz olan talebini belirli hale getirirken, yeni vakıalar ileri sürerse, bu iddianın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağına takılacaktır (HMK m. 141)[30]. Bu nedenle, belirsiz alacak davasında davalının menfaatlerinin göz ardı edildiği savunulamaz. Davacı, hukuki ilişkiyi ve bu hukuki ilişkinin dayanağı olan vakıaları mahkemeye sunmak zorunda olduğundan, davalı davacının ne istediğini bilmektedir ve kendisine karşı açılan davaya yabancı değildir[31]. Bununla beraber, önemle vurgulamak gerekir ki adil yargılanma hakkının gerçekleşmiş sayılabilmesi için davalı, davanın başında iddialar ve bu iddiaların dayandığı vakıalar ve deliller hakkında tam olarak bilgilendirilmelidir. Ayrıca alacak belirlenebilir hale geldiğinde ve talep sonucu kesinleştiğinde davalı yine bilgilendirilmeli ve hukuki dinlenilme hakkı kapsamında kendisine açıklama ve savunma hakkı tanınmalıdır (HMK m. 27)[32].

Tahkikat aşamasında, alacağın miktar veya değerinin tam olarak belirlenmesi mümkün olduğu anda davacı kesin talebini ileri sürecektir. Kanun talep sonucunun artırılmasına açıkça izin verdiğinden, ayrıca karşı tarafın iznine veya ıslah yoluna başvurulmasına gerek bulunmamaktadır[33]. Ancak bu, tahkikat sırasında yalnızca bir kez yapılabilir. Kesin talep sonucu belirlendikten sonra, talep bir kez daha artırılmak istenirse bu, iddianın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağına tabi olacak, karşı tarafın açık iznine ihtiyaç duyulacak veya ıslah yoluna başvurulacaktır. Alacak miktarı belirli hale gelmesine rağmen, davacı geçici talebini kesin talebe dönüştürmezse, hâkim geçici taleple bağlı olduğundan ve talepten fazlaya karar veremeyeceğinden (HMK m. 26), geçici talep üzerinden hükmünü oluşturacaktır[34]. Alacak miktarının kesin olarak belirlenebilir hale gelmesinden sonra, alacaklı elindeki imkânı kullanmayarak talep sonucunu artırmaz ve fakat yargı-

---

30 **Pekcanıtez**/**Atalay**/**Özekes**, s. 457; **Pekcanıtez**, s. 49; **Simil**, s. 72.

31 **Simil**, s. 92.

32 **Simil**, s. 136-138.

33 **Gençcan**, Ömer Uğur; 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Yorumu, Bilimsel Açıklama-Son İçtihatlar, Ankara 2013, s. 510.

34 **Pekcanıtez**/**Atalay**/**Özekes**, s. 460; **Pekcanıtez**, s. 52; **Simil**, s. 295.

lamanın daha sonraki bir aşamasında bunu talep ederse yine davalının açık iznine ihtiyaç duyulacak ya da ıslah yoluna başvurulacaktır. Davacının, yargılamanın sonuna kadar geçici talep sonucunda gösterdiği miktarı ıslah ile artırmak yerine ayrı bir dava açması halinde ise, açmış olduğu ilk dava henüz şekli anlamda kesinleşmediğinden, artırılmayan kısım için açılan ikinci dava derdestlik sebebiyle reddedilecektir. Eğer, geçici taleple açılan ilk dava sonunda verilen hüküm kesinleşmişse, artırılmayan kısım için açılan ikinci dava bu sefer kesin hüküm nedeniyle reddedilecektir[35].

Davacı kesin talep sonucunu belirterek talebini artırdıktan sonra, o duruşma için muhakemeye devam edilecek, takip eden celseye kadar noksan olan karar ve ilam harcının tamamlanması talep edilecektir. Harcın tamamlanması için davalının talebine gerek yoktur, hâkim buna, Harçlar Kanunu'nun 30. maddesi uyarınca kendiliğinden karar verir. Eksik olan harç tamamlanmazsa hâkim dosyayı işlemden kaldırır. İşlemden kaldırılmasından itibaren bir ay içinde noksan olan harç yatırılmazsa dava açılmamış sayılır.

Belirsiz alacak davasının konumuz açısından önem arz eden bir diğer özelliği, belirlenemeyen alacak miktarına ilişkin zamanaşımı süresinin dava açılmasıyla kesilmiş sayılmasıdır. Doktrinde bu konuda bir görüş birliği olmamakla beraber[36], belirsiz alacak davasının düzenlenme nedeni ve muka-

---

35 **Simil**, s. 299. Aksi görüşte bkz. **Özkaya Ferendeci**, Hamide Özden; Kesin Hükmün Objektif Sınırları, İstanbul 2009, s. 180. Yazara göre, davacı talep sonucunu artırmadığı takdirde, artırmadığı kısmı ikinci bir davanın konusu yapabilir. Çünkü kesin hükmün etkisi sadece talep edilen kısımla sınırlı kalmaktadır.

36 Çoğunluk görüşüne göre, belirsiz alacak davası açılmasıyla alacağın tamamı bakımından zamanaşımı kesilmektedir. Bkz. **Pekcanıtez**, s. 59-60; **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 391; **Kuru,** Baki/**Budak,** Ali Cem; Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Getirdiği Başlıca Yenilikler, İBD, C. 85, S. 2011/5, Eylül-Ekim 2011, s. 13; **Özbay,** İbrahim; 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Neler Getirdi? Ankara 2012, s. 128; **Yılmaz,** Ejder; Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2012, s. 742; **Budak**, Ali Cem; Belirsiz Alacak Davası, Bankacılar Dergisi, Özel Sayı Ocak 2013, s. 84; **Kiraz**, Taylan Özgür; Belirsiz Alacak Davası, Çatı, Y.7, S. 30, Nisan-Mayıs-Haziran 2012, s. 17; **Yavaş**, Murat; Belirsiz Alacak Davasının İş Davalarına Etkileri, İş Hukukunda Güncel Sorunlar (2), Seminer- 25 Mayıs 2012, İstanbul 2012, s. 59; **Nomer**, Haluk N.; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 11. bası, İstanbul 2012, s. 310; **Süzek**, Sarper; İş Hukuku, 8.Baskı, İstanbul 2012, s. 110; **Yılmaz**, Zekeriya; Açıklamalı- İçtihatlı 6100 sayılı HMK ve Getirdiği Yeni Hükümler, Ankara 2012, s. 304; **Tutumlu**, Mehmet Akif; Kuram ve

yeseli hukuktaki uygulamalar dikkate alınarak bir sonuca varmak gerekir. Gerçekten belirsiz alacak davası açan davacı, alacağının tümü hakkında dava açmak istediği halde, alacağının miktarını tam olarak belirleyemediği için geçici talebiyle dava açmaktadır. Asıl amacı, alacağının tümünü dava etmek ve tümü hakkında karar verilmesini sağlamaktır. Bu nedenle kesin talep sonucu daha sonraki bir tarihte bile belirlense, dava açıldığı tarihte kesin talep sonucu miktarınca zamanaşımı süresi kesilmiş sayılmalıdır. Dava sırasında artırılan miktar için zamanaşımının, artırıldığı tarihte kesilmiş sayılacağını söylemek, belirsiz alacak davasının amacıyla uyuşmaz. Ancak pek tabii bu sonuç, usulüne uygun şekilde açılmış davalar bakımından geçerli olacaktır[37].

Açılan belirsiz alacak davasında ihtiyati hacze gerek duyulduğunda, ihtiyati haciz kararı dava dilekçesinde gösterilen geçici miktara göre verilecektir. Yani alacaklı, ihtiyati haciz talebinde bulunduğu ana kadar tespit edebildiği alacağının ihtiyati hacizle güvence altına alınmasını isteyebilir. Yoksa o ana kadar belirleyemediği alacak miktarı kadar ihtiyati haciz talebinde bulunamaz. Zira İİK m. 260'a göre, ihtiyat haciz kararında, haczin ne miktar alacak için konulacağı belirli olmak durumundadır. Geçici miktar üzerinden ihtiyati haciz talebinde bulunulmakla beraber, ihtiyati haciz talebi hakkında karar verilmeden alacak miktarı belirli hale geldiğinde ise, alacaklı ihtiyati haciz talebini belirlenen yeni miktara göre artırabilir[38]. Konusu para alacağı dışındaki talepler bakımından talep edilebilecek ihtiyati tedbir de yine ancak geçici değer üzerinde uygulanabilecektir. Geçici hukuki korumaya hükmedebilmek için teminat gösterilmesinin gerekli olduğu durumlarda, teminatın miktarı da geçici değere göre belirlenecektir[39].

Uygulama Açısından Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Yeni ve Değişik Hükümlerinin Yorumu, Ankara 2012, s. 85; **Simil**, s. 354. Doktrinde **Kılıçoğlu** ise, henüz dava konusu edilmeyen talepler bakımından zamanaşımının kesilmeyeceğini, yorum yoluyla zamanaşımının kesilmesini kabul etmenin mümkün olmadığını savunmaktadır. Bkz. **Kılıçoğlu**, s. 856 vd.

37 **Pekcanıtez**/**Atalay**/**Özekes**, s. 461-462; **Pekcanıtez**, s. 59.

38 İhtiyati haciz yargılamasında, talebin genişletilmesi veya değiştirilmesi için karşı tarafın rızası veya ıslaha gerek yoktur. **Özekes,** Muhammet; İcra İflas Hukukunda İhtiyati Haciz, Ankara 1999, s. 196 vd.

39 **Simil**, s. 268, s. 325.

B. Katılma Alacağı Davasının Belirsiz Alacak Davası Olarak Açılabilmesinin Gerekçeleri

Katılma alacağı davasının özelliklerini ve belirsiz alacak davasının koşullarını inceledikten sonra, çalışmamızın hareket noktasını oluşturan soruyu cevaplamamız gerekir. Acaba katılma alacağı davalarının belirsiz alacak davası şeklinde açılabilmesi mümkün müdür? Hukuk Muhakemeleri Kanunu m.107'nin gerekçesinde belirsiz alacak davasının amacı açıklanırken, gerçekten bilinmeyen bir alacak için dava açmaya zorlanmak, hak aramanın özüyle izah edilemeyecek bir yol olarak tarif edilmiştir. Oysa hak arama özgürlüğü, böyle bir kısıtlamayı ve gerçek dışı davranmaya zorlamayı değil, gerçekten hakkı ihlal edilen veya ihlal tehlikesi altında olan kişiyi mümkün olduğunca geniş şekilde korumayı amaçlamalıdır. Son dönemde, gerek mukayeseli hukukta gerekse Türk hukukunda üzerinde durulan "etkin hukuki koruma" da bunu gerektirir[40]. Bu nedenle, yukarıdaki soruya hak arama özgürlüğü lehine yorum yapılarak cevap verilmelidir[41].

Hemen ifade etmek gerekir ki, katılma alacağının belirsiz alacak davası ile talep edilebilip edilemeyeceği sorusunun, her türlü katılma alacağı davasının belirsiz alacak davası olarak açılmasına izin verecek şekilde bir -kesin evet- veya katılma alacaklarının hiçbir koşulda belirsiz alacak davası olarak açılmasına izin vermeyecek şekilde bir -kesin hayır- ile cevaplanması doğru olmaz. Gerçekten somut olayın özelliklerine göre -örneğin, tasfiyeye konu malvarlığı değerleri eşlerden birinin sahip olduğu tek bir taşınmazdan oluşuyorsa- , katılma alacağının hesabı kolayca yapılabilir. Bu halde davanın belirsiz alacak davası olarak açılmasında hukuki yarar görülmeyebilir. Bununla birlikte, öyle bazı davalar vardır ki, bir takım sebeplerle katılma alacağı talep eden eşin, alacağının miktarını hatta tasfiyeye konu malvarlığı değerlerini hesaplaması mümkün olmaz. İşte bu nedenle, bir katılma alacağının belirsiz alacak davası olarak açılıp açılamayacağı sorusunun cevabı somut olayın özelliklerine göre belirginleşecektir.

Alacağın miktarının ancak yargılama sırasında belirlenebildiği hallerde belirsiz alacak davasının açılması gündeme gelmektedir. Alacağın yargılama

---

40 Bkz. Madde gerekçesi.

41 **Sütçü**, Nezih, Belirsiz Alacak Davası (http://www.turkhukuksitesi.com/makale_1415.htm).

sırasında belirlenmesi ise üç şekilde olabilir[42]. Birincisi, alacak miktarının karşı taraf veya üçüncü kişi/kurumdaki bilgi ve belgelerin mahkemeye ibrazından sonra belirlenebilir hale geldiği davadır (HMK m. 107/2). Davacı, talebini sağlayacak bilgi ve belgelere sahip olmadığı için kesin talep sonucunu rakamsal olarak belirleyememektedir. Örneğin, eşlerin malvarlığı değerlerinin eşin hesaplama yapamayacağı kadar fazla olduğu hallerde ya da bir eşin diğer eşten mal kaçırması veya mallarını saklaması halinde, tasfiye talep eden eşin katılma alacağını doğru bir şekilde hesaplaması olanaksızdır. Diğer eşin sahip olduğu şirket hisselerinin değeri, şirketin mali durumu, karda veya zararda olup olmadığı, 3.kişilere borcu olup olmadığı gibi hususlar ancak tahkikat aşamasında diğer eşin mahkemeye sunduğu bilgi ve belgelerle anlaşılabilecektir[43].

Bazı hallerde alacağın miktarı ancak delillerin incelenmesinden sonra belirlenebilmektedir ki bu, alacağın yargılama sırasında belirlendiği ikinci ihtimaldir. HMK m. 107/f.2'de alacağın miktarının kesin olarak *tahkikat sonucu* belirlenebildiği durumlarda belirsiz alacak davasının açılabileceği düzenlenmiştir. Doktrinde, tahkikat sonucu ifadesinden ne anlaşılması gerektiğini şu şekilde ifade edilmiştir: "Tahkikat sonucundan anlaşılması gereken, alacak miktarını belirlemeyi sağlayan delillerin incelenmesinden sonra olmalıdır. Nitekim İsviçre Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda, tahkikat sonucu yerine daha isabetli olarak delillerin incelenmesinden sonra denilmektedir"[44]. Konu, katılma alacağı davaları bakımından değerlendirilirse, çoğu davada, karşı taraftaki bilgi ve belgelerin mahkemeye sunulmasının yeterli olmadığı, ayrıca uzman bilirkişinin raporuna ihtiyaç duyulduğu rahat-

---

42 **Simil**, s. 175 vd.

43 **Uluç**, s. 773. Yargıtay, konuyu işçi alacakları bakımından değerlendirdiği bir kararında, davacının kayıtlara, bilgi ve belgelere de sahip olmaması nedeniyle, dava açarken alacağını belirleme olanağından yoksun olduğu, bu nedenle söz konusu durumlarda alacağın belirli olmadığı sonucuna varmıştır. HGK, 17.10.2012, E.2012/9-838, K.2012/715 (**Taşpınar Ayvaz**, Sema; Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) Zaman Bakımından Uygulanması, Ankara 2013, s. 427-428, dn. 859).

44 **Simil**, s. 202. Yılmaz, olması gereken hukuk bakımından kanun hükmünün, alacağın belirlenebilir olmasını müteakip hâkimin vereceği süre içinde talebin artırılmasına imkân verecek şekilde düzenlenmesinin daha uygun olacağı görüşündedir. Bkz. **Yılmaz**, s. 1995.

lıkla söylenebilir. Buna ilaveten TMK m. 236/f.2'deki düzenleme uyarınca, hâkimin takdir yetkisini kullanarak, diğer eşe ödenecek katılma alacağı miktarında indirime gidebileceği düşünüldüğünde, alacak miktarının tahkikattan önce bilinebilmesi davacı açısından mümkün görünmemektedir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 293'te tarafların, dava konusuyla ilgili olarak uzmanından bilimsel mütalaa alabilecekleri düzenlenmektedir. Bununla birlikte, uzman görüşleri oldukça pahalı olmakta ve kural olarak yargılama giderlerinden sayılmamaktadır. Bu nedenle katılma alacağı davası açacak olan eşin, dava açmadan önce alacağını belirleyebilmek için uzman görüşüne başvurması beklenmemelidir. Bilirkişi ücreti yargılama giderlerinden sayıldığından, davacı eşin yargılama sırasında tüm delillerin mahkemeye sunulmasından ve bilirkişi incelemesi tamamlandıktan sonra kesin talep sonucunu belirlemesine izin verilmelidir. Aksine uygulama, mahkemeye erişim hakkını, hak arama özgürlüğünü önemli ölçüde kısıtlayacak, etkin hukuki korumanın sağlanmasına engel olacaktır[45].

Katılma alacağı hesaplanırken, mevcut edinilmiş malların tasfiye anındaki değerleri esas alınır. Tasfiye anı ise, mahkemenin karar verdiği andır. Bu açıdan bakıldığında da, tasfiyeye konu malvarlığının gerçek değerinin dava açarken belirlenebilmesi mümkün görünmemektedir. 1086 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde uygulamada tenkis davalarında benzer bir sonuca varılmıştı. Tenkis davasında, hâkimin yargılama sırasında tespit ettirdiği tenkise tabi malların değeri, davacının dava dilekçesinde gösterdiği değerden fazla ise, hâkim, davacının dava açarken gösterdiği değere bağlı olmaksızın kendi tespit ettirdiği değere göre saklı hisseyi hesaplamakta ve ona göre hüküm vermektedir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da bir kararında, saklı payın hesaplanmasının malların miras bırakanın ölüm tarihindeki değerinin tespiti ile mümkün olduğunu, malların ölüm tarihindeki değeri bilinmedikçe dava dilekçesinde bu konuda gösterilen rakamın bir tahminden ibaret olduğunu belirterek, mahkemenin tespit edilen gerçek değeri dikkate alarak saklı pay hakkında karar vermesi gerektiği sonucuna ulaşmıştır. Gerçek değer tespit edildikten sonra, dava harcı buna göre tamamlanacak ve hâkim talepten fazlaya karar vermiş sayılmaya-

---

45 **Simil**, s. 204. Ayrıca bkz. **Akkan**, Mine; Medeni Usul Hukukunda Etkin Hukuki Koruma, Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi, 2007/1, Sayı 6, s. 29 vd.

caktır[46]. Görüldüğü gibi, Yargıtay tenkis davaları bakımından belirsiz alacak davası açılabilmesine imkân tanımıştır[47]. Kanaatimizce, söz konusu kararda, malların değerinin tespiti bakımından ileri sürülen gerekçe katılma alacağı davaları bakımından da geçerli olabilecektir.

Katılma alacağı davalarının belirsiz alacak davası olarak açılabilmesi usul ekonomisi ilkesi ve mahkemeye erişim hakkına da uygun bir çözümdür (Ay.m. 36; HMK m. 30). Zira, alacak miktarının kesin olarak belirlenememesine rağmen, davacı dilekçesinde kesin talep sonucunu belirtmek durumunda bırakılırsa, alacaklı eş hak kaybına uğramamak endişesiyle alacağından daha fazla miktar talep edebilir ve alacağının reddedilen kısmına oranla karşı vekalet ücretine mahkum edilebilir. Ya da dava açmaktan imtina edebilir. Her iki sonuç, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları dikkate alındığında, mahkemeye erişim hakkının, ekonomik engellerle haksız olarak sınırlanması şeklinde değerlendirilebilecektir. Hemen ifade etmek gerekir ki, alacak miktarının belirlenebilir olduğu hallerde, yüksek miktarda talep sonucunun reddedilmesi sebebiyle, karşı vekâlet ücretine hükmedilmesi, adil yargılanma ve mahkemeye erişim hakkı bakımından sorun yaratmaz. Burada üzerinde durulan nokta, kişinin alacağını belirleyememesine rağmen mahkemeye kesin bir meblağ bildirmek zorunda bırakıldığında, adil olmayan bir şekilde, ekonomik külfete katlanmak durumunda kalmasıdır.

Konunun, davacının özellikle avukatla temsil edilmediği davalar bakımından ayrı bir önemi olmakla birlikte avukatla temsil edilse dahi, katılma alacağının belirlenmesi özel uzmanlık isteyen bir yöntemdir.

İsviçre Federal Usul Kanunu'nun 107. maddesi, hükmedilen miktarın mahkemenin takdirine bağlı olduğu ya da alacak miktarının belirlenmesinin oldukça zor olduğu hallerde, mahkemeye, yargılama giderlerine ilişkin genel kuraldan ayrılma imkânı vermektedir. Böylelikle talep sonucunun davanın başında belirlenemediği haller bakımından özel düzenleme yapılmış ve davacının yüksek yargılama giderine mahkûm edilme tehlikesi bertaraf edilmiştir. Türk hukukunda, yargılama giderlerine ilişkin genel kuraldan ayrılmayı mümkün kılacak bir düzenleme olmadığından, katılma alacağı davala-

---

46 HGK, 26.5.1965, E. 781/2, K. 223 (**Simil**, s. 61).

47 **Simil**, s. 62.

rının belirsiz alacak davası olarak açılabilmesi imkânının verilmesi mahkemeye erişim hakkı bakımından daha da önem kazanmaktadır.

Katılma alacakları bakımından, kısmi dava her zaman yeterli korumayı sağlayamamaktadır. Öncelikle, kısmi davada zamanaşımı dava edilen kısım bakımından kesilir. Dolayısıyla alacaklının dava açarken belirleyemediği alacak miktarı bakımından zamanaşımı süresi işlemeye devam eder. Bu durumda, kısmi dava sonuçlanana kadar, alacağın zamanaşımına uğrama ihtimali gündeme gelmektedir[48]. İkinci olarak, koşulları oluştuğunda katılma alacağı davasının belirsiz alacak davası olarak açılmasına izin vermek, uygulamada ıslah kurumuna başvurmaktan kaynaklanan sıkıntıları da ortadan kaldıracaktır. HMK yürürlüğe girene kadar, katılma alacağı davalarının belirsiz alacak davası olarak açılmasına imkân veren bir yasal düzenleme mevcut bulunmadığından, alacağın belirlenememesi sebebiyle doğabilecek ekonomik riskler ıslah kurumuyla bertaraf edilmeye çalışılıyordu. İlk önce, düşük talepli bir dava açılıyor, gerçek alacak miktarının bilirkişi incelemesiyle netlik kazanmasından sonra, (karşı taraf çoğu kez rıza göstermediğinden) ıslah yoluyla talep sonucu artırılıyordu. Bununla birlikte, aynı davada taraflar yalnızca bir kez ıslah yoluna başvurabileceğinden (HMK m. 176; HUMK m. 83) daha sonra gerektiğinde, -örneğin taşınmazların değerinin birdenbire aşırı yükselmesi halinde- bu imkân bir daha kullanılamıyordu. HMK m. 107'nin, katılma alacağı davalarında uygulanması mümkün kabul edildiğinde ise, tahkikat aşamasında belirli hale gelen alacak miktarının talep edilebilmesi için ıslah yoluna gerek kalmayacak, taraflar bu haklarını tüketmemiş olacaklardır. Kısmi dava, üçüncü olarak faiz bakımından alacağa yeterli güvence sağlayamamaktadır. Alacaklı, katılma alacağı bakı-

---

48 Katılma alacağının talep edilebilmesi için Kanunda belirli bir zamanaşımı süresi öngörülmemiştir. 2013 yılına kadar Yargıtay, Medeni Kanunun 178. maddesini kıyasen uygulayarak 1 yıllık zamanaşımı süresi kabul etmiş idi. Ancak bu görüş kısmi dava olarak açılan pek çok katılma alacağı davasında hak kayıplarına sebep oldu. Yargıtay, HGK, 12.6.2013 tarihli kararıyla zamanaşımı süresini 10 yıl olarak kabul ederek (E.2013/8-1013, K.2013/816) uygulamadaki bu sıkıntıyı bir ölçüde gidermiş oldu. Ancak yine de Kanunda belirli bir süre öngörülmediğinden, Yargıtay'ın konuyla ilgili görüşünü değiştirmesi halinde aynı tehlikeler tekrar gündeme gelebilecektir. Bu nedenle katılma alacağının belirsiz alacak davası olarak açılabileceğinin kabulü, zamanaşımı sorununa daha kalıcı bir çözüm getirecektir.

mından kısmi dava açtığında daha önce temerrüde düşürülmemişse, sadece dava ettiği kısım bakımından temerrüde düşer ve o kısım için lehine faize hükmedilir. Alacaklı, aynı davada talep sonucunu artırsa bile artırdığı kısım için artırdığı tarihten itibaren faize hükmedilebilecektir[49].

Yukarıda belirtilen tüm gerekçeler, koşulları oluştuğunda katılma alacaklarının belirsiz alacak davası açılarak talep edilebilmesi gereğine dayanak teşkil etmektedir. Bu nedenle, koşulları oluştuğunda katılma alacağı davalarının belirsiz alacak davası şeklinde açılmasına izin verilmelidir. Doktrinde genel olarak, koşulları oluştuğunda bu tip alacakların belirsiz alacak davası olarak açılabileceğine değinilmiştir[50]. Buna ilaveten, Yargıtay da bazı kararlarında davanın belirsiz alacak davası olarak kabul edilmesi iddiasına değinmiş; bu fikri tamamen reddetmemekle birlikte, Kanunun tamamlanmış işlemlere uygulanamayacağı gerekçesiyle somut olay bakımından, HMK m. 107'yi uygulanabilir bulmamıştır[51]. HMK'nın yürürlüğe girdiği 1 Ekim 2011'den sonra açılan bir katılma alacağı davasının belirsiz alacak davası olarak açılamayacağına ilişkin olumsuz bir karara henüz rastlanmamıştır. HMK'nın yürürlüğe girmesinden önce açılan davalarda ise belirsiz alacak davasının uygulanmayacağına ilişkin Yargıtay içtihatlarında, konunun yalnızca yürürlük sorunu açısından tartışıldığı görülmektedir. Dolayısıyla yürürlük sorununun olmadığı bir dava önüne geldiğinde Yargıtay, konuyu tüm yönleriyle değerlendirerek bu yönde olumlu bir karar verebilecektir.

III. ZAMAN İTİBARİYLE UYGULAMA

Bu başlık altında, belirsiz alacak davasının zaman itibariyle uygulanması hususu üzerinde durulması gerekmektedir. Acaba 1 Ekim 2011 tarihinden önce açılan kısmi davalar, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden sonra belirsiz alacak davası olarak kabul edilmeli mi ve bu şekilde incelenmeli midir?

---

49 **Simil**, s. 70. Yazar, tespit davasının da belirsiz alacaklar bakımından yeterli koruma sağlamadığını belirtmektedir. "Çünkü tespit davası sonunda verilen hüküm tespit hükmü niteliğindedir. Tespit hükmü de edaya yönelik bir emir içermediğinden, alacaklı tespit hükmüne dayanarak ilamlı icraya başvuramaz". Bkz. s. 70.

50 **Simil**, s. 358 vd.; **Uluç**, s. 767 vd.

51 Bkz. III numaralı başlık altındaki kararlar.

Yargıtay kararlarında katılma alacağı davasının belirsiz alacak davası olarak açılabilip açılamayacağı, dava açma tarihi itibarıyla değerlendirilmiş ve yalnızca bu sebeple, eldeki davanın belirsiz alacak davası olarak nitelendirilemeyeceği sonucuna ulaşılmıştır. Örneğin bir kararda, HMK yürürlüğe girdiği sırada ilk derece mahkemesi hükmünü vermiştir. Yargıtay'a göre, dava açılırken HMK yürürlükte olmadığına göre belirsiz alacak davasından söz edilemeyecektir. Davacı tarafça dava dilekçesindeki miktar ıslah edilerek artırıldığına göre, artık bu işlemlerin tamamlanmasından sonra yürürlüğe giren HMK'nun 107. maddesinin uygulanma imkânı yoktur. Bu nedenle, eldeki dava belirsiz alacak davası olarak nitelendirilemez. Bilirkişi incelemesi sonunda, davacının muhtemel katılma alacağı miktarı belirlenmiş olup bu tarihte HMK yürürlükte değildir. Bu miktara göre davacı ıslah talebinde bulunmuştur ve davanın ıslah edildiği bu tarihte HMK henüz yürürlükte değildir. Bu işlemlerin tamamlanmış işlemler olduğu hususunda duraksamamak gerekir. HMK m. 448'de, "Bu kanun hükümleri, tamamlanmış işlemleri etkilememek kaydıyla derhal uygulanır" kuralı yer almaktadır. Bu nedenle, 1 Ekim'den önce açılan ve devam eden somut davada belirsiz alacak davasına ilişkin hükümlerin uygulanma imkânı bulunmadığına hükmedilmiştir[52].

Bununla birlikte Yargıtay'ın bir kararının karşı oy yazısında, HMK m.107 hükmünün derhal uygulanması gerektiği görüşü ileri sürülmüştür. Bu görüşe göre, bir usulü işlemin başlangıç ve bitiriliş süreleri veya yapılacak işlemin sınırları usul kanununda belirgin ve kesin çerçeveyle çizilmiş, yoruma ihtiyaç duyulmayacak açıklıktaki şartlara veya sürelere bağlanmışsa, bu usulü işlemin yeni usul kanunu yürürlüğe girmeden tamamlanıp tamamlanmadığını belirlemek mümkündür. Örneğin cevap dilekçesi verme (HMK m. 127), görevsizlik kararından sonra görevli mahkemeye başvurma (m. 20) gibi işlemlerin HMK yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla tamamlanıp tamamlanmadığını kesin olarak belirlemek mümkündür. Bu tür usul işlemlerinin tamamlanması durumunda HMK'nın uygulanmayacağı açıktır. Ne var ki; bir kısım usul işlemlerinin tamamlanıp tamamlanmadığını belirlemek oldukça

---

52 HGK, E.2013/8-1013, K.2013/816, T.12.6.2013; Benzer şekilde bkz. 8.HD, E.2012/980, K.2012/2007, T.20.3.2012; 8.HD, E.2012/2002, K.2012/3979 (İstanbul Kemerburgaz Üniversitesi Sürekli Eğitim Merkezi, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi Eğitim Programı, 2. Bölümdeki kararlar, s. 16, 21, 24).

güçtür. Bu tür uyuşmazlıklar, somut olayın veya davanın özelliğine göre çözüme kavuşturulmalıdır. Kanun koyucunun 448. maddesinde ifade ettiği tamamlanmış işlemler olgusunu düzenleme amacını aşarak yorumlamak, 6100 Sayılı Kanun'un görülmekte olan çok az davaya uygulanması sonucunu doğuracaktır. Tamamlanıp tamamlanmadığı kesin olarak belirlenemeyen usul işlemleri söz konusu olduğunda, yürürlüğünden önce açılmış ve devam etmekte olan davalara 6100 sayılı HMK uygulanmalıdır. Dava açmak, hukuki bir süreci başlatan işlem olup, tamamlanmış işlem olarak değerlendirilmemesi gerekir. Tüm bu açıklamalar sebebiyle, 1086 sayılı HUMK yürürlükte olduğu dönemde açılan ve 6100 sayılı HMK yürürlüğe girdiği tarihte derdest olan davalara, 107. maddenin uygulanması gerektiği görüşü savunulmuştur[53].

Kanaatimizce 1 Ekim 2011 tarihinden önce açılan davalar için belirsiz alacak davasına ilişkin hükümler uygulanmayacaktır[54]. Zira dava açılmakla birlikte o davanın türü belirlenmiş, işlem tamamlanmış olur. Dolayısıyla yeni kanun hükümleri tamamlanmamış işlemler bakımından uygulanma imkânı bulacaktır (HMK m. 448). Davacı, HUMK'nun yürürlükte olduğu dönemde katılma alacağı için kısmi dava açmışsa, bu tamamlanmış işlem olarak kabul edilerek davaya kısmi dava olarak devam edilecektir. Davacının davasını tümüyle ıslah etme imkânı olmakla birlikte, 1 Ekim 2011'den önce kısmi dava olarak açılmış bir davanın ıslah yoluyla belirsiz alacak davasına dönüştürülmesi doğru olmaz. Kanun'un izin verdiği ıslahın, dava tarihinde mevcut olanaklardan birisinin kullanılması şeklinde düşünmek gerekir[55].

SONUÇ

Katılma alacağı davaları, koşulları oluştuğunda belirsiz alacak davası olarak açılabilmelidir. Özellikle, eşlerin sahip olduğu şirket hisselerinin değeri, şirketlerinin mali durumu, karda veya zararda olup olmadığı, 3.kişilere borcu olup olmadığı gibi hususların dikkate alınması gerektiği hallerde,

---

53 8.HD, E.2012/2002, K.2012/3979 sayılı karar, Bülent Erensevi ve Fahri Akçin'in karşı oy yazısı (Kemerburgaz Üniversitesi, SEM Eğitim Programı, s. 30-32).

54 **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 467; **Simil**, s. 73; **Taşpınar Ayvaz**, s. 178 vd.

55 **Taşpınar Ayvaz**, s. 434.

tahkikat aşamasında diğer eşin mahkemeye sunduğu bilgi ve belgelerin incelenmesinden önce, alacak miktarının davacı eş tarafından belirlenmesi kendisinden beklenemeyecektir. Buna ilaveten, zina ya da hayata kast sebebiyle, hâkimin ödenecek katılma alacağı miktarına müdahale etme imkânı göz önünde tutulduğunda, katılma alacağının belirsiz alacak davası olarak açılabilmesi yönündeki görüşümüz kuvvetlenmektedir.

İsviçre medeni kanununda eşlerin mal varlıkları hakkında birbirlerine bilgi verme yükümlülüğünü içeren kanun hükmü bize alınmamıştır. Bu nedenle katılma alacağı davası açan eşin, diğer eşin malvarlığını ve edinilmiş malın kredi ile alınması halinde, bankaya olan kredi borç miktarını bilmesi kendisinden beklenemez. Ayrıca emekli ikramiyesi ya da çalışma gücünün kaybı nedeniyle ödenen tazminatın ne kadarının kişisel mal ne kadarının edinilmiş mal olarak hesaplanacağı da özel uzmanlık gerektirmektedir (TMK m. 228/f.2).

Katılma alacağı hesaplanırken, mevcut edinilmiş malların mahkemenin karar verdiği andaki değeri esas alınacaktır. Bu açıdan bakıldığında da, tasfiyeye konu malvarlığının gerçek değerinin dava açarken belirlenebilmesi mümkün görünmemektedir. Yukarıda belirtilen tüm gerekçeler göz önüne alındığında katılma alacağı davalarının belirsiz alacak davası olarak açılabilmesi usul ekonomisi ilkesi ve mahkemeye erişim hakkına uygun bir çözümdür.

HUKUK MUHAKEMELERİ KANUNU BAĞLAMINDA AKDEDİLEN YETKİ SÖZLEŞMELERİ ÜZERİNE BAZI DÜŞÜNCELER

Prof. Dr. Süha TANRIVER*

A. Yetki Sözleşmelerinin Tanımı ve Hukukî Niteliği

Tacirlerle tacirlerin, tacirlerle kamu tüzel kişilerinin ve kamu tüzel kişilerinin kendi aralarında, üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri (sulh olmak suretiyle sona erdirebilecekleri) hukukî ilişkilerden kaynaklanmış ya da ileride kaynaklanabilecek olan hukukî uyuşmazlıklarla ilgili olarak açılacak davalar bağlamında, kanunen yetkili konumda bulunan genel ve özel (diğer) yetkili mahkemelerin yetkisinin devam etmesi kaydıyla, kanunen yetkili olmayan bir yargı yerini yetkili hâle getirmek; yani, alternatif bir yetki kuralı yaratmak yahut kanunen yetkili konumda bulunan genel ve özel yetkili mahkemelerin yetkisini tümüyle ortadan kaldırıp; salt kararlaştırılmış olan yer mahkemesini yetkili kılmak amacıyla yapmış oldukları sözleşmeye, yetki sözleşmesi denir.

Yetki sözleşmeleri, hukukî nitelikleri itibariyle, aslî (doğrudan) etkilerini, medenî usul hukuku alanında ortaya çıkardıkları için (yani, kategorik olarak tanımlanmış hukukî ilişkiden kaynaklanan hukukî uyuşmazlıklarla ilgili açılacak davalar bakımından, kanunen yetkili olmayan bir yargı yerinin yetkili hâle gelmesi sonucunu yarattığı için), usul sözleşmeleri bütünü içerisinde yer alırlar. Ancak, bu durum, yetki sözleşmelerine, borçlar hukukuna ilişkin ilke ve kuralların, hiç uygulanmayacağı anlamına, asla gelmez. Türk Borçlar Kanunu'nun sözleşmelerin kuruluşu, geçerliliği (m.1; m. 25-27) ve irade sakatlıkları (m. 13 vd.; m. 30 vd.) ile ilgili ilke ve kuralları, bir usul

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

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Özel Sayı 2014, s. 459-468 (Basım Yılı: 2015)
Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ'e Armağan

sözleşmesi olan yetki sözleşmeleri bakımından da, uygulanma alanı bulur[1]. Bu durumda, yetki sözleşmelerinin kurulabilmesi için de, tarafların irade beyanlarının karşılıklı ve birbirine uygun olması şarttır; aksi takdirde, bir yetki sözleşmesinin varlığından söz edilemez.

Öte yandan, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 19. maddesinin dördüncü fıkrasında yer alan ve yetkinin kesin olmadığı davalarda, davalının, süresi içerisinde ve usulüne uygun olarak yetki itirazında bulunmaması hâlinde, davanın açıldığı yer mahkemesinin, yetkisiz olsa bile, kanunen yetkili mahkeme statüsüne kavuşacağını öngören düzenlemeden hareketle, anılan durumda, taraflar arasında, zımnî bir yetki sözleşmesinin var olduğu da, ileri sürülemez[2]. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 19. maddesinin dördüncü fıkrasında belirtilen durumda, somut hukukî ilişkiden kaynaklanan uyuşmazlıkları konu alan davalar bağlamında, kanunen yetkili olmayan bir mahkemenin, yetkili mahkeme statüsüne kavuşması, tarafların iradesinden değil; bizâtihi anılan kanun hükmünden kaynaklanmakta ve kesin olmayan yetkinin, yine aynı Kanun'da, bir ilk itiraz şeklinde düzenlenmiş bulunmasının, doğal bir sonucu olarak ortaya çıkmaktadır. Yine, yetki sözleşmelerinin geçerlilik şartlarından birisini, yazılı şekilde gerçekleştirme oluşturur[3]. Zımnî yetki sözleşmesi yapılmasına cevaz veren bir düşünce, yetki sözleşmeleri bağlamında bir geçerlilik şartı olarak belirlenmiş olan yazılılığın tümüyle göz ardı edilmesi sonucunu doğurur ki; bunun kabulü de mümkün değildir[4]. Çünkü, yazılı şekilde yapılmayan yetki sözleşmeleri, hukuken geçersizdir.

---

1 **Budak,** Ali Cem; Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Yetki Sözleşmeleri (MİHDER, 2012/1, s. 1-25), s. 17-18; **Bolayır,** Nur; Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Yetki Sözleşmeleri (İBD, 2011/5, s. 131-147), s. 146-147; **Aşık,** İbrahim; Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Yetki Sözleşmeleri (TBBD, 2011/97, s. 11-48), s. 21.

2 Aynı yönde, bkz: **Aşık,** s. 31-32; aksi yönde görüş için, bkz: **Kuru,** Baki/**Arslan,** Ramazan/**Yılmaz,** Ejder; Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı, 25. Baskı, Ankara 2014, s. 156-157; **Bilge,** Necip/**Önen,** Ergun; Medenî Yargılama Hukuku Dersleri, 3. Bası, Ankara 1978, s. 202; **Bolayır,** s. 138 ve o sayfadaki dn.26; **Karslı,** Abdurrahim; Medenî Muhakeme Hukuku, 3. Bası, İstanbul 2012, s. 276; **Yılmaz,** Ejder; Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Ankara 2013, s. 211.

3 Bkz: aşa. B.

4 **Aşık,** s. 32.

Öte yandan, bir an için, davalının süresi içerisinde ve usulüne uygun olarak yetki ilk itirazında bulunmaması hâli, kanunen yetkili olmayan bir yargı yerinin yetkisinin, davalı tarafça kabul edilmesi anlamına gelecek zımnî bir irade beyanı olarak değerlendirilse bile, bu beyanın muhatabı davacı değil; davanın açıldığı mahkemenin hâkimidir. Yani, irade beyanları arasında birbirine uygunluğun bulunduğu kabul edilse dahi, sözleşmenin kurulabilmesi için, varlığı gereken diğer öğe olan, karşılıklılıktan söz edilemez.

Yetkinin kesin olmadığı hâllerde, davalı, süresi içerisinde, cevap dilekçesinde, yetki itirazında bulunmuş; yani (mahkemenin yetkisine açıkça itiraz etmiş) ancak, bu itirazında, yetkili mahkemeyi göstermemişse, davanın açıldığı mahkeme, kanunen yetkisiz konumda bulunsa bile, yetki itirazını, öngörülen usule uygun bir biçimde yapılmadığı için, dikkate alamayacak ve somut hukukî ilişkiden kaynaklanan uyuşmazlıkla ilgili dava bağlamında, yetkisiz yargı yeri (yani, davanın açıldığı yer mahkemesi) yine, kanun uyarınca, kendiliğinden yetkili hâle gelecektir (HMK m. 19, II, IV).

B. Yetki Sözleşmeleri Bağlamında Kanunla Getirilmiş Bulunan Sınırlamalar

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda, yetki sözleşmeleri bağlamında, kişi ve konu bakımından bazı sınırlamalar getirilmiştir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 17. maddesi uyarınca, yetki sözleşmelerinin, tacirlerle tacirler, tacirlerle kamu tüzel kişileri ve kamu tüzel kişilerinin kendi aralarındaki hukukî ilişkilerden kaynaklanan uyuşmazlıklarla ilgili olarak açılacak davalar bağlamında, yapılması gerekir. Buna karşılık, tacirlerle tacir olmayanlar ve yine kamu tüzel kişileriyle tacir olmayanlar arasında yetki sözleşmesinin yapılması, hukuken mümkün değildir. Getirilmiş olan bu sınırlamayla güdülen amaç, ekonomik açıdan daha zayıf konumda bulunan tacir olmayan kişinin, ekonomik açıdan daha güçlü bir konumda bulunan tacir ve kamu tüzel kişisi karşısında korunmasını sağlamak[5]; daha güçlü olanın, zayıf olana, mahkemenin yetkisini tâyin bağla-

[5] **Aşık,** s. 22.

mında, iradesini empoze etmesinin önüne geçmektir[6]. Kaldı ki, ekonomik açıdan daha zayıf olanın, daha güçlü konumda bulunan kişiye karşı korunması, kamu düzeninin de gereklerinden birisini oluşturur.

Uyuşmazlığın taraflarından birisi bakımından mecburî dava arkadaşlığının işlerlik kazandığı hâllerde, yetki sözleşmesinin, hukuken bağlayıcılık kazanabilmesi için, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 17. maddesinde, kişi bakımından getirilmiş olan sınırlamanın, dava arkadaşlarının tamamının şahsında gerçekleşmiş olması şarttır[7]. Çünkü, mecburî dava arkadaşlığında, ortada tek bir dava vardır ve dava arkadaşları, kural olarak, birlikte hareket etmek zorunluluğuyla karşı karşıyadır (HMK m. 59-60). Buna karşılık, ihtiyarî dava arkadaşlığının işlerlik kazanabileceği hâllerde ise, yetki sözleşmesiyle ilgili olarak Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 17. maddesinde kişi bakımından öngörülmüş olan sınırlama, şahsında gerçekleşmiş bulunan dava arkadaşı, bu sözleşmeyi yapabilir; diğerleri ise, yapamaz. Hep birlikte bir yetki sözleşmesi yapmışlarsa, hukukî bağlayıcılık, yalnızca sözleşmenin yapıldığı sırada, kişi bakımından kanunda öngörülmüş olan sınırlamayı, şahsında gerçekleştirmiş olan dava arkadaşı bakımından ortaya çıkar; diğerlerinin hukukî durumu bundan etkilenmez. Çünkü, ihtiyarî dava arkadaşlığında, dava arkadaşı sayısınca, ortada dava mevcuttur ve her biri diğerinden bağımsız olarak, sadece kendisi bakımından etki doğuracak şekilde, hareket edebilme olanağına sahiptir (HMK m. 58).

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 18. maddesinin birinci fıkrası uyarınca, tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunamayacağı, yani kamu düzenine ilişkin hususlarla kesin yetki kurallarının işlerlik kazandığı hâllerde, yetki sözleşmesi yapılamaz.

---

6 Türk hukukunda tâbi olunacak hukukî rejim itibariyle, tacir kavramının kapsamı içerisine, çok geniş bir kategoriyi teşkil edecek şekilde, tacir olmadıkları hâlde, sorumluluk bakımından, tacirler hakkındaki hükümlere tâbi tutulanlar da dahildir. Dolayısıyla, tacir olan - olmayan ayrımının, zayıf olanın korunması bağlamında, objektif bir ölçüt işlevini yerine getirip getirmediği hususunun, bir kez daha sorgulanmasında yarar vardır. Bu bağlamda, yine, bkz: **Budak,** s. 9-12; **Karslı,** s. 278. Ayrıca, tacir olmayıp da, sorumluluk bakımından tacirler hakkındaki hükümlere tâbi tutulmuş olanların yetki sözleşmesi yapamayacakları yönündeki görüş için, bkz: **Yılmaz,** s. 200.

7 **Bolayır,** s. 134; **Karslı,** s. 282.

Öte yandan, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yetki sözleşmeleriyle ilgili kuralları, ilk derece mahkemelerinin yetkisinin tâyini bağlamında uygulanma alanı bulur. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 357. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, istinaf yargılamasını gerçekleştirecek olan bölge adliye mahkemelerinin yetkisiyle ilgili olarak, yetki sözleşmesi yapılamaz. Ancak, yetkinin kesin olmadığı hâllerde, ilk derece mahkemesinin yetkisiyle ilgili olarak yapılmış bulunan bir yetki sözleşmesiyle, dolaylı olarak, bu sözleşmede öngörülen yer mahkemesinin yargı çevresi içinde yer aldığı bölge adliye mahkemesinin yetkisinin tâyinine de, bir anlamda, müdahale edilebildiğini vurgulamak gerekir. Buna karşılık, en üst derece yargı yeri konumunda bulunan Yargıtay'ın, yer itibariyle yetkisi ise, ülkenin bütününe şâmildir; dolayısıyla, bu bağlamda, zaten yetki sözleşmesiyle herhangi bir kayıtlama getirilmesi de, düşünülemez.

C. Yetki Sözleşmelerinin Geçerlilik Şartları

Yetki sözleşmelerinin geçerlilik şartlarının neler olduğu, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 18. maddesinin ikinci fıkrasında gösterilmiştir. Bu geçerlilik şartlarının ikisi esasa; birisi ise, şekle ilişkindir.

Her şeyden önce, yetki sözleşmesinin, geçerlilik kazanabilmesi için, uyuşmazlığın kaynaklandığı hukukî ilişkinin, belirli olması veya belirlenebilir bir nitelik taşıması şarttır. Yani, yetki sözleşmesinde, uyuşmazlığın kaynaklandığı veya kaynaklanacağı hukukî ilişki tipinin, kategorik olarak ferdîleştirilmiş (somutlaştırılmış) bulunması, yasal bir zorunluluktur.

Yine, yetki sözleşmesinin geçerlilik kazanabilmesi için, bu sözleşmede, yetkili kılınmak istenen mahkeme veya mahkemelerin açıkça tâyin edilmiş olması; yani, belirlenmiş bulunması şarttır. Açıkça belli edilmiş olmak kaydıyla, birden fazla yer mahkemesinin yetkili kılınması da, hukuken mümkündür. Belirli olmak kaydıyla, birden fazla yer mahkemesini yetkili kılma bağlamında, taraflara tanınmış olan usulî olanağın, dürüstlük ilkesine uygun olarak kullanılması gerekir (HMK m. 29, I; TMK m. 2). Dürüstlük kuralına ve kamu düzeninin korunması düşüncesine dayanılarak, taraflardan birisinin, nerede isterse orada dava açabilmesine olanak verecek şekilde, yetki sözleşmesinde, yetki bağlamında bir belirlemede bulunulmasına, izin verilmeme-

lidir[8]. Kaldı ki; bu hâlde, yetkili kılınan mahkeme de, zaten belirlilikten yoksundur. Bu nedenle de, yetki sözleşmesi, geçerlilik kazanamaz.

Ayrıca, yetki sözleşmesinin geçerlilik kazanabilmesi için, yazılı şekilde gerçekleştirilmiş bulunması da şarttır. Burada sözü edilen yazılı şekilden maksat, adî yazılı şekildir. Yani, yetki sözleşmeleri bağlamında, adî yazılı şekil, bir sıhhat şekli konumundadır (TBK m. 13-15)[9].

Yetki sözleşmeleri, ayrı ve müstâkil bir sözleşme biçiminde gerçekleştirilebileceği gibi; mevcut bir sözleşmeye, mahkemenin yetkisine dair bir kayıt konulmak suretiyle de gerçekleştirilebilir. İkinci hâlde, yetki şartından söz edilir. Yetki şartı, gerek tâbi olunacak hukukî rejim gerek doğurduğu hukukî sonuçlar itibariyle, bağımsız bir yetki sözleşmesi hükmündedir ve asıl sözleşmeden, tümüyle ayrı, müstâkil bir hukukî varlığa sahiptir. Bu nedenle, asıl sözleşme, resmî şekle tâbi bulunup; bu şekle uygun olarak gerçekleştirilmediği için, geçersiz olsa dahi, yazılı bir biçimde, asıl sözleşmeye dercedilmiş bulunan yetki şartı, hukuken geçerlidir ve kendisinden beklenen etkileri, medenî yargılama hukuku alanında doğurur.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 18. maddesinin ikinci fıkrasında öngörülmüş bulunan geçerlilik şartlarına uygun bir biçimde akdedilmemiş olan yetki sözleşmeleri, hukuken geçersizdir. Çünkü, 18. maddenin ikinci fıkrası, emredici bir usul hukuku normudur ve bu norma aykırılık, hukuka aykırılık sayılır; dolayısıyla, anılan norma aykırı bir biçimde gerçekleştirilmiş bulunan yetki sözleşmeleri, "kesin hükümsüzlük" yaptırımıyla karşı karşıya kalırlar; yani, eski deyişle, "mutlak bûtlan"la malûldürler (TBK m. 26; m. 27, I); hiç bir hukukî sonuç da doğuramazlar. Hâkim, sözü edilen hâlde, yeni yasal deyişle kesin hükümsüzlüğün, eski deyişle mutlak butlanın varlığını, re'sen gözetmek zorundadır[10]. Bu durum, bizâtihi, "kesin hükümsüzlük" (eski deyişle mutlak bûtlan) yaptırımının doğasından kaynaklanmaktadır. Yani, işaret edilen durumda, sanki mahkemenin yetkisinin tâyinine

---

8 **Pekcanıtez,** Hakan/**Atalay,** Oğuz/ **Özekes,** Muhammet; Medenî Usul Hukuku, 14. Bası, Ankara 2013, s. 183-184; **Bolayır,** s. 142, **Aşık,** s. 38; **Kuru/Arslan/Yılmaz,** s. 155; **Üstündağ,** Saim; Medenî Yargılama Hukuku, C. I-II, 7. Bası, İstanbul 2000, s. 217.

9 Yazılı şeklin geçerlilik şekli değil, ispat şekli olduğu yönündeki görüş için, bkz: **Yılmaz,** s. 211.

10 Karş. **Bolayır,** s. 139-140.

dair herhangi bir belirlemede bulunulmamış gibi bir hukukî sonuç ortaya çıkar. Yapmış olduğumuz bu tespit, yetki sözleşmelerine ilişkin olarak kanunda, kişi ve konu bakımından getirilmiş olan sınırlamalara uyulmamış olması hâlinde de işlerlik kazanır. Dava, hukuken geçerli bir biçimde yapıldığına inanılan yetki sözleşmesinde belirtilen yer mahkemesinde açılmışsa, yetki sözleşmesiyle kararlaştırılmış olan yer mahkemesi, kanunen yetkili olmayan bir yargı yeri hâline gelir; yani dava, yetkisiz mahkemede açılmış sayılır. Ancak, mahkeme, yetkisizliğini re'sen gözetip, yetkisizlik kararı veremez. Mahkemenin yetkisizlik kararı verebilmesi için, davalının, süresi içerisinde vereceği cevap dilekçesinde, usulüne uygun olarak, yetki ilk itirazında bulunması gerekir. Bu durum, yetki sözleşmelerinin yapılmasına, yetkinin kesin olmadığı hâllerde hukuken olanak verilmiş bulunmasının doğal bir sonucudur. Süresi içerisinde verilen cevap dilekçesinde, usulüne uygun bir biçimde yetki ilk itirazında bulunulmazsa, anılan mahkeme, artık, tarafın bu bağlamda herhangi bir beyanda bulunmamasının değil; bizâtihi kanun hükmü uyarınca (HMK m. 19, IV), kendiliğinden yetkili mahkeme statüsüne kavuşur.

Ancak, yetki sözleşmesi, kesin bir yetki kuralının işlerlik kazandığı bir durumda yapılmışsa, hem kesin yetki mevcut ise yetki sözleşmesi yapılamayacağını öngören kanunî yasaklamaya uyulmamış bulunması (HMK m. 18, I) hem de kesin yetkinin, mahkemeye ilişkin dava şartları arasında yer alması ve dava şartı teşkil eden bir hususun (HMK m. 114, I/ç), tarafların, anlaşmak suretiyle üzerinde tasarruf edebileceği yahut karşılıklı olarak muvafakat verebileceği bir alan konumunda bulunmaması hasebiyle[11], yetki sözleşmesinde öngörüldüğü için, dava kendisinde açılmış olan yer mahkemesi, geçersiz bir yetki sözleşmesinin varlığını re'sen gözetip, yetkisizlik kararı da vermek zorundadır.

Yetki sözleşmesinin geçerliliğinin tartışıldığı hâllerde, bu sözleşmenin geçerliliğini koruyup korumadığının tespitine, yetki sözleşmesiyle tâyin edilmiş olan yer mahkemesince karar verilmesi, daha doğru olur[12].

---

11 **Tanrıver,** Süha; Medenî Usul Hukukunda Derdestlik İtirazı, 2. Bası, Ankara 2007, s. 30-31, dn. 56.

12 **Üstündağ,** s. 221; **Karslı,** s. 279.

D. Yetki Sözleşmelerinin Türleri ve Etkileri

Taraflar, yapmış oldukları yetki sözleşmesiyle, aralarındaki somut, yani kategorik olarak tanımlanmış hukukî ilişkiden kaynaklanan uyuşmazlıklarla ilgili açılacak davalar bağlamında, kanunen yetkili konumda bulunan genel ve özel yetkili mahkemelerin yetkisinin devam etmesi kaydıyla, kanunen yetkili olmayan bir yargı yerini yetkili hâle getiriyorlar; yani, alternatif bir yetki kuralı yaratıyorlarsa, olumlu yetki sözleşmesinden söz edilir. Bu tür bir yetki sözleşmesinin varlığı hâlinde, davanın, mutlaka yetki sözleşmesinde tâyin edilmiş olan yer mahkemesinde, açılması zorunluluğu yoktur. Dava, kanunen yetkili konumda bulunan genel yetkili mahkemeyle, özel yetkili mahkeme veya mahkemelerin herhangi birisinde açılabilir. Ancak, dava, yetki sözleşmesiyle yaratılmış olan alternatif yetki kuralında belirtilmiş olan yer mahkemesinde açılmışsa; bu mahkeme de, davaya bakmak zorundadır; davalı da, anılan durumda, yetkisizlik iddiasında bulunamaz.

Olumlu yetki sözleşmesi yapılmak isteniyorsa, buna ilişkin iradenin, anılan sözleşmede, açıkça ortaya konulması, yani kanunen yetkili konumda bulunan genel yetkili mahkemeyle, özel yetkili mahkeme veya mahkemelerin yetkisinin devam edeceği hususunun, kesin ve tereddütsüz bir biçimde vurgulanması gerekir. Bu bağlamda, herhangi bir belirlemede bulunulmamışsa, yapılan yetki sözleşmesi, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 17. maddesinin son derece açık metni uyarınca, **"olumsuz yetki sözleşmesi"** olarak nitelendirilir; yani, dava, sadece yetki sözleşmesinde tâyin edilmiş olan yer mahkemesinde açılabilir; kanunen yetkili konumda bulunan genel yetkili mahkemeyle, özel yetkili mahkemelerin yetkisi tümüyle ortadan kalkar.

Buna karşılık, taraflar yapmış oldukları yetki sözleşmesiyle, aralarındaki, somut hukukî ilişkiden kaynaklanan uyuşmazlıklarla ilgili olarak açılacak davalar bağlamında, salt yetki sözleşmesinde öngörmüş oldukları yer mahkemesinin yetkili hâle gelmesini sağlamışlarsa, olumsuz yetki sözleşmesinden söz edilir. Olumsuz yetki sözleşmesinin varlığı hâlinde, kanunen yetkili konumda bulunan genel yetkili mahkeme ile, özel yetkili mahkeme veya mahkemelerin yetkisi tümüyle ortadan kalkar; dava, sadece yetki sözleşmesinde belirtilmiş olan yer mahkemesinde veya mahkemelerin birisinde açılabilir. Bir başka ifadeyle, olumsuz yetki sözleşmesinin varlığı hâlinde, somut bir biçimde, kategorik olarak tanımlanmış hukukî ilişkilerden

kaynaklanan uyuşmazlıklarla ilgili davalar bağlamında, kanunen yetkili olmayan bir yargı yeri, tek yetkili yargı yeri hâline getirilmekte; yani, somut hukukî ilişki tipinden doğan uyuşmazlıkları konu alan davalarla sınırlı olarak işlerlik kazanabilecek, kesin bir yetki kuralı yaratılmaktadır. Burada da, yetki sözleşmesinde belirtilmiş olan yer mahkemesinin yetkisinin kesinliği, yine, bizâtihi kanundan kaynaklanmaktadır. Kategorik olarak tanımlanmış hukukî uyuşmazlıklarla ilgili davalar bağlamında, yetkili mahkemenin tâyininin, tarafların müşterek iradesine bırakılmış olması, yetki sözleşmesinde öngörülen yer mahkemesinin yetkisinin kesinliğinin, kanundan kaynaklanmadığı anlamına asla gelmez. Kanun koyucu, yetkinin kesin olmadığı hâllerde, taraflara, somut hukukî ilişki tipi ile sınırlı bir biçimde işlerlik kazanacak kanunen yetkili olmayan bir yargı yerini, anlaşmak suretiyle yetkili hâle getirme olanağı tanımış ve aksine bir vurgu da yapılmamışsa, kararlaştırılan yargı yerini, tek yetkili yargı yeri statüsüne kavuşturmuştur. Bu çerçevede, tarafların iradelerine itibar edilmesi, yetkinin kesinlik niteliğinin, kanundan kaynaklanmadığı şeklinde, yorumlanıp değerlendirilemez.

Yapılan bu tespitler çerçevesinde, olumsuz yetki sözleşmesinin varlığı hâlinde, davanın, somut hukukî ilişki tipinden kaynaklanan uyuşmazlıkla ilgili davalar bağlamında, kesin bir yetki kuralının ihdası nedeniyle, sadece yetki sözleşmesinde belirtilmiş olan yer mahkemesinde açılması gerekir; kanunen yetkili konumda bulunan genel yetkili mahkeme ile özel yetkili mahkemelerin yetkisi ise tümüyle ortadan kalkar. Dolayısıyla, dava, yetki sözleşmesinde belirtilmiş olan yer mahkemesi dışında, bir başka yer mahkemesinde açılmışsa, mahkemenin, yetkisizliğini re'sen gözetip; yetkisizlik kararı vermesi gerekir[13]. Çünkü, kesin yetki, mahkemeye ilişki dava şartları arasında yer alır (HMK m. 114, I/ç) ve bu sebeple, davanın her aşamasında, mahkemece re'sen gözetilir; taraf da, davanın her aşamasında, yetki itirazında bulunabilir (HMK m. 115, I). Anılan durumda, mahkemece, yetki itirazının dinlenebilmesi için, bu itirazda, yetkili mahkemenin gösterilmiş olması da şart değildir (HMK m. 19, II'nin mefhumu muhalifinden).

---

[13] Aksine görüş için bkz: **Bolayır,** s. 140; **Pekcanıtez/Atalay/Özekes,** s. 188. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlükte bulunduğu dönemde, tarafların, hâkimin dahi re'sen nazar-ı itibara alması gereken kuvvette bir yetki kuralı yaratamayacağı yönündeki görüş için, bkz: **Üstündağ,** s. 220.

Buna karşılık, yapılan yetki sözleşmesi, olumlu bir yetki sözleşmesi ise, dava, yetki sözleşmesinde belirtilmiş olan yer mahkemesinin yanı sıra, kanunen yetkili konumda bulunan genel yetkili mahkemeyle, özel yetkili mahkeme veya mahkemelerin birisinde de açılabilir.

Olumlu yetki sözleşmesinin varlığı hâlinde, davanın açıldığı mahkeme, anılan sözleşmede belirtilen yer mahkemesi konumunda değilse; yetki sözleşmesinde yer alan yetkiye dair kaydı, kendiliğinden dikkate alamaz; dikkate alabilmesi için, davalı tarafın, süresi içerisinde ve usulüne uygun olarak, bu hususa uyulmadığını, cevap dilekçesinde ilk itiraz biçiminde, ileri sürmesi gerekir. Bunun gündeme gelebilmesi için de, davanın açıldığı mahkemenin, kanunen yetkili konumda bulunan genel yetkili mahkeme ve ayrıca özel yetkili mahkeme statüsünde olmaması gerekir.

İster olumlu ister olumsuz bir biçimde gerçekleştirilmiş olsun, yetki sözleşmesinde öngörülmüş bulunan mahkeme, dava, kendisinde açılmışsa, açılmış olan bu davaya, bakmak zorundadır. Anılan durumda, davalı taraf da, yetkisizlik iddiasında bulunamaz.

Yapılmış olan yetki sözleşmeleri, uyuşmazlığın taraflarının yanı sıra, onların küllî ve cüzî haleflerini de bağlayıcı bir etki doğurur. Bu bağlılığın ortaya çıkabilmesi için, küllî ya da cüzî halefin, tacir ya da kamu tüzel kişisi olması şart değildir[14]. Aksine bir çözümleme, esas itibariyle, maddî hukuk kökenli bir kurum olan halefiyet kurumunun doğasıyla bağdaştırılamaz.

---

[14] Karş. **Bolayır,** s. 134; **Karslı,** s. 281.

ASLİYE TİCARET MAHKEMELERİ HAKKINDA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER ÇERÇEVESİNDE TAHKİMDE GÖREVLİ MAHKEME

Prof. Dr. Sema TAŞPINAR AYVAZ*

A. GİRİŞ

1 Ekim 2011 tarihinde yürürlüğe girerek 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nu (HUMK) kaldıran 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK), tahkim konusunda çok önemli yenilikler getirmiştir. Genel olarak 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu (MTK)'na paralel hükümler taşıyan iç tahkime uygulanacak kurallar bakımından öne çıkan bazı hususlar olmuştur.

Bunlardan ilki, HMK m. 410'da tahkim yargılamasında, mahkeme tarafından yapılacağı belirtilen işlerde görevli mahkemenin tahkim yeri bölge adliye mahkemesi olarak kabul edilmesidir. İkinci önemli değişiklik, tahkim kararlarına karşı açılacak iptal davasında tahkim yerindeki bölge adliye mahkemesinin (HMK m. 439) görevlendirilmesidir. Milletlerarası tahkimde iptal davasının ise, asliye hukuk mahkemesinde açılması kabul edilmiştir (MTK m. 15).

Belirtilen bu hükümler doktrin ve uygulama bakımından tartışmalara yol açmıştır[1]. Çünkü, HUMK'ndan farklı olarak HMK, tahkimde mahkemeye başvurulacak durumların tamamını kapsayan bir görev düzenlemesi yapmış ve tek bir mahkemeyi görevli kabul etmiştir. Ne var ki, HMK'nun benimsediği bu mahkeme, henüz fiilen görev yapmaya başlamadığı için

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

1 Sema Taşpınar **Ayvaz**, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) Zaman Bakımından Uygulanması, Ankara 2013, s. 209 vd.

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Özel Sayı 2014, s. 469-482 (Basım Yılı: 2015)
Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ'e Armağan

uygulamada tahkimde mahkemeye başvurulması gereken durumlarda görevli mahkeme ile ilgili tartışmalar yaşanmıştır.

Sorun pozitif hukuk kuralları bakımından çözülememişken 2014 yılı Haziran ayında Türk Ceza Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair 6545 sayılı Kanun'un 45. maddesiyle 5235 sayılı Adlî Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un ilk derece mahkemelerine ilişkin 5. maddesinde değişiklik yapmak suretiyle yeni bir görev ve mahkeme yapılanması yoluna gidilmiştir[2]. Aşağıda ayrıntılarını açıklamaya çalışacağımız bu yeni hükümle hem asliye ticaret mahkemesi konusunda 2011 öncesine dönüş yapılmak suretiyle asliye ticaret mahkemeleri tekrar toplu mahkeme haline getirilmiş hem de milletlerarası ve iç tahkimle ilgili ortak görevli mahkeme olarak asliye ticaret mahkemesinin belirlenmesi yoluna gidilmiştir. Böylece asliye ticaret mahkemeleri hem yapısal hem görev alanı bakımından bir değişiklik geçirmiştir.

B. 6545 SAYILI KANUNDAN ÖNCEKİ DURUM

HMK m. 407-444, tahkime ilişkin hükümlerde önemli ve yeni düzenlemeler getirmiştir[3]. Bunlardan birisi de HMK m. 410'da yer alan tahkimde genel görevli mahkeme olarak bölge adliye mahkemesini kabul eden hükümdür. Buna karşılık, esasında paralel hükümler içeren ve bu nedenle de tek bir kanunda düzenleme yapılması önerilen MTK'nda ise[4], tahkimde

---

2 RG 28.06.2014, Sa. 29044.

3 Bu konuda bkz. Ali Cem **Budak**, Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Tahkim Hükümleri, LEGAL Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi, 2012/1, s. 32-60; Mehmet Oğuz **Vuraloğlu**, HMK'nın Tahkim Hakkındaki Hükümleri, Prof. Dr. Erhan Adal'a Armağan, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2011/2-2012/1, s. 1055-1066; İnci **Biçkin**, 1086 Sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda Düzenlenen İhtiyari Tahkim ile Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Yargıtay Dergisi, 2006/4, 583-616; Emel **Koç**, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısında Tahkim, Hukuk Gündemi, 2007/8, s. 80-83; Cihan **Yamaner**, HMK Tasarısında Tahkime İlişkin Maddeler, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nın Getirdiği Yenilikler ve Bu Yeniliklerin Değerlendirilmesi, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul 2008, s. 243-250.

4 Bu konuda pek çok akademisyen ve uygulamacı Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü tarafından düzenlenen İç Tahkim Paneli'nde görüşlerini ifade etmiştir [Bkz.

görevli mahkeme, asliye hukuk mahkemesi olarak kabul edilmiştir (MTK m. 3). HUMK döneminde ise, tahkimde mahkemeye başvurulması gereken durumlarda görevli mahkemenin işin veya başvurunun niteliğine göre, asliye hukuk (ya da -uyuşmazlık ticarî dava niteliğinde ise- asliye ticaret) veya sulh hukuk mahkemesi (HUMK m. 520, m. 521, m. 532, m. 536) olduğu görülmekteydi.

Yukarıda da belirtildiği üzere, HMK m. 410 hükmü, uygulamada bölge adliye mahkemelerinin faaliyete geçmemiş olması nedeniyle tartışmalara yol açmıştır. Çünkü, HMK'nun bölge adliye mahkemesine görev verdiği bu işlerde, bölge adliye mahkemeleri göreve başlayıncaya kadar geçecek dönemde hangi mahkemenin görevli olacağı konusunda Kanun'da bir açıklık yoktur.

Doktrinde bir görüş, HMK Geçici Madde 3'e atıfla bu görevin asliye hukuk mahkemelerince yerine getirileceğini ifade ederken[5], diğer bir görüş ise, davanın niteliğine göre bu konudaki görevli mahkemenin sulh veya asliye hukuk mahkemesi olacağını belirtmekteydi[6]. Bu dönemde biz HMK Geçici Madde 3/3 hükmü doğrultusunda, HUMK'nda karşılığı olan düzenlemeler bakımından (örneğin, HMK m. 415, 416, 418, 421, 426, 427, 432, 436/3) HUMK'nda öngörülen görev kurallarının uygulanacağı; buna karşılık, HUMK'nda bulunmayan bir hüküm ilk defa HMK ile ihdas edilmişse (örneğin HMK m. 414), HMK Geçici Madde 3/3 uygulanamayacağı için[7] HMK m. 2'deki genel görev hükümden hareketle görevli mahkemenin asliye hukuk mahkemesi olacağı görüşünü savunmuştuk. Ancak farklı görev

---

Adalet Bakanlığı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısında (m. 411-448) İç Tahkim Paneli, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2007].

5 Ejder **Yılmaz**, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Değiştirilmiş 2. Baskı, Ankara 2013, s. 1717; Hakan **Pekcanıtez**/Oğuz **Atalay**/Muhammet **Özekes**, Medeni Usul Hukuku, 14. Bası, Ankara 2013, s. 74; **Vuraloğlu**, s. 1062.

6 **Budak**-Tahkim, s. 38, 43; Ali Cem **Budak**, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Görev, Yetki ve Yetki Sözleşmesi (HMK m.5-19) Konularında Getirdiği Yenilikler, Bankacılar Dergisi Özel Sayı, Ocak 2013-Bankacılar, s. 42-62 (53-54).

7 Çünkü HMK Geçici Madde 3/3'e göre HUMK hükümlerinin uygulanmaya devam edilmesi için HUMK'nda bu konuda aksine bir hüküm bulunmaması gerekmektedir. Oysa HUMK'nda yer almayan bir kural veya ilk defa yapılan düzenleme bakımından HUMK hükümleri uygulanamayacaktır.

düzenlemesinin de uygulama bakımından zorluk ve sorun yaratacağı endişesinden[8] dolayı, olması gereken hukuk bakımından, bölge adliye mahkemeleri faaliyete geçinceye kadar, 'tahkime konu davaya bakmakla görevli mahkeme'yi görevli kılan bir düzenlemenin yapılmasının isabetli olacağı sonucuna varmıştık[9].

Görevle ilgili ikinci sorun, tahkimde açılacak iptal davasının[10] hangi mahkemede görüleceği konusunda olmuştur[11]. Gerçekten iç tahkim bakımından yeni bir kurum olan ve hakem kararlarına karşı getirilen "*iptal davası*"nın bugün için hangi mahkemede açılacağı da belirsizlik taşımaktaydı. Zira HUMK döneminde hakem kararlarının temyizi söz konusu iken, HMK, MTK'na paralel olarak hakem kararlarına karşı iptal davası öngörmüştü. Ancak burada, kanun koyucu, MTK'ndan ayrılarak, iptal davasının bölge adliye mahkemesinde açılmasını kabul etmiştir (HMK m. 439, m. 410). Çünkü MTK'na göre, iptal davası, asliye hukuk mahkemesinde açılacaktır (MTK m. 15).

Doktrinde bir görüş, hakem kararlarına karşı açılacak iptal davası bakımından HMK Geçici Madde 3/3 hükmü ve MTK m. 15 dikkate alınarak bölge adliye mahkemeleri kuruluncaya kadar asliye hukuk mahkemelerinin görevli olduğunu savunmaktadır[12]. Bir başka görüş ise, her ne kadar bu

---

8 Çünkü burada HUMK ve HMK hükümlerinin karşılaştırılması gerekmektedir. İki Kanunun resmi bir karşılaştırma çizelgesi veya tablosu yoktur. Bu anlamda hükümlerin yorumu durumu zorlaştırıp karmaşıklaştırabilecektir.

9 **Taşpınar Ayvaz**, s. 212-213.

10 Türk Hukuku, hakem kararlarına karşı iptal davasıyla, milletlerarası tahkimde bir kanun yolu olarak (MTK m. 15) öngörülmesiyle tanışmıştır. HMK'ndaki iç tahkim bakımından bu niteleme kullanılmamış, iptal davası başlığı altında (HMK m. 439), kanımızca, yenilik doğurucu bir dava (hukukî çare) olarak düzenlenmiştir. Burada hakem kararlarının hangi sebeplerle iptal edilebileceği sınırlı olarak sayılmıştır.

11 Bu konudaki tartışma, yalnızca davanın açılacağı mahkeme değil, aynı zamanda bölge adliye mahkemeleri faaliyete geçmeden bu yola başvurulup başvurulamayacağı konusunda da olmuştur. Bu konuda bkz. **Taşpınar Ayvaz**, s. 214.

12 **Budak**-Tahkim, s. 55-56; **Budak**-Bankacılar, s. 53-54; Timuçin **Muşul**, Medeni Usul Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2012, s. 654; iptal davasına özgü olmayıp, genel olarak tahkimde mahkemeye verilen görevler bakımından görevli mahkemenin asliye hukuk mahkemesi olacağı yönünde bkz. **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 73-74**; Vuraloğlu**, s. 1062.

konuda bir boşluk bulunmakta ise de, TMK m. 1 uyarınca bu boşluğun doldurulması gerektiğini ve görevli mahkemenin asliye ticaret mahkemesi olduğunu ifade etmektedir[13]. Bir başka görüşe göre ise bölge adliye mahkemeleri faaliyete geçmeden bu yola başvurmak mümkün olmayacaktır. Bu yaklaşımın gerekçesi olarak HMK Geçici Madde 3/1 gösterilmektedir. Buna göre, bölge adliye mahkemeleri göreve başlayıncaya kadar HUMK'nun temyize ilişkin hükümleri uygulanmaya devam edecektir. Bu durumda tahkimde HMK'nun iptal/temyiz sebepleri uygulanmayıp HUMK'nun temyiz hükümleri geçerli olmaya devam edecektir[14].

Yargıtay ise, genellikle, hakem sözleşmesinin maddi hukuk işlemi olduğundan hareketle sözleşmenin yapıldığı tarihte yürürlükte olan HUMK hükümleri uyarınca hakem kararının iptal davasına değil, temyize konu olabileceği yönünde kararlar vermiştir[15].

---

13 **Yılmaz**, s. 1769.

14 Abdurrahim **Karslı**, Medeni Muhakeme Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 2012, s. 939.

15 "…tahkimle ilgili taraflar arasında yeni bir sözleşme ve ihtilâfın Hukuk Mahkemeleri Kanunu'na göre çözümlenmesini kabul ettiklerine dair bir anlaşmanın varlığı da ileri sürülmemiştir. Her iki tarafın da iptâl davası açmış olması nedeniyle iradelerin birleştiği düşünülebilir ise davaları açan vekillerin vekâletnamelerinde sözleşme hükümlerini değiştirmek ve tahkim anlaşması yapmak konusunda özel yetkileri bulunmadığından yeni bir tahkim sözleşmesi oluşturulduğu ve sözleşmenin değiştirildiği kabul edilemez. Her ne kadar, tahkim şartı ya da sözleşmesi yargılamanın kimin tarafından yapılacağına ilişkin olduğundan usul sözleşmesi niteliğinde ise de, bu sözleşmenin kurulması ve geçerliliği maddi hukuk işlemidir. Buna göre maddi hukuk alanında yapılan yeni kanunlar yapıldığı tarihte yürürlükte bulunan kanuna göre geçerli olarak kurulan sözleşmeleri hükümsüz hale getirmez. Maddi hukuk sözleşmelerinin geçerliliklerinin yapıldıkları tarihteki kanun hükümlerine tabi olduğu doktrin ve Yargıtay İçtihatlarının kabulündedir. Bu durumda tahkim şartını da ihtiva eden yanlar arasındaki sözleşme, maddi hukuk işlemi olup taraflar uyuşmazlığın hakem heyetince ve açıkça Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'na göre çözümü kabul ettikleri ve bu sözleşme geçerli olup tarafları bağlayıcı olduğundan olayda sözleşme tarihindeki maddi ve usul hukuku kurallarının uygulanması gerektiği, somut olayda 6100 Sayılı HMK'nn 439. maddesinde hakem kararlarına karşı sadece iptâl davası açılabileceği hükmünün uygulama olanağı bulunmadığı ve tarafların iradesi ile uygulanmasını kabul ettikleri HUMK'nın 516 ve devamı maddelerinde hakem kararına karşı temyiz kanun yoluna başvurulabileceği kabul edildiğinden, mahkemece iptâl davasının bu sebeple reddi gerekirken bu husus üzerinde durulmadan işin esasına girilerek yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamış, bozulması

Biz ise 6545 sayılı Kanun değişikliğinden önce, HMK'nun getirdiği bu yeni kurumun uygulanmasının gerektiğini, HMK Geçici Madde 3/3 hükmünün eksik ve yetersiz bir şekilde kaleme alınmış olmasına rağmen, derhal uygulamanın kural olduğu, yeni tahkim sisteminin bir bütün olarak uygulanması gerektiği, iptal davasına bakacak bölge adliye mahkemesinin ilk derece mahkemesi sıfatıyla bu davaya bakacak olması gibi gerekçelerle HMK m. 2'den hareketle asliye hukuk mahkemesinin görevli olması gerektiği sonucuna ulaşmıştık[16]. Yine o dönemde, "*esasen tahkimle ilgili hususların büyük ölçüde, belki de tamamının ticari iş niteliğinde olduğu, dolayısıyla görevli mahkemenin asliye ticaret mahkemesi olduğu da düşünülebilir. Ancak, buradaki davanın bir iptal davası olduğu düşünüldüğünde, tarafların sıfatı veya işin özelliği ön plana çıkmamaktadır. Öte yandan burada iptal davasındaki sebeplerin sınırlılığı, davaya (esasa) yönelik bir inceleme yapılacak olmaması da ticari dava yorumundan uzaklaşmaya neden olmaktadır. MTK'da dahi kanun koyucunun ticari bir nitelemeye gitmemesi karşısında ve açık bir görev düzenlemesi de olmadığından yorum yoluyla vardığımız görevin asliye hukuk olabileceği görüşündeyiz*" değerlendirmesini yapmış, mevcut durumda görevli mahkemenin asliye ticaret değil, asliye hukuk mahkemesi olarak tespit edilebileceği görüşünü dile getirmiştik[17].

Sonuç olarak, 6545 sayılı Kanun'dan önce her iki durum bakımından görev hükmü tartışmalara açıktı.

C. 6545 SAYILI KANUNUN DÜZENLEMESİ

Yukarıda belirtildiği üzere 6545 sayılı Kanun, artık gelenekselleştiği üzere başlığında yer alan Türk Ceza Kanunu ve Diğer Kanunlarda Değişiklik yapmak üzere ibaresine rağmen, içerisinde Yargıtay Kanunu, İdari Yargılama Usulü Kanunu, Yargıtay Kanunu, Adalet Akademisi Kanunu, Harçlar

---

uygun bulunmuştur" (15. HD., 17.05.2013, E. 2013/136, K. 2013/3211, Kazancı İçtihat Bilişim).

16 **Taşpınar Ayvaz**, s. 214-215; Sema Taşpınar **Ayvaz**, Hakem Kararlarına Karşı Kanun Yolları Konusunda HMK Hükümlerinin Uygulanması, Türkiye İnşaat Sanayicileri Sendikası, İç Tahkim ve Uygulamaları, XLII, Çözüm Arama Konferansı, İntes Yayınları, Yayın No. 23, Ankara 2013, s. 47-56.

17 **Taşpınar Ayvaz**, s. 214-215; **Taşpınar Ayvaz**-İç Tahkim, s. 61 (soru-cevap bölümü).

Kanunu, Ceza Muhakemesi Kanunu, Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun, Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesi Hakkında Kanun, Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kanunu, Siyasi Partiler Kanunu, Uyuşturucu Maddelerin Murakabesi Hakkında Kanun, Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun'da değişiklik yapılması yanında 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkiler Hakkında Kanun'un 5. maddesini de yeniden düzenlemiştir.

6545 sayılı Kanun'un 45. maddesiyle şu anda tek hâkimli olan asliye ticaret mahkemeleri tekrar toplu[18] mahkeme haline dönüştürülmüş ve iç tahkim ile milletlerarası tahkimde görevli mahkeme olarak asliye ticaret mahkemesi belirlenmiştir.

6545 sayılı Kanun'un 45. maddesi aşağıdaki şekilde kaleme alınmıştır:

[…5235 sayılı Adlî Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanunun 5 inci maddesinin ikinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiş ve mülga üçüncü fıkrası aşağıdaki şekilde yeniden düzenlenmiştir.

"Sulh hukuk ve asliye hukuk mahkemeleri tek hâkimlidir."

"Asliye ticaret mahkemesi kurulan yerlerde bu mahkemelerde bir başkan ile yeteri kadar üye bulunur. Konusu parayla ölçülebilen uyuşmazlıklarda dava değeri üç yüz bin Türk lirasının üzerinde olan dava ve işler ile dava değerine bakılmaksızın;

1. İflas, iflasın ertelenmesi, iflasın kaldırılması, iflasın kapatılması, konkordato ve yeniden yapılandırmadan kaynaklanan davalara,
2. 13/1/2011 tarihli ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununda hâkimin kesin olarak karara bağlayacağı işler ile davalara,

---

[18] Kanunda "*toplu*" mahkeme kavramı kullanılmış olmayıp "*heyet*" ve "*tek hâkim*" ibareleri mevcuttur. Ancak biz doktrinde de yer alan ve benimsenen "*çok hâkimli (toplu)*" mahkeme (Ramazan **Arslan**/Süha **Tanrıver**, Yargı Örgütü Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2001, s. 38) terimlerinden daha kısa olan "*toplu*" mahkemeyi kullanmayı tercih ediyoruz.

3. Şirketler ve kooperatifler hukukundan kaynaklanan genel kurul kararlarının iptali ve butlanına ilişkin davalara, yönetim organları ve denetim organları aleyhine açılacak sorumluluk davalarına, organların azline ve geçici organ atanmasına ilişkin davalara, fesih, infisah ve tasfiyeye yönelik davalara,
4. 12/1/2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununa ve 21/6/2001 tarihli ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununa göre yapılan tahkim yargılamasında; tahkim şartına ilişkin itirazlara, iptal davalarına, hakemlerin seçimi ve reddine yönelik davalar ile yabancı hakem kararlarının tanıma ve tenfizine yönelik davalara,

ilişkin tüm yargılama safhaları, bir başkan ve iki üye ile toplanacak heyetçe yürütülür ve sonuçlandırılır. Heyet hâlinde bakılacak davalarla ilgili olmak üzere, dava açılmadan önce veya açıldıktan sonra talep edilen ihtiyati haciz ve ihtiyati tedbirler de heyet tarafından incelenir ve karara bağlanır. Bu fıkrada belirtilen dava ve işler dışında kalan uyuşmazlıklar mahkeme hâkimlerinden biri tarafından görülür ve karara bağlanır. Başkan ve üye hâkimler arasında dağılıma ilişkin esaslar, işlerde denge sağlanacak biçimde mahkeme başkanı tarafından önceden tespit edilir].

Burada ele alınması gereken üç sorun vardır. Asliye ticaret mahkemelerinin yapısı konusunda son üç-dört yılda yaşanan gelgitler ve yıllarca toplu mahkeme olan bu mahkemelerin önce tek hâkimli, sonra tekrar toplu mahkeme olarak örgütlenmesi dikkati çeken ilk noktadır[19].

Kanun koyucu mahkemelerin toplu mahkeme haline dönüştürülmesi için HSYK'na üç aylık süre tanımış; HSYK da mevcut asliye ticaret mahkemelerinden hangilerinin toplu mahkemeye dönüştürüleceğine ilişkin 26.08.2014 tarihinde karar vermiş; toplu mahkemelerin faaliyete geçeceği

---

[19] Gerçekten 2011 yılına kadar toplu mahkeme olan asliye ticaret mahkemeleri, 6110 sayılı Kanunla yapılan değişiklik sonucu tek hâkimli olarak düzenlenmiş ve ilk derece mahkemeleri arasında toplu mahkeme kalmamıştı. Ardından 6335 sayılı Kanunla 2012 yılında Türk Ticaret Kanunu'nda (TTK) yapılan değişiklikle de ticaret mahkemeleri ile asliye hukuk mahkemeleri arasındaki işbölümü ilişkisi "*görev*"e dönüşmüş, böylece asliye ticaret mahkemeleri özel görevli mahkeme haline gelmiştir.

tarih ise 15.09.2014 olarak ifade edilmiştir. HSYK, bu arada bir kısım asliye ticaret mahkemelerinin faaliyetini de durdurmuştur[20].

İkinci husus, mahkemelerin tekrar toplu mahkeme olmasına rağmen, bütün dava ve işlere kurul olarak bakılmayacak olmasıdır. Bunu sağlamak için de kanun koyucu iki ölçüt getirmiştir: Buna göre, dava konusu parayla ölçülebilen uyuşmazlıklarda dava (konusunun) değeri 300.000 TL'nın üzerinde ise bu dava ve işler toplu mahkeme önünde görülecektir. Asliye ticaret mahkemeleri ayrıca dava konusunun değerinden bağımsız olarak Kanun tarafından tek tek sayılan dava ve işleri de toplu mahkeme olarak çözümleyecektir.

Bu düzenleme medenî yargı bakımından bir yeniliktir. Her ne kadar ticaret mahkemeleri toplu mahkeme olarak görev yaptığı dönemde üyelerden birisinin tahkikatla görevlendirilmesi mümkün ise de, karar, kurul tarafından verilmekteydi (HUMK m. 386)[21].

Yapılan değişiklikte, yalnızca tahkikatın yürütülmesi değil, kararın da tek bir hâkim tarafından verilebilmesi yolu açılmıştır[22].

Ancak bu konuda özel bir düzenleme bulunmadığı için bu kararlar ile toplu mahkemenin verdiği kararlar arasında bir fark olmayacaktır. Öte yandan bu kuralların ihlâl edilmesi (örneğin, tek hâkimle verilmesi gereken kararın toplu halde veya tam tersine karar verilmesi) halinde de uygulanacak bir yaptırım söz konusu değildir. Burada mahkemenin çalışma biçimine ve yargının daha hızlı işlemesine yönelik bir hüküm söz konusudur. Zira mahkeme her durumda asliye ticaret mahkemesi sıfatıyla görev yapacaktır.

Yeni hüküm, HMK'nun toplu mahkemelerde tahkikat hükümlerini bertaraf edici gibi görünen bir düzenlemeye de yer vermiştir. Zira HMK m. 185, tahkikat için hâkim görevlendirilmesinden söz ederken, 5235 sayılı Kanun m. 5/III'te, "*...tüm yargılama safhaları, bir başkan ve iki üye ile*

---

20 RG 02.09.2014, Sa. 29107.

21 Esasında HUMK döneminde asliye hukuk mahkemeleri hakkındaki düzenlemede de mahkemeler toplu mahkeme olarak yapılandırıldığı için Kanunda bu olanak açıkça tanınmakta ve "*tahkikat hâkimi*" ibaresi kullanılmaktaydı (HUMK m. 213 vd., 230 vd.).

22 Benzer bir düzenleme idarî yargıda da mevcut olmakla birlikte 6545 sayılı Kanunla yapılan değişikliklerle idarî yargı bakımından da önemli birçok yenilik yapılmıştır (6545 sayılı Kanun m. 3-28).

toplanacak heyetçe yürütülür ve sonuçlandırılır" denilmiştir. Bu hüküm karşısında, ayrı birer kesit olan ön inceleme veya tahkikat aşamalarının tek bir hâkim tarafından hukuken yürütülmesi mümkün olmayacaktır. Oysa hem ön inceleme hem de tahkikat bakımından bu olanağın varlığı isabetli olurdu.

Değişiklikte bizi daha çok ilgilendiren üçüncü nokta, doğrudan görev düzenlemesidir. Daha doğru ifadeyle, açıkça olmasa da HMK ve MTK hükümlerinde tahkimle ilgili yapılan görev değişikliği dikkat çekicidir.

D. TAHKİME İLİŞKİN GÖREV DÜZENLEMESİNİN KAPSAMI

Yukarıda da belirtildiği üzere, 6545 sayılı Kanun, dava konusunun değeri 300.000 TL'nın üzerinde ise işin veya davanın niteliğine bakılmaksızın asliye ticaret mahkemesinin toplu mahkeme olarak bakacağını kabul etmiştir.

Buna karşılık dava değeri ile ilişkilendirilmeden tek tek sayılan hususlarda da yine asliye ticaret mahkemesinin toplu mahkeme olarak çalışacağı belirtilmiştir. Tahkime ilişkin yenilik de bunlardan birisidir.

Buna göre, hem iç hem milletlerarası tahkimde,

- Tahkim şartına ilişkin itirazlar,
- Hakem kararlarının iptali davaları,
- Hakemlerin seçimi ve reddine yönelik davalar,
- Yabancı hakem kararlarının tanıma ve tenfizine yönelik davaların

asliye ticaret mahkemesinde toplu olarak görüleceği kabul edilmiştir. Ayrıca bu konulara ilişkin hususlarla sınırlı olmak üzere talep edilen ihtiyatî tedbir veya ihtiyatî hacizlere de mahkeme, toplu olarak karar verecektir (6545 s. K. m. 55; 5235 s. K. m. 5/III).

Burada öncelikle tespit edilmesi gereken husus, kanun koyucunun tahkime ilişkin bütün uyuşmazlıkları görme görevini asliye ticaret mahkemesine verip vermediği konusudur. Bu tür bir tereddüdün doğmasına yol açan nokta, kanun koyucunun toplu mahkeme olarak görülecek konuları birer birer saymış olması ve fıkranın sonunda tüm fıkrayı kapsamak üzere "*Bu fıkrada belirtilen dava ve işler dışında kalan uyuşmazlıklar mahkeme*

hâkimlerinden biri tarafından görülür ve karara bağlanır" ibaresinin bulunmasıdır.

Söz konusu fıkrada esasen ticaret mahkemesinin görevine girdiği konusunda hiçbir tartışma olmayan hususlar yer almaktadır. Dolayısıyla tahkim dışında kalanlar bakımından herhangi sorun yoktur. Oysa tahkime ilişkin olarak HMK ve MTK'na göre yapılan "*tahkim yargılamasında; tahkim şartına ilişkin itirazlara, iptal davalarına, hakemlerin seçimi ve reddine yönelik davalar ile yabancı hakem kararlarının tanıma ve tenfizine yönelik davalar*" sayılmış, tahkim yargılamasında diğer konulara da asliye ticaret mahkemesinin mi bakacağı belirtilmemiştir. Bu bakımdan tahkim süresinin uzatılması (HMK m. 427), delillerin toplanmasında mahkemeden yardım istenmesi (HMK m. 432), hakem kararının mahkemeye verilmesi (HMK m. 436) veya hakem kararına karşı yargılamanın iadesi yoluna başvurulması (HMK m. 443) gibi durumlarda görevli mahkeme neresi olacaktır?

Kanun koyucu madde metninde, "*tahkim yargılamasında mahkemeye başvurulacağı belirtilen işlerden tahkim şartına ilişkin itirazlar, hakem kararlarının iptali davaları, hakemlerin seçimi ve reddine yönelik talepler ile yabancı hakem kararlarının tanıma ve tenfizine yönelik davaların asliye ticaret mahkemelerinde ve toplu mahkeme olarak görüleceği*" hükme bağlasaydı ve son fıkrada bunun dışında kalanların da tek hâkimle görüleceğini belirtseydi tahkimle ilgili konularda tümüyle asliye ticaret mahkemesinin görevlendirildiği sonucunu çıkarmak kolaylaşırdı.

Öte yandan 6545 sayılı Kanun'un getirdiği bir ilga düzenlemesi de yoktur. Zira 6545 sayılı Kanun'da MTK m. 3 veya HMK m. 410'u kaldıran açık bir hüküm de mevcut değildir. Bu durumda her üç Kanun'un yürürlükte olduğu, dolayısıyla 5235 sayılı Kanun m. 5/III'te sayılanlar için asliye ticaret mahkemesinin toplu mahkeme olarak görev yapacağı, diğerleri bakımından ise HMK ve MTK hükümlerinin uygulanacağı gibi bir sonuç çıkarılabilir. Ne var ki, bu tür bir yorum amaca uygun olmadığı gibi doğru da kabul edilemez.

Maddenin kaleme alınışı hatalı olmakla beraber, burada kanun koyucunun iç ve milletlerarası tahkimle ilgili hususları "*ticarî iş/dava*" saymak

istediği anlaşılmaktadır[23]. Tahkime başvurulan konuların neredeyse tamamının ticarî veya en azından taraflardan birisinin tacir olduğu ve ticarî işletmesiyle ilgili olduğu açıktır.

Kanımızca sorunlu bir düzenleme olmasına rağmen, tahkimle ilgili mahkemeye başvurulması gereken tüm hususlarda asliye ticaret mahkemelerinin görevli olduğu sonucuna varılmalı, ancak bu konudaki tereddütleri ortadan kaldırmak için MTK m. 3 ve HMK m. 410 hükümlerinin yürürlüğüne son verilmelidir.

E. ZAMAN BAKIMINDAN UYGULANMA

6545 sayılı Kanun'un 5235 sayılı Kanun'da yaptığı değişikliğin zaman bakımından uygulaması konusunda ise 6545 sayılı Kanun'un 55. maddesiyle 5235 sayılı Kanun'a eklenen Geçici Madde 5'e de bakmak gerekir. Buna göre, Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten yani 28 Haziran 2012 tarihinden itibaren üç ay içinde HSYK tarafından bu mahkemelerin toplu mahkeme olarak çalışacakları tarihin belirlenip Resmî Gazete'de yayımı tarihine kadar bu mahkemeler tek hâkimli olarak çalışmaya devam edecektir[24]. Nitekim yukarıda belirtildiği üzere HSYK'nın Birinci Dairesi'nin aldığı kararla 15 Eylül 2014 tarihinden itibaren asliye ticaret mahkemeleri toplu mahkeme haline dönüşmüştür.

---

23 Kanun koyucunun bu konuda açık iradesini gerekçeden anlamak ne yazık ki mümkün olmamaktadır. Zira madde gerekçesinde bir açıklama bulunmamakta; genel gerekçede ise, yalnızca 5235 sayılı Kanun'un kabulünden bu yana "değişen mevzuat ve konuyla ilgili yapılan çalışmalarda ortaya konan sorunlar tespit edilip bölge adliye mahkemelerinin faaliyete geçmesiyle karşılaşılabilecek tereddütlerin ve ihtiyaçların giderilmesinin amaçlandığı belirtilmektedir. Buradan asliye ticaret mahkemesinin toplu mahkeme olarak örgütlenmesinin nedeni anlaşılamamaktadır. Kanun koyucunun, bölge adliye mahkemeleri faaliyete geçmediği için tahkimde tartışma yaratan HMK m. 410 hükmünü değiştirmek isteği anlaşılabilir bir husustur. Ancak neden ticaret mahkemesini tercih ettiği hiçbir şekilde belirtilmemiştir.

24 "Bu maddeyi ihdas eden Kanunla, 5235 sayılı Kanunun 5 inci maddesinde yapılan değişikliğin yürürlüğe girmesinden itibaren üç ay içinde Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından yetkilendirme veya tayin işlemleri yapılır ve bu mahkemelerin heyet hâlinde çalışmaya başlayacakları tarih belirlenerek Resmî Gazete'de ilan edilir. Bu mahkemeler, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından belirlenen ve ilan edilen tarihe kadar tek hâkimle çalışmaya devam eder" (6545 s. K. m. 55).

Mevcut hükümler içerisinde asliye ticaret mahkemesinin görevine giren hususlar bakımından herhangi bir sorun bulunmamaktadır. Zira bu mahkemeler toplu mahkeme biçiminde çalışıncaya kadar tek hâkimli olarak da bu işlere bakmaya devam edeceklerdir. Buna karşılık yeni bir görev hükmü olarak getirilen tahkim bakımından konu ele alınmalıdır.

Kanımızca burada da geçiş düzenlemesi eksiktir. Zira madde, tahkimle ilgili olarak yeni bir görev kuralı getirildiği dikkate alınmaksızın kaleme alınmıştır. Usul kuralları bakımından derhal uygulanma ilkesi geçerli olduğundan (HMK m. 448), yeni görev kuralı da 6545 sayılı Kanun'un 104. maddesi uyarınca yayımı tarihinde yürürlüğe girmiştir. Buna göre 28 Haziran 2014 tarihi itibariyle Kanun yürürlüğe girmiştir. Kanun'un uygulanması bakımından ise esasında mahkemelerin toplu mahkemeye dönüştürülmesi için 3 aylık sürenin geçmesi gerekmektedir. Ancak Kanun'da bu tarihe kadar mahkemelerin tek hâkimle çalışacağı kabul edildiğinden kanımızca tahkimle ilgili olarak hem HMK hem MTK bakımından asliye ticaret mahkemelerinin Kanun'un yayımı tarihinden itibaren görevli olduklarını kabul etmek uygun olacaktır. Mahkemeler toplu mahkeme haline geldiğinde tahkimle ilgili Kanunun saydığı hususlar toplu mahkeme olarak, diğerleri tek hâkimle görülmeye devam etmelidir.

F. SONUÇ

Tahkimde görevli mahkemenin belirlenmesi konusu özellikle HMK bakımından son derece büyük önem taşımaktaydı. Çünkü görevli olarak kabul edilen bölge adliye mahkemelerinin henüz faaliyete geçmemiş olması, başta hakem kararlarına karşı iptal davası olmak üzere, tahkimle ilgili konularda ciddi bir görev sorunu yaratmıştı. Bu tereddütlerin ortadan kaldırılması bakımından görev düzenlemesi isabetli olmuştur.

Öte yandan tahkimde söz konusu işler ve hakem kararlarının iptali davası bakımından, görevli yargı organın bölge adliye mahkemesi olarak seçilmesi de isabetli değildi. Zira bu iş ve davalar, esasen ilk derece mahkemesi sıfatıyla yapılacak işlerdir. Bu bakımdan da görev düzenlemesi uygundur.

MTK'nda bu görevlerin asliye hukuk mahkemesine verilmiş olması, buna karşılık HMK'da ise bölge adliye mahkemesinin tespiti de aynı türde

işler bakımından açıklanamayacak bir çelişki yaratmaktaydı. Bu açıdan da değişiklik yerindedir.

Görevli mahkeme olarak asliye ticaret mahkemesinin seçilmesi de uygun olmuştur. Zira tahkimle ilgili konular neredeyse tamamen ticarî niteliktedir.

Ancak kanun koyucu, 5235 sayılı Kanunda yaptığı görev düzenlemesinde maddeyi isabetli bir şekilde kaleme almamıştır. Öte yandan ne HMK ne de MTK'daki görev kurallarının yürürlükten kaldırılmaması ayrıca sorun yaratıcı niteliktedir. Maddenin uygulanacağı zaman bakımından da tartışmalar olabilecektir.

Kanımızca öncelikle HMK ve MTK'daki görev hükümleri ortadan kaldırılmalı veya 5235 sayılı Kanun'un 5. maddesinin 3. fıkrası, tahkimde mahkemeye başvurulması gereken hallerde görevli mahkemenin asliye ticaret mahkemesi olduğunu ifade eden genel bir ifadeye kavuşturulmalıdır. Bu söylenenlerin yapılamaması halinde dahi, madde, tahkimde mahkemeye başvurulması halinde asliye ticaret mahkemesinin görevli olduğu şeklinde anlaşılıp yorumlanmalı ve bu sonuç, Kanun'un yürürlük tarihinden itibaren kabul edilmelidir.

[H]6100 SAYILI HUKUK MUHAKEMELERİ KANUNU ÇERÇEVESİNDE SONRADAN DELİL GÖSTERİLMESİ

Prof. Dr. Ömer ULUKAPI[*]
Arş. Gör. Taner Emre YARDIMCI[**]

GİRİŞ

Hukuk Muhakemeleri Kanunu[1] (HMK), tarafların delillerini göstermelerini esas itibariyle dilekçeler aşamasıyla sınırlandırmıştır. Söz konusu sınırlandırma teksif ilkesinden kaynaklanmaktadır. Yargılamanın mümkün olduğu ölçüde kısa sürede sonuçlanabilmesi için bu tür sınırlandırmalara yer verilebilmektedir. Nitekim yargılamanın makul süre içinde sonuçlanması İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (İHAS) m. 6 gereğince uyuşmazlığın tarafları için temel bir haktır. Sınırlandırmanın kapsamının doğru bir şekilde çizilmesi ise adil yargılanma hakkını düzenleyen İHAS m. 6'nın diğer bir unsuru olan hakkaniyete uygun yargılanma için vazgeçilmez mahiyettedir. Dolayısıyla, uyuşmazlığı kısa sürede çözmek için teksif ilkesine kati bir üstünlük tanımak hukuki dinlenilme hakkının ihlali sonucunu doğurabilir[2]. Hukukumuzda adil yargılanma hakkının bu çatışan unsurları arasında denge kurabilmek için sonradan delil gösterme kurumu kabul edilmiştir.

H Hakem incelemesinden geçmiştir.

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

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

1 RG, 4 Şubat 2011, S. 27836.

2 **Özekes**, M., Medenî Usûl Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı, Ankara 2003, s. 76-77.

HMK m. 145, delil gösterebilmek için süreyi kaçıran tarafa belirli şartlar altında delil gösterme imkânı tanımaktadır[3]. Madde hükmünde geçen şartlar esasen dürüstlük kuralına aykırı olarak delil gösterilmesini engellemeye yöneliktir. Bu şartlardan birincisi, sonradan delil göstermeye yönelik talebin yargılamayı geciktirme amacı taşımamasıdır[4]. Diğeri ise sürenin kaçırılmasında sonradan delil göstermek isteyen tarafın kusurunun bulunmamasıdır. HMK m. 145'in lafzına göre bu şartların alternatif olduğu sonucuna ulaşılabilir. Yani sadece bir şartın gerçekleşmesinin delil göstermek için yeterli olduğu söylenebilir. Oysa her iki şart birbirini tamamlamaya yöneliktir ve her ikisinin gerçekleşmiş olması HMK m. 145'in uygulanabilmesi için mutlaka aranmalıdır[5].

Bunlara ilaveten, delil gösterirken dikkate alınması gereken bazı hususları da sayabiliriz. Şöyle ki, sonradan delil gösterme talebinde delilin neden kanuni süre içinde gösterilemediğine ilişkin sebeplerin açıklanması[6], delil avansı yatırılması[7], sonradan gösterilen delille yeni bir vakıanın ileri

---

3 Türk hukukundaki bu düzenlemeyle İsviçre MUK m. 229 ve Alman MUK m. 296 paralel niteliktedirler. Fakat dava dosyasına dâhil edilebilecek birçok iddia ve savunma aracına yer veren İsviçre MUK m. 229'un ve Alman MUK m. 296'nın HMK m. 145'ten daha kapsamlı olduklarını söyleyebiliriz.

4 Yargılamayı geciktirme ihtimalinin bulunup bulunmadığı yeni dava malzemesi getirmeye yönelik talebin gerçekleştiği tarihte uyuşmazlığın durumuna bakılarak karara bağlanmalıdır, bkz. **Lüke**, W., Zivilprozessrecht (Erkenntnisverfahren, Zwangsvollstreckung), 9. Aufl., München 2006, s. 195.

5 Öğretide, bu şartlardan yalnızca birisi esas alınmak suretiyle delil gösterilmesine müsaade edilmesinin sakınca yaratabileceği ifade edilmiştir. Özellikle yargılamayı geciktirmeme şartının tek başına uygulanması davacı ve davalı arasında eşitsizlik yaratabilecektir, bkz. **Umar**, B., "Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'na Katkı", Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı-V, Ankara 2006, s. 101. Her iki şartın da gerçekleşmesini arayarak yargılamanın dürüstlük kuralına uygun ve makul süre içinde sürdürülmesi temin edilebilecektir, bkz. **Bolayır**, N., Hukuk Yargılamasında Delillerin Toplanmasında Tarafların ve Hâkimin Rolü, İstanbul 2014, s. 239.

6 **KSZ-Leuenberger** in, Art. 229, Rn. 10. Sonradan delil göstermeye ilişkin talebe yönelik karşı tarafın herhangi bir itirazı varsa bunu ileri sürebilmesi şüphesiz delilin süresi içinde ileri sürülmesine engel olan sebepleri bilmesine bağlıdır. Bunun sağlanmasını hukuki dinlenilme hakkı açısından zorunlu görmek gerekir.

7 **Pekcanıtez**, H./**Atalay**, O./**Özekes**, M., Medenî Usûl Hukuku, 14. Bası, Ankara 2013, s. 424. Delil avansı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Özbek**, M., S., Hukuk Yargılama Usulünde Gider Avansı, Ankara 2013, s. 80-82.

sürülmemesi[8], somutlaştırma yükünün yerine getirilmesi[9], sonradan delil gösterilmesi belirli bir delilden vazgeçme sonucu doğurduğu takdirde karşı tarafın muvafakati[10] ve şayet delil sözleşmesi varsa bu sözleşmeye uygunluk[11] gibi şartlar da aranmalıdır.

---

8 Yeni bir vakıanın ileri sürülmesine sebep olacak şekilde sonradan delil gösterilmesi iddia ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağına aykırı olacaktır, bkz. **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 365, 457; **Kaya**, C./**Akcan**, R., "Medeni ve İdari Yargıda İddia ve Savunmanın Genişletilmesi veya Değiştirilmesi Yasağı", İÜHFM, C. LXVII, S. 1-2, s. 132, 133; **Kıyak**, E., Türk Hukuk Muhakemesinde Davanın Açılmasının Usul Hukukuna İlişkin Sonuçları, Ankara 2014, s. 134. HMK m. 145'e dayanılarak gösterilmek istenen delilin taraf dilekçelerinde belirtilmiş vakıalara ilişkin olması şarttır. Aksi hâlde, teksif ilkesine aykırı hareket edilmiş olacaktır.

9 HMK m. 194/2 gereğince, HMK m. 145'e dayanılarak gösterilen delilin hangi vakıaya ilişkin olduğu da açıkça belirtilmiş olmalıdır. Somutlaştırma yükünün yerine getirilmemesine bağlı sonuçların burada da ortaya çıkmasına mani olunabilmesi için buna uyulması şarttır.

10 Dilekçeler teatisi sona erdiğinde her bir vakıa kendisini temsil eden delille ilişkilendirilmiş olur. Hakkında delil gösterilmiş vakıa için ek bir delil gösterme veya delil değiştirme talepleri HMK m. 145'e dayandırılarak istenebilir. Ek bir delil gösterilmesi talebi, o vakıa için yeni bir delil gösterilmesi demektir. Davada ilk defa dayanılan bu yeni delil önceden belirtilmiş delille örtüşmekte ve onun temsil ettiği vakıanın doğruluğunu ortaya koymaktadır. Sonuçta, dava dosyasında hiç yer almayan bir delil ileri sürülmektedir. Görüldüğü üzere, ek bir delile başvurulması yönündeki irade, HMK m. 145'e göre yeni bir delil göstermek yönündedir. Bu husus dikkate alındığında, HMK m. 145'in uygulanmasında bir sakınca yoktur. Kaldı ki, HMK m. 145'e göre ispatlanmaya çalışılan vakıa için daha önceden hiçbir delile dayanılmamış olması şartı aranmamıştır. Delil değiştirme talebi, daha önce gösterilmiş bir delilden vazgeçme yönünde bir irade açıklamasıdır. Yeni gösterilen delil ise vazgeçilen delilin ilgili olduğu vakıayı ispata yöneliktir. Her iki delilin birbiriyle çelişmesi kaçınılmazdır. Çünkü birbiri ile örtüşen deliller olsa idi, ilgili taraf, HMK m. 145'e göre ek bir delil göstermekle yetinebilirdi. Yargılamada aynı vakıa hakkında birbiriyle çelişen delillere tek bir tarafça dayanılması düşünülemez. Önceki delilin mahkemece aleyhine dikkate alınmamasını isteyen tarafın HMK m. 196 gereğince karşı tarafın açık izni ile eski delilinden vazgeçmesi gerekecektir. Karşı taraf açıkça izin vermediği takdirde, HMK m. 145'e dayanılarak yeni delil gösterilememelidir. Zira yeni delil gösterilmesi hiçbir anlam ifade etmeyecektir.

11 HMK m. 145'e dayanılarak gösterilmek istenen delil için de taraflar arasındaki delil sözleşmesi bağlayıcı olacaktır. Yani HMK m. 145'te geçen şartlara ilaveten taraf iradesi de önem arz edecektir. Zira HMK m. 145'e göre gösterilmek istenen delilin taraflar arasındaki delil sözleşmesine göre uyuşmazlık konusu vakıaları ispat için gösterilmesi

Sonradan delil gösterme talebi yargılamanın herhangi bir kesitinde gündeme gelebilir. İlk derece yargılamasında bu yönde bir taleple karşılaşılabileceği gibi kanun yolunda da yeni bir delil gösterilmek istenebilir. Delil göstermeye ilişkin diğer şartlar sağlansa dahi, dava dosyasının hangi aşamada olduğu delil gösterme talebi hakkında verilecek karar açısından önemlidir. Çalışmamızda, öncelikle ilk derece yargılamasının safhalarında sonradan delil gösterilmesi talebi hakkında nasıl karar verilebileceği incelenecektir. Sonradan delil gösterilmesi ihtiyacının ilk derece mahkemesince nihai karar verildikten sonra ortaya çıkması ise kanun yolları çerçevesinde değerlendirilecektir.

I. İLK DERECE YARGILAMASINDA

HMK'ya göre dilekçeler aşamasında tarafların yeni dava malzemeleri getirmeleri bakımından herhangi bir sınırlandırma söz konusu olmamaktadır[12]. Dilekçeler aşaması sona erdiğinde ise kanunkoyucunun müsaade ettiği sınırlı hâllerde yeni iddia ve savunma vasıtalarına başvurulabilir[13].

---

mümkün olmayabilir. Yargıtay'ın görüşü taraflar arasındaki delil sözleşmesinin re'sen dikkate alınması gerektiği yönündedir, bkz. YARGITAY 15. HUKUK DAİRESİ, E. 2010/2455, K. 2011/2454, T. 22.4.2011 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası). Aynı yöndeki başka bir karar için bkz. YARGITAY 15. HUKUK DAİRESİ, E. 2012/1878, K. 2012/7002, T. 12.11.2012 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası). Bu sebeple, delil sözleşmesine aykırı olarak HMK m. 145 çerçevesinde gösterilmek istenen delilin değerlendirilemeyeceğine mahkemenin talep olmasa dahi karar vermesi gerekir. Hem taraflar hem de hâkim için bağlayıcı etki yaratan delil sözleşmesinin mahkemece re'sen dikkate alınması uygun bir yaklaşım olacaktır, bkz. **Arslan**, R., "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Delil Sözleşmesi Konusunda Getirdiği Yenilikler", BD, 2013, Özel Sayı, s. 71. Buna karşın, öğretide taraflar için sözleşmesel bir yükümlülük arz eden ve kamunun veya üçüncü kişilerin menfaatini ilgilendirmeyen delil sözleşmesinin ancak taraflarca ileri sürülmesi hâlinde mahkemece dikkate alınabileceği de ifade edilmektedir, bkz. **Pelli**, O., Beweisverträge im Zivilprozess, Zürih 2012, s. 234-236.

12 **Karslı**, A., Medeni Muhakeme Hukuku, 3. Bası, İstanbul 2012, s. 502, 503.

13 İsviçre MUK için de benzer bir düzenleme yapılması önerilmiştir. Şöyle ki, dilekçeler aşamasında serbestçe yeni dava malzemeleri getirilebilir. Sonrasında ise yalnızca hâkimin davayı aydınlatma yükümlülüğü çerçevesinde ve yeni dava malzemesinin bir belgeyle ispat edilebilmesi hâlinde yeni dava malzemesi dava dosyasına dâhil edilebilir. Fakat bu öneriye pek itibar edilmemiştir. Mevcut düzenleme sözlü yargılamada

Yeni bir delilin sonradan ileri sürülebilmesi taraflarca getirilme ilkesinin hâkim olduğu bir alanda önem arz eder. Yoksa re'sen araştırma ilkesine tabi bir hususta sonradan yeni bir delilin dava dosyasına ithal edilmesinde sorun yaşanmaz.

A. Ön İnceleme Aşaması

Mahkemenin tam hazırlık yapmadan tahkikat aşamasına başlamasının sebep olacağı sakıncalı sonuçları gidermek gayesiyle ön inceleme kabul edilmiştir. Ön incelemede birçok işlem yapılabilir. Deliller hakkında da belirli işlemlerin yapılabileceği HMK m.137'de açıkça öngörülmüştür. Anılan hüküm gereğince, tarafların delillerini sunmalarına yönelik işlemler de bu aşamada gerçekleşecektir. Delillerin sunulmasına ilişkin olarak, HMK m. 140/5 uyarınca, iki hâlde iki haftalık kesin süre verileceği öngörülmüştür[14]. Birincisi, taraf dilekçelerinde gösterilmiş olup tevdi edilmeyen belgelerin sunulmasına yöneliktir. İkincisi ise başka yerden getirilecek belgeler hakkında gerekli açıklamaların yapılmasını sağlamaya yöneliktir.

Dikkat edileceği üzere, ön incelemede taraflara delil göstermeleri için ek süre verilmesi HMK m. 140/5'in konusu değildir[15]. HMK m. 140/5, yalnızca daha önceden taraf dilekçelerinde gösterilen delillerin sunulmasına

---

(*Hauptverhandlung*) yeni iddia ve savunma vasıtalarına dayanılmasına müsaade edilmesi yönündedir, bkz. **BSK ZPO-Frei/Williisegger** in, Art. 229, Rn. 8.

14 HMK m. 140/5 düzenlemesi HMK m. 121 dikkate alınarak eleştirilmektedir. Gerekçesi ise, belgelerin dilekçeyle birlikte sunulması zorunluluğunu öngören HMK m. 121'in bu düzenlemeyle etkisiz hâle gelmesidir. Zira kesin süreye uyulmamasına bağlı hak düşürücü etki hâkimin ayrıca karar vermesi şartına bağlanmıştır, bkz. **Kuru**, B./**Budak**, A. C., Hukuk Muhakemeleri Kanunun Getirdiği Başlıca Yenilikler, İBD, 2011, C. 85, S. 5, s. 15.

15 Basit yargılama usulünde HMK m. 140/5 uygulanamamaktadır. Dolayısıyla, bu yargılama usulünde, dilekçelerde gösterilen delillere ilişkin eksikliklerin tamamlanması imkânından bahsedilemez. Buna karşın, basit yargılama usulünde dilekçeler aşaması sona erdikten sonra yeni bir delilin gösterilebilmesi için HMK m. 145'e başvurulabilir. Madde hükmünde geçen şartların gerçekleşmesi yeterli olacaktır, bkz. YARGITAY 21. HUKUK DAİRESİ, E. 2012/16743, K. 2012/22172, T. 5.12.2012 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası).

veya bunlara ilişkin açıklamaların yapılmasına ilişkindir[16]. Yani ön incelemede yeni bir delilin gösterilmesi HMK m. 140/5'e istinat edilemez. Zira sonradan delil gösterilmesine ve somutlaştırma yüküne ilişkin hükümler dilekçelerin teatisi sonrasında yeni delil gösterilemeyeceğine işaret etmektedirler[17]. Fakat kanunkoyucu, ön incelemede yeni delil gösterilmesini mutlak suretle yasaklamamıştır. Kanuni süre içinde gösterilemeyen deliller, HMK m. 145'ten istifade edilerek gösterilebilir[18]. Elbette ki, ön incelemede delil göstermek isteyen tarafın bu talebi, HMK m. 145'te öngörülen şartlara bağlıdır[19].

---

16 HMK m. 140/5, davaya bakan hâkimin re'sen bir delile başvurması anlamına gelmemektedir. Dilekçede gösterilmiş olup henüz sunulmayan bir delilin tevdi edilmesi için süre verilmesi öngörülmüştür, bkz. **Karaaslan**, V., Medenî Usûl Hukukunda Hakimin Davayı Aydınlatma Ödevi, Ankara 2013, s. 151.

17 **Alangoya**, Y./**Yıldırım**, K./**Deren-Yıldırım**, N., Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı (Değerlendirme ve Öneriler), İstanbul 2006, s. 93.

18 **Erdönmez**, G., "Hukuk Muhakemeleri Kanunu Bakımından Delillerin İbrazı", Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı-X, İzmir 2012, s. 363.

19 Öğretide, HMK m. 145'te geçen "*yargılamayı geciktirme amacı taşımama*" ve "*süresinde ileri sürülmemesinin ilgilinin kusurundan kaynaklanmaması*" şartlarının ispatında yaklaşık ispat aranacağı ifade edilmiştir, bkz. **Erdönmez**, s. 368. Bu görüş, belirli bir vakıanın ispatında açıkça öngörülmeyen hâllerde kesin (tam) ispatın aranacağı yönündeki anlayışla bağdaşmamaktadır. Zira yaklaşık ispat istisnai bir ispat türüdür. Fakat *Albayra*k'ın çalışmasında da belirtildiği üzere, Türk hukukunda açık bir kanuni düzenlemeyle öngörülmemiş olsa dahi yaklaşık ispatın aranabileceği hâller vardır. Yaklaşık ispatın yeterli görülmesinde usuli bir sorunun çözümüne yönelik ara karar verilmesi ihtiyacı doğmalıdır. İspat faaliyetine taraflar girişecekleri için onların ileri sürdüğü delil ve emareler çerçevesinde karar verilecektir. Bunlara ek olarak, yaklaşık ispat senetle ispat kuralının uygulanmayacağı bir alana ilişkin olabilir, bkz. **Albayrak**, H., Medenî Usûl ve İcra İflas Hukukunda Yaklaşık İspat, Ankara 2013, s. 176-251. Görüldüğü üzere, HMK m. 145 çerçevesinde gösterilmek istenen bir delil hakkında gerçekleşmesi gereken şartlar bakımından *Erdönmez*'in belirttiği gibi yaklaşık ispat aranabilir. Alman MUK m. 296/1'in uygulanmasında ilgili tarafın dava malzemesinin verilen süre içinde getirememesinin kendi kusurundan kaynaklanmadığını yaklaşık olarak ispat etmesinin yeterli olacağına Alman MUK m. 294 gerekçe gösterilmektedir, bkz. **BeckOK/Bacher** ZPO § 296 Rn. 50. Yaklaşık ispata ilişkin açıklamalarda *Glaubhaft* ifadesine başvurulmaktadır, bkz. **Lüke**, s. 194. Kanun metninde geçen bu ifade ilgili hükmün uygulanmasında yaklaşık ispatın arandığını gösterir.

Verilen süreye rağmen mahkemeye tevdi edilemeyen belgeler veya başka yerden getirilmeleri gerektiğinden dolayı haklarında açıklama yapılması gereken belgeler bakımından HMK m. 145'e başvurulamayacaktır. HMK m. 145, kanunda belirtilen süre içinde gösterilemeyen deliller için uygulanma alanı bulabilir. Buna karşın, ***KARAASLAN***, HMK m. 145'e göre gösterilecek bir delilin mutlaka taraf dilekçelerinde belirtilmiş bir delil olmasının şart olmadığını ifade etmiştir[20]. Söz konusu ifadeye göre, dilekçeler aşamasında kendisinden bahsedilmiş bir delili göstermek üzere dahi HMK m. 145'e dayanılabilir. Oysa HMK m. 145'in uygulanması açısından böyle bir çıkarım yapılması hükmün amacıyla bağdaşmaz. Önceden gösterilmiş bir delil şayet mahkemeye tevdi edilmemiş ise o delile dayanmaktan vazgeçildiği sonucu ortaya çıkar.

Hâkimin HMK m. 140/5 gereğince süre vermesi sadece belge delili içindir[21]. Buna karşın, HMK m. 140/5'e dayanılarak süre verilmesinin her türlü delili kapsadığı belirtilmektedir. Öyle ki, ***YILMAZ*** tarafından öne sürülen bu görüşe göre, taraflara delillerini ön incelemede gösterebilmeleri için dahi süre verilmesi gerekir[22].Yani dilekçeler aşamasında hiç bahsedilmemiş bir delilin gösterilmesine imkân tanıyacak şekilde süre verilmesinde sakınca yoktur. Söz konusu görüşe göre, HMK m. 145'in ön incelemede uygulanıp uygulanmayacağını tespit etmek gerekmez. Fakat HMK m. 140/5 yalnızca belge deliline ilişkindir ve daha önceden gösterilmiş deliller bakımından eksikliklerin tamamlanmasına yöneliktir[23]. Diğer deliller hakkında HMK m. 140/5'in uygulanması ise düşünülemez[24]. Öte yandan, ön incelemede uygulanan HMK m. 140/5, dilekçeler aşamasında gösterilmeyen bir delilin gösterilmesine imkân tanımamaktadır[25]. Ayrıca HMK m.119/1- (f) ve HMK m. 129/1- (e)'de tarafların dilekçelerinde her bir vakıanın hangi

---

20 **Karaaslan**, s. 150.

21 **Kuru/Budak**, s. 16.

22 **Yılmaz**, E., Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Bası, Ankara 2013 (Şerh), s. 891.

23 **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 579.

24 Yargıtay yakın tarihli bir kararında, HMK m. 140/5 çerçevesinde verilecek sürede ilgili delilin belge delili olup olmaması arasında herhangi bir ayrım yapmamıştır, bkz. YARGITAY 21. HUKUK DAİRESİ, E. 2012/16743, K. 2012/22172, T. 5.12.2012 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası).

25 **Erdönmez**, s. 363-364.

delille ispat edileceğini açıkça belirtmeleri öngörülmüştür. HMK m. 194/2, bunu, taraflar için zorunlu kılmıştır. Şayet belirtilen görüş kabul edilirse, taraflar delillerini ön incelemeye kadar göstermekten imtina etmeye çalışabileceklerdir[26]. Böylece, dilekçeler aşamasında tarafların somutlaştırma yükünü yerine getirmelerine matuf düzenlemeler HMK'nın uygulanmasında herhangi bir işlev üstlenemeyeceklerdir.

HMK m. 145'in dilekçeler aşamasının tamamlanmasıyla delillerin hasredilip hasredilmediği sorunu açısından da değerlendirilmesi gerekir[27]. Delillerin hasredilmiş sayılıp sayılmayacağı hakkında iki zıt görüş yer almaktadır. Hâkim görüşe göre, dilekçeler aşamasının tamamlanmasıyla birlikte deliller hasredilmiş sayılmalıdır[28]. Özellikle HMK m. 194/2'ye dayanılarak bu görüş savunulmaktadır. Bu görüş uyarınca her bir vakıanın hangi delille ispat edileceğinin gösterilmesi zorunluluğu, doğal olarak, delillerin hasredilmesi sonucunu doğurmaktadır[29]. Ancak yine bu görüşe göre deliller hasredilmiş sayılsa dahi, HMK m. 145'in sonradan delil gösterilmesine cevaz vereceği ifade edilmektedir[30].

Aksi yöndeki görüş ise delillerin hasredilmediği yönündedir. Deliller hasredilmediğinden, ilgili taraf, HMK m. 145'in getirdiği imkândan istifade edebilecektir. Tarafların varlığından haberdar olmadıkları bir delili göstermekten vazgeçmeleri düşünülemez. Buna ilaveten, hâkimin davayı aydınlatma ödevi çerçevesinde taraflardan re'sen delil isteme yetkisi delillerin hasredilmeyeceğine işaret etmektedir[31]. Fakat bu görüşe katılmak mümkün değildir. HMK m. 194/2, yalnızca tarafların kanuni süre içinde gösterme imkânı buldukları deliller hakkında uygulanabilir. Bu deliller dışında kalan bir delilin gösterilememesi, delillerin hasredilmiş sayılması nedeniyle, bu

---

26 **Erdönmez**, s. 364.

27 Öğretide, HMK m. 145 dolayısıyla delillerin hasredilip hasredilmediği tartışmasının artık bir önem arz etmeyeceği savunulmaktadır, **Bolayır**, s. 240.

28 **Arslan**, R., "Dava ve Cevap Dilekçelerinin Hazırlanması ve Ön İnceleme", BD, 2012, S. 80, s. 71; **Kuru**, B./**Arslan**, R./**Yılmaz**, E., Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı, 23. Bası, Ankara 2012, s. 368; Karslı, s. 488-489.

29 **Arslan**, Ön İnceleme, s. 71.

30 **Arslan**, Ön İnceleme, s. 71.

31 **Erdönmez**, s. 356.

delile dayanmaktan vazgeçildiği sunucunu doğurmaz. Yani HMK m. 194/2 gereğince dilekçeler aşamasının tamamlanmasıyla delillerin hasredilmiş sayılması, bir delil hakkında HMK m. 145'in uygulanmasına mutlak suretle engel teşkil etmez. Öte yandan, dilekçeler aşamasıyla delillerin hasredildiği kabul edilmezse, belirli bir delille ilişkilendirilen vakıaya dair yeni bir delil gösterilebilmesi ihtimalinden her zaman bahsedilebilecektir. Bu ise HMK m. 194/2 ile açık bir şekilde bağdaşmamaktadır.

Ön incelemede iddia ve savunmanın genişletilmesine veya değiştirilmesine bağlı olarak yeni bir delil gösterilebilir. Karşı tarafın açık muvafakatı ile bir taraf, kendi iddia ve savunmalarını genişletebilir veya değiştirebilir. Şayet yeni bir vakıa ileri sürülmek istenirse, bu vakıayı ispata yönelik bir delil gösterilebilir[32]. Yeni delilin gösterilmesi, bu hâlde, HMK m. 145'e bağlı değildir. Aksi takdirde, iddia ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi imkânından istifade edilmesi zorlaştırılmış olacaktır. Karşı tarafın muvafakatiyle yeni delil gösterilmesine sadece bu muvafakate bağlı olarak ilk defa ileri sürülen vakıaları temsil eden deliller için müsaade edilebilir. Daha önce taraf dilekçelerinde belirtilmiş bir vakıa hakkında karşı tarafın muvafakatine rağmen yeni delil gösterilemeyeceği kanaatindeyiz[33]. İleri sürdüğü vakıayı belirli bir delille ilişkilendiren taraf o vakıa hakkında delillerini hasretmiştir ve yeni bir delil gösteremeyecektir[34].

Taraflardan biri ön inceleme duruşmasına gelmediği takdirde, diğer taraf iddia ve savunmasını genişletebilir veya değiştirebilir. Yukarıda belirtildiği gibi, burada da, iddia ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi kapsamında ileri sürülen yeni vakıalar için yeni deliller gösterebilir[35]. Ön inceleme öncesinde taraf dilekçelerinde bildirilmiş vakıalar için ise, HMK m. 145'te geçen şartlar sağlanmadığı sürece, yeni deliller gösterilemez.

---

32 **Çelikoğlu**, C., T., "Hukuk Muhakemeleri Yargılama Modelinde Öninceleme Safhası" e-akademi (Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi), S. 125, 2012, s. 5 (http://www.e-akademi.org/ makaleler/ctcelikoglu-1.pdf Erişim Tarihi: 27.11.2014).

33 Aksi yönde bkz. **Yılmaz**, E., Islah (6100 sayılı HMK'na Göre Değiştirilmiş), 4. Bası, Ankara 2013, s. 413.

34 **Arslan**, Ön İnceleme, s. 71; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 368; **Karslı**, s. 488-489.

35 **Erdönmez**, s. 365.

B. Tahkikat Aşaması

İlk kez tahkikat aşamasında gerçekleşen vakıaların dava dosyasına ithal edilmesi ve bu dava sebeplerinin de esas alınması suretiyle karar verilmesi yönünde taraf talepleri söz konusu olabilir. Özellikle tarafların anlaşması ile doğan veya davaya tesir eden sonraki vakıaların herhangi bir yasağa tabi olmaksızın davaya dâhil edilmesi gerektiği anlayışına itibar edilmelidir[36]. Söz konusu vakıaların doğruluğunu gösteren delillerin gösterilmesinde HMK m. 145'in uygulanıp uygulanmayacağı ele alınmalıdır. HMK m. 145 yalnızca önceden mevcut olup bir şekilde gösterilmemiş olan delillere ilişkindir. Bu sebeple, sonradan meydana gelen dava sebeplerini temsil eden deliller için bu hükme başvurulmamalıdır[37]. Zira HMK m. 145'i uygulamakla sonradan meydana gelecek vakıaların davanın seyrini etkileyebilmeleri önemli ölçüde daraltılmış olacaktır[38]. Aksi hâlde, hukuki dinlenilme hakkının bir

---

36 **Üstündağ**, s. 122.

37 **Erdönmez**, s. 369.

38 Dava esnasında vücut bulmuş bir delilin dahi HMK m. 145'e göre mahkemeye sunulabileceği ifade edilmektedir, bkz. **Erdönmez**, G., "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre Delillerin Gösterilmesi ve İbrazı", İBD, C. 87, S. 5, 2013, s. 39, 40; **Çiftçi**, M. Ö., Medeni Yargılama Hukukunda İstinaf, İstanbul 2011, s. 693; **Bolayır**, s. 239. Maalesef Yargıtay bu görüşe paralel bir karar vermiştir, bkz. **Ulukapı**, Medenî Usûl Hukuku, 2. Bası, Konya 2014, s. 345 (dn. 84). Kararda dava açıldıktan sonraki bir tarihi gösteren bir ibranamenin ibrazında HMK m. 145'in uygulanabileceği ifade edilmiştir, bkz. YARGITAY 22. HUKUK DAİRESİ E. 2012/18797 K. 2013/13531 T. 4.6.2013 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası). İbranamedeki tarihin dava açıldıktan sonraki bir tarihi göstermesi, ibra işlemenin dava açıldıktan sonra gerçekleştiği anlamına gelir. Oysa HMK m. 145'in uygulanabilmesi için ibranamenin dava açılmadan önce düzenlenmiş olması gerekirdi. Böyle bir durumda, kanuni süre içinde gösterilmemiş bir delilden bahsedilebilirdi. Dava açıldıktan sonraki bir tarihe ilişkin ibranamenin taraf dilekçelerinde gösterilmesini beklemek makul karşılanamaz. İsviçre MUK m. 229/1- (a) ve (b)'de bu durum gözetilerek bir ayrım yapılmıştır. Sonradan ortaya çıkan veya bulunan dava malzemesinin (*echteNoven*) dava dosyasına dâhil edilmesi gecikmeksizin ileri sürülme şartına bağlanmıştır. Buna karşın, dilekçeler aşaması öncesinde veya son "*Instruktionsverhanglung*" öncesinde mevcut olup gerekli özen gösterilmiş olmasına rağmen gösterilemeyen dava malzemesinin (*unechte Noven*) gecikmeksizin ileri sürülmesi gerektiği hükme bağlanmıştır, bkz. **KSZ-Leuenberger** in, Art. 229, Rn. 5-8. Yargıtay'ın kararına konu olan ibraname birinci durumun kapsamına girmektedir. Fakat

unsuru olan açıklama hakkının dahi ihlali gündeme gelebilir[39]. Buna ilaveten, ıslahla veya karşı tarafın muvafakati ile dava dosyasına giren yeni vakıalar hakkındaki deliller için de HMK m. 145'in uygulanamayacağı söylenebilir.

Öğretide, delil göstermek için öngörülen kanuni süre geçmiş olsa dahi, ıslah ile sonradan delil gösterilebileceği ifade edilmektedir. Buna göre, dilekçeler aşamasında gösterilmiş olan vakıaları ispat yönelik yeni deliller ıslahla sonradan gösterilebilir. ***YILMAZ*** tarafından ileri sürülen bu görüşe göre, kanuni süre geçtikten sonra yeni bir delil göstermek iddia ve savunmanın genişletilmesi yasağının kapsamına girmektedir ve ıslah müessesi bu yasağın istisnası olduğundan ıslahla yeni bir delil sonradan gösterilebilir. Ayrıca delil gösterilmesi usuli bir işlemdir ve ıslahla, önceden yapılmış bir usuli işlemde değişiklik yapılabilir. O hâlde, bir tarafın ıslaha başvurarak kanuni süre sonrasında delil göstermesi mümkündür. Yeni delilin bu suretle gösterilebilmesi, HMK m. 145'te geçen şartların sağlanmamış olmasına veya karşı tarafın buna muvafakat göstermemesine bağlıdır. Yani ıslahla yeni delil gösterilmesi veya delil değişikliği yalnızca başka bir kanuni imkânın bulunmaması hâline mahsustur. Bu görüşe dayanak olarak 4.0.1948 tarihli ve 10/3 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı[40] gösterilmektedir[41]. Fakat bu görüşün HMK açısından uygulanamayacağı kanaatindeyiz[42]. İleri sürülen her bir vakıayı elindeki delillerle ilişkilendiren taraf HMK m. 194/2 gereğince delillerini hasretmiştir ve yalnızca HMK m. 145'e dayanarak istisnai olarak yeni bir delil gösterebilir.

Tahkikatın amacı kural olarak delillerin incelenmesi ve değerlendirilmesidir. Delil toplanmasını zorunlu kılan hâller dışında hâkimin delil toplanması yönünde çaba harcaması bu usul kesitinde yapılmaması gereken

---

HMK'da böyle bir durumda dava malzemesinin hangi süre içinde gösterilmesi gerektiği hükme bağlanmamıştır. Kanaatimizce gecikmeksizin ileri sürülme şartı Türk hukukunda da geçerli olmalıdır. HMK m. 29 gereğince tarafların dürüst davranma yükümlülüğü çerçevesinde bu sonuca ulaşılabilir.

39 **Özekes**, s. 119.

40 RG, 17 Haziran 1948, S. 6934.

41 **Yılmaz**, Islah, s. 412-413.

42 Aynı yöne bkz. **Çelikoğlu**, s. 6, dn. 6.

işlemlerden olup; zaman kaybedilmesi anlamına gelir[43]. Ancak HMK m. 145'te istenen şartlar sağlandığı takdirde, bir tarafın delil gösterme talebi reddedilmemelidir. Talebin kabulü delil toplama faaliyetinin icra edilmesini gerektirir. Burada, HMK m. 140/5'in uygulanıp uygulanmayacağı sorunu gündeme gelecektir. Nitekim delilini gösteren tarafa süre verilmesi ihtiyacı doğabilir. HMK m. 140/5,dilekçeler aşamasında gösterilen belge delilleri için mevcut eksikliklerin tamamlanması için ön incelemede süre verilmesini öngörmektedir. Hükmün temel gayesi, tahkikatta bu eksiklikler için zaman kaybedilmesini önlemek ve böylece tahkikata özgü olmayan bir işlemin bu aşamada yapılmasının sakıncalarını gidermektir. Dolayısıyla, HMK m. 145'e göre tahkikatta gösterilen delilin sunulması veya bu delil hakkında açıklama yapılması amacıyla HMK m. 140/5 çerçevesinde süre verilemez. Fakat bu aşamada sonradan gösterilen delile ilişkin eksik kalan kısımları tamamlamak üzere süre verilmemesi hukuki dinlenilme hakkıyla bağdaşmayacaktır[44]. Bunun yanı sıra, HMK m. 145'in uygulanması önemli ölçüde zorlaştırılmış olacaktır. Hâkimin bu hâlde yapması gereken, HMK m. 90/1 gereğince ilgiliye makul bir süre vermektedir. Böylece, HMK m. 145'ten yararlanan tarafın ispat hakkını kullanması sağlanabilir. Verilen süreye rağmen eksiklik tamamlanmazsa, delile dayanmaktan vazgeçildiğine karar verilmelidir. Şayet belge delili dışındaki bir delilin gösterilmesi talebi varsa, HMK m. 140/5 hiçbir şekilde uygulanamayacağından, yine HMK m. 90/1 çerçevesinde süre verilebilir.

C. Sözlü Yargılama Aşaması

Tahkikatın yapılmasını gerektiren bir hususun kalmamasıyla birlikte, tahkikat aşaması neticelendirilmelidir. Hâkim, tahkikatın sona erdiğini taraflara bildirmeden önce, duruşmada hazır bulunan taraflara tahkikatın tümü hakkında açıklama yapma imkânı tanımalıdır. Açıklama yapılmasıyla, hâkim, tahkikatın devam etmesinin gerekli olup olmadığını görecektir[45].

---

43 **Ermenek**, İ., "Hukuk Muhakemeleri Kanuna Göre Ön İnceleme", İnÜHFD, C. 11, S. 1-3, s. 146.

44 **Ermenek**, s. 161, dn. 28.

45 **Yılmaz**, Islah, s. 984.

Tahkikatın devam etmesi lüzumlu görülmezse, tahkikatın bittiği taraflara bildirilir. Tahkikata ilişkin işlemlerin yapılamayacağı bir aşama olan sözlü yargılamada tarafların son sözlerini söylemeleri sağlanır ve hüküm verilir. Son sözlerinde her bir taraf ileri sürdüğü iddia ve savunma sebeplerine ve delillere göre neden haklı olduğunu açıklar. Böylece, hâkim tarafından dosya son bir kez değerlendirilerek tereddütlü noktalar giderilir[46].

Sözlü yargılamada HMK m. 145'e istinaden bir tarafın delil gösterme talebiyle karşılaşılması muhtemeldir. Hakimin böyle bir talep karşısında ne şekilde karar vereceği bu aşamanın niteliğine göre cevaplandırılmalıdır. Sözlü yargılamada taraflara son sözlerini soran hâkim, dosyanın mevcut hâline göre uyuşmazlığı esastan karara bağlamalıdır. Zira dava dosyası bakımından muhtemel olabilecek tüm eksiklikler giderilerek sözlü yargılamaya geçildiğinden tahkikata geri dönülmemek üzere yeni bir sayfa açılmaktadır. Yani sözlü yargılamaya geçiş süreci düşünüldüğünde artık bir daha tahkikat aşamasına dönülemez. Buna bağlı olarak, bu aşamada yeni delil gösterme talebine müsaade edilemeyeceğini söyleyebiliriz. Sözlü yargılamada delil gösterilemediğinden hükmün verilmesi sürecinde artık yeni bir delil gösterilemeyecektir.

Davanın başında gösterilmemiş bir delilin tahkikatın genişletilmesine karar verildiği takdirde gösterilemeyeceği HMK m. 185/2'den çıkarılabilir. Bu hükme göre, önceden gösterilmiş olup henüz mahkemeye tevdi edilmeyen deliller bakımından ilgili tarafa süre verilecektir. Öyleyse tahkikat genişletildiğinde önceden gösterilmeyen delile dayanılamayacaktır[47]. ***KARSLI,*** HMK m. 145'in, tahkikatın genişletilmesine karar verildiğinde yeni bir delil gösterilemeyeceğine istisna teşkil etmediğini ifade etmektedir[48]. Oysa tahkikatın genişletilmesi henüz bu aşamaya son verilmediği anlamına gelir. Tarafların tahkikat hakkındaki açıklamaları sonrasında hâkim gerekli görürse tahkikatı sürdürecektir[49]. Dolayısıyla, hâkim önündeki uyuşmazlığı aydınlatırken dava malzemelerini gözden geçirip gerekli bazı işlemleri yapabilmek-

---

46 **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 641.

47 **Karaaslan**, s. 148.

48 **Karslı**, s. 542.

49 **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 464.

tedir. Yeni bir delilin HMK m. 145 çerçevesinde dava dosyasına sokulması ise şüphesiz davanın aydınlatılması suretiyle tahkikatı sona erdirmeye hizmet edebilir. Öyleyse bu mahiyetteki bir delilin HMK m. 145 gereğince gösterilmesine engel olunmasını beklemek anlamsız olur.

II. KANUN YOLLARINDA

Taraflardan birisinin yeni bir delili gösterme talebi kanun yolunda da gündeme gelebilir. Maddi gerçeğe uygun karar verilmesi yönündeki menfaat, kanun yolunun niteliğine uygun olmak kaydıyla yeni bir delilin ileri sürülmesini haklı kılabilir. Fakat teksif ilkesinin gereklerine cevap verebilmek için buna bir sınırlandırma getirilmesi ihtiyacı vardır[50].

A. İstinaf

İstinaf derecesinde kural olarak yeni delillere dayanılamaz[51]. Yeni bir delilin istinafta gösterilebilmesi ilk derece yargılamasındaki tahkikata devam edildiği anlamına gelir. Bazı hâllerde bu tahkikatın devamı maddi gerçeğin tespiti için zorunlu olabilir. Yani teksif ilkesinin gereklerine belirli istisnalar tanınabilir. Ancak makul ölçülerin dışına çıkılmaması lazımdır. Şöyle ki, ilgili tarafın bir ihmalinden kaynaklanmadığı ölçüde, bu tarafın eksik kalan dava malzemesini tamamlanmaya yönelik talebi haklı görülmelidir[52].

---

50 **KSZ-Reetz/Hilber** in, Art. 317, Rn. 8.

51 İstinaf derecesinde bazı işlemlerin (delil göstermek gibi) yapılmasına müsaade edilmemesi, ilk derece mahkemesinin yapacağı yargılamanın formaliten ibaret kalmasını önleyici niteliktedir, **Sarı**, M.,"İstinaf Mahkemelerinin Kanun Yollarımız İçindeki Yeri veya HUMK'da Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Tasarısının Değerlendirilmesi", (http://www.turkhukuksitesi.com/makale_125.htm Erişim Tarihi: 20.11.2014).

52 **KSZ-Reetz/Hilber** in, Art. 317, Rn. 10; **Musielak/Ball** ZPO § 531 Rn. 19. İsviçre ve Alman hukuklarından farklı olarak, Avusturya MUK m. 482 yenileme yasağı (*Neuerungsverbot*) ilkesini benimsemiştir. Yeni iddia ve savunma araçlarına başvurulmasına müsaade edilmemektedir, bkz. **Akkaya**, T., Medenî Usûl Hukukunda İstinaf, Ankara 2009, s. 279-282; **Akil**, C., İstinaf Kavramı, Ankara 2010, s. 288-297; **Ballon**, O. J., Einführung in das österreichische Zivilprozessrecht- Streitiges Verfahren, 12. Aufl., Salzburg 2009, s. 263, 264; **Fucik**, R./**Klauser**, A./**Kloiber**, B., Österreichisches und Europaeisches Zivilprozessrecht, 11. Aufl., Wien 2011, s. 473, 474.

İstinafta yeni delillere dayanılamayacağı HMK m. 357/1'de açıkça ifade edilmiştir[53]. Bununla birlikte, yeni delil getirme yasağına HMK m. 357/3 ile istisna getirilmiştir[54]. Şöyle ki, ilk derece yargılamasında usulüne uygun olarak gösterilmiş olmasına rağmen incelenmeden reddedilen delil istinaf mahkemesince incelenebilir[55]. Nitekim bu durum istinaf sebebi olarak kabul edilmiştir[56]. Esasen bu hâlde yeni bir delil ileri sürülmesinden bahsedilemez[57]. İlk derece mahkemesinde usulüne uygun olarak ileri sürülmemiş delil ise hiçbir şekilde istinaf aşamasında incelenemez[58]. Diğer bir istisna ise mücbir bir sebeple daha önce gösterilmeyen delillere ilişkindir. Buna göre, ilk derece yargılamasında lehine olan delili gösteremeyen taraf bu deliline istinaf yargılamasında dayanabilir.

HMK m. 145'e göre gösterilmiş olup alt derece mahkemesince reddedilen veya dikkate alınmayan bir delilin HMK m. 357/3'te geçen ilk durumun kapsamında ele alınıp alınmayacağı değerlendirilmelidir. Öğretide bir vakıanın kesin delille ispatının zorunlu olduğu zannedilerek takdiri delilin reddedilmesinin usulüne uygun olarak gösterilmiş bir delilin reddi olacağı belirtilmiştir[59]. Yani yalnızca bu hâlde usulüne uygun olarak gösterilmiş bir delilin reddedildiği sonucuna ulaşılacağı kabul edilmiştir. Söz konusu bu düşünce, HMK m. 145'te geçen şartlara uygun olarak gösterilmiş delilin haksız yere reddedilmesine rağmen istinaf derecesinde incelenmesine engel

---

53 Kamu düzenini ilgilendirmesi sebebiyle re'sen dikkate alınması gereken hususlarda istinaf derecesinde yeni delillerin gösterilebilmesi mümkündür, bkz. **Akkaya**, s. 290-293; **Karslı**, s. 807. İstinaf yargılamasında yeni dava malzemesi getirilmesine sınırlandırma getiren İsviçre MUK m. 317'nin re'sen araştırma ilkesine tabi hususlarda uygulanmayacağı ifade edilmektedir, bkz. **KSZ-Reetz/Hilber** in, Art. 317, Rn. 14-17.

54 **Yılmaz**, E., İstinaf, 2. Bası, Ankara 2005, s. 78.

55 İlk derece yargılamasında herhangi bir sebep bildirmeksizin dikkate alınmayan delillerin istinaf mahkemesinde dikkate alınması hukuki dinlenilme hakkının bir gereğidir, bkz. **Özekes**, M., Sorularla Medeni Usûl Hukukunda Yeni Kanun Yolu Sistemi (İstinaf ve Temyiz), (http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/sorularla-medeni-usul-hukuku.pdf Erişim Tarihi: 20.11.2014), s. 71; **Akkaya**, s. 202.

56 **Özekes**, İstinaf ve Temyiz, s. 36.

57 **Akkaya**, s. 297.

58 **Yılmaz**, s. 78.

59 **Akil**, s. 313.

teşkil edecektir. Oysa böyle bir sınırlandırmaya gidilmesi isabetli olmayacaktır. HMK m. 145'in aradığı şartların varlığına rağmen dikkate alınmayan bir delil de HMK m. 357/3 gereğince istinaf mahkemesi tarafından incelenmelidir[60].

Usulüne uygun olarak sonradan gösterilen delilin haksız yere reddedilmesi veya dikkate alınmaması ağır usul hatası teşkil eder. Bu hata dolayısıyla, HMK m. 351/1- (a), (6) gereğince, duruşma yapmaksızın karar verilecektir. Duruşma yapılmaması dosyanın istinaf mahkemesince esastan incelenemeyeceği anlamına gelir. İstinaf mahkemesi, ilk derece mahkemesinin kararını kaldırarak yeni bir karar veremeyecektir. İstinaf başvurusunu haklı bulan mahkemenin ilk derece mahkemesinin kararını kaldırarak gönderme kararı vermesi gerekecektir. Dosya kendisine gönderilen mahkeme delil gösterme talebine uygun olarak yeniden karar vermelidir.

Şayet mücbir bir sebepten dolayı bir delil ilk derece yargılamasında gösterilememişse, HMK m. 357/3 uyarınca, istinafta bu delile dayanılabilir. ***AKİL***, mücbir bir sebeple gösterilmesine olanak bulunmayan delillerin ilgilinin kusuruna dayanmayan bir sebepten ötürü gösterilemeyen deliller anlamına geldiğini ifade etmektedir[61]. İstinaf derecesinde gösterilmek istenen delil ilk derece mahkemesince hüküm verilmesinden önceki veya sonraki bir tarihe ait olabilir[62]. Esas hakkında karar verildikten sonraki bir tarihte gerçekleşen vakıayı temsil eden delil HMK m. 357/3 gereğince ileri sürülemez.

---

60 Alt derece mahkemesince hukuka uygun olarak reddedilen dava malzemesinin istinafta incelenemeyeceği Alman MUK m. 531/1'de öngörülmüştür. Şayet sonradan gösterilen dava malzemesi Alman MUK m. 296'ya aykırı olarak reddedilmişse, istinaf derecesinde bu dava malzemesinin dikkate alınması gerekecektir, **BeckOK ZPO/Bacher ZPO** § 296 Rn. 49.1.

61 **Akil**, s. 313-318.

62 Alman MUK m. 531, istinaf mahkemesinde yeni iddia ve savunma araçlarının ileri sürülmesine imkân tanımaktadır. Önceden mevcut olmadığı için ilk derece yargılamasında ileri sürülmeyen dava malzemeleri (*nova producta*) de istinafta incelenebilir. Diğer taraftan, ilk derece yargılamasında mevcut olup ilgilinin ihmalinden kaynaklanmayan bir sebepten dolayı ileri sürülemeyen yeni dava malzemeleri (*nova reperta)* ise istinafta dinlenebilir, bkz. **Akkaya**, s. 277. Avusturya hukukunda ise her iki dava malzemesi de istinaf derecesinde ileri sürülememektedir, bkz. **Deren-Yıldırım**, N., "Kanun Yolu Olarak İstinaf", *TBB Uluslararası Toplantı*, İstinaf Mahkemeleri, 7-8 Mart 2003, s. 100.

Zira bu delilin ilk derece yargılamasında ileri sürülmesi imkânı zaten yoktur. Bununla birlikte, istinaf kanun yolundan beklenen yararın elde edilebilmesi için, ilk derece yargılaması sona erdikten sonra gerçekleşen vakıalara ve bu vakıaları temsil eden delillere istinafta dayanılabilmelidir[63]. İstinaf başvurusunda bulunan için istinaf dilekçesinin verilmesi anından; karşı taraf için ise cevap dilekçesinin verilmesi anından itibaren yeni bir delilin varlığını iddia etmek sonradan delil gösterilmesi anlamına gelir. İstinaf mahkemesi bu şekildeki yeni delil gösterme talebini HMK m. 145 çerçevesinde karara bağlamalıdır. Eğer taraf dilekçelerinin verilmesi sonrasında ilk kez ortaya çıkan yeni bir delil gösterilecek ise, bu takdirde, HMK m. 145'te geçen şartların uygulanması düşünülemez.

İlk derece mahkemesi hüküm vermeden ileri sürülebilecek bir delil ya dilekçeler aşaması tamamlanmadan önceki bir tarihte ya da bu aşamadan sonra fakat hüküm verilmeden önce meydana gelmiş olabilir. Daha öncede belirttiğimiz üzere, dava öncesinde mevcut bir delilin ilk derece mahkemesinde gösterilmesi HMK m. 145'e tabidir. Taraf dilekçeleri sonrasında ortaya çıkan bir delilin mahkemece dinlenmesi ise tahkikatın bitiminden önce gecikmeksizin gösterilmiş olmasına bağlıdır. İstinafta, ilk derece mahkemesinde sunulamayan bu iki tür delile dayanılabilmesi açısından bir fark gözetilmemelidir. Zira her iki ihtimalde de ilk derece mahkemesinde gösterilmesi mümkün olup ilgilinin kusurundan kaynaklanmayan bir sebepten dolayı ileri sürülememe şartı gerçekleşmiş olacaktır[64]. İsviçre MUK m. 317/1 uyarınca, ilk derece yargılamasında gerekli özenin gösterilmesine rağmen ikame edilemeyen delil, istinaf yargılamasında gecikmeksizin gösterilmesi kaydıyla

---

63 Aynı yönde bkz. **Akkaya**, s. 289-290. İsviçre MUK m. 299'a göre belirli bir usul kesiti sonrasında zuhur eden yeni dava malzemeleri kural olarak dava dosyasına dâhil edilemez. Ancak bahsedilen kapsamdaki dava malzemeleri istinaf derecesinde ileri sürülebilecektir, bkz. **KSZ-Reetz/Hilber** in, Art. 317, Rn. 5. Söz konusu dava malzemelerinin istinaf derecesindeki yargılamanın en son hangi tarihte ileri sürülebileceği ise İsviçre MUK m. 229'a göre belirlemek gerekir, bkz. **KSZ-Reetz/Hilber** in, Art. 317, Rn. 21-25.

64 Öğretide, *nova reperta* kapsamındaki bir vakıanın dahi istinaf mahkemesince dikkate alınabileceğini belirtmektedir, bkz. **Akkaya**, s. 288; **Karslı**, s. 806. Oysa kanunda açıkça aksi öngörülmeyen hâllerde, HMK m. 357/1 gereğince, ilk derece mahkemesinde ileri sürülmeyen iddia ve savunmalar istinafta dinlenemez.

dikkate alınabilir. Delilin gecikmeksizin gösterilmesi şartı yargılamayı geciktirmeye yönelik taktikleri önleyeceği gibi tarafların dürüstlük kuralına uygun davranmalarını sağlayacaktır[65]. Yalnızca mücbir sebep şartına vurgu yapan HMK m. 357/3, böyle bir şarta yer vermemiştir. Ancak tarafların dürüst davranma yükümlülükleri dikkate alınarak Türk hukuku için de aynı şarta başvurulmasında bir sakınca bulunmadığı kanaatindeyiz.

İstinafta gösterilen yeni delile dayanılarak esas hakkında karar verilebilir. İlk derece mahkemesinin davanın reddine ilişkin kararı yeni delil çerçevesinde kaldırılarak davanın kabulüne karar verilebilir. Diğer taraftan, davanın kabulüne ilişkin karar da yeni delile bağlı olarak kaldırılarak davanın reddi kararı verilebilir. İstinaf mahkemesinin esas hakkında karar veremeyeceği hâllerde ise yeni delilin incelenmesinden bahsedilemez. Mesela görevsiz mahkemece verilen karar aleyhine istinaf yoluna başvurulduğunda, istinaf mahkemesinin görevsiz mahkemenin vermiş olduğu kararı kaldırarak dava dosyasının görevli mahkemeye gönderilmesine karar vermesi gerekir. Bu ise yeni delile bakılarak hüküm kurulamayacağı anlamına gelir. Artık dosya kendisine gönderilen mahkemenin sonradan gösterilen delile dayanılıp dayanılamayacağına karar vermesi gerekir. Kanaatimizce, ilk derece mahkemesi, HMK m. 145'in aradığı şartların sağlanıp sağlanmadığını istinafta yapılan başvuruyu esas alarak karara bağlamalıdır.

B. Temyiz

İstinaftan farklı olarak temyizde ilk derece mahkemesinin vermiş olduğu karar hukuka uygunluk yönünden denetlenir. Yargıtay, temyiz başvurusunda yargılama kurallarının yanlış uygulanması dışında delil değerlendirilmesinde bulunamaz. Tahkikata yapılmadığından daha önce ileri sürülmeyen yeni deliller temyizde ileri sürülemez[66]. İstinafta olduğu gibi yeni delil gösterilebileceği istisnai hâller temyiz için öngörülmemiştir. Fakat bozma sebepleri arasında usulüne uygun olarak gösterilen delilin dikkate alınmamasından bahsedilmiştir. Bundan hareketle, kanuna uygun olarak gösterilen delilin ilk derece mahkemesinde incelenmediği için temyiz mah-

---

65 **KSZ-Reetz/Hilber** in, Art. 317, Rn. 44.

66 **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 895.

kemesi tarafından değerlendirilebileceği söylenemez. Yani kararın bozulmasına yer verilmesiyle iktifa edilmelidir. Bu bakımdan, ilk derece mahkemesinde HMK m. 145'e uygun olarak gösterilen bir delil incelenmemişse, temyizde yalnızca bozmaya karar verilir. İlgili delil dikkate alınarak esas hakkında karar verilemez. İlk derece mahkemesinde HMK m.145'e dayanılarak gösterilmeyen bir delile ise hiçbir suretle dayanılamaz. Diğer bir ifadeyle, Yargıtay'ın eline ulaşmış dosya için HMK m. 145'e dayanılarak gösterilmek istenen bir delil hiçbir şekilde ilk derece mahkemesince verilmiş karar hakkında bozmaya hükmedilmesini sağlayamaz.

Yargıtay, ilk derece mahkemesi kararı hakkında bozmaya karar verirse ve ilk derece mahkemesinde yeniden tahkikat yapılması gerekli hâle gelirse, HMK m. 145'e dayanarak temyizde gösterilmek istenen delilin değerlendirilip değerlendirilemeyeceğine kararı bozulan mahkeme karar verecektir. HMK m. 145'i uygulayacak ilk derece mahkemesi, sonradan delil göstermeye dair şartların sağlanıp sağlanmadığını Yargıtay'da yapılan başvuruya göre belirlemelidir. Yeniden tahkikat yapacak ilk derece mahkemesinde ilgili tarafın tekrar HMK m. 145'e göre delil gösterme talebinde bulunmasını beklemek isabetli olmaz. Kanun yolu başvurusunda yapılmış başvuruyu delil gösterme talebi için yeterli görmek gerekir.

Eğer üst mahkeme bozma kararı verirse ve alt derece mahkemesi buna uyarsa, bozmayı gerektiren konuda tahkikat yapılacaktır. HMK m. 145'ten yararlanılarak delil gösterilmesinin yalnızca tahkikatın yapılacağı konuyla mı sınırlandırılacağı yoksa diğer konularda da mümkün olup olmadığı sorunuyla karşılaşılacaktır. Bozma kararı sonrasında yeniden tahkikat yapılması sebebiyle, HMK m. 145'in uygulanabileceği kanaatindeyiz. Fakat HMK m. 145'in uygulanmasına bir sınırlandırma getirilebileceği savunulabilir. Şöyle ki, bozmayı gerektirmediği için yeniden yapılacak tahkikat dışında kalan konularda usuli kazanılmış hak doğacaktır[67]. Bu konuları ilgilendiren bir delilin HMK m. 145'e göre sonradan gösterilmesinin usuli kazanılmış hakka aykırılık teşkil edeceği savunulabilir. Bu ise maddi gerçeğe uygun karar verilmesi yönündeki menfaatin hiçe sayılması anlamına gelecektir. Kanaatimizce, maddi gerçeğe ulaşılması gayesiyle, bozma kararı sonrasında tahkikatın dışında kalan konularda dahi, HMK m. 145'in istediği şartlar sağlan-

---

67 **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 904-912.

dığı takdirde, yeni delillere dayanılabilir. Bozmanın ilgili olduğu konu hakkında HMK m. 145'e göre yeni delillerin gösterilmesinde ise herhangi bir tereddüt yaşanmamalıdır.

C. Yargılamanın Yenilenmesi

Kesin olarak hükme bağlanmış bir dava hakkında yeniden yargılama yapılabilmesi yargılamanın yenilenmesi yoluyla mümkün olabilir. Yargılamanın yenilenmesi yolu, belirli hata ve noksanlıkları ihtiva eden bir mahkeme hükmündeki bu sakıncaları gidermeye yönelik bir kanun yoludur. HMK m. 375'te yargılamanın yenilenmesinin istenebileceği hâller tek tek sayılmıştır. Konumuz açısından HMK m. 375/1- (ç)'de geçen yargılamanın yenilenmesi sebebinin ele alınması gerekmektedir. Aleyhine hüküm verilen taraf mahkeme kararına etki edebilecek nitelikte bir belgeyi elinde olmayan sebeplerden ötürü ileri süremediği takdirde yargılamanın yenilenmesi talebinde bulunabilir. Şayet ilgili belgenin elde edilememiş olması hükme hiç etki etmemişse yargılamanın yenilenmesi istenemeyecektir[68].

Kanunda geçen her türlü delil için HMK m. 375/1- (ç)'ye dayanılarak yargılamanın yenilenmesi istenemez[69].Yalnızca belge deliline dayanılabilir ve bu belgenin hükmün verilmesinden önce düzenlenmiş olması şarttır[70]. Hükmün verilmesinden sonra ve fakat kesinleşmesinden önce ele geçirilen

---

68 **Arslan**, R., Medenî Usûl Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi, Ankara 1977, s. 80. Alman MUK m. 580/1- (7), (b) gereğince sonradan ele geçirilen bir belgeye dayanılarak yargılamanın yenilenmesi talep edilebilir. Belge önceden gösterilmiş olsaydı farklı yönde karar verilebilecek olması şartı aranmalıdır, **Musielak/Musielak ZPO** § 580 Rn. 17.

69 **Deren-Yıldırım**, s. 103. Alman hukukunda da Türk hukukunda olduğu gibi diğer delil araçlarının yargılamanın yenilenmesi sebebi olmayacağı kabul edilmiştir, bkz. **Musielak/Musielak ZPO** § 580 Rn. 15. Bu yüzden, belgenin diğer delil araçlarına (tanık dinlenmesi, keşif yapılması gibi) da başvurulması suretiyle delil etkisini göstermesine müsaade edilemez, bkz. **BeckOK ZPO/Fleck ZPO** § 580 Rn. 22. Buna karşın, Avusturya MUK m. 530/7'de her türlü delile dayanılarak yargılamanın yenilenmesinin istenebileceği öngörülmüştür, bkz. **Fucik/Klauser/Kloiber**, s. 536.

70 Avusturya hukukunda delilin ne zaman ortaya çıktığı önem arz etmemektedir. Yargılama tamamlanmadan önce mevcut olan bir vakıaya ilişin delil yargılamanın yenilenmesi talebinde bulunulması için yeterlidir, bkz. **Ballon**, s. 303.

belgenin yargılamanın yenilenmesi sebebi teşkil edebilmesi, sonradan delil gösterilme imkânının sona ermiş olması şartına bağlıdır[71]. Hüküm verilmeden önce, o belgeye dayanılamamasını haklı kılan sebebin ispat edilmesi gerekir. Aleyhine hüküm verilen tarafın kusurundan veya hâkimin bir hatasından dolayı gösterilemeyen belge deliline dayanılarak yargılamanın yenilenmesi talep edilemez[72]. Bilimsel ve teknik gelişmelere bağlı olarak delil olarak gösterilebilmesi fırsatı elde edilen belgeyle HMK m. 375/1- (ç)'ye göre yargılamanın yenilenmesi talep edilmelidir[73]. Fakat söz konusu belgenin hükmün verilmesinden sonra düzenlendiği gerekçe gösterilerek yargılamanın yenilenmesi talebinin reddi istenebilir. ***ARSLAN***, bilimsel ve teknik gelişmeyle düzenlenebilen belgenin içeriğini oluşturan verilerin önceden var olması sebebiyle haklı olarak bu ret talebinin kabul edilemeyeceğini belirtmiştir[74].

SONUÇ

Tarafların delil gösterebilmeleri temel yargısal ilkelerin gereklerinin sağlanabilmesi için belirli bir usul kesitiyle sınırlı tutulmuştur. Sonradan delil gösterilebilmesi ise ancak kanunkoyucunun öngördüğü şartlar altında mümkün olabilir. HMK m. 145'te bir delilin hangi şartlarda sonradan gösterilebileceği düzenlenmiştir. Bu şartlara ek olarak, HMK'nın delil gösterilmesine ilişkin diğer düzenlemelerine de uygun hareket edilmiş olması gerekir. Aksi takdirde, HMK m. 145'in aradığı şartlar mevcut olsa dahi, sonradan gösterilmek istenen delilin mahkemece incelenmesi kanuna aykırılık teşkil edebilir. Mesela sonradan gösterilen delille dava dosyasına yeni bir vakıa dâhil edilmek istendiğinde, iddia ve savunmanın genişletilmesi yasağı, mevcut durumda HMK m. 145'te geçen şartlar gerçekleşmiş olsa dahi delil gösterilmesine engel olacaktır.

---

71 **Arslan**, s. 80-81; **Kuru**, B., Hukuk Muhakemeleri Usulü, 6. Bası, C. V, İstanbul 2001, s. 5181.

72 **Arslan**, s. 80. Bu yöndeki yeni tarihli karar için bkz. YARGITAY 20. HUKUK DAİRESİ, E. 2011/12042, K. 2012/373, T. 19.1.2012 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası).

73 **Karslı**, s. 838.

74 **Arslan**, Ön İnceleme, s. 82.

Delil gösterme faaliyeti ilk derece yargılamasında başlar ve kural olarak burada sona erer. İlk derece mahkemesinde delil gösterme işlemi dilekçeler aşamasıyla sınırlandırılmıştır. Öğretide tarafların ön inceleme aşamasında diledikleri gibi delil gösterebileceklerini belirten görüşlere katılma imkânı yoktur. Dilekçeler aşaması sona erdikten sonra, şayet bir delilin bu aşamada gösterilememesi ilgilinin kusurundan kaynaklanmıyorsa ve bu delilin sonradan gösterilmesi yargılamayı geciktirme amacı taşımıyorsa, sonradan gösterilmek istenen delilin hükme esas alınması lazımdır. Ancak, tahkikat aşaması sona ermeden önce bu talebin yapılmış olması şarttır. Zira tahkikat aşaması sona erdiği için artık yeni bir delil incelenemez.

Kanun yolu başvurusunda yeni bir delilin ortaya çıkma ihtimali her zaman için söz konusu olabilir. İstinaf mahkemesi, ilk derece mahkemesindeki dava dosyasında önceden mevcut olmayan ve istinaf başvurusunda gösterilen bir delili, HMK m. 357/3'e göre inceleyebilir. Gerçekten de ilk derece yargılamasında mücbir bir sebepten ötürü belirli bir delili gösteremeyen tarafın bu delili gösterme yönündeki talebine istinaf derecesinde olumlu cevap verilmesi vakıa mahkemesi olan istinaf mahkemesinin niteliğiyle uyum içindedir. Ancak temyiz incelemesinde tahkikat yapılamayacağı için yeni bir delilin dikkate alınması düşünülemez. Temyiz mahkemesince verilen karar sonrasında alt derece mahkemesinin yeniden tahkikat yapabildiği hâllerde ise sonradan gösterilmek istenen delilin incelenmesinde bir sakınca yoktur. Nihayet, hükmün kesinleşmesinden önce gösterilememiş olup hükme etki edebilecek nitelikte bir delil sonradan gösterilerek yargılamanın yenilenmesi talep edilebilir. Maddi gerçeğe uygun karar verilmesi açısından sonradan gösterilen bir delilin yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak görülmesi isabetli bir tercihdir.

Kaynakça

Akil, C., İstinaf Kavramı, Ankara 2010.

Akkaya, T., Medenî Usûl Hukukunda İstinaf, Ankara 2009.

Alangoya, Y./**Yıldırım**, K./**Deren-Yıldırım**, N., Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı (Değerlendirme ve Öneriler), İstanbul 2006.

Albayrak, H., Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukukunda Yaklaşık İspat, Ankara 2013.

Arslan, R., Medenî Usûl Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi, Ankara 1977.

Arslan, R., "Dava ve Cevap Dilekçelerinin Hazırlanması ve Ön İnceleme", Bankacılar Dergisi, 2012, S. 80, s. 67-82, (Ön İnceleme).

Arslan, R., "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Delil Sözleşmesi Konusunda Getirdiği Yenilikler", BD, 2013, Özel Sayı, s. 67-71, (Delil Sözleşmesi).

Ballon, O. J., Einführung in das österreichische Zivilprozessrecht- Streitiges Verfahren, 12. Aufl., Salzburg 2009.

Beck'scher Online-Kommentar ZPO (Hrsg. Vorwerk, V./Wolf, C.), Ed. 13, München 2014 (BeckOK ZPO/*yazar* ZPO § #, Rn. #.)

Bolayır, N., Hukuk Yargılamasında Delillerin Toplanmasında Tarafların ve Hâkimin Rolü, İstanbul 2014.

Çelikoğlu, C. T., "Hukuk Muhakemeleri Yargılama Modelinde Öninceleme Safhası" e-akademi (Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi), S. 125, 2012, s. 1-65 (http://www.e-akademi.org/makaleler/ctcelikoglu-1.pdf Erişim Tarihi: 27.11.2014).

Çiftçi, M. Ö., Medeni Yargılama Hukukunda İstinaf, İstanbul 2011.

Deren-Yıldırım, N., "Kanun Yolu Olarak İstinaf", *TBB Uluslararası Toplantı*, İstinaf Mahkemeleri, 7-8 Mart 2003, s. 94-103.

Erdönmez, G., "Hukuk Muhakemeleri Kanunu Bakımından Delillerin İbrazı", Medenî Usûl ve İcra-iflâs Hukukçuları Toplantısı-X, İzmir 2012, s. 348-376.

Erdönmez, G., "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Delillerin Gösterilmesi ve İbrazı", İBD, C. 87, S. 5, 2013, s. 15-53, (Delil Gösterilmesi).

Ermenek, İ., "Hukuk Muhakemeleri Kanuna Göre Ön İnceleme", İnÜHFD, C. 11, S. 1-3, s. 139-177.

Fucik, R./**Klauser**, A./**Kloiber**, B., Österreichisches und Europaeisches Zivilprozessrecht, 11. Aufl., Wien 2011.

Karaaslan, V., Medenî Usûl Hukukunda Hakimin Davayı Aydınlatma Ödevi, Ankara 2013.

Karslı, A., Medenî Muhakeme Hukuku, 3. Bası, İstanbul 2012.

Kommentarzur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) (Teil 2-4) (Hrsg. Sutter-Somm, T./Hasenböhler, F./Leuenberger, C.), Basel 2010 (KSZ-*yazar* in, Art. #, Rn.#).

Kommentarzur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz (Hrsg. Musielak, H. J.), 11. Aufl., München 2014 (Musielak/*yazar*, ZPO § #, Rn. #.).

Kaya, C./**Akcan**, R., "Medeni ve İdari Yargıda İddia ve Savunmanın Genişletilmesi veya Değiştirilmesi Yasağı", İÜHFM, C. LXVII, S. 1-2, s. 123-141.

Kıyak, E., Türk Hukuk Muhakemesinde Davanın Açılmasının Usul Hukukuna İlişkin Sonuçları, Ankara 2014.

Kuru, B., Hukuk Muhakemeleri Usulü, 6. Bası, C. V, İstanbul 2001.

Kuru, B./**Arslan**, R./**Yılmaz**, E., Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı, 23. Bası, Ankara 2012.

Kuru, B./**Budak**, A. C., "Hukuk Muhakemeleri Kanunun Getirdiği Başlıca Yenilikler", İBD, 2011, C. 85, S. 5, s. 3-43.

Lüke, W., Zivilprozessrecht (Erkenntnisverfahren, Zwangsvollstreckung), 9. Aufl., München 2006.

Özbek, M. S., Hukuk Yargılama Usulünde Gider Avansı, Ankara 2013.

Özekes, M., Medenî Usûl Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı, Ankara 2003.

Özekes, M., Sorularla Medenî Usûl Hukukunda Yeni Kanun Yolu Sistemi (İstinaf ve Temyiz), (http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/sorularla-medeni-usul-hukuku.pdf Erişim Tarihi: 20.11.2014), (İstinaf ve Temyiz).

Pekcanıtez, H./**Atalay**, O./**Özekes**, M., Medenî Usûl Hukuku, 14. Bası, Ankara 2013.

Pelli, O., Beweisverträge im Zivilprozess, Zürih 2012.

Sarı, M., "İstinaf Mahkemelerinin Kanun Yollarımız İçindeki Yeri veya HUMK'da Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Tasarısının Değerlendirilmesi", (http://www.turkhukuksitesi.com/ makale_125.htm Erişim Tarihi: 20.11.2014).

Umar, B., "Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'na Katkı", Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı-V, Ankara 2006.

Ulukapı, Ö., Medenî Usûl Hukuku, 2. Bası, Konya 2014.

Üstündağ, S., İddia ve Müdafaanın Değiştirilmesi Yasağı, İstanbul 1967.

Yılmaz, E., İstinaf, 2. Bası, Ankara 2005.

Yılmaz E., Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Bası, Ankara 2013, (Şerh).

Yılmaz, E., Islah (6100 sayılı HMK'na Göre Değiştirilmiş), 4. Bası, Ankara 2013, (Islah).

TEK OY FARKIYLA ÇIKABİLEN OLMAYACAK BİR İÇTİHADI BİRLEŞTİRME KARARI

Prof. Dr. Bilge UMAR*

I. KARARIN ÇIKMASINA YOL AÇAN HUKUK SORUNU VE ÇATIŞAN GÖRÜŞLER

Yargıtayımızın tarihinde, çıkmamış olması gereken kararların, hatta içtihadı birleştirme kararlarının her nasılsa çıkabilmiş bulunduğunun örnekleri çoktur. Bu gibi örneklerin başında, öğreti yapıtlarında oybirliğiyle eleştirilen, 25.4.1945 günlü, E. 21 K. 9 sayılı İçtBK gelir (RG 28.7.1945, No. 6069). Bu İçtBK, görevsizlik veya yetkisizlik kararı verilmesi hâlinde, uyuşmazlığın esası hakkında henüz karar verilmediği ve dâvacının davayı görevli/yetkili mahkemeye taşıyıp orada esası hükme bağlatmak hakkı bulunduğu halde, sanki onun haksızlığı şimdiden tesbit edilmiş gibi, yargılama harç ve giderlerinin (vekâlet ücreti dâhil) ona yükletilmesi gerektiği yolundaydı ve bu çözümü reddeden HMK m. 331 f. II yürürlüğe girinceye kadar, yâni yarım yüzyılı aşkın zaman boyunca, uygulandı. Yargıtayın, HMK yürürlüğe girinceye kadar, yerleşmiş içtihadıyla kabul ettiği "Kısmî dâva açan kişi alacağının geri kalanını ayrıca talep hakkını saklı tuttuğu açıklamasında bulunmamışsa o geri kalan bölümden feragat etmiş sayılır" içeriğindeki çok haksız ve dayanaksız, ancak mahkemelerin üzerindeki ezici iş yükünü bir miktar hafifletmeye yarayabilecek çözümü benimsemiş içtihadı dahi yeni HMK m. 109 f.III ile tarihe gömülünceye kadar, nice hak kaybına yol açarak, uygulandı.

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

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Özel Sayı 2014, s. 509-514 (Basım Yılı: 2015)
Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ'e Armağan

Arkamız kalemiz Yargıtay'dan çıkabilen bu gibi hak çiğneyici kararların yeni bir örneği yakın zamanda, üstelik bir İçtihadı Birleştirme Kararı olarak, "zuhur" etmiştir (tarih 21.2.2014, E. 2013/1 K. 2014/1). Karar Hukuk Genel Kurulu'ndan (Yargıtay Hukuk Bölümü İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu'ndan) çıkmıştır; oysa bizim dalımızdaki akademisyenlerin ve özellikle genç akademisyenlerin çıkardığı "Medenî Usul ve İcra-İflâs Hukuku Dergisi"nde (cilt 10 sayı 27, yıl 2014 sayı 1) s. 69'da, Yargıtay İçtihadı Birleştirme **Büyük** Genel Kurulu'ndan çıkmış gösteriliyor. Bunu görünce şaşırdım; çünkü karar metninde listelenen "Görüş aykırılığının giderilmesi istemine konu olan kararlar" arasında, Ceza Genel Kurulundan veya o kurula mensup dairelerin herhangi birinden çıkmış bir tek karar bulunmamaktadır ve içtihat uyuşmazlığı, o listeye bakılırsa, sadece Hukuk Dairelerinin kararları arasındadır. Böyle olunca niçin sayın cezacıların da işe karıştığı ve Yargıtay ceza daireleri mensuplarının da katılımıyla "Yargıtay İçtihadı Birleştirme **Büyük** Genel Kurulu"ndan karar çıktığı anlaşılamıyor. Üstelik, karar metni başında, o konuda bir İçtBK çıkarılması gereğinden söz ederek Birinci Başkanlığa başvuran avukatların dahi dilekçelerinde **daireler** arasında içtihat uyuşmazlığı bulunduğuna değinildiği görülmektedir. Dairelerden herhangi biri ceza dairesi de değildir. Oysa, **yalnız hukuk dairelerinin içtihatları arasında** ortaya çıkan bir çözüm uyuşmazlığını içtihadı birleştirme kararına bağlamak konusunda görev, Yargıtay Kanunu m. 16 bent 5 karşısında, Yargıtay Büyük Genel Kurulu'na düşmezdi (Yargıtay K., m. 15 bent 2, alt bent b gereğince Hukuk Genel Kurulu'na düşerdi). Dergideki ifadeye anlam veremeyince internet'e girdim, Google arama satırına "İçtihadı Birleştirme Kararı 21.2.2014" yazıp "ara" komutu verdim; karşıma kararın Resmî Gazete'deki metni çıktı ve bu kararın, anladığım üzere, Yargıtay İçtihadı Birleştirme **Hukuk** Genel Kurulu'ndan çıkmış olduğunu gördüm. Dergiyi çıkarma yükünü üstlenmiş genç arkadaşlara uyarı: 1. Benim gördüğüm aksaklığı siz de görmeli ve kararın büyük genel kuruldan çıkmış olamayacağını anlamalı idiniz; 2. Daha dikkatli olmalısınız, hele verdiğiniz yollamalarda, andığınız isim, tarih ve numaralarda.

Şimdi işin özüne ve tek oy farkla, 75'e karşı 76 oyla çıkabilen kararın hakka hukuka aykırı içeriğine gelelim. İçtihadı birleştirme kararı, HMK'nun bugünkü "topal" sisteminde yâni bölge adliye mahkemelerinin istinaf mahkemesi işlevini yerine getirmesini düzenleyen maddelerinin yıllar boyunca

kâğıt üzerinde bırakılması ve adalet bakanlığının tam on yıldan beri (o kuralların daha HUMK yürürlükte iken 2004 yılında HUMK içine konmasından beri) inanılmaz bir rahatlıkla o kuralları kâğıt üzerinde bırakma ve hatta aynı kurallar yeni HMK içine aktarıldıktan sonra dahi "bunlar, ben onları yürürlüğe koyduğumu, bölge adliye mahkemelerinin istinaf mahkemesi olarak çalışmaya başladığını Resmî Gazete'de ilân edinceye kadar kâğıt üzerinde kalacaktır, eski HUMK'daki temyizle ilgili kuralların uygulanması süregidecektir" diyebilmekte olması sebebine karşımıza çıkan birçok hukuksal sorundan birini çözümlemek çabasındadır. Sorun, HMK'nun **yürürlüğe girmiş** m. 394 kuralında, ihtiyatî tedbir kararı verilmesi talebinin kabulü yahut reddi konusundaki ilk derece mahkemesi kararının bozulması için doğrudan kanun yoluna başvurulamıyacağı, ama kararı veren mahkemenin kendisine dilekçe vererek itirazda bulunulabileceği (HMK m. 394 f. IV) ve **itiraz hakkında verilen karara karşı kanun yoluna başvurulabileceği** kuralını (aynı madde, f. V) içerdiği halde, kâğıt üzerinde kurulmuş bulunan bölge adliye mahkemeleri ilk derece mahkemesi kararlarına karşı istinaf mahkemesi olmak işlevini yerine getirmeye on yıldan beri hâlâ başlamış olmadığı için, itiraz hakkında verilen kararı bozdurmak üzere kanun yoluna gitmek imkânı yasada açıkça tanındığına ve o hüküm yürürlükte olduğuna göre, bugünkü durumda, hangi kanun yoluna başvurulacağı sorunu olarak kendini gösteriyor.

Doğaldır ki uygulamada önce ilk derece mahkemeleri bu sorunla karşılaşmıştır¸çünkü ihtiyatî tedbir kararı verilmesi her hukuk mahkemesinin yahut özel hukuk işlerine bakan diğer mahkemelerin görev alanı kapsamındadır, bunların her birinden ihtiyatî tedbir kararı çıkabilir ve yasa gereğince, çıkan karara itiraz, o mahkemenin kendisine yapılacaktır. Böylece, itiraz üzerine ilk derece mahkemesinden çıkan karara karşı kanun yoluna başvurulabileceği hükmü yasada açıkça yer aldığına göre, istinaf yolu halen çalışmadığından başvurulabilecek tek kanun yolu temyizdir içeriğindeki kaçınılmaz mantıkla itirazcı kişi temyiz başvurusu yaptığında, itirazı çözümleyen karar temyiz edildiğinde dilekçenin verileceği mahkeme de, temyiz edilen kararı vermiş olan, dosyanın hâlen bulunduğu hüküm mahkemesidir ve o da ilk iş olarak kendisine geçerli bir temyiz başvurusu yapılıp yapılmadığını incelemek zorundadır (HUMK m. 432). Fakat bu konuda mahkeme olumsuz karar vermiş olsa bile, bu olumsuz karara karşı kanun yoluna

gidilememesini şimdi gerektiren, eleştirdiğimiz İçtBK çıkıncaya kadar, temyiz dilekçesi vermiş kişinin o red kararına karşı aynı HUMK m. 432'nin özel kuralı (f. V) gereğince ayrı dilekçe sunarak temyiz başvurusu yapmak ve konuyu sonuçta ilgili Yargıtay Dairesinin incelemesini sağlamak olanağı bulunuyor idi. İşte bu suretle, yahut zaten ilk derece mahkemesi temyiz hakkı yoktur deyip dilekçeyi (temyiz başvurusunu) reddetmiş olmadığı için Yargıtayın bir hukuk dairesi önüne gelen sorunun o dairece hükme bağlanış doğrultusu yönünden Yargıtay özel daire kararlarında tam bir bölünmüşlük vardı. İhtiyati tedbirle ilgili mahkeme kararına yapılmış itirazı çözümleyen karara karşı *temyiz yoluna* başvurulabilir mi başvurulamaz mı sorununa değinen, incelediğimiz İçtBK başında listelenmiş özel daire kararlarından, "temyiz yolu yalnız nihaî kararlara karşı açıktır, oysa ihtiyatî tedbire itirazı çözümlemiş karar bir nihaî karar değildir" gibi gerekçelerle temyiz yolunun cevazını reddeden dairelere (1., 3., 17. HD olmak üzere 3 daire) karşı "yasa, kanun yolunun açık olduğunu söylüyor; bakanlık istinaf yolunu hâlâ çalıştırmıyor diye kanunun çiğnenmesi düşünülemez, var olan tek kanun yolu hâlen temyiz yolu olduğuna göre biz de kanun yolu olarak temyiz yolundan yararlanılabileceğini kabul etmek zorundayız" mantığıyla temyiz yoluna gidilebileceğini kabul kaçınılmazdır görüşünü benimsemiş olanlar (4., 6., 8., 11., 13., 18., 19., 23. HD olmak üzere) 8 daire idi.

Sorunun görüşülmesi için HGK'nun 7.2.2014 günü ve 14.2.2014 günü yaptığı toplantılarda görüşler açıklanmış, konu tartışılmış ise de karar çoğunluğu oluşmadığından, 21.2.2014 günü üçüncü kez toplanılmış ve her nedense, olumsuz çözümü savunan 3 daire karşısında, temyiz yoluna başvurulabileceği doğrultusundaki, 8 dairenin savunduğu görüş bu kez, 27 oy'a karşı 26 oy alarak tek oy farkla azınlıkta kalmış, karar olumsuz doğrultuda çıkmıştır!

Söz buraya gelince unutulmaz hocam, akademik meslekte yetiştiğim kürsünün (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usul ve İcra-İflâs Hukuku Kürsüsü) başkanı Prof. Dr. İlhan Postacıoğlu'ndan öğrendiğim bir atasözünün doğruluğunu bir kez daha gördüm: (Bilimde ve mantıkta) **Oylar sayılmaz, tartılır**" Oyları tartmadan saymağa kalkarsanız işte böyle sonuçlar çıkar.

II. DEĞERLENDİRME

1. Kararı bir oy farkla veren Yargıtay çoğunluğunun, MK m. 1 emrine rağmen, sorunun nasıl çözümlenmesi gerektiği konusunda öğretide söylenenlerden yararlanmak zahmetine katlanmadığı

Kararın kendi metninde, incelenen soruna öğretide nasıl yaklaşıldığı, hangi öğreti yapıtlarında ne gerekçe ile hangi sonuca varıldığı konusunda tek kelime yoktur; yâni, öğretiye bakmak zahmetine katlanılmamıştır veya öğreti yapıtlarında söylenenler, üzerinde durmaya değmez sayılmıştır.

Buna karşılık, karar metnine ekli, muhalefet şerhi denmesi adet olmuş eklemelerden yâni azınlık görüşü açıklamalarından 15. HD üyesi Adem Albayrak'ın açıklamasında, üçü de HMK tasarısını hazırlayan bilim kurulunun üyeleri (ve hatta lokomotifleri) olan Prof. Dr. Pekcanıtez, Prof. Dr. Atalay ve Prof. Dr. Özekes'in ortak eserinde (HMK hükümlerine göre Medenî Usul Hukuku, Yetkin Yayınevi Ankara 2011, s. 722'de) şimdiki İçtBK'nın vardığı sonucun tam karşıtı çözümün yâni Bölge Adliye Mahkemesi istinaf mahkemesi olmak işlevini yerine getirmeye başlayıncaya kadar, ihtiyatî tedbir kararlarına itiraz üzerine çıkan karara karşı kanunun öngördüğü kanun yolunun temyiz yolu olması gerektiğinin açıkça savunulduğu, keza Prof. Dr. Abdürrahim Karslı'nın Medenî Muhakeme Hukuku kitabında (3. Bsl., s. 758) aynı görüşün kabul edildiği vurgulanmıştır.

Bu çözümü savunduğu belirtilen öğreti yapıtlarına başkaları da eklenmeliydi. Örneğin, benim Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi kitabımda (2. Bsl., Ankara 2014, s. 1156-1157'de yâni HMK m. 394'ün şerh edildiği yerde) şöyle açıklama vardır:

Fıkra V kuralına göre, itiraz üzerine verilen karara karşı kanun yoluna başvurulabilir; fakat yeni HMK düzenlemesinde kanun yolunun ilk aşaması istinaftır, oysa kâğıt üzerinde kurulan bölge adliye mahkemeleri hâlâ (kitabımızın bu ikinci basılışının gerçekleştirildiği 2014'de bile!) çalışmaya başlamadığından, uygulamada, yalnız m. 394 f. V'deki kanun yolu için değil, m. 387'de tek kanun yolu olarak öngörülmüş istinaf başvurusu için de, Yargıtaya başvurma yapılıp yapılamayacağı sorunu ortaya çıkmıştır. Konuyu yukarıda m. 341 açıklamaları arasında III'de ve m. 387 açıklamaları sonunda

incelemiş, HMK yürürlüğe girdikten sonra çıkan Yargıtay kararlarının savunduğu görüşleri anlatmıştık. Madde 387'deki başvurunun Yargıtaya yapılabileceği yolunda 4. HD'nin üç kararını andık; buna karşılık diğer bazı daireler, üstüste verdikleri kararlarda, m. 394 f. V'deki başvuru Yargıtaya yapılamaz diye kesip atarak, on yıldır bölge adliye mahkemelerini ve istinaf yolunu çalıştıramayan Adalet Bakanlığının bu ayıbı sebebine, yasanın andığımız kuralda tanıdığı kanun yolunun işlemezliğini kabul ve tescil etmişlerdir. Oysa MK m. 1'deki yorum ilkesi yâni yasanın sözüyle ve özüyle uygulanacağı ilkesi, yalnız medenî hukukta değil, yargılama usulü hukukları dahil bütün hukukta geçerlidir; demek ki yasa koyucunun gütmüş olması gereken amaç, bugünün koşulları ve gerçekleri karşısında ne olmak gerekiyor ise yasanın sözünü o doğrultuda yorumlayıp o uygulamanın yapılması gerektiğinden ve **yasa m. 394 f. V'de bir kanun yolu açmak istediğinden**, bunun tartışması olamayacağından, hâlen işleyen tek kanun yolunun (temyiz yolunun) orada sözü edilen başvuru için açık olduğu yorumunu benimsemek doğru ve zorunlu idi. Eğer Adalet Bakanlığı dürtüklenip ona bir sille atılmak istenmişse, silleyi yiyen Adalet Bakanlığı değil, mahkemeye işi düşen vatandaşlar, kuruluşlar olmuştur; kanunun tanıdığı başvuru hakkı yok sayılmıştır.

2. Sonuç

Şimdi, sayın Yargıtayın çıkardığı İçtBK, gördüğümüz hukuk ayıbının üstüne tüy dikmiş oluyor. **Böyle halleri ve genellikle "Yeni Türkiye"nin hallerini görmüş olmaktan doğan üzüntümü**, "eski Türkiye"nin yetiştirdiği değerli bilim adamlarından, (kurucularından olduğum) İzmir Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesinde akademik mesleğe girip şimdi kendisi de mesleğin en kıdemlilerinden olmuş çok değerli, çok sevgili meslekdaşım Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez'in de kendisi için Armağan yayınlanacaklar arasına katıldığını ve hatta eski kürsümüzde benden sonraki kürsü başkanı olunca orada üç Profesör (Oğuz Atalay, Muhammet Özekes, Meral Sungurtekin) yetiştirdiğini görmenin mutluluğu, bir ölçüde, gideriyor. Dilerim o da, yetiştirdiklerinin meslekte en kıdemliler arasına girdiğini ve onlar için de Armağan Kitabı çıkarıldığını görmenin mutluluğunu yaşar.

DIE EINSTWEILIGE VERFÜGUNG ZUR RÄUMUNG VON WOHNRAUM NACH § 940a ABS. 2 DER DEUTSCHEN ZPO

Prof. Dr. Wolf-Dietrich WALKER*

Bei dem Thema geht es um eine Problematik aus dem einstweiligen Rechtsschutz und aus dem Zwangsvollstreckungsrecht. Beide Rechtgebiete gehören zu den Arbeitsgebieten von *Hakan Pekcanitez*. Ihm ist der folgende Betrag in langjähriger freundschaftlicher Verbundenheit gewidmet.

I. Praktische Relevanz der Räumungsvollstreckung

Die Räumungsvollstreckung wird in der Regel vom Vermieter betrieben, wenn der Mieter nach Beendigung des Mietverhältnisses trotz einer entsprechenden Verurteilung nicht freiwillig aus der Wohnung auszieht. Sie spielt ferner eine Rolle, wenn der Eigentümer eines Hauses oder einer Wohnung einen Räumungstitel gegen Hausbesetzer erstritten hat. Schließlich ist der Erwerber einer Immobilie in der Zwangsversteigerung auf die Räumungsvollstreckung angewiesen, wenn der bisherige Eigentümer die versteigerte Wohnung nicht freiwillig übergibt.

II. Durchführung der Räumungsvollstreckung

Die Zwangsräumung erfolgt durch den Gerichtsvollzieher. Dieser hat den Schuldner aus dem Besitz zu setzen und den Gläubiger in den Besitz einzuweisen (§ 885 ZPO). Dazu fordert der Gerichtsvollzieher den Schuldner auf, die Wohnung endgültig zu verlassen. Das wird notfalls mit Gewalt durchgesetzt. Wenn der Schuldner dem Gerichtsvollzieher den

* Lehrstuhlinhaber für Bürgerliches Recht, Arbeitsrecht und Zivilprozessrecht an der juristischen Fakultät der Justus-Liebig-Universität Gießen

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Özel Sayı 2014, s. 515-530 (Basım Yılı: 2015)
Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ'e Armağan

Zutritt zur Wohnung verweigert, darf dieser die Wohnung auch gegen den Widerstand des Schuldners gewaltsam öffnen lassen (§ 758 Abs. 2 ZPO). Dafür braucht er keine besondere richterliche Erlaubnis (§ 758a Abs. 2 ZPO). Ferner nimmt der Gerichtsvollzieher dem Schuldner alle Schlüssel weg und baut gegebenenfalls ein neues Türschloss ein, von dem der Schuldner keinen Schlüssel erhält. Bewegliche Sachen des Schuldners werden vom Gerichtsvollzieher weggeschafft und dem Schuldner oder einem Bevollmächtigten oder einem erwachsenen Familienangehörigen des Schuldners zur Verfügung gestellt. Wenn das nicht möglich ist, werden die beweglichen Sachen vom Gerichtsvollzieher aufbewahrt oder anderweitig in Verwahrung gebracht (§ 885 Abs. 2, 3 ZPO).

Die Besitzeinweisung des Gläubigers erfolgt dadurch, dass ihm die Möglichkeit verschafft wird, die tatsächliche Gewalt über die Räume auszuüben. Zu diesem Zweck werden ihm etwa die Schlüssel für die geräumte Wohnung übergeben. Die Einzelheiten der Vollstreckung nach § 885 ZPO sind für den Gerichtsvollzieher in §§ 128-131 der Geschäftsanweisung für Gerichtsvollzieher (GVGA) konkretisiert. Dabei handelt es sich zwar nicht um ein Gesetz, sondern nur um eine verwaltungsinterne Anweisung. Ihre Beachtung gehört aber zu den Amtspflichten des Gerichtsvollziehers (§ 1 Satz 4 GVGA). Die GVGA soll dem Gerichtsvollzieher das Verständnis der gesetzlichen Vorschriften erleichtern.

III. Möglichkeiten zur Verhinderung oder Verzögerung der Räumungsvollstreckung

Der Räumungsschuldner hat verschiedene Möglichkeiten, die Räumungsvollstreckung zu verhindern oder jedenfalls zu verzögern.

1. Rechtliche Möglichkeiten des Schuldners

Schon im Erkenntnisverfahren kann er sich gem. § 721 ZPO vom Prozessgericht eine angemessene Räumungsfrist von höchstens einem Jahr gewähren lassen und dadurch zunächst einmal einen befristeten Räumungsschutz erreichen. Im Vollstreckungsverfahren kann er nach § 765a ZPO allgemeinen Vollstreckungsschutz beantragen, wenn die Räumung für

ihn auch unter Würdigung der Interessen des Gläubigers eine sittenwidrige Härte bedeuten würde. Das ist etwa dann anzunehmen, wenn für kranke, altersschwache oder suizidgefährdete Schuldner bei der Räumung konkrete Gefahren für Leib oder Leben bestehen. Solche Vollstreckungsschutzanträge von Räumungsschuldnern sind gar nicht selten. Wenn zu erwarten ist, dass der Räumungsschuldner durch die Vollstreckung des Räumungstitels obdachlos wird, benachrichtigt der Gerichtsvollzieher unverzüglich die für die Unterbringung von Obdachlosen zuständige Verwaltungsbehörde (§ 130 Abs. 3 GVGA). Diese kann den Schuldner zur Vermeidung von Obdachlosigkeit auf ihre Kosten wieder in die zu räumende Wohnung einweisen. In diesem Fall unterlässt der Gerichtsvollzieher die Räumungsvollstreckung (§ 130 Abs. 4 GVGA). Alle genannten Möglichkeiten haben zur Folge, dass die Räumungsvollstreckung für den Gläubiger ein schwieriges Geschäft sein kann.

2. Notwendigkeit eines Räumungstitels gegen alle Mitbesitzer

Besondere Schwierigkeiten ergeben sich daraus, dass nach der inzwischen ständigen Rechtsprechung ein Räumungstitel nicht nur gegen den bisherigen Mieter, Hausbesetzer oder Voreigentümer vorliegen muss, sondern auch gegen alle Mitbesitzer an der Wohnung[1]. Deshalb darf die Räumung gegen einen Untermieter[2], den Ehepartner[3], den mitbewohnenden Lebenspartner[4] oder einen sonstigen Mitbewohner[5] nur betrieben werden, wenn gegen diese Personen ein eigener Vollstreckungstitel vorliegt. Von diesen Personen hat der Gläubiger aber oft keine Kenntnis, zumindest kennt er nicht ihren Namen. Deshalb kann er sie auch nicht im Räumungsprozess mit verklagen. Wenn der Gerichtsvollzieher im Räumungstermin neben dem im Titel genannten Schuldner weitere Personen in der Wohnung antrifft,

---

1 BGH, 25.06.2004 – IXa ZB 29/04, NJW 2004, 3041; 19.03.2008 – I ZB 56/07, NJW 2008, 1956.

2 BGH, 18.07.2003 – IXa ZB 116/03, Rpfleger 2003, 596.

3 BGH, 25.06.2004 – IXa ZB 29/04, NJW 2004, 3041.

4 BGH, 19.03.2008 – I ZB 56/07, NJW 2008, 1959 f.

5 LG Heilbronn, 29.03.2004 – 1 T 308/04 St, DGVZ 2005, 167 ff.; *Schuschke/Walker*, Vollsteckung und Vorläufiger Rechtsschutz, 5. Aufl. 2011, § 885 Rn. 19.

gegen die aber kein Räumungstitel vorliegt, darf er gegen sie nicht vollstrecken. Der Gläubiger muss auch die Mitbesitzer dann erst in einem Erkenntnisverfahren auf Räumung verklagen und gegen sie einen Räumungstitel erstreiten. Damit kann ein großer Zeitverlust verbunden sein. Und wenn dann endlich auch gegen die Mitbesitzer ein Räumungstitel vorliegt, werden dem Gerichtsvollzieher beim folgenden Vollstreckungsversuch möglicherweise neue Mitbewohner präsentiert. Dieses „böse Spiel" lässt sich theoretisch unendlich lange fortsetzen, so dass dem Gläubiger die Räumungsvollstreckung versperrt bleibt. Zwar könnte man überlegen, ob der Gläubiger nicht einen auf die Wohnung bezogenen Räumungstitel erstreiten kann, der dann gegen alle jeweiligen Mitbesitzer an der Wohnung wirkt[6]. Dieser Vorschlag hat sich jedoch nicht durchgesetzt. Eine solche Lösung soll mit der verfassungsrechtlich gewährleisteten Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 13 GG) unvereinbar sein[7].

IV. Vollstreckungserleichterung durch einstweilige Räumungsverfügung nach § 940a Abs. 2 ZPO

Die Möglichkeiten des Schuldners, eine Räumungsvollstreckung insbesondere durch den Vermieter zu vereiteln, beeinträchtigen dessen verfassungsrechtlich gewährleistetes Recht auf effektiven Rechtsschutz[8]. Da Selbsthilfe grundsätzlich verboten ist und der Staat ein Vollstreckungsmonopol hat, muss dieser dafür sorgen, dass ein materieller Anspruch auf Räumung auch durchgesetzt werden kann. Deshalb wurde durch das so genannte Mietrechtsänderungsgesetz vom 11.03.2013[9] ein neuer § 940a Abs. 2 in die ZPO eingefügt. Danach kann unter bestimmten Voraussetzungen die Räumung von Wohnraum gegen einen Mitbesitzer an der Wohnung auch durch einstweilige Verfügung angeordnet werden. Diese Regelung bringt insofern etwas Neues, als vorher die Räumung von Wohnraum grundsätzlich durch einstweilige Verfügung nur wegen verbotener Eigenmacht oder bei einer konkreten Gefahr für Leib oder Leben

---

6 *Dötsch*, ZMR 2012, 83, 84; *Schuschke*, NZM 2005, 10, 12.

7 BT-Drs. 17/10485, S. 33 f.

8 *Dötsch*, ZMR 2012, 83.

9 BGBl. I S. 434.

angeordnet werden durfte (§ 940a Abs. 1 ZPO). Es bleibt zwar auch nach Einfügung des neuen Abs. 2 in § 940a ZPO dabei, dass der Gläubiger gegen jeden Mitbewohner einen eigenen Vollstreckungstitel benötigt. Aber er muss dafür kein zeitaufwendiges Hauptsacheverfahren gegen den Mitbewohner durchführen, sondern er kann einen Vollstreckungstitel deutlich schneller im einstweiligen Rechtsschutz erwirken[10].

1. Anwendungsbereich des § 940a Abs. 2 ZPO

§ 940a Abs. 2 ZPO hilft dem Gläubiger nicht bei jeder Räumungsvollstreckung. Die Vorschrift hat vielmehr in mehrfacher Hinsicht einen eingeschränkten Anwendungsbereich.

a. Räumung von Wohnraum

Zunächst gilt die Regelung nur bei der Räumung von Wohnraum. Das ist bemerkenswert, weil die Vollstreckungsprobleme bei der Räumung von Gewerberaum nicht anders liegen. Eine erweiternde Auslegung des § 940a Abs. 2 ZPO oder eine analoge Anwendung bei gewerblichen Räumen ist nicht möglich[11], weil der klare Gesetzeswortlaut und die Terminologie in der Gesetzesbegründung[12] auf eine bewusste gesetzgeberische Entscheidung schließen lassen.

b. Vollstreckung durch den Vermieter

Zweitens kommt eine einstweilige Räumungsverfügung nur für den Vermieter[13] gegen den Mitbesitzer des Mieters in Betracht. Es muss sich also um vermieteten Wohnraum handeln, und der Kläger muss als Vermieter

---

10 Zu diesem Zweck des neuen § 940a Abs. 2 ZPO siehe die amtliche Begründung in BT-Drs. 17/10485, S. 34.

11 Ebenso KG, 05.09.2013 – 8 W 64/13, NJW 2013, 3588 f.; LG Köln, 12.06.2013, 1 T 147/13, NJW 2013, 3589;*Börstinghaus*, NJW 2014, 2225, 2226; a.M. LG Hamburg, 27.06.2013 – 334 O 104/13, NJW 2013, 3666.

12 BT-Drs. 17/10485, S. 34.

13 LG Arnsberg, 25.02.2014 – 3 S 11/14, NJW-RR 2014, 970; *Börstinghaus*, NJW 2014, 2225.

Partei des Mietvertrags sein[14]. § 940a Abs. 2 ZPO hilft somit nicht bei der Räumungsvollstreckung gegen Hausbesetzer sowie dann, wenn der Erwerber in der Zwangsversteigerung aus dem Zuschlagsbeschluss die Räumungsvollstreckung gegen den Voreigentümer betreibt.

c. Räumungsurteil gegen den Mieter

Außerdem reicht nicht jeder Vollstreckungstitel gegen den Mieter aus. Eine einstweilige Verfügung gegen den Mitbesitzer setzt vielmehr einen im Urteilsverfahren erstrittenen Titel gegen den Mieter voraus. Das ergibt sich aus § 940a Abs. 2, letzter Halbsatz ZPO, wonach der Vermieter vom Mitbesitz des Dritten erst nach dem Schluss der mündlichen Verhandlung Kenntnis erlangt haben darf. Damit ist die mündliche Verhandlung in einem auf Räumung gerichteten Erkenntnisverfahren gemeint. Eine vollstreckbare Urkunde (§ 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO) und ein für vollstreckbar erklärter Anwaltsvergleich (§§ 794 Abs. 1 Nr. 4b, 796b, 796c ZPO) reichen als Räumungstitel gegen den Mieter nicht aus, um gegen den Mitbesitzer eine einstweilige Räumungsverfügung erwirken zu können.

d. Vollstreckung gegen einen dritten Besitzer

Der Mitbesitzer, gegen den eine Räumungsverfügung erstritten werden soll, darf nicht selbst Mieter sein. Andernfalls ist er nicht Dritter im Sinne von § 940a Abs. 2 ZPO. Gegen den Mieter muss immer ein Räumungstitel im Hauptsacheverfahren ergangen sein. Falls mehrere Personen Mieter sind, muss gegen mindestens einen von ihnen ein Hauptsachetitel vorliegen, um gegen weitere Mitbesitzer, die nicht Mieter sind, nach § 940a Abs. 2 vorgehen zu können. Der Sinn eines notwendigen Hauptsacheverfahrens besteht darin, dass die Beendigung des Mietverhältnisses in einem nicht nur einstweiligen Verfahren geklärt werden soll. Ein Hauptsacheverfahren gegen einen Mieter ist immer erforderlich. Es reicht nicht aus, wenn der oder die Mieter zur freiwilligen Räumung bereit sind, nicht aber ein Dritter als Mitbesitzer[15].

---

14 LG Arnsberg, 25.02.2014 – 3 S 11/14, NJW-RR 2014, 970.

15 *Streyl*, NZM 2012, 249, 252.

2. Verfügungsart

Bei § 940a Abs. 2 ZPO handelt es sich um einen gesetzlichen Fall einer Leistungs- oder Befriedigungsverfügung[16]. Der materielle Verfügungsanspruch des Vermieters soll nicht nur gesichert, sondern erfüllt werden. § 940a Abs. 2 ZPO ist gerade darauf angelegt, dass der Vermieter gegen einen Dritten als Besitzer der Wohnung in einem schnellen Verfügungsverfahren genau einen solchen Vollstreckungstitel erlangt, wie er ihn zuvor gegen seinen Mieter in einem Hauptsacheverfahren erstreiten musste.

3. Verfügungsvoraussetzungen

Wie jede einstweilige Verfügung setzt auch diejenige nach § 940a Abs. 2 ZPO einen Verfügungsanspruch und einen Verfügungsgrund voraus.

a. Verfügungsanspruch

Als Verfügungsanspruch kommt jeder materielle Anspruch des Vermieters gegen einen Dritten als Mitbesitzer in Betracht, der auf Räumung von Wohnraum gerichtet ist.

aa. *Räumungsanspruch gegen den Besitzer gem. § 546 Abs. 2 BGB*

Das ist in erster Linie der Anspruch des Vermieters gegen einen Dritten aus § 546 Abs. 2 BGB. Danach kann der Vermieter dann, wenn der Mieter den Gebrauch der Mietsache einem Dritten überlassen hat, die Sache nach Beendigung des Mietverhältnisses auch von dem Dritten zurückfordern. Der Anspruch ist wie derjenige gegen den Mieter selbst aus § 546 Abs. 1 BGB auf Herausgabe der Mietsache in geräumtem und gereinigtem Zustand gerichtet[17].

bb. *Herausgabeanspruch gem. § 985 BGB*

Wenn der Vermieter Eigentümer der vermieteten Wohnung ist, hat er daneben auch einen Herausgabeanspruch gegen den Mitbesitzer aus § 985

---

16 Ebenso *Börstinghaus*, NJW 2014, 2225; *Streyl*, NZM 2012, 249, 253; a.A. *Zöller/Vollkommer*, ZPO, 30. Aufl. 2014, § 940a Rn. 6.

17 *Jauernig/Teichmann*, BGB, 15. Aufl. 2014, § 546 Rn. 3, 2; *Streyl*, NZM 2012, 249, 252.

BGB. Denn mit Beendigung des Mietverhältnisses endet auch die von dem Dritten zum Vermieter führende Besitzrechtskette und damit ein Recht zum Besitz. Falls der Dritte den Besitz gar nicht vom Vermieter erlangt hat, ist § 985 BGB sogar der einzige Anspruch des Vermieters beziehungsweise Eigentümers, weil dann die Voraussetzungen für einen Rückforderungsanspruch gegen den Mitbesitzer nach § 546 Abs. 2 BGB gar nicht vorliegen.

Zwar ist der Anspruch aus § 985 BGB nur auf Herausgabe, nicht dagegen auf Räumung gerichtet, wie es der § 940a Abs. 2 ZPO voraussetzt. Der Dritte muss also nur den Besitz aufgeben und auf den Eigentümer übertragen, nicht dagegen die beweglichen Gegenstände entfernen. Trotzdem reicht nach allgemeiner Ansicht auch der Herausgabeanspruch aus § 985 BGB als Verfügungsanspruch aus[18]. Denn das vorrangige Interesse des Vermieters, der durch § 940a Abs. 2 ZPO geschützt werden soll, besteht darin, die tatsächliche Verfügungsbefugnis über die Wohnung zu erlangen. Falls diese nicht ordnungsgemäß geräumt ist, mag das für den Vermieter ärgerlich sein, aber die Räumung kann er dann notfalls selbst vornehmen oder veranlassen[19].

b. Verfügungsgrund

Da es sich bei § 940a Abs. 2 ZPO um eine Leistungs- oder Befriedigungsverfügung handelt, die nicht nur auf Sicherung, sondern auf Erfüllung des materiellen Räumungsanspruchs gerichtet ist, kommt sie nach allgemeiner Ansicht nur unter besonders strengen Voraussetzungen in Betracht. Diese sind – ebenso wie bei anderen spezialgesetzlich geregelten Leistungsverfügungen – in erster Linie ihrer Rechtsgrundlage (hier also § 940a Abs. 2 ZPO) zu entnehmen[20].

---

18 *Börstinghaus*, NJW 2014, 2225; *Fleindl*, ZMR 2013, 677.

19 *Streyl*, NZM 2012, 249, 252.

20 *Börstinghaus*, NJW 2014, 2225, 2227; *Brox/Walker*, Zwangsvollstreckungsrecht, 10. Aufl. 2014, Rn. 1611; a.M. offenbar *Zöller/Vollkommer*, § 940a Rn. 6 (Verfügungsgrund sei die fehlende Besitzberechtigung des Dritten).

aa. *Gefahr eines endgültigen Rechtsverlustes*

Nach allgemeinen Regeln kommt eine Leistungs- oder Befriedigungsverfügung nur in Betracht, wenn sie – insbesondere wegen der Gefahr eines endgültigen Rechtsverlustes für den Antragsteller – nötig erscheint. Wenn der Vermieter einen Räumungstitel gegen den Schuldner hat, entsteht für ihn so lange ein endgültiger Rechtsverlust, wie er den Besitz an der vollständig geräumten Wohnung nicht erlangen kann. Deshalb ist eine Räumungsverfügung zur Vermeidung eines endgültigen Rechtsverlustes nötig.

bb. *Keine Kenntnis des Vermieters von der Existenz des Dritten bis zur letzten mündlichen Verhandlung im Räumungsprozess*

Nach § 940a Abs. 2 ZPO darf der Vermieter von dem Besitzerwerb des Dritten an der zu räumenden Wohnung erst nach Schluss der mündlichen Verhandlung im Räumungsprozess gegen den Mieter Kenntnis erlangt haben. Hatte er diese Kenntnis schon vorher, hätte er den Mitbesitzer schon in den Räumungsprozess einbeziehen müssen. Dann hätte er auch gegen ihn von vornherein einen Räumungstitel erstreiten können. Diese Voraussetzung beruht auf der für alle einstweiligen Verfügungen geltenden Überlegung, dass es an einem Verfügungsgrund wegen so genannter Selbstwiderlegung fehlen kann[21]. Wenn der Vermieter Kenntnis von dritten Mitbesitzern hat und trotzdem nur einen Räumungsprozess gegen seinen unmittelbaren Mieter führt, begibt er sich sehenden Auges in eine Situation, in der er seinen Räumungsanspruch nicht vollständig durchsetzen kann. Das spricht dann gegen die für eine einstweilige Verfügung erforderliche Dringlichkeit.

Nach dem Gesetzeswortlaut des § 940a Abs. 2 ZPO schadet dem Vermieter nur positive Kenntnis vom Besitzerwerb eines Dritten. Grob fahrlässige Unkenntnis genügt also nicht. Es kommt also grundsätzlich nicht darauf an, ob der Vermieter die Besitzerlangung durch einen Dritten hätte kennen müssen. Den Vermieter trifft mithin keine Erkundigungsobliegenheit. Das passt zum materiellen Mietrecht. Nach § 540

---

21 *Brox/Walker*, Rn. 1592.

Abs. 1 BGB darf der Mieter den Gebrauch an der Mietsache nur mit Erlaubnis des Vermieters einem Dritten überlassen. Um diese Erlaubnis muss der Mieter nachfragen. Er muss also dem Vermieter Kenntnis von der beabsichtigten Besitzüberlassung an Dritte verschaffen. Folglich braucht der Vermieter bis zu seinem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung nach § 940a Abs. 2 ZPO nur vorzutragen und glaubhaft zu machen, bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung im Räumungsprozess gegen den Mieter keine Kenntnis vom Besitz des Dritten an der Wohnung gehabt zu haben. Davon ist nur dann eine Ausnahme zu machen, wenn der Vermieter offensichtliche Hinweise auf Mitbewohner des Mieters hat, denen er bewusst nicht nachgegangen ist[22]. In einem solchen Fall ist die Berufung auf fehlende Kenntnis nämlich rechtsmissbräuchlich, so dass es an der für die einstweilige Verfügung erforderlichen Dringlichkeit fehlt.

cc. *Keine Notwendigkeit einer Interessenabwägung*

Zwar kommt grundsätzlich eine Leistungs- oder Befriedigungsverfügung wegen der Vorwegnahme der Hauptsache nur in Betracht, wenn eine Interessenabwägung zwischen den Interessen des Antragstellers am Erlass der einstweiligen Verfügung und denjenigen des Antragsgegners am Unterbleiben der einstweiligen Verfügung zu Gunsten des Antragstellers ausgeht[23]. Im Fall des § 940a Abs. 2 ZPO ist eine solche Interessenabwägung bei der Prüfung des Verfügungsgrundes jedoch nicht erforderlich[24]. Diese Interessenabwägung hat der Gesetzgeber nämlich in den Tatbestandsvoraussetzungen des § 940a Abs. 2 ZPO bereits untergebracht[25]. Wenn die Voraussetzungen dieser Vorschrift vorliegen, ist davon auszugehen, dass die Interessen des Vermieters an einer schnellen Titulierung des Räumungsanspruchs gegenüber den Interessen des

---

22 *Schuschke*, NZM 2012, 209, 211; *ders.*, Räumungsprozess und Räumungsvollstreckung, 3. Aufl. 2013, S. 97.

23 *Brox/Walker*, Rn. 1611; *Walker*, Der einstweilige Rechtsschutz im Zivilprozess und im arbeitsgerichtlichen Verfahren, 1993, Rn. 258 ff.

24 Ebenso LG Mönchengladbach, 10.12.2013 – 2 T 62/13, NJW 2014, 950;*Börstinghaus*, NJW 2014, 2225, 2227; *Fleindl*, ZMR 2013, 677, 679.

25 *Brox/Walker*, Rn. 1611.

Mitbewohners am Besitz der Wohnung überwiegen. Diese pauschalierende Lösung ist auch sachlich berechtigt. Eine Interessenabwägung ist nämlich vor allem von dem voraussichtlichen Ausgang eines hypothetischen Hauptsacheverfahrens abhängig[26]. Da nach § 940a Abs. 2 ZPO der Vermieter bereits einen Räumungstitel gegen seinen Mieter erstritten haben muss, spricht alles dafür, dass er unproblematisch auch einen entsprechenden Titel gegen einen dritten Besitzer erlangen könnte. Die amtliche Gesetzesbegründung zu § 940a Abs. 2 ZPO geht ebenfalls davon aus, dass die Erlangung eines Titels gegen den Mitbesitzer „reine Formsache" sei[27].

4. Inhalt der einstweiligen Verfügung nach § 940a Abs. 2 ZPO

Nach § 938 Abs. 1 ZPO entscheidet grundsätzlich das Gericht nach freiem Ermessen, welche Anordnungen in der einstweiligen Verfügung zur Erreichung des Zwecks erforderlich sind. Davon macht § 940a Abs. 2 ZPO nur scheinbar eine Ausnahme. Danach darf zwar nur die Räumung von Wohnraum angeordnet werden[28]. Aber die Reduzierung des gerichtlichen Ermessens auf Null ergibt sich schon aus dem auch für § 938 Abs. 1 ZPO geltenden Grundsatz, dass die einstweilige Verfügung sich im Rahmen des gestellten Antrags halten muss. Dieser muss bei einer Leistungs- oder Befriedigungsverfügung so bestimmt sein, wie der Antrag bei einer Leistungsklage im Hauptsacheprozess[29]. Und der Verfügungsantrag lautet im Fall des § 940a Abs. 2 ZPO eben auf Räumung.

Falls der Antrag auf Erlass einer Räumungsverfügung auf den Verfügungsanspruch des Vermieters aus § 985 BGB gestützt wird und deshalb der Antrag nicht auf Räumung, sondern „nur" auf Herausgabe gerichtet ist, darf konsequenterweise auch in der einstweiligen Verfügung nur die Herausgabe der Wohnung angeordnet werden[30].

---

26 *Walker*, Rn. 261 f.

27 BT-Drs. 17/10485, S. 34.

28 *Abramenko*, DGVZ 2013, 42, 43.

29 *Brox/Walker*, Rn. 1618.

30 *Streyl*, NZM 2012, 249, 252.

V. Verbleibende Hindernisse für eine effektive Räumungsvollstreckung

Mit § 940a Abs. 2 ZPO sind allerdings wesentliche Probleme des Gläubigers bei der Räumungsvollstreckung nicht gelöst[31].

1. Unbekannter Mitbesitzer

Eine einstweilige Räumungsverfügung gegen den Besitzer kann der Vermieter nur dann beantragen, wenn er den Besitzer kennt. Allein dadurch, dass er nach Schluss der mündlichen Verhandlung im Räumungsprozess gegen den Mieter, möglicherweise erst anlässlich des Vollstreckungsversuchs durch den Gerichtsvollzieher, von der Existenz eines dritten Besitzers erfährt, erlangt er noch keine Kenntnis vom Namen des Dritten. Zwar ist der Gerichtsvollzieher verpflichtet, den Namen der in der Wohnung angetroffenen Personen festzustellen, um deren Identität zu prüfen und damit zu verhindern, dass gegen die falschen Personen vollstreckt wird[32]. Probleme entstehen aber dann, wenn die in der zu räumenden Wohnung angetroffenen Personen ihren Namen nicht nennen. Es wird für den Gerichtsvollzieher keinesfalls immer möglich sein, den Namen des Mitbesitzers anhand der Tür- oder Briefkastenschilder sicher festzustellen, und Besitz an der Wohnung kann auch jemand haben, der nicht offiziell mit dieser Wohnungsanschrift beim Einwohnermeldeamt gemeldet ist[33]. Nach den Vorstellungen des Gesetzgebers soll in einem solchen Fall ein Rechtsmissbrauch des Dritten vorliegen, der den Gerichtsvollzieher zur Räumung auch gegen den im Titel nicht genannten Besitzer berechtigt[34]. Dabei stützt sich die amtliche Begründung zu § 940a Abs. 2 ZPO auf eine Entscheidung des Landgerichts Lübeck[35]. Die Verfasser der amtlichen Begründung haben jedoch übersehen, dass der Bundesgerichtshof die

---

31 Kritisch auch *Dötsch*, ZMR 2012, 83 f.; *Fischer*, DGVZ 2012, 151, 154 ff.; *Flatow*, NJW 2013, 1185, 1191;S*chuschke*, NZM 2012, 209 ff.

32 *Schuschke/Walker*, § 750 Rn. 1, 2, 15 ff.; vgl. auch BT-Drs. 17/10485, S. 34.

33 Zu optimistisch *Flatow*, NJW 2013, 1185, 1190.

34 BT-Drs. 17/10485, S. 34.

35 LG Lübeck, 23.04.2008 – 7 T 193/08, DGVZ 2008, 172 ff.

Entscheidung des Landgerichts Lübeck aufgehoben hat und selbst im Fall eines Rechtsmissbrauchs eine Vollstreckung ohne einen Räumungstitel gegen den im Titel nicht genannten Besitzer für unzulässig hält[36]. Die Gerichtsvollzieher werden daher das Risiko einer Vollstreckung ohne Titel gegen den Besitzer, der seinen Namen nicht nennt, kaum eingehen, zumal ein solches Vorgehen in der GVGA nicht vorgesehen ist[37]. Zwar kann der Gläubiger den Mieter gerichtlich auf Auskunft über die Person des Dritten in Anspruch nehmen, weil diese Auskunftserteilung zu den vertraglichen oder nachvertraglichen Nebenpflichten des Mieters gehört. Aber das kostet auch wieder Zeit, in der eine Räumungsvollstreckung gegen den Dritten nicht möglich ist. Davon abgesehen versagen solche Auskunftsbegehren im Zweifel, wenn der mitbesitzende Dritte sein Besitzrecht gar nicht vom Mieter, der möglicherweise vorher schon ausgezogen ist, ableitet. Das betrifft Hausbesetzer und andere unbekannte Alleinbesitzer[38].

2. Rechtsmittel und Rechtsbehelfe des Besitzers

Selbst wenn der Mitbesitzer identifiziert werden kann und der Vermieter gegen ihn eine einstweilige Verfügung nach § 940a Abs. 2 ZPO erwirkt, kann der Mitbesitzer noch Rechtsmittel und Rechtsbehelfe gegen die einstweilige Verfügung einlegen. Insbesondere kann er nach §§ 936, 926 ZPO beim Gericht die Anordnung beantragen, dass der Vermieter gegen ihn Räumungsklage im Hauptsacheverfahren erheben muss. Bei nicht fristgerecht erhobener Hauptsacheklage kann der Mitbesitzer dann die Aufhebung der Räumungsverfügung erzwingen (§ 926 Abs. 2 ZPO). Durch den Aufhebungsantrag wird zwar die Vollziehung der einstweiligen Verfügung nicht sofort gehemmt. Aber schon während des Aufhebungsverfahrens kann das Gericht ihre Vollstreckung einstweilen einstellen. Die Einstellungsmöglichkeit ist zwar in § 924 Abs. 3 S. 2 ZPO

---

36 BGH, 14.08.2008 – I ZB 39/08, NJW 2008, 3287; die Entscheidung ist sogar auf derselben Seite der Bundestagsdrucksache in anderem Zusammenhang zitiert.

37 Kritisch auch *Fischer*, DGVZ 2012, 151, 154; dennoch für die Anwendung von § 242 BGB plädierend *Dötsch*, ZMR 2012, 83.

38 Vgl. auch *Flatow*, NJW 2013, 1185, 1191.

unmittelbar nur für das Widerspruchsverfahren geregelt, das sich an eine ohne mündliche Verhandlung erlassene einstweilige Verfügung anschließen kann. Aber diese Vorschrift wird für das Aufhebungsverfahren nach § 926 Abs. 2 ZPO entsprechend angewendet[39]; denn das Interesse des Verfügungsgegners, sich gegen eine einstweilige Verfügung zu wehren und schnellen Schutz vor deren Vollziehung zu erhalten, besteht unabhängig davon, ob er mit dem Widerspruch oder einem Aufhebungsantrag gegen die einstweilige Verfügung vorgeht[40]. Auch dadurch kann die Räumungsvollstreckung hinausgezögert werden. Die gewünschte Beschleunigungswirkung hat § 940a Abs. 2 ZPO also nur gegenüber Dritten, die sich nicht verteidigen; diese werden aber in der Regel freiwillig räumen, wenn der Vermieter räumen muss[41].

3. Ständig neue Besitzer

Vor allem hat ein böswilliger Mieter die Möglichkeit, dem Gerichtsvollzieher bei jedem Räumungsversuch immer wieder neue Mitbesitzer zu präsentieren. Gegen diese kann der Vermieter zwar ebenfalls eine einstweilige Verfügung nach § 940a Abs. 2 ZPO erwirken, sofern sie identifizierbar sind. Aber dieses „Spiel“ kann lange fortgesetzt werden, und in dieser Zeit hat der Gerichtsvollzieher dann keine Möglichkeit zur vollständigen Räumung. Zwar wird ein Mieter in der Regel kaum auf so viele Personen zurückgreifen können, die sich als Wohnungsbesitzer zur Verfügung stellen, dass durch sie eine Räumung auf Dauer verhindert werden kann[42]. Aber in dieser Art von Rechtsmissbrauch liegt doch ein erhöhtes Verzögerungspotenzial[43].

---

39 OLG Düsseldorf, 09.09.1969 – 3 W 266/69, NJW 1970, 254; MüKo/*Drescher*, 4. Aufl. 2013, § 926 Rn. 21; *Schuschke/Walker*, § 926 Rn. 23 m.w.N. inFn. 122; *Walker*, Rn. 602; *Zöller/Vollkommer*, § 926 Rn. 28.

40 *Schuschke/Walker*, § 926 Rn. 23.

41 *Schuschke*, NZM 2012, 209, 211; *ders.*, Räumungsprozess und Räumungsvollstreckung, S. 98.

42 So schon *Streyl*, NZM 2012, 249, 255.

43 Ebenso *Dötsch*, ZMR 2012, 83, 84; *Flatow*, NJW 2013, 1185, 1191.

4. Kosten

Der Gesetzgeber geht davon aus, durch § 940a Abs. 2 ZPO dem Vermieter nicht nur eine schnelle, sondern auch eine kostengünstige Titulierung seines Räumungsanspruchs gegen mitbesitzende Dritte zu ermöglichen[44]. Das trifft aber nur zu, so lange es bei dem Eilverfahren nach § 940a Abs. 2 ZPO bleibt. Wenn der Dritte nach Erlass einer Räumungsverfügung nach § 926 Abs. 1 ZPO die Einleitung eines Hauptsacheverfahrens beantragt, sind die Kosten sogar höher als bei einer sofortigen Räumungsklage gegen den Dritten[45]. Dieses zusätzliche Hauptsacheverfahren muss der Vermieter einleiten, wenn er nicht die Aufhebung der Räumungsverfügung nach § 926 Abs. 2 ZPO und eine Verurteilung zum Schadensersatz nach § 945 ZPO in Kauf nehmen will. Auf den Kosten des Verfügungsverfahrens und des Hauptsacheverfahrens bleibt der Vermieter auch dann sitzen, wenn er obsiegt, sofern der Mitbesitzer kein pfändbares Vermögen hat. Diese Gefahr ist groß, wenn schon das Mietverhältnis mit dem Mieter beendet wurde, weil dieser die Miete nicht mehr zahlen konnte; denn dann wird zumeist auch sein Mitmieter nicht zahlungsfähig sein[46].

VI. Zusammenfassung und Bewertung des § 940a Abs. 2 ZPO

Die Absicht des Gesetzgebers, die Räumungsvollstreckung durch den Vermieter im Sinne eines effektiven Rechtsschutzes zu erleichtern, kann nur begrüßt werden. Das zu diesem Zweck gewählte Modell der einstweiligen Räumungsverfügung ist allerdings nur zum Teil geeignet, die Vollstreckungsprobleme des Vermieters zu lösen[47].

Die Beschränkung des Anwendungsbereichs des § 940a Abs. 2 ZPO auf die Räumungsvollstreckung durch den Vermieter ist nicht sachgerecht. Der Erwerber in der Zwangsversteigerung, der die Räumung gegen den

---

44 BT-Drs. 17/10485, S. 34.

45 *Dötsch*, ZMR 2012, 83, 84; *Schuschke*, Räumungsprozess und Räumungsvollstreckung, 3. Aufl. 2013, 98 f.; *ders.* NZM 2012, 209, 211.

46 *Schuschke*, Räumungsprozess und Räumungsvollstreckung, S. 99.

47 So schon *Schuschke*, NZM 2012, 209.

bisherigen Eigentümer betreibt, hat dasselbe berechtigte Räumungsinteresse wie der Vermieter nach Beendigung des Mietverhältnisses. Auch die fehlende Einbeziehung der Gewerberaummiete ist nicht berechtigt[48]. Selbst wenn dort die praktische Relevanz von Räumungsproblemen weniger groß sein sollte, als bei der Wohnraummiete, kann die Vollstreckung auch bei der Gewerberaummiete an bisher nicht bekannten Mitbesitzern scheitern. Außerdem ist der nichtberechtigte Besitzer von Gewerberaum nicht schutzwürdiger als der Besitzer einer Wohnung. Zwar ist bei der Gewerberaummiete im Gegensatz zur Wohnraummiete eine einstweilige Verfügung nicht auf den Verfügungsgrund der verbotenen Eigenmacht oder der konkreten Gefahr für Leib oder Leben beschränkt (vgl. § 940a Abs. 1 ZPO); aber die allgemeinen Voraussetzungen für eine Leistungsverfügung sind so streng, dass die Anwendbarkeit des § 940a Abs. 2 ZPO auch die Räumungsvollstreckung bei der Gewerberaummiete erleichtern würde. Schließlich hilft § 940a Abs. 2 ZPO nicht bei der Räumungsvollstreckung gegen solche Besitzer, deren Namen nicht bekannt sind. Die Vorstellung des Gesetzgebers, die Räumung dürfe auch ohne Titel gegen den Besitzer betrieben werden, wenn dieser seinen Namen rechtsmissbräuchlich nicht preisgebe, würde nur dann zutreffen, wenn der Bundesgerichtshof seine Rechtsprechung zur Notwendigkeit eines Titels auch bei rechtsmissbräuchlicher Vollstreckungsvereitelung ändern würde. Schließlich tragen auch die Verteidigungsmöglichkeiten des Dritten gegen die einstweilige Räumungsverfügung dazu bei, dass die Räumungsvollstreckung nicht so effektiv möglich ist, wie es wünschenswert wäre. Vor allem ist das Problem des böswilligen Räumungsschuldners, der ständig neue Mitbesitzer präsentiert, trotz § 940a Abs. 2 ZPO nur in den Griff zu bekommen, wenn die Rechtsprechung zur Notwendigkeit eines Titelsselbst bei kollusivem Zusammenwirken von Mieter und Drittem zwecks rechtsmissbräuchlicher Vollstreckungsvereitelung sich ändert.

---

48 Ebenso *Streyl*, NZM 2012, 249, 255 f.

TAHKİMDE İTİRAZIN İPTALİ DAVASI VE TAHKİME ELVERİŞLİLİK KURALI

Prof. Dr. Ejder YILMAZ

A. GENEL OLARAK

İtirazın iptali davası (İİK m.67), icra hukukunda, ilâmsız icraya has (özel) bir dava türüdür. Bu husus, İİK m.67'de "takibine itiraz edilen alacaklı, itirazın tebliği tarihinden itibaren bir sene içinde mahkemeye başvurarak, genel hükümler dairesinde, alacağının varlığını ispat suretiyle itirazın iptalini dava edebilir" şeklinde ifade edilmiştir. İtirazın iptali davası, borçlunun itirazı ile **duran icra takibine devam etmeyi sağlamayı amaçlayan** bir davadır[1].

Kanun (İİK m.68-68/b), borçlunun itirazı ile duran icra takibinin devam edebilmesi için, elinde Kanunun (İİK m.68-68/b) sınırlı olarak saydığı ("sağlam") belgeler bulunan alacaklıya, (itirazın iptali davasının dışında) itirazın tebliği tarihinden itibaren altı ay içinde icra mahkemesine başvurarak **itirazın** (duruma göre: kesin veya geçici) **kaldırılması** talebinde bulunma olanağı da vermiştir. İtirazın kaldırılması, (itirazın iptali davasının aksine) bir **dava değildir** ve **icra mahkemesi**nin itirazın kaldırılması talebi üzerine verdiği (İcra ve İflâs Kanununun öngördüğü sınırlı incelemeye dayalı olan) red veya kabul kararı, (ihalenin feshi davası ve istihkak davası dışında) maddî anlamda kesin hüküm oluşturmaz. Buna karşılık **itirazın iptali davası**, **genel hükümlere göre cereyan eden bir davadır** ve bu dava sonunda verilen karar, süresinde yasal yollarına başvurulmaması veya başvurulursa yasa yollarından geçmesi sonucunda maddî anlamda kesin hüküm haline gelir.

---

[1] İtirazın iptali davası hakkında bkz. Adnan **Deynekli**/Sedat **Kısa**, İtirazın İptali Davaları, İcra İnkâr ve Kötüniyet Tazminatı, Ankara 2013; Yönel **Özkan**, İcra İflâs Hukukunda İtirazın İptali Davası, Ankara 2004.

İtirazın iptali davasının hukukî niteliğinin ne olduğu konusu, uygulamaya yönelik önemli sonuçlar yaratan bazı tereddütlere yol açmış; öğreti ve Yargıtay kararlarında farklı görüşlere neden olmuştur[2]. İtirazın iptali davasının hukukî niteliği, elinizdeki "tahkimde itirazın iptali davası ve tahkime elverişlilik kuralı" konulu incelemem bakımından da yakından ilgili olduğundan, konuyla ilgili bazı genel açıklamalar yapmak isterim.

İtirazın iptali davasına ilişkin olarak Kanunumuzda yeralan 67 nci madde hükmü, esas itibariyle, İcra ve İflâs Kanunumuzun kaynağını oluşturan İsviçre Federal İcra ve İflâs Kanununun (İsv.İİK; "Bundesgesetzüber Schludbetreibungs und Konkurs") 79 uncu maddesinden alınmış, ancak farklı şekilde düzenlenmiştir. İsv.İİK m.79 hükmü iki fıkradan oluşmaktadır ve ikinci fıkra, İsviçre'nin kendine has "kanton hukuku" ile ilgilidir. Birinci fıkra hükmü şöyledir: "Yaptığı icra takibine itiraz edilen alacaklı, alacaklı olduğunu genel hükümler çerçevesinde dava edebilir. Alacaklı icra takibini, itirazı açık bir şekilde ortadan kaldıran ve kesin hüküm teşkil eden kararla devam ettirebilir".Bizdeki 67 nci madde hükmü, 1965 tarihli ve 538 sayılı Kanunla yapılan değişikliğe kadar şöyle idi: "Takip talebine itiraz edilen alacaklı **itirazın ref'i talebinde bulunmak istemezse**, hakkını almak için **umumî hükümler dairesinde mahkemeye müracaat edebilir** (fıkra I). Borçlunun haksızlığına karar verilirse iki tarafın vaziyetine ve davanın ve hükmolunan şeyin tahammülüne göre yüzde ondan aşağı olmamak üzere alacaklı lehine münasip bir tazminat takdir olunur (fıkra II). İtiraz eden, vasi veya mirasçı ise borçlu hakkında tazminata hükmolunması suiniyetin sübutuna bağlıdır (fıkra III). Alacaklı itirazı öğrendiği tarihten itibaren altı ay içinde ref'i talebinde bulunmazsa artık bir daha ilâmsız icra takibinde bulunamaz (fıkra IV)".

Bizim 67 nci maddenin I inci fıkrasında bulunan "itirazın refi talebinde bulunmak istemezse" ibaresi[3]; IV üncü fıkra hükmü ve II-III üncü fıkralarda düzenlenen icra tazminatına ilişkin düzenlemeler, İsv. İİK m.79'da yoktur.

---

2 Bu konuda bkz. Ejder **Yılmaz**, İtirazın İptali Davasının Hukukî Niteliği (Prof. Dr. Saim Üstündağ'a Armağan, Ankara 2009, s. 597-615).

3 Bu ibare, 2003 tarihli ve 4949 s.K. değişikliğiyle bizdeki metinden de çıkartılmıştır. Bu değişikliğin gerekçesi, itirazın kaldırılması talebi reddedilen alacaklıya da itirazın iptali davası açma hakkının tanınmasıdır.

67 nci madde hükmü, 1965 tarihli ve 538 sayılı Kanunla değiştirilmiş ve şu hali almıştır: "Takip talebine itiraz edilen ve itirazın kaldırılması için mercie müracaat etmek istemeyen alacaklı, itirazın tebliği tarihinden itibaren **bir sene içinde mahkemeye başvurarak**, **umumî hükümler dairesinde**, alacağının varlığını ispat suretiyle itirazın iptalini dava edebilir (fıkra I). Bu davada borçlunun itirazının haksızlığına karar verilirse borçlu; takibinde haksız ve kötü niyetli görülürse alacaklı; diğer tarafın talebi üzerine iki tarafın durumuna, davanın ve hükmolunan şeyin tahammülüne göre, red veya hükmolunan meblağın yüzde onbeşinden aşağı olmamak üzere, uygun bir tazminata mahkûm edilir (fıkra II). İtiraz eden veli, vasi veya mirasçı ise, borçlu hakkında tazminat hükmolunması kötü niyetin sübutuna bağlıdır (fıkra III). Alacaklı itirazın tebliği tarihinden itibaren altı ay içinde itirazın kaldırılması talebinde bulunmazsa bir daha ilâmsız icra takibinde bulunamaz (fıkra IV). Birinci fıkrada yazılı **itirazın iptali süresini geçiren alacaklının umumi hükümler dairesinde alacağını dava etmek hakkı saklıdır** (fıkra V)"[4].

Yukarıya aynen alınan metinler karşılaştırıldığında görüldüğü üzere, 538 sayılı Kanun değişikliğinden önceki ve sonraki iki hüküm arasındaki önemli fark, birinci fıkraya eklenen "**itirazın tebliği tarihinden itibaren bir sene içinde**" ibaresi ile yeni getirilen son fıkrada yeralan, "Birinci fıkrada yazılı itirazın iptali süresini geçiren alacaklının umumi hükümler dairesinde alacağını dava etmek hakkı saklıdır" hükmüdür. Yani, 538 sayılı Kanunla yapılan değişiklik sonucunda (eskisinden farklı olarak); itirazın iptali davasının bir yıl içinde açılacağı (birinci fıkra) belirtilmiş ve **bir yıl içinde dava açılmazsa**, alacak hakkının düşmeyeceği ve **alacaklının** (zamanaşımı süresi içinde) **daha sonra da alacağını dava etmek hakkının bulunduğu** (son fıkrada) açıklığa kavuşturulmuştur.

538 sayılı Kanunla yapılan 67 nci maddede yapılan değişikliğin uygulamada bazı tereddütlere yol açması ve Yargıtay'ın farklı kararlar vermesi sebebiyle, Çağa, yazdığı bir makalede[5] özetle şu görüşleri ortaya atmıştır:

---

[4] Bu düzenlemenin birinci fıkrasında yeralan "ve itirazın kaldırılması için mercie müracaat etmek istemeyen" ibaresi ile dördüncü fıkra hükmü 2003 tarihli ve 4949 sayılı Kanunla yürürlükten kaldırılmıştır.

[5] Tahir **Çağa**, Ödeme Emrine İtirazın İptaline Dair (Batider 1976/VIII/3, s. 21-31).

Alacağı itiraza uğrayan alacaklının, 538 sayılı Kanun değişikliğinden önce hakkını alabilmek için icra tetkik merciinden itirazın kaldırılmasını istemek veya genel hükümlere göre mahkemede dava açmak şeklinde **iki olanağı var iken**, 538 sayılı Kanun değişikliği ile alacaklının olanakları **üçe çıkmıştır**: 1- İcra tetkik merciinden itirazın kaldırılmasını istemek; 2- Bir sene içinde genel hükümlere göre mahkemede itirazın iptali davasını açmak; 3- Genel hükümlere göre mahkemede alacak (tahsil) davası açmak. Çağa, alacak (tahsil) davasının da (itirazın iptali davası için öngörülmüş bulunan) bir yıllık süre içinde açılabileceğini belirtmekte; buna bağlı olarak, "itirazın iptali davası" ile "alacak (tahsil) davası"nı biribirinden ayırmakta ve bunlara ayrı ayrı hüküm ve sonuçlar bağlamaktadır. O'na göre, eğer böyle bir ayırım yapılmaz ve alacaklıya yalnızca itirazın iptali davası açma olanağı verilirse, alacaklı, itirazın iptali davasını kaybettiği takdirde borçlu lehine tazminat (m.67, II) ödemek zorunda kalabilir. Oysa alacaklıya, (itirazın iptalini davasının yanı sıra aynı bir yıllık süre içinde) genel hükümlere göre alacak (tahsil, eda) davası açma olanağı da tanınırsa (kendisi de icra tazminatı isteyemeyeceği gibi) borçlu lehine tazminat ödemesi tehlikesi de ortadan kalkar; çünkü genel hükümlere göre açılacak olan alacak davasında icra tazminatı bulunmamaktadır. Yine **Çağa'ya göre**, itirazın iptali davası niteliği itibariyle bir **eda davası olmadığı** gibi dava sonunda verilen ilâm da bir **tahsil ilâmı değildir**; zira itirazın iptali davasıyla alacaklı, mahkemeden borçlunun bir edaya mahkûm edilmesini istememekte ve mahkeme de itirazın iptaline karar vermekle borçluyu bir edaya mahkûm etmemektedir. Bu sebeplerle **itirazın iptali davası, alacak hakkında bir tespit davası ve verilen ilâm da bir tespit hükmüdür**.

Postacıoğlu, Çağa'nın bu görüşlerini, sırf bunun için yazdığı anlaşılan bir makale[6] ile cevaplamıştır. **Postacıoğlu** makalesinde özetle; 67 nci maddede 538 sayılı Kanunla yapılan değişikliğin gayesinin; **icra tazminatı** elde etme olanağının **yalnızca bir yıl içinde açılacak itirazın iptali davasına hasredilmesi** olduğunu, böylece alacağına zaman kaybetmeksizin bir an önce kavuşmak isteyen alacaklının tazminattan yararlandırılmasının daha

---

[6] İlhan **Postacıoğlu**, İcrada İnkâr Tazminatı Üzerinde Düşünceler ve Bazı İhtilaflı Noktalar (Batider 1978/IX/4, s. 951-970); ayrıca bkz. İlhan **Postacıoğlu**, İcra Hukuku Esasları, İstanbul 1982, s. 180 vd.

yerinde bulunduğunu, bir yılı geçerek dava açan alacaklıların icra tazminatına lâyık sayılacak derecede alacakları hakkında çabuk sonuç almak endişesinden uzak kaldıklarının kabul edildiği; bir yıllık sürenin ise ödeme emrinin geçerlilik süresine paralel olarak düşünüldüğünü, böylece itiraz ile takip ve ödeme emrinin geçerliliği arasın organik bir bağ kurulduğu; bir yıllık sürenin geçirilmesi halinde alacaklının maddî hukuk yönünden olan hakkının düşmesi sözkonusu olmamakla birlikte, (gereksiz olmasına rağmen sırf) yanlış anlamalara da meydan vermemek için, 67 nci maddeye son bir fıkra eklenerek bir yıllık süreyi geçiren alacaklının genel hükümlere göre alacağını dava etmek hakkının saklı tutulduğunun belirtildiğini ve bu davada tazminata hükmedilmeyeceğini; 67 nci maddedeki davanın ötedenberi ödeme emrine infaz kabiliyeti kazandırmak için kabul edildiğini, aslî amaç ve işlevi bu olduğundan bu işlevin bir tespit veya tahsil davası ile görülebileceğinden asla şüphe edilmemesi gerektiğini; Çağa'nın 67 nci maddenin konuluş şartlarını ve ödeme emri ile dava arasında bulunan organik bağı göz önünde bulundurmayan görüşlerinin ise "**gerçek ve meşru hiçbir menfaate hizmet etmeyen** sert ve **gayesiz kalan şekilciliğe bağlı olduğu**"nu ifade etmiştir[7].

Kuru'ya göre[8]; itirazın iptali **davası normal bir alacak** (tahsil, eda) **davası** olduğundan, davacı alacaklı, bu davayla itirazın iptalini ve borçlunun takip konusu borcu ödemeye mahkûm edilmesini de isteyebilir; yani, dava dilekçesinde hem itirazın iptali talebinde hem de tahsil talebinde bulunabilir. Alacaklı takip konusu yaptığı ve borçlunun itiraz ettiği alacağı için bir tek dava açabilir ki, bu da alacak (tahsil) davasıdır. Ancak, bu **alacak davası**, m.67, I'deki **bir yıl içinde açılırsa itirazın iptali davası ismini alır** ve alacaklıya (tahsil davasının sağladığı olanaklardan başka), ilâmsız icra takibine devam edilmesi ve icra inkâr tazminatı haklarını da sağlar. Bu sebeple,

---

7 ***Çağa***, Postacıoğlu'nun bu makalesine karşılık bir makale daha yayımlamış (Tahir **Çağa**, Yine "Ödeme Emrine İtirazın İptali Davası Dair", Batider 1979/X/2, s. 369-376) ve ***Postacıoğlu*** da bu makaleye başka bir makale (İlhan **Postacıoğlu**, Ödeme Emrine İtirazın İptali Mevzuunda Bazı Zaruri Açıklamalar, Batider 1980/X/4, s. 965-980) ile cevap vermiştir.

8 Baki **Kuru**, İcra ve İflâs Hukuku, Cilt 1, İstanbul 1988, s. 285-286; ayrıca bkz. Baki **Kuru**/Ramazan **Arslan**/Ejder **Yılmaz**, İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2014, s. 161-162.

it**irazın iptali davası ile tahsil davasının biribirinden farklı davalar olduğuna** ve itirazın iptali ile tahsil isteminin bir arada dava edilmesinin mümkün olmadığına **ilişkin görüş**[9], **dava teorisine aykırı olduğu** gibi, **usul ekonomisine de aykırı** düşer.

Pekcanıtez/Atalay/Surgurtekin Özkan/Özekes[10], itirazın iptali davasını **icra hukukuna özgü bir dava** olarak nitelemekte ve bu davanın eda davasından farklı olarak, bir yıllık süre içinde açılmasının ve davanın sonunda haksız çıkan tarafın inkâr tazminatına mahkûm edilmesinin sözkonusu olduğunu belirtmektedirler.

İsviçre'de, icra tazminatı müessesesi bulunmadığı için, itirazın iptali davasının hukukî niteliği konusunda bizdeki gibi farklı görüşler ortaya çıkmamıştır. İsviçre'de itirazın iptali davası, genellikle, bir **alacak** (eda, tahsil)[11] **davası** olarak görülmektedir.

İtirazın iptali davasının hukukî niteliği ile ilgili **Yargıtay uygulamasın**a gelince:

İtirazın iptali davası ile ilgili olarak Yargıtay'ın verdiği kararlar, zaman içerisinde değiştiği gibi, daireden daireye de farklılık göstermektedir[12]. Yargıtay'ın, itirazın iptali davası ile ilgili olarak verdiği eski bazı kararlarında[13] bu davayı **tespit davası** olarak nitelerken, diğer bazı kararlarında[14]

---

9 11.HD. 31.5.1985, 3035/3414 ve benzeri Yargıtay kararları (bkz. **Kuru**, s. 285, dn. 18).

10 Hakan **Pekcanıtez**/Oğuz **Atalay**/Meral **Surgurtekin Özkan**/Muhammet **Özekes**, İcra ve İflâs Hukuku, Ankara 2013, s. 197-200.

11 "Forderungsklage" veya "Anerkennungsklage" (bkz. Hans **Fritzsche**/Hans Ulrich **Walder-Bohner**, Schuldbetreibung und Konkurs Nach Schweizerischem Recht, Band I, Zürich 1984, s. 223 ve orada dn. 1; Alfred **Büchi**, Grundzüge Des Schweizerischen Schuldbetreibungs Rechts, Zürich 1982, s. 71).

12 Bu konuda bkz. Talih **Uyar**, İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, Cilt 3, 2.baskı, Ankara, s. 4238 vd.; Nihat **Yavuz**, Uygulamada ve Öğretide İtirazın İptali ve tahsil (Eda) Davası, Ankara 2007, s. 28 vd., 315 vd.; **Deynekli/Kısa**, s. 77 vd., 238 vd.; Mustafa **Oskay**/Coşkun **Koçak**/Adnan **Deynekli**/Ayhan **Doğan**, İİK Şerhi, Cilt 1, Ankara 2007, s. 1069.

13 "Davacı, dava dilekçesinde itirazın iptaline, icranın sürdürülmesine, gider, faiz, avukatlık ücreti ve icra inkar tazminatına karar verilmesini istemiştir. Bu açıklamadan da anlaşılacağı gibi, davacının asıl alacağı yönünden bir ödetme istemi yani bir **eda davası söz konusu değildir**. Davacı, davalının itirazının iptaliyle, icranın devamına karar verilmesini istediğine göre, bu istemin bir tespit davası olarak görülmesi ve alacağın belirlen-

ise **eda davası** olarak nitelemekte olduğu; yeni kararlarında ise, ağırlıklı olarak, tespit davası görüşünü sürdürdüğü görülmektedir[15].

Öte yandan **Yargıtay'ın**, çok sayıda kararına konu olan olaylarda; Çağa'nın yukarıda özetlenen görüşüne itibar ederek, "**itirazın iptali davası - tahsil** (eda) **davası**" **ayırımı yaptığı** ve bu ayırımı çok önemseyerek, bu ayırım nedeniyle ortaya çıkan çeşitli sorunları da buna göre çözdüğü **görülmektedir**. Yargıtay'a göre, **itirazın iptali davası dilekçesinde**, (takibin devamı talebi dışında) **alacağın tahsiline karar verilmesi istenemez** ve mahkeme de alacağın tahsiline karar veremez; davacı hem itirazın iptalini hem de tahsilini istemişse, mahkeme, davacının talebini "takibin devamı" veya "alacağın tahsili"ne hasretmesini ister ve davacının tercihine göre karar verir. Örneğin: "Davacı vekili, dava dilekçesinde (alacağın tahsili ile birlikte takibin devamına) karar verilmesini istemiştir. Mahkemece (itirazın iptali) yanında (alacağın tahsiline) de karar verilmiştir. Oysa ki İİK'nun 67 nci maddesine göre açılan itirazın iptali davası, açılış, biçim ve süreyle doğurduğu sonuçlar bakımından tahsil davasından farklıdır. **İtirazın iptali davalarında mahkemece**, **itirazın iptaliyle yetinilecek** ve istem varsa icra inkâr tazminatına hükmedilecektir. Ayrıca, **alacağın** ve dolayısıyla faizin **alınmasına** (tahsiline) **karar verilmeyecektir**. Tahsil davasında ise, alacağın ve

---

mesi ile yetinilerek 'ödetme kararı' verilmemesi gerekir" (11.HD. 14.3.1972, 1174/1203 (**Uyar**, s. 4238, dn. 7). Başka örnekler için bkz. **Yavuz**, s. 29 vd.

14 "Alacaklı dava dilekçesinde, borçlu hakkında icrada yaptığı takibe onun itiraz etmesi nedeniyle alacağının tahsili ile icra inkar tazminatının da hüküm altına alınmasını istemektedir. Mahkeme dava dilekçesinde 'itirazın iptali' değil, alacağın ödettirilmesine karar verilmesi talep edildiğinden artık icra inkar tazminatından söz edilmeyeceği düşüncesindedir. Ödetme davası bir hakkın varlığının saptanmasını da içerir. Bu davada da öncelikle alacağın varlığının tespiti gerekecektir. Davacı alacaklı dava dilekçesinde, borcun inkar edildiğinden takibin durduğunu bu nedenle de alacağını tahsil edemediğini etraflı şekilde açıkladıktan sonra, alacağın ödettirilmesi ile birlikte icra inkar tazminatının tahsiline de karar verilmesini dava ve talep etmiştir. Bu hali ile davanın **alacağının tespitini de kapsadığı** tabiidir. Dava dilekçesinde 'itirazın iptali veya kaldırılması' kelimeleri geçmese dahi icra takibinin safhasından bahsedildikten sonra icra inkar tazminatı da yer aldığına göre, alacağın varlığının ispatı suretiyle itirazının iptali istemi alacağın tahsili hakkındaki davanın kapsamı içinde bulunmaktadır" (HGK 21.11.1979, 4-993/1378).

15 **Uyar**, s. 4238. Başka örnekler için bkz. **Yavuz**, s. 29 vd.

istem varsa faizin alınmasına ilişkin olarak hüküm kurulacaktır. Böylece itirazın iptali davasıyla alacak davasının ayrı ayrı hukuksal sonuçlar doğuran iki ayrı dava türü olmaları nedeniyle, ikisinin birden birarada dava edilmesi olanağı yoktur. Hem itirazın iptali hem de alacağın alınması istemini içeren davalarda hakim, hangi türüne karar vereceğini saptayabilmek için öncelikle HUMK'nun 179/3 ve 75/2. maddeleri doğrultusunda davacıdan hangi seçeneği istediğini açıklattırmalı, sonucuna göre dava koşulları yönünden araştırma ve inceleme yapılarak hüküm kurulmalıdır. Mahkemece bu yön gözardı edilerek yazılı biçimde alacağın tahsili ile birlikte itirazın iptaline karar verilmesi isabetsizdir"[16].

Yukarıdaki açıklamaların ışığı altında; itirazın iptali davasının hukukî niteliği hakkında ortaya çıkmış bulunan tereddütlerin giderilmesi, mahkemeler uygulamasının yerleşik (müstakar) hale getirilerek şekilden doğan ve adalet anlayışına ters düşen hak kayıplarının önlenmesi bakımından **kişisel düşünce ve önerim** aşağıdadır[17]:

Borçlunun itirazı ile duran ilâmsız icra takibine devam edilebilmesi; alacaklının, itirazın tebliği tarihinden itibaren bir yıl içinde açacağı itirazın iptali davasını kazanmasına bağlı bulunduğuna göre; alacaklının bir yıl içinde açtığı davanın, dava dilekçesindeki hukukî niteleme ile bağlı kalınmaksızın, "itirazın iptali davası" olduğu esas olarak kabul edilmelidir. Davacı, bir yıl içinde açacağı itirazın iptali davasında, alacaklı olduğunun mahkemece karar altına alınmasını ve bunun doğal sonucu olarak da (borçlunun itirazının kaldırılarak) takibin devamına karar verilmesini ister. Davacının, dava dilekçesinin istem sonucu kısmında, alacağı ilâmla daha sonra ilâmların icrası yoluna başvurmayı düşünmesi halinde, alacağın tahsilini istemesi de mümkündür. Alacaklı bir yıl içinde açtığı bu davada ayrıca, borçlunun icra tazminatına (İİK m.67, II) mahkûm edilmesini de isteyebilir. Mahkeme, genel hükümlere göre yapacağı inceleme sonucunda, borçluyu haklı bulursa davayı reddeder; alacaklının alacaklı olduğunu anlarsa alacaklının talebine göre, "**alacağın tesbiti ile takibin devamına**" veya "**alacağın tahsili ile takibin devamına**" karar verir. Alacaklı veya borçlu icra tazminatı talep etmişse, şartlarının bulunması halinde mahkeme, alacaklı lehine

---

16 19.HD. 19.3.2004, 4746/3086 (**Uyar**, s. 4766).

17 Bkz. **Yılmaz**, İtirazın İptali Davasının Hukukî Niteliği, s. 607 vd.

icra inkâr tazminatına veya borçlu lehine haksız takip (kötüniyet) tazminatına (İİK m.67, II) hükmeder. Bu önerim çerçevesinde, bir yıl içinde davacının açtığı dava dilekçesinin şu veya bu nedenle tam olarak anlaşılamaması halinde, mahkeme davacıdan, bu dilekçenin itirazın iptali davası olduğunu esas alarak, açıklama yapmasını (HMK m.31) istemelidir. Mahkemece istenilen açıklama üzerine davacının, bu davanın itirazın iptali davası değil, genel hükümlere göre açılmış bulunan bir alacak davası olduğunu belirtmesi halinde, davayı henüz bir yıl geçmediği için genel hükümlere göre alacak davası açılamayacağı (İİK m.67, IV) gerekçesiyle reddetmelidir. Davacının bu davanın itirazın iptali davası olduğunu belirtmesi üzerine mahkeme davaya devam etmeli ve önündeki itirazın iptali davasını tarafların talepleri doğrultusunda karara bağlamalıdır. İtirazın tebliğinden itibaren bir yıl içinde alacaklı itirazın iptali davası açmazsa, ilâmsız icra takibi düşeceğinden, bundan sonra açılacak olan dava (İİK m.67, IV) tamamen genel hükümlere göre açılan bir alacak (eda) davasıdır ve dava dilekçesinde bu davanın itirazın iptali davası olarak nitelenmiş olmasının herhangi bir önemi yoktur (HMK m.33); mahkeme bu davaya kendiliğinden m.67 hükmünü değil, genel hükümlerini uygulayarak yargılama yapacak ve karar verecektir. Bu davada icra tazminatı[18] sözkonusu olmadığından, mahkeme dava sonunda icra tazminatına hükmetmeyecektir.

B. İTİRAZIN İPTALİ DAVASININ TAHKİMDE GÖRÜLEBİLİRLİĞİ

Tahkim anlaşması (sözleşmesi), tarafların, aralarındaki uyuşmazlığın hakem (hakemler; tahkim) eliyle görülmesini sağlayan bir yoldur. Geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığı halinde taraflar, aralarında çıkan uyuşmazlığın çözümü için mahkemelere (yetkili görevli ve devlet mahkemelerine) değil, (aralarında kararlaştırdıkları) hakeme başvurarak dava açarlar; yargılama, hakemler eliyle yürütülür ve karara bağlanır. Nihaî hakem kararı (ilâmı), kanunlarda belirtilen usul ve şartların gerçekleşmesi halinde **ilâmlı icra**ya konur (İİK m.24 vd).

---

18 İcra tazminatı konusunda bkz.: Ejder **Yılmaz**, İcra Tazminatı (Halûk Konuralp Anısına Armağan, Cilt 2, Ankara 2009) s. 675-754.

Tarafların, aralarında yaptıkları tahkim anlaşmasına rağmen, (hakem önünde dava açmaksızın) **ilâmsız icra takibi**(İİK m.42 vd) **yapabilip yapamayacakları**, kanunlarda açıkça gösterilmemiş ve konu gerek öğretide gerek Yargıtay uygulamasında çeşitli görüşlere ve kararlara yol açmıştır[19]. Bu arada vurgulayarak belirtmek isterim ki, bu konuda Ülkemiz ve İsviçre dışındaki diğer ülkelerde herhangi bir tartışma yoktur[20]; çünkü, İsviçre ve onu takiben Ülkemiz İcra ve İflâs Kanununda ilâmsız icra takibi imkânı bulunup, hukuklarını yakından bildiğimiz diğer ülkelerde (örneğin Almanya'da bazı çok istisnaî hükümler gözardı edilecek olursa) ilâmsız icra takibi müessesesi yoktur ve uyuşmazlıklar mutlaka mahkemeler(kural olarak devlet mahkemeleri ve geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığı halinde ise hakem -hakem mahkemesi-) eliyle çözümlenir.

Öğretide bazı görüşlere göre, tahkim anlaşması ile taraflar aralarındaki uyuşmazlığın çözümünü (zorunlu müdahale düzenlemeleri dışında, esas itibariyle devlet yargısı dışında tutarak) hakemlere bıraktıkları için, ilâmsız **icra takibi yapılamaz**[21]; diğer bazı görüşlere göre ise, icra takibi bir dava olmadığından tahkim anlaşmasına rağmen tarafların ilâmsız **icra takibi yapmaları mümkündür**[22].

Kişisel kanımca, tahkim anlaşması yapan taraflar, aralarındaki uyuşmazlığın çözümünü (tahkimin yararları olarak belirtilen: aralarındaki uyuşmazlığı işin uzmanı hakemler tarafından karara bağlanması, uyuşmazlığın yargılamasının kamuya açık olmasının istenmemesi gibi sebeplerle)[23],

---

19 Bkz. ayrıntılı bilgiler için: Ali **Yeşilırmak**, Geçerli Bir Tahkim Anlaşmasının Varlığına Rağmen Genel Haciz Yolu İle Takip Yapılabilir mi? (Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2011/96, s. 205-228); Nuray **Ekşi**, Hukuk Muhakemeleri Kanununda Tahkim, İstanbul 2013, s. 133 vd.

20 İsviçre uygulamasında tahkim anlaşmasına rağmen icra takibi yapılabileceği hakkındaki bazı kararlar için bkz. **Kuru**, Usul, s. 5981, dipnot 91.

21 **Deynekli/Kısa**, s. 272 vd.; Kemal **Dayınlarlı**, HUMK'da Düzenlenen İhtiyarî İç Tahkim, Ankara 2004, s. 66.

22 Baki **Kuru**, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt 6, İstanbul 2001, s. 5980 vd.; Baki **Kuru**, İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, Ankara 2013, s. 253-254; **Pekcanıtez/Atalay/ Sungurtekin Özkan/Özekes**, İcra ve İflâs Hukuku, Ankara 2012, s. 199-200; **Yeşilırmak**, s. 225; **Özkan**, s. 121.

23 Bkz. Ejder **Yılmaz**, Tahkim Hukukuna Genel Giriş ve Ülkemizdeki Gelişim (Yargı Reformu 2000 Sempozyumu) İzmir 2000, s. 268-286.

"devlet yargısı" dışında özel hakemler eliyle çözümlenmesinde mutabık kalmışlardır. Buradaki "devlet yargısı"ndan kasıt, yalnızca **devlet mahkemeleri** değil, genel olarak devletin "**adalet teşkilâtı**"dır. İcra daireleri de "adalet teşkilâtı" içerisinde yer aldığına göre, hakemde dava açılmayarak (doğrudan ilâmsız) icra takibine izin verilmesi, hakem anlaşmasına ters düşer.

İlk görüş kabul edilirse, tarafların ilâmsız icra takibi yapamaması nedeniyle, tahkime konu uyuşmazlığın, mutlaka dava biçiminde, hakemde açılması söz konusu olacaktır.

Buna karşılık ikinci görüşe göre, taraf isterse dava yoluna isterse ilâmsız icra takibi yoluna gidebilecektir. Bu durumda taraflardan biri, diğer taraftan olan alacağını tahsil edebilmek için alacaklı sıfatıyla ilâmsız icra takibine (sözgelimi: genel haciz yolu ile takibe; ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla ilâmsız icra yoluna vb) başvuracak; takip talebini alan icra dairesi, borçluya (diğer tarafa) **ödeme emri** gönderecek (İİK m.58 vd); diğer taraf, süresi içinde kendisine gönderilen ödeme emrine **itiraz etmezse**, ödeme emri kesinleşecek ve haciz aşamasına geçilecektir. Yani, ilke olarak alacaklı taraf, hakem prosedürünü işletmeden borçlunun mallarını haczettirebilecektir (ki, taraf tahkim davası açsa ve kazansa idi, alacağı hakem kararı ile başlatacağı ilâmlı icra takibinde de bu aşamaya gelecekti). Ödeme emrine itiraz etmediği için takibin kesinleşmesi sonucunda ödeme emrinde istenilen meblağı ödemek zorunda olan tarafın elbette ki menfî tespit (veya duruma göre: istirdat) davası (İİK m.72) açma olanağı vardır. Böyle bir halde açılacak olan menfî tespit (veya istirdat) davasının, tahkim anlaşması sebebiyle devlet mahkemesinde değil, aşağıda verilecek itirazın iptali davası örneğinde olduğu gibi, hakemde açılması gerektiği kanısındayım. Hakem anlaşmasının varlığına rağmen ödeme emrine itiraz edilmemesi sebebiyle açılan menfî tespit (veya istirdat) davası ile ilgili olarak bugüne kadar yayımlanmış herhangi bir Yargıtay kararına rastlamadığımı bu vesile ile belirtmek isterim.

Borçlu ödeme emrine itiraz edecek olursa icra takibi duracağından (İİK m.66), alacaklının, itirazı hükümden düşürterek takibe devam edebilmek için, ya icra mahkemesine başvurarak **itirazın** (duruma göre) **kesin veya geçici kaldırılması**nı (İİK m.68, 70) istemesi veya mahkemede **itirazın iptali davası** (İİK m.67) açması gerekecektir. **İtirazın kaldırılması talebi dava değildir**; itirazın kaldırılmasında görevli mahkeme, icra mahkemesidir.

İcra mahkemesi, itirazın kaldırılması talebini, kanunun gösterdiği şekilde yargılayan ve yalnızca belli belgeler üzerinden (sınırlı) inceleme yapan bir mahkemedir (İİK m.68 vd).Taraflar arasında tahkim anlaşması bulunması halinde itirazın kaldırılması talebini, (icra mahkemesinin değil de) hakemin (hakem heyetinin) inceleyerek karara varması, tahkim anlaşmasının niteliği ile bağdaşmaz[24]. Buna karşılık, genel hükümler çerçevesinde görülmesi gereken (İİK m.67, I) **itirazın iptali davasının** (devlet mahkemesinde değil de) **tahkimde görülüp görülmeyeceği** konusunda da, (yukarıda belirttiğim, tahkim anlaşmasına rağmen ilâmsız icra takibi yapılıp yapılamayacağı konusuna paralel olarak) öğretide farklı görüşler ve çelişik Yargıtay kararları bulunmaktadır.

Konu ile **Yargıtay kararları**, daireden daireye farklılık göstermekte ve bazı kararlar tahkim anlaşmasına rağmen alacaklının **icra takibi yapabileceği** yönünde iken, bazı kararlar ise, tamamen tersine olarak, **icra takibi yapılamayacağı**nı belirtmektedir. Örneğin[25]:

"Davacının davalının kompresörünü kiralamasına ilişkin sözleşmede **uyuşmazlık halinde hakeme gidileceği** kararlaştırılmıştır. Tarafların ihtarnamelerinden aralarında uyuşmazlık çıktığı anlaşılmaktadır. **Davacı hakem koşulundan tek yanlı vazgeçerek icra takibine geçemez**. Bu nedenle davacının borçsuzluğunu değil, **hakem yargısı yoluyla** borçlu olduğunun **saptanmamış bulunması** nedeni ile **icra takibinin haksızlığına karar verilmesi** gerekir. Davalı **hakeme başvurarak** davacının kendisine borçlu olduğunu belirlediği takdirde hakkında kovuşturmaya geçebilir. Mahkeme kararının gerekçesinden de bu yolda karar verildiği anlaşılmaktadır. Mahkeme kararın onanmasına karar verildi"[26].

"Davacı haciz yoluyla ilamsız icra takibine geçmiş, davalı uyuşmazlığın hakem aracılığıyla çözümleneceğinin kararlaştırıldığını bu nedenle icra

---

[24] "Alacaklı ile borçlu arasında bir **tahkim sözleşmesi bulunsa dahi**, alacaklı hakemde dava açmadan **icra takibinde bulunabilir**. Borçlu, alacaklının hakemde dava açması gerektiğinden bahisle itiraz edemez. İtirazın kaldırılmasında dahi tahkim itirazı ileri sürülemez. Çünkü itirazın kaldırılması talebi bir dava değildir" (12.HD. 27.02.1990, 8745/1848).

[25] Başka örnekler için bkz. **Yeşilırmak**, s. 212-213.

[26] 13.HD. 03.11.1978, 4625/4623.

takibine girişilemeyeceğini belirterek takibe itiraz etmiştir. Bu durumda davacı, **hakemde itirazın iptali davası açamaz**. Ancak usul ekonomisi de dikkate alınarak hakemde açılan davanın tahsil davası olarak görülüp sonuçlandırılması mümkündür. Hakem kararı bu nedenle bozulmalıdır"[27].

"Yanlar arasında imzalanan … Sözleşmenin 7. maddesinde sözleşmeden kaynaklanan ihtilafların hakemde görüleceği hükmüne yer verilmiştir. Davalı süresinde verdiği cevabında davanın hakemlerde görülmesi gerektiğini belirterek tahkim itirazında bulunmuştur. Dava, İİK'nun 67. maddesinden kaynaklanan **itirazın iptali davası** niteliğinde olup, kamu düzeniyle alâkalı değildir. Tarafların iradelerine tâbi olmayan hususları da ihtiva etmediğinden **ihtilâfın tahkimde görülmesine yasal bir engel yoktur**. Bu durumda mahkemece davaya hakemde bakılmak üzere görevsizlik kararı verilmesi gerekir"[28].

"Hakem Heyeti, adli mercilerin üzerinde yetkili bir mercii olmadıkları gerekçesiyle itirazın iptali ve icra inkar tazminatı istemleri bakımından karar verme yetkilerinin olmadığını belirterek, açılan davayı alacak olarak değerlendirmişler, bu şekilde karar oluşturmuşlardır. **Dairemizin yerleşmiş uygulamasına göre hakemler açılan itirazın iptali davalarında karar vermeye** ve bunun sonucu olarak **icra inkar tazminatı istemi konusunda da karar oluşturmaya yetkilidirler**. Bu durum gözden kaçırılarak davanın alacak davası olarak kabul edilip, bu şekilde sonuçlandırılması da hatalı olmuştur"[29].

"Davacının dava tarihinden önce alacağının tahsili için ilâmsız icra takibinde bulunması tahkim şartının uygulanmasından vazgeçildiği ve tahkim şartının uygulanmasından vazgeçildiği ve tahkim şartının uygulama olanağının ortadan kalktığı anlamına gelmeyeceğinden ve itirazın iptali davalarına bakmaya hakemlerin de yetkili oldukları Dairemizin yerleşik içtihatları gereği olduğundan bu gerekçeyle davanın reddine karar verilmesi doğru olmamıştır"[30].

---

27 19.HD. 14.12.2000, 5610/8669.

28 15.HD. 16.05.2011, 826/2941.

29 15.HD. 03.04.2008, 262/2138.

30 15.HD. 29.04.2013, 1386/2794.

Yukarıda örnek olarak verilen kararların tarihlerine bakıldığında, tahkim anlaşmasının varlığı halinde tarafın (hakeme başvurmadan, doğrudan) ilâmsız icra takibi yapabilip yapamayacağına ve buna bağlı olarak icra takibine başvurulursa, itirazın iptali davasının genel mahkemede mi (İİK m.67), yoksa tahkimde mi açacağına dair **kararlardaki çelişkinin çok uzun zamandan** (neredeyse kırk yıldan) **beri devam ettiği** görülmektedir. Bu nedenle, anılan konuyla ilgili olarak açılan davalar, yasayollarından (derecattan) geçerek biribirine zıt şekilde kesinleşmekte ve uygulayıcılar (avukatlar ve hâkimler), izleyecekleri yol ve verecekleri karar bakımından tereddüde düşmektedirler.

Genel olarak, benzer konulardaki **kararların çelişik kesinleşmesi**, toplumdaki "**adalet**" duygularını zedeleyen ve adalete güveni azaltan önemli etkenlerden biridir. Adalet **adına kabul edilemeyecek olan** bu çelişkiye son verilmeli ve konu, **bütün ülkede kanunların aynı şekilde uygulanması ve içtihat birliğini sağlama görevi olan Yargıtay'**ca tek bir sonuca ulaştırılmalıdır. Bunun da yolu, içtihadı birleştirme kararından geçmektedir. Bilindiği gibi, **içtihadı birleştirme müessesesi**[31], hukukumuzda çok önemli bir hukuk kaynağıdır ve içtihadı birleştirme kararları, benzer olaylarda Yargıtay ve adlî mahkemeleri bağlar niteliktedir (Yargıtay K. m.45). Yargıtay, bugüne kadar verdiği içtihadı birleştirme kararlarıyla pek çok konudaki çelişkiyi gidermiş, muhalefet şerhleri ile de süslenmiş ayrıntılı gerekçelerle mahkemeleri, uygulamacıları hatta kamuyu aydınlatmış ve tereddütleri ortadan kaldırarak adaletin önünü açmıştır.

Ancak, bu vesileyle vurgulamak isterim ki, Yargıtay son dönemlerde her nedense genel olarak içtihadı birleştirme kararı vermeme eğilimindedir. Bunun kanıtı, geçmiş dönemlerden bu yana her yıl verilen içtihadı birleştirme kararı sayısının giderek azaldığı ve neredeyse "yok olmaya yüz tuttuğu"dur. İçtihadı birleştirme kararlarının bugüne kadar yakından gözlemlenen büyük yararları nedeniyle, bu eğilime katılamamaktayım.

Çelişik kararların kesinleşmesinde Yargıtay'ın ağırlıklı rolü düşünüldüğünde, **çelişkiyi gidermenin de Yargıtay'a düştüğü açıktı**r. Her ne kadar,

---

[31] Bu konuda ayrıntılı açıklamalar için bkz. Ejder **Yılmaz**, İçtihadı Birleştirme veya Adaletteki Çelişkiye Son Verme İhtiyacı (Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, XVII, Ankara 2000) s. 1-30.

hukuk davalarında ortaya çıkan tereddütlerin kanun koyucu tarafından kanun değişiklikleriyle ortadan kaldırılması mümkün ise de, "kanunların katılığı" (değiştirilmesindeki zorluklar) nedeniyle ortaya çıkan belirsizliklerin ve çelişkilerin kanun değişiklikleriyle yapılması, adalet açısından doğru bir yöntem değildir. Bazı konuların, hayatın değişen ve gelişen gerçekleri ve toplumsal ihtiyaçlar nedeniyle mahkemelerce ve onların "üstü"nde yer alan Yargıtay'ca yönlendirilmesi, hiç tereddütsüz daha doğru bir yöntemdir.

Hal böyle olmakla birlikte, inceleme konumdaki çelişkinin Yargıtay'ca içtihadı birleştirme kararı ile çözümlenmemesi halinde, **olması gereken hukuk bakımından** (de legeferenda) önerim, iç tahkim bakımından HMK m.407'de ve milletlerarası tahkim bakımından MTK m.1'de, "Tahkim anlaşması bulunan hallerde, hakemde dava açılmadan, doğrudan ilâmsız icra yoluna başvurulamaz" şeklinde kanun değişikliği yapılması, mevcut belirsizliği ortadan kaldıracaktır.

Yukarıda, tahkim anlaşmasının varlığı halinde tarafın (hakeme gitmeksizin doğrudan) ilâmsız icra takibi yoluna başvurmaması gerektiği görüşünde olduğumu ifade etmiştim. Bu görüşün kabulü halinde, doğrudan ilâmsız icra takibi yapılamayacağından, icra hukukuna has bir müessese olan itirazın iptali davası açma ihtiyacı da doğmayacaktır. Ancak, çıkartılabilecek bir içtihadı birleştirme kararında farklı sonuca varılarak ilâmsız icra takibi yapılmasına olarak verilmesi halinde, itirazın iptali davasının hakem önünde açılmasının, tahkim anlaşmasının gereği olduğunu değerlendirmekteyim. Aşağıdaki (C) açıklamalarım da bu esasa dayalıdır.

C. TAHKİME ELVERİŞLİLİK KURALININ İTİRAZIN İPTALİ DAVASINDA UYGULANMASI

1. Tahkime Elverişlilik Kuralı

İç tahkime uygulanan Hukuk Muhakemeleri Kanununun "tahkime elverişlilik" başlığını taşıyan 408 inci maddesine göre, "**Taşınmaz mallar üzerindeki aynî haklar**dan veya **iki tarafın iradelerine tâbi olmayan işler**den kaynaklanan uyuşmazlıklar tahkime elverişli değildir".

Bu hükmün, Milletlerarası Tahkim Kanunundaki (MTK m.1, IV) karşılığı şöyledir: "Bu Kanun Türkiye'de bulunan taşınmaz mallar üzerindeki

aynî haklara ilişkin uyuşmazlıklar ile iki tarafın iradelerine tâbi olmayan uyuşmazlıklarda uygulanmaz"[32].

Hukuk Muhakemeleri Kanununun 408 inci maddesinin (TBMM) Gerekçesi şöyledir: "Tarafların iradelerine tâbi olmayan uyuşmazlıklarla, taşınmaz mallar üzerindeki aynî haklara ilişkin uyuşmazlıklarda bu Kısım hükümleri uygulanmayacaktır. Tahkime elverişliliğe ilişkin bu kural, hukukumuza 1086 sayılı Kanunun 518 inci maddesi ile girmiştir. Ayrıca bu maddeye, **Milletlerarası Tahkim Kanunu**nun 1 inci maddesinin üçüncü fıkrasında **yer alan düzenlemeye paralel** bir biçimde taşınmaz mallar üzerindeki aynî haklara ilişkin uyuşmazlıkların da tahkime elverişli olmadığı hususu eklenmiştir".

Anılan (HMK m.408) hükmün 1086 sayılı HUMK m.518'deki karşılığı, "Yalnız **iki tarafın arzularına tâbi olmayan** mesailde (konularda) tahkim cereyan etmez" şeklinde idi. Yani, HUMK m.518'da taşınmazlarla ilgili olarak herhangi bir düzenleme yer almamakta idi.

Uygulamada Yargıtay, öteden beri verdiği çeşitli kararlarında, genellikle, taşınmaz mallar üzerindeki aynî haklar yönünden tahkim anlaşması yapılamayacağı görüşündedir[33]. Bununla birlikte Yargıtay çeşitli kararlarında bu katı görüşünü, **tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri taşınmaz davaları**nda yumuşatarak uygulamaktadır. Örneğin, "taşınmaz mal payının geri verilmesi ve bu maksatla tapu sicilinde lüzumlu düzeltme işlemlerinin yapılması"[34]; "taşınmaz mallar üzerinde yanların üzerinde serbestçe işlem yapabilecekleri konularda tahkim sözleşmesi yapabileceklerinin kabulü gerekir"[35].

Yargıtay'ın taşınmazlar hakkında tahkim anlaşması yapılamayacağı yönündeki kararları; "taşınmazlar üzerindeki uyuşmazlıklarda **tarafların sulh, kabul veya feragat yetkileri bulunduğuna göre** taşınmaz davaları da **tarafların iradelerine tâbi** (tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebile-

---

32 Bkz. Burak **Huysal**, Milletlerarası Tahkimde Tahkime Elverişlilik, İstanbul 2010.

33 Bkz. **Kuru**, Usul, s. 5947 ve devamında anılan kararlar.

34 15.HD. 31.05.1979, 1195/1330 (**Kuru**, Usul, 5947, s. 5948 dipnot 30).

35 4.HD. 14.05.1974, 2094/2496 (**Kuru**, Usul, 5947, s. 5949 dipnot 31).

cekleri) işlerden olduğu" gerekçesiyle öğretide eleştirilmektedir[36]. Bu gerekçeye aynen katılıyorum. Ayrıca, hukukumuzda eski bir alışkanlıkla (esas olarak değerlerinden -kıymetlerinden- hareket edilerek) kendisine önemli sonuçlar eklenen, "taşınır mal-taşınmaz mal" ayırımının günümüzde değerini oldukça kaybettiğini; çünkü bugün, özellikle teknolojik gelişmeler karşısında, taşınır malların da taşınmaz mal kadar değerli ve önemli hale geldiğini düşünmekteyim. Bu nedenle yasal düzenlemelerde, taşınır mal-taşınmaz mal" ayırımı yapılmasının anlamı kalmadığını değerlendirmekteyim. Bu yüzden, HMK m.408 hükmüyle "taşınmaz mallar"la ilgili olarak getirilen yeniliğin yerinde olmadığını düşünmekteyim. Nitekim Alman Medenî Usul Kanunu'ndaki (§. 1030) tahkim anlaşması bakımından taşınır mal taşınmaz mal ayırımı yapmaksızın "Her türlü malvarlığı uyuşmazlığı tahkim anlaşmasının konusunu olabilir"[37] ve İsviçre Medenî Usul Kanunu'ndaki (m.354), "Taraflar üzerinde serbest tasarruf edebilecekleri her konuda tahkim anlaşması yapabilir" şeklindeki düzenlemeler kanımca daha isabetlidir.

Yargıtay'ın iş (işçi) uyuşmazlıklarında tahkim yapılamayacağı yönündeki eski görüşü, İş Kanunu'nun 20 nci maddesine açıkça konulan, işe iade davalarında (İş Kanunu m.20) tarafların anlaşması halinde tahkime (özel hakeme) gidilebilir şeklindeki düzenleme ile önemini kaybetmiştir.

Günümüzün benzeri gelişmeleri, Yargıtay'ın diğer bazı konularda da (örneğin, kira bedelinin tespiti davaları, kat mülkiyeti uyuşmazlıkları gibi) tahkimi sınırlayıcı kararlarını[38] (tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri kamu düzeniyle ilgili hususlar dışında) değiştireceği beklenmelidir.

Olması gereken hukuk bakımından, HMK m.408 hükmünün değiştirilerek taşınmaz mallarla ilgili eklemenin metinden çıkartılması ve "İki

---

36 **Kuru**, Usul, s. 5947; Hakan **Pekcanıtez**/Oğuz **Atalay**/Muhammet **Özekes**, Medenî Usûl Hukuku, Ankara 2013, s. 1068-1069; ayrıca bkz. Turgut **Kalpsüz**, Türkiye'de Milletlerarası Tahkim, Ankara 2010, s. 30.

37 Klaus **Lionet**/Annette **Lionet**, Hardbuch den Internationamen und Nationalen Schiedsgerichtsbarkeit, Stuttgart 2005, s. 64 vd; Rolf A. **Schütze**, Schiedsgericht und Schiedsverfahren, München 1998, s. 49-50; Leo **Rosenberg**/Karl Heinz **Schwab**/Peter **Gottwald**, Zivilprozessrecht, München 2010, s. 1028-1029.

38 **Kuru**, Usul, s. 5951 vd.

tarafın iradelerine tâbi olmayan işlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar tahkime elverişli değildir" hükmü ile yetinilmesi gerektiğini önermekteyim.

Değişmediği sürece, HMK m.408 hükmünün itirazın iptali davası bakımından da geçerli olduğu muhakkaktır.

2. Tahkimde Açılan İtirazın İptali Davasında Taşınmazın Aynı ile İlgili Olarak Ortaya Çıkan Sorunun incelenmesi

Yukarıda (C, 1) belirttiğim üzere, tahkime elverişlilik kuralı (HMK m.408) itirazın iptali davasında da geçerli olduğuna göre, **tarafların iradelerine tâbi olmayan** veya **taşınmaz mal üzerindeki aynî haklara ilişkin bir uyuşmazlıkla ilgili itirazın iptali davasının tahkimde açılması halinde ne yapılması gerektiği** konusu, uygulamada zaman zaman ortaya çıkan bir durumdur.

Konuyu **somut bir örnek üzerinden açıklayalım**:

A ile B arasındaki hukukî ilişkiden doğan uyuşmazlıkların tahkimde görüleceği aralarındaki sözleşmede (hakem şartı) olarak yer almıştır. A, B'ye karşı, aralarında **tahkim anlaşması** da bulunan bir hukukî ilişkiden kaynaklanan **para alacağının tahsili** için (bu yöndeki Yargıtay kararlarına dayanarak hakemde dava açma yolunu tercih etmeyerek) **ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla ilâmsız icra takibi** yapmış, B'ye ödeme emri gönderilmiş ve B ödeme emrine itiraz ettiği için, icra takibi durmuştur. Duran icra takibine devam edebilmek için A, B'ye karşı **hakemde itirazın iptali davası** açmıştır. Davalı (borçlu) B, açılan davaya karşı verdiği cevapta, aralarındaki hukukî ilişkinin temelini teşkil eden **ipoteğin**, Türk Medeni Kanununun 851 inci (eski TMK m.766/a) maddesi karşısında **geçersiz olduğu**nu; çünkü icranın konusunu oluşturan ipoteğin TMK m.851'in aradığı şartları[39] taşıma-

---

[39] TMK m.851 hükmü şöyledir: "Taşınmaz rehni, miktarı Türk parası ile gösterilen belli bir alacak için kurulabilir. Alacağın miktarının belli olmaması halinde, alacaklının bütün istemlerini karşılayacak şekilde taşınmazın güvence altına alacağı üst sınır taraflarca belirtilir (I). Yurt içinde veya dışında faaliyette bulunan **kredi kuruluşlarınca** yabancı para üzerinden veya yabancı para ölçüsü ile verilen kredileri güvence altına almak için yabancı para üzerinden taşınmaz rehni kurulabilir. Bu halde her derecenin ifade ettiği miktar, rehin konusu alacağın tespit edildiği para türü üzerinden gösterilir. Ancak, aynı derecede birden fazla para türü kullanılarak rehin kurulamaz (II)".

dığını (örneğin, kredi verenin hukuken bir "**kredi kuruluşu**" niteliğinde olmadığını, dolayısıyla A'nın **ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapmasının mümkün bulunmadığı**nı) ileri sürmüştür.

Hakem heyetinin, bu itirazın iptali davasında "tahkime elverişlilik" kuralı çerçevesine ne karar vermesi gerektiği önemli bir sorun oluşturmaktadır. Şöyle ki:

Bilindiği üzere, **itirazın iptali davası**, özetle, 1- Müddeabihi, takip konusu yapılmış ve borçlunun itiraz etmiş olduğu alacak olan ve hukukî niteliği itibariyle yukarda (A)'da belirtildiği üzere, normal bir **eda davasıdır**.2- İtirazın iptali davası**, genel hükümlere göre görülür** (İİK m.67, I). 3- **Borçlu**, itirazın iptali davasına karşı vereceği cevapta ödeme emrine karşı yaptığı itirazlarla bağlı olmayıp cevap dilekçelerinde bütün savunma sebeplerini bildirebileceğinden **itirazın iptali davasına vereceği cevapta**, ipoteğin **geçersizliğini de ileri sürebilir**.

Yerleşik Yargıtay kararlarında da isabetle kabul edildiği[40] üzere, **itirazın iptali davasını gören mahkeme**, **ipoteğin geçerli olup olmadığını da incelemek zorundadır**. Çünkü, itirazın iptali davası, normal bir alacak (eda) davası olması hasebiyle, hem alacaklı olduğunu iddia eden **davacı alacaklının iddiasının** hem de borçlu olmadığını savunan **davalı borçlunun savunmasının birlikte** incelenmesini ve **karara bağlanmasını zorunlu**

---

40 "Kural olarak ipotek, ancak belirli bir alacak için miktarı Türk parasıyla gösterilerek kurulabilir (MK m. 766). Bu kuralın istisnası 14.11.1990 tarih ve 3678 s.K.'la Medeni Kanuna eklenen 776/a maddesinde düzenlenmiştir. Anılan hükme göre yabancı para üzerinden gayrimenkul rehni kurulabilmesi için güvence altına alınacak bir **dış kaynaklı kredi bulunmalı** ve vadesi 5 yıl ve daha fazla olarak belirlenmelidir. Ayrıca ipotek tesisinde kural, Türk parası olduğundan bu tür krediler **yabancı para üzerinden kurulmalı**dır. Rehinli alacaklının MK'nun 766/a maddesine uygun olarak kurulmuş ipoteğe dayanarak, harca esas değeri gösterilmek koşuluyla yabancı para üzerinden ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapması mümkündür. Bu nedenle **öncelikle davacı lehine düzenlenen ipoteğin anılan hüküm kapsamında bulunup bulunmadığının belirlenmesi gerekir**. Zira, **MK'nun 766/a** (şimdi: TMK m.851) **maddesi hükmüne uygun olmayan ipoteğe dayanarak yabancı para üzerinden ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takibe geçilmesi mümkün değildir**. Mahkemece bu yönler üzerinde durulmadan yazılı şekilde hüküm kurulmasında isabet görülmemiştir" (19.HD. 25.05.2000, 3227/3951).

kılar. Başka bir ifadeyle, itirazın iptali davasını gören mahkeme yargılama faaliyetini, Kanun tarafından kabul edilen esas ve usuller çerçevesinde **her iki tarafın tüm taleplerini dinlemek** ve taraflara ispat olanağı vermek **suretiyle yürütür** ve sonuca varır (karar verir). **Mahkemenin** bunun aksine hareket ederek, **yalnızca davacı alacaklının iddiasını** veya **yalnızca davalı borçlunun savunmasını dikkate alarak karar verebilmesi mümkün değildir**. Böyle bir davranış, hem **kanuna** hem **evrensel yargılama hukuku kurallarına ters düşer**. Zira, öğretide ve yüksek mahkeme kararlarında da çok açık bir şekilde benimsendiği üzere; evrensel yargılama hukuku kuralları çerçevesinde, her şeyden önce **tarafların eşitliği ilkesi** vardır ve mahkeme, iki tarafın da iddia ve savunmalarını aynı ölçüde dinlemek ve bunları birlikte değerlendirmek zorundadır. Buna, "**eşit davranma ilkesi**" veya "**silâhların eşitliği ilkesi**" de denilmektedir. Bunun sonucu olarak örneğin yargılamalarda **yalnızca taraflardan biri dinlenerek karar verilirse**, hem hukukî dinlenilme hakkı hem de eşitlik ilkesi ve bu çerçevede **silâhların eşitliği ilkesi ihlâl edilmiş olur**. Vurgulanarak belirtmek gerekirse, yargılama hukukunda yalnızca iddia hakkından veya yalnızca savunma hakkından değil, tek bir **kalıp olarak**, "**iddia ve savunma hakkı**"ndan **birlikte** sözedilir. Çünkü taraflar arasında iddia ve savunma hakkı bu açıdan biribirine eşit tutulmuştur. Silâhların eşitliği, sadece iki tarafın biçimsel olarak aynı şekilde dinlenilmesini değil, aynı zamanda ve özellikle her iki tarafın karşılıklı olarak yargılamada yer alarak haklarını kullanmalarını, yani hukuki dinlenme hakkına uygun şekilde **dinlenilmelerini** de gerekli kılar. Bu sebeple her iki tarafın şeklen eşit olarak dinlenilmesi, silâhların eşitliğini sağlamaz. Her iki tarafın (yani davacının davacı olarak, davalının da davalı olarak) yargılamada sahip olması gereken ya da sahip olduğu imkânları tam ve diğerini dengeleyecek şekilde kullanılması silâhların eşitliği ilkesinin gereğidir. Malûmları olduğu üzere, **hukukî dinlenilme hakkı**nın bir unsuru da, mahkemece "**dikkate alma ve değerlendirme yükümlülüğü**"dür. Yargılamada tarafların dinlenilmiş olmaları ve açıklamada bulunabilmeleri, hukukî dinlenilme hakkının gerçekleştiği anlamına gelmez. Yapılan bu **açıklamaların mahkeme tarafından dikkate alınması ve değerlendirilmeleri**, **işin doğası gereğidir**. Tarafların ileri sürdükleri iddia ve savunmalar dikkate alınmazsa, açıklamalarda bulunmanın bir anlamı kalmaz. Tekraren de olsa belirtilecek olursa, Roma hukukundan beri yargılama hukukunda geçerli

olan kural, "**yalnızca bir tarafın dinlenmesi**, **hiç kimsenin dinlenmemesi**"dir (audiatur et altera pars). Bu yüzden, mahkemenin taraflardan yalnızca birinin talebini dikkate alıp **diğer tarafın talebini dikkate almadan karar vermesi**, **usul hukukuna göre olanaksızdır**[41].

Yukarıda belirtilen **bu esas**ın, yalnızca mahkemeler (devlet mahkemeleri) bakımından değil, **hakem kurulu** (tahkim) **bakımından da aynen geçerli olduğu**nda hiçbir şüphe yoktur.

Bu açıklama ve tespitlerden sonra, yukarıda belirttiğim"tahkime elverişlilik" kuralını düzenleyen HMKm.408 hükmünün somut olaya uygulanabilirliği ve eğer uygulanacaksa nasıl uygulanması gerektiği hususundaki görüşüme geçebiliriz:

HMK m.408 hükmünün yukarıda örnek olarak verilen somut olaya uygulanabilirliği konusunda, akla, esas olarak iki ihtimal gelmektedir:

Birinci ihtimal: Davalının ipoteğin geçersizliği yönündeki itirazı (iddiası), HMK m.408 hükmüne göre aynî hak niteliğinde olduğundan, hakem heyetinin ipoteğin geçersizliği hususunu inceleyebilmesi mümkün değildir (ve buna bağlı olarak hakem heyeti, itirazın iptali davasında yalnızca davacının alacaklı olduğunu inceler, fakat davalının ipoteğin geçersizliği hakkındaki itirazını -bu iddianın, davalı tarafından genel mahkemede açılacak bir davanın konusu olacağı gerekçesiyle- inceleyemez ve bu **ipoteğin geçerli olup olmadığına bakmaksızın yargılama yaparak karar verir**).

İkinci ihtimal: HMK m.408 hükmüne rağmen hakem heyetinin ipoteğin geçersizliği hususunu inceleyebilmesi mümkündür (ve buna bağlı olarak hakem heyeti, itirazın iptali davasında hem alacaklının alacak talebini hem de **ipoteğin geçerli olup olmadığını inceleyip yargılama yaparak karar verir**).

Bu ihtimalleri ayrı ayrı irdelersek:

Birinci ihtimalin kabulü halinde, kanımca hakem heyetinin önüne gelen (hakemde açılmış bulunan) itirazın iptali davasında **görevsizlik kararı vererek, itirazın iptali davasını** (tümüyle) **usulden reddetmesi gerekir**.

---

[41] Bu konuda ayrıntılı açıklamalar, yerli ve yabancı öğreti görüşleri ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin çeşitli kararları için bkz.: Muhammet **Özekes**, Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı, Ankara 2003, s. 24 vd., 48 vd., 153 vd.

Çünkü, **itirazın iptali davasında yapılacak olan yargılama**, (yukarıda genel olarak yapılan açıklamalardan da görüldüğü üzere) davacı alacaklının alacak iddiası ile davalı borçlunun savunmasından oluşan **bir bütündür** ve hakem heyeti, taraflardan **yalnızca davacının alacaklı olduğu iddiası dikkate alarak** itirazın iptali davasının kabulüne **karar veremez**. Böyle bir olayda davalı borçlu, ipoteğin geçersizliğini ileri sürerek borçlu olmadığını ileri sürdüğüne göre, (birinci ihtimalin kabulü varsayımında) **itirazın iptali davası** (yani, davanın yalnızca davalı borçlunun savunması ile ilgili olan kısmı değil, **davanın tümü**), HMK m.408 hükmü çerçevesinde, "taşınmaz mal üzerindeki **aynî haktan kaynaklanan uyuşmazlık**" **haline gelmiştir**!

Birinci ihtimalin kabulü varsayımında hakem heyeti, şayet, **yalnızca davacı alacaklının iddiasını kabul** ile, **davalı borçlunun savunmasını** (HMK m.408'e dayandırıp) **incelemeden reddederek** karar verme yoluna giderse, hakem heyetinin vereceği karar, yalnızca tek tarafın iddiasının incelenmesine dayalı olacağından ve dinlenilme hakkının (HMK m.27; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m.6) ihlâli anlamına geleceğinden, kanuna ve usule aykırı olur.

Böyle bir kararın **asıl tehlikesi**; itirazın iptali davasının kabulü varsayımında, **ipotekli taşınmazın paraya çevrilmesi**nin sözkonusu olması ve böyle bir halde **borçlunun** daha sonra **genel mahkemede açacağı ipoteğin geçersizliği** ile iptali **davasını kazanması** halinde, (alacaklının iflâs etmesi veya izini kaybettirmesi gibi nedenlerle) borçlunun alacağını (ve satılan taşınmazını) geri alamama riskinin ortaya çıkması halinde **yaşanacak olan** çözümü zor ve hatta olanaksız çeşitli **hukukî sorunlar**dır.

Birinci ihtimalin kabulü varsayımında, hakem heyetinin itirazın iptali davasında **görevsizlik kararı vermeyerek**, (HMK m.408'deki sorunu aşmak üzere) davalı borçlunun ipoteğin geçersizliğiyle iptali için mahkemede bir dava açması için süre verebilmesi ve bu davayı **bekletici sorun** yapabilmesi mümkündür (HMK m.165). Böyle bir karar, hakem yargılamasını uzatmakla birlikte, adaletin gerçekleşmesi ve muhtemel hukukî sorunlara meydan vermemek açısından uygun olarak değerlendirilebilir. Ancak, devlet mahkemelerinin çeşitli sebeplerle hızlı karar verememesi ve davaların yıllarca sürmesi gerçeği karşısında, hakem heyetinin bekletici sorun yapma kararı pratik olarak pek mümkün gözükmemektedir.

İkinci ihtimalin kabulü halinde ise, hakem heyetinin somut olayda ipoteğin geçersizliğini inceleyebilmesi mümkündür. Şöyle ki: İtirazın iptali davası, normal bir alacak davasıdır ve davalı borçlunun **ipoteğin geçersizliğini ileri sürmesi**, bu davayı kanımca, HMK m.408 anlamında **taşınmaz mal üzerindeki aynî haktan kaynaklanan uyuşmazlık haline getirmez**. Çünkü buradaki dava, itirazın iptali davasıdır ve ipoteğin geçersizliği vakıası, bu dava içinde çözülmesi gerekli **unsurlardan yalnızca biri**dir. Başka bir anlatımla, hakem heyeti önündeki dava, **münhasıran** ipoteğin geçersizliği ile ilgili (taşınmazın münhasıran aynı ile ilgili) bir dava değildir. Her ne kadar itirazın iptali davasının sonunda ipoteğin geçerli olup olmadığı hakkında bir sonuca varılacak ise de, bu durum hakem heyetinin (**görevsizlik kararı vermeyerek**) itirazın iptali davasında yapması gereken bir değerlendirmeden ibarettir.

Konuya bu açıdan bakıldığında (veya en azından bu şekilde yorum yapıldığında), alacaklının başlattığı ilâmsız icra takibine yapılan **itirazın yerine olup olmadığının tespitini amaçlayan** itirazın iptali davasında borçlunun ipoteğin geçersizliğini ileri sürmüş olmasını; borçlunun, borcunun bulunmadığını örneğin borcun doğmadığı, borcun ödenmiş olduğu veya alacağın takas edildiği gibi bir nedene dayanmasına eş olarak değerlendirerek sonuca varılmasının hukuken mümkün olduğu ve HMK m.408 hükmünün özünün bu yoruma müsait olduğunu düşünmekteyim.

Öte yandan, **yabancı para ipoteğinin geçerliliği hususunun** (TMK m.851) **kamu düzeninden sayılması varsayımı**nda da, hakem heyetinin bu konuyu incelemesinin gerekliliğini ortaya koyan diğer olgudur. Hatta bu durumun, hakem heyetine verilmiş bir **değerlendirme yükümlülüğü** olarak da algılanması gerektiği görüşündeyim.

Nitekim, Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nin 25.5.2000 tarihli ve 3227/3951 sayılı kararında yer alan, "… Kural olarak ipotek, ancak belirli bir alacak için miktarı Türk parasıyla gösterilerek kurulabilir (MK m.766; şimdi: TMK m.852, I). … Bu nedenle **öncelikle** davacı lehine düzenlenen **ipoteğin anılan hüküm kapsamında bulunup bulunmadığının belirlenmesi gerekir**. Zira, MK'nun 766/a maddesi hükmüne uygun olmayan ipoteğe dayanarak **yabancı para üzerinden ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takibe geçilmesi mümkün değildir**. **Mahkemece bu yönler üzerinde durulmadan** yazılı şekilde hüküm kurulmasında isabet görülme-

miştir" ibaresi de, buna işaret etmektedir. Belirtilen Yargıtay kararı, mahkemeye (devlet mahkemesine) yönelik olarak verilmiş olmasına rağmen, hakem heyeti bakımından da geçerlidir. Zira konunun kamu düzenine ilişkin olması sebebiyle, **Yargıtay kararına konu olan olay**, (mahkeme önüne değil de) **hakem önüne gelse idi**, inanıyorum ki Yargıtay, hakem kararı bakımından da **aynı kararı verirdi**.

Özetle, somut olayda **ikinci ihtimalin benimsenmesi**nin yerinde olacağını değerlendirmekteyim. Böyle bir sonuç (yani, ikinci ihtimalin kabulü), **birinci ihtimalin kabulüne oranla iki bakımından tercihe şayan** olarak değerlendirilebilir:

Tercihe şayan noktalardan biri, birinci ihtimalin kabulüne bağlı olarak hakem heyetinin (konuyu HMK m.408'nin katı lafzı çerçevesinde değerlendirerek) **görevsizlik kararıvererek itirazın iptali davasını reddetmesinin**, tahkim anlaşmasının taraflarının (tahkim anlaşması yaparken) güttükleri amacın gerçekleşmemesine neden olacak olmasıdır. Tercihe şayan noktalardan diğeri ise, hakem heyetinin (görevsizlik kararı vermeyerek davaya devam etmesi faraziyesinde) itirazın iptali davasında borçlu **davalının** (ipoteğin geçersizliği yolundaki) **savunmasını değerlendirmeden** davada yalnızca davacı alacaklının iddiası çerçevesinde vereceği kararın kanuna aykırılığı ve (bundan daha önemli olarak) ileride ortaya çıkacak çözümü zor veya olanaksız hukukî sorunlara meydan vermeyecek olmasıdır.

Sonuç olarak: Böyle bir örnek-olayda itirazın iptali davasını gören hakem heyetinin, davalının ileri sürdüğü ipoteğin geçersizliği konusunu değerlendirmek ve karara bağlamak durumunda bulunduğu; hakem heyetinin bunun aksine olarak, ipoteğin geçersizliği konusundaki uyuşmazlığı HMK m.408 çerçevesinde değerlendirmesi halinde ise, itirazın iptali davasının tümü hakkında görevsizlik kararı vererek itirazın iptali davasını reddetmek zorunda olduğu kanısındayım.

[H]MEDENÎ USÛL HUKUKUNDA TANIĞA SORU KÂĞIDI GÖNDERİLMESİ

Doç. Dr. Mine AKKAN*

GİRİŞ

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 246. maddesine göre, hâkimin gerekli gördüğü hallerde, sözlü olarak dinlenmesi yerine, tanığa soru kâğıdı gönderilmesi mümkündür. Bu durumda tanık, hâkim tarafından belirlenecek süre içinde cevaplarını yazılı olarak bildirmelidir. Tanığın yazılı ifadesinin değerlendirilmesinde, daha açık ifadeyle cevabın hükme yeterli olup olmadığı hususunda hâkimin takdir yetkisi vardır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 198. maddesine göre, hâkim tanık ifadesini serbestçe değerlendirecektir. Ancak 246. maddede yazılı tanık ifadesinin değerlendirilmesi ayrıca tekrar düzenlenmiştir. Hâkim, verilen yazılı cevapların yetersiz olması hâlinde, tanığı dinlemek üzere davet edebilir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 246. maddesi istisnai bir hükümdür. Tanığın mahkeme huzurunda dinlenmesi asıldır (HMK m. 259/1).

Çalışmamızda, tanığa soru kâğıdı gönderilmesinin medenî usûl hukukuna hâkim olan ilkelerden doğrudanlık, usûl ekonomisi, sözlülük-yazılılık ilkeleri ve hukukî dinlenilme hakkı ile ilişkisi, bu hükmün uygulanmasına hangi koşullarda veya durumlarda karar verileceği, yazılı tanık ifadesinin hâkim tarafından nasıl değerlendirileceği ve bu hükme aykırılığın sonuçları gibi konular incelenecektir. Tanığa soru kâğıdı gönderilmesine karar verildikten sonra, tanığın yazılı cevaplarını mahkemeye göndermesi durumunda

---

H Hakem incelemesinden geçmiştir.

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

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Özel Sayı 2014, s. 555-609 (Basım Yılı: 2015)
Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ'e Armağan

terim olarak zaman zaman "yazılı tanık ifadesi"ni kullanacağımızı belirtmek isteriz.

Alman Hukuku'nda da yazılı tanık ifadesi alınmasının sınırlı bir uygulama alanı vardır[1]. Almanya'da reform çalışmaları ile istinabe yoluyla tanık ifadesi alınması yerine, tanık ifadesinin yazılı alınmasını kabul etme düşüncesi ortaya çıkmıştır. Ancak yazılı tanık ifadesi alınması ile istinabe yoluyla tanık ifadesinin alınması arasında fark bulunmaktadır. Birbirinin yerine kabul edilmesi söz konusu değildir. Yazılı tanık ifadesi alınması için gerekli koşullar, tanığın ve ispat sorusunun yazılı ifadeye uygunluğu iken istinabe yoluyla tanık ifadesi alınması yöntemi, tanığın mahkemenin yargı çevresi dışında oturması durumunda başvurulan bir yöntemdir[2]. Tanığa soru kâğıdı gönderilerek yazılı ifadesinin alınması yöntemine başvurabilmek için koşulları oluştuğunda, tanığın mahkemenin yargı çevresinde veya yargı çevresi dışında bulunması fark yaratmamaktadır.

A. Hükmün Amacı

Tanığa soru kâğıdı gönderilmesine ilişkin hüküm istisnai bir hükümdür. Çünkü tanığın bizzat mahkeme huzurunda dinlenmesi asıldır (HMK m. 259/1). Bunun sebebi tanığı doğruyu söylemeye teşvik etmektir[3].

Alman Hukuku'nda yazılı tanık ifadesi alınması 1991 yılında kolaylaştırılmış, komisyon raporunda bunun sebebi yargılamanın hızlandırılması (kısaltılması) olarak belirtilmiştir[4]. Yazılı tanık ifadesi alınması, tanık ifadesi alınmasının kolaylaştırılmış yöntemi olarak karşımıza çıkmaktadır[5]. Almanya'da uygulamada bu istisnai hükme nadiren başvurulduğu belirtil-

---

1 **Reinecke**, s. 405; **Stadler**, s. 157.

2 **Stadler**, s. 158.

3 **Ertanhan**, s. 241; **Yılmaz**, s. 1204. Örneğin, tanığın önceden hazırlanan bir yazıyı okuyarak ifade vermesine izin verilirse tanık önceden doğru olmayan bir ifade hazırlamaya kalkışabilir (**Yılmaz**, s. 1204).

4 **Reinecke**, s. 406; **Stadler**, s. 139, dn. 5; **MüKoZPO/Damrau**, ZPO § 377, Rn. 1; **Musielak ZPO/Huber**, ZPO § 377, Rn. 1.

5 **Reinecke**, s. 404, 407; **Völzmann-Stickelbrock**, s. 370; **Stein/Jonas/Berger**, § 377, Rn. 24.

miştir[6]. Hükmün amacı, sözlü tanık ifadesi alınmasının fazlalığı sebebiyle mahkemelerin artan iş yükünü azaltmak ve bununla bağlantılı olarak yargılamayı basitleştirmektir[7]. İsviçre Hukuku'nda da, resmi kurumlar dışındaki özel kişilerden yazılı bilgi istenmesi yönteminin (SchZPO Art. 190/2), tanığın mahkeme huzurunda dinlenmesine nazaran daha hızlı ve daha az masraflı bir yöntem olduğu vurgulanmıştır[8].

Usûl ekonomisinin uygulanması amacıyla tanık ifadesinin yazılı olarak alınması yöntemi kabul edilerek doğrudanlık ilkesine istisna tanınmıştır[9].

Alman Hukuku'nda yazılı tanık ifadesi alınmasına olanak tanıyan hükme eleştiri olarak, mahkeme tanığın inanılırlığı ve kişiliği konusunda herhangi bir izlenim sahibi olmaksızın karar vereceğinden, mahkeme kararlarının dayanağının zayıflaması tehlikesinden söz edilmiştir. Uygulamada bazı tanıkların rahatı düşünülerek ve mahkemenin iş yükünü azaltmak için yazılı tanık ifadesinin zamanla sözlü tanık ifadesinin yerine geçebileceği endişesinden bahsedilmiştir[10]. Tanığın yazılı beyanı, bir görüşe göre, Alman kanun koyucunun düşüncesi çerçevesinde, diğer durumlar yanında, daha önce bir kez mahkeme huzurunda dinlenmiş olan tanığa tamamlayıcı sorular sorulması gerektiğinde veya belli cevapların sadece mevcut belgeler vasıtasıyla verilebilmesinin mümkün olmadığı durumlarda anlam kazanabilir. Bu durumda tanığın tekrar mahkemeye gelmesi ve tekrar ifade vermesinden kaçınılmaktadır[11].

Yazılı tanık ifadesine ilişkin hüküm sayesinde daha az masrafa katlanılması ve yargılamanın hızlandırılması sağlanabilir. Ancak hükmün amacını oluşturan bu iki olumlu sonucun gerçekleşmesi, tanığın yazılı beyanına rağmen, sözlü duruşmaya çağrılarak ifadesinin alınıp alınmayacağı ve hangi

---

6 **Pantle**, s. 98; **Völzmann-Stickelbrock**, s. 371. Yazılı tanık ifadesi alınmasına ilişkin hükme mümkün olduğunca nadir başvurulması gerektiği konusunda bkz. **Reinecke**, s. 407.

7 **Reinecke**, s. 406; **Koukouselis**, s. 18.

8 **Leuenberger/Uffer-Tobler**, Nr. 9.126; **Sutter-Somm**, s. 205, Nr. 838.

9 **Arslan**, s. 171.

10 **Koukouselis**, s. 18.

11 **Stadler**, s. 158.

koşullarda sözlü ifadesine başvurulacağına bağlıdır[12]. Alman Medenî Usûl Kanunu'nun 377. paragrafının 3. fıkrasına göre hâkim, gerekli görürse kendiliğinden başka sorular sormak için tanığı duruşmaya davet edip dinlenmesine karar verebilir.

Tanığın yazılı beyanından *sonra* mahkemeye davet edilip dinlenmesine esasen iki durumda karar verilebilir: Bunlardan ilki, hâkimin, tanığın sorulara yeterli cevap vermediği veya anlaşılmayan cevaplar verdiği kanaatinde olması; ikincisi, taraflardan birinin tanığın mahkeme huzurunda dinlenmesini talep etmesidir[13].

İlk durumda tanığın mahkemeye daveti ve ifadesinin sözlü olarak alınması kaçınılmaz ve zorunludur. Bu şekilde cevaplardaki eksiklik giderilmekte veya cevaplardaki anlaşılır olmayan hususlar açıklanmaktadır. Zaten tanığa önceden, eksik veya cevaplamaktan kaçındığı sorular ile ilgili olarak duruşmaya davet edileceği yönünde ihtarda bulunulmaktadır[14]. Aynı şekilde tanığın beyanının kendisi tarafından yazılmadığı veya yanlış olduğu konusunda hâkimin şüphe duyması durumunda, yine hâkim tanığı duruşmaya çağırıp dinleyebilir[15]. Tanık duruşmaya çağrıldığında cevaplardaki eksiklik giderileceği gibi, tanığın yemin etmesi de gerekecektir[16].

İkinci durumla ilgili olarak taraflardan birinin talebi üzerine mahkemece tanığın beyanı yeterli görülmüş olsa bile, tanığın davet edilip dinlenmek zorunda olup olmadığı konusunda Alman Medenî Usûl Kanunu'nda açık bir düzenleme yoktur. Alman kanun koyucu, esasen tanığın sözlü ifadeye çağrılmasına ihtiyaç olmaması bekleniyorsa yazılı ifadeye başvurulmasını öngörmüştür. Somut olayda en baştan bu bilgiyle yetinilemeyeceği

---

12 **Stadler**, s. 159.

13 **Stadler**, s. 159.

14 **Stadler**, s. 159; **Zöller/Greger**, § 377, Rn. 9a. Tanığa bu konuda ihtar yapılması, onun yazılı ifadesini özenli bir şekilde yazmasını da sağlayabilir, böylece ifadesini tamamlamak için sözlü ifade vermek üzere mahkemeye gelmesine gerek kalmayabilecektir (**MüKoZPO/Damrau**, ZPO § 377, Rn. 16).

15 **Stadler**, s. 159. Hâkimin yazılı açıklamayla ilgili en ufak bir şüphesinin bulunması halinde tanığın sözlü olarak doğrudan dinlenmesine karar verilmelidir (**Arslan**, s. 202).

16 **Saenger/Eichele**, ZPO § 377, Rn. 7; **Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann**, § 377, Rn. 15.

anlaşılıyorsa tanıktan yazılı şekilde bilgi alınması yöntemine başvurulmamalıdır. Ancak bunu tespit etmek kolay değildir, çünkü tarafların tanığa ek soru yöneltmeleri ve dinlenmesini talep etmeleri, tanığın yazılı ifade vermesinden sonra gerçekleşir[17]. Hükmün uygulanma koşulları olan, sorunun ve tanığın yazılı ifadeye uygun olması koşulları yerine getirilmiş olsa bile, taraflardan birinin tanığa soru sorma hakkını kullanacağı bekleniyorsa mahkemece tanığın yazılı ifade vermesine karar verilmemelidir[18]. Ayrıca tarafların, tanığın sözlü olarak duruşmada dinlenmesi yönündeki taleplerini gerekçelendirmeleri gerekmektedir[19].

Alman Medenî Usûl Kanunu'nun 397. paragrafının 1. fıkrasına göre tarafların tanığa soru sorma hakları vardır. Bu sebeple mahkemece, tarafın, tanığın yazılı ifadesinden sonra sözlü olarak duruşmada dinlenilmesi talebi reddedilirse tanığa soru sorma hakkı (ZPO § 397, Abs. 1) da ihlal edilmiş olacaktır[20]. Hâkimin, tarafın soru sorma hakkını kullanmasına izin vermesi gerekir. Türk Hukuku'nda da, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 197. maddesinin 3. fıkrasına göre, beyanların dinlenmesi sırasında, taraflar istinabe olunan mahkemede hazır bulunabilir ve delillerle ilgili açıklama haklarını kullanabilir. Ayrıca Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 152. maddesinin 1. fıkrasında, taraf vekillerinin tanıklara, duruşma disiplinine uygun olarak doğrudan soru yöneltme hakkı bulunmaktadır. Taraflar ise hâkim aracılığıyla soru sorabilirler. Yöneltilen soruya itiraz edildiğinde, hâkim, sorunun yöneltilmesinin gerekip gerekmediğine karar verecektir.

Tarafın ek sorularına cevaplar, yine tanıktan yazılı olarak istenebilir mi sorusu sorulmaktadır. Bir görüşe göre, tarafın, tanığın yazılı ifadesinden sonra ek soru sorması üzerine, tekrar yazılı bir beyanın alınması hem zaman alıcı ve zor olacaktır hem de tarafın soru sorma hakkı bu şekilde tam olarak yerine getirilemeyecektir[21]. Ancak bir yandan, tarafın talebi üzerine tanığı

---

17 **Stadler**, s. 160.

18 **MüKoZPO/Damrau**, ZPO § 377, Rn. 9; **Musielak ZPO/Huber**, ZPO § 377, Rn. 4.

19 **MüKoZPO/Damrau**, ZPO § 377, Rn. 17.

20 **Voelskow-Thies**, s. 163; **Stadler**, s. 161; **Stein/Jonas/Berger**, § 377, Rn. 33; **MüKoZPO/Damrau,** ZPO § 377, Rn. 17, § 397, Rn. 2.

21 Tarafların soru sorma hakkını kullanmaları üzerine sadece sözlü duruşmada bu sorular cevaplanmalıdır (**Stein/Jonas/Berger**, § 397, Rn. 1; **MüKoZPO/Damrau**, ZPO § 377, Rn. 13, 17, § 397, Rn. 2; **Zöller/Greger**, § 377, Rn.10).

mahkemeye çağırıp çağırmama konusunda hâkime takdir hakkı verildiğinde, tarafın soru sorma hakkının kısıtlandığından bahsederken bir yandan da tanığı yazılı ifadeden sonra tekrar çağırıp dinlemek yargılamanın hızlandırılması amacına ulaşılamaması sonucunu doğuracak ve işi iki katına çıkaracaktır[22]. Bu sebeple diğer görüşe göre, hâkimin gerekçeli olarak karar vermesi koşuluyla ek soruları veya tamamlayıcı cevapları tekrar tanıktan yazılı olarak istemesinin mümkün olduğu belirtilmiştir[23]. Kanaatimizce de, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda belirtilen koşulları mevcutsa hâkimin tanığa bir kez daha soru kâğıdı göndererek ek soru sorması veya cevaplarını tamamlamasını istemesi mümkün olmalıdır. Ancak hâkim bu kararı verirken gerekçelendirmeli, özellikle yazılı tanık ifadesinin güvenilirliği konusunda tarafların itirazı varsa bunları da dikkate alarak gerekirse tanığı duruşmaya çağırma yoluna gitmelidir.

Alman Medenî Usûl Kanunu'nun 377. paragrafının 3. fıkrası, yukarıda belirtilen durumlarda hükmün amacını tam olarak gerçekleştirmeye elverişli değildir. Çünkü birçok somut olayda "sözde" zaman kazanılmış ve masraftan tasarruf edilmiş olmasına rağmen, sonradan zorunlu olarak tanığın mahkemeye çağrılması sonucunda bu olumlu etki ortadan kalkacaktır. Yazılı ifade vermekle yükümlü olmayan[24] tanık, mahkemece tanığın mahkemeye davet edilme ihtimali olduğu hesaba katılmadıysa bazı durumlarda zaman kaybına sebep olacaktır[25].

Yazılı tanık ifadesine her durumda başvurulmasının hükmün amacını karşılamayacağı düşünüldüğünde, hükmün uygulama alanının sadece basit durumlar ve basit sorularla sınırlanmasının uygun olup olmadığı sorusu sorulmaktadır. Eğer mahkeme sözlü ifade yerine, yazılı ifade ile yetinecekse basit durumlar ve basit sorulara ilişkin bu sınırlama anlam kazanacaktır[26]. Hükmün amacını gerçekleştirmesi bakımından bir diğer husus, geniş kap-

---

22 **Stadler**, s. 161.

23 **Koch**, s. 158; **Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann**, § 377, Rn. 9.

24 **Stein/Jonas/Berger**, § 377, Rn. 27, 30; **MüKoZPO/Damrau**, ZPO § 377, Rn. 15; **Arslan**, s. 203; **Thomas/Putzo/Reichold**, § 377, Rn. 2; **Zöller/Greger**, § 377, Rn. 10. Tanık yazılı ifade vermeyi reddederse gecikmeksizin duruşmaya davet edilerek mahkeme huzurunda dinlenmesi sağlanmalıdır (**Stein/Jonas/Berger**, § 377, Rn. 32).

25 **Stadler**, s. 162.

26 **Stadler**, s. 163.

samlı uyuşmazlık noktalarında ve basit olmayan sorularda önceden hazırlanmış tanık ifadesinin bir fonksiyonunun bulunup bulunmadığıdır. Karışık bazı durumlarda, önceden özellikle taraflar arasındaki sözleşmelerle ilgili konularda, uzmanlardan alınan beyanlar, tarafların dilekçelerine katkı sağlayabilir veya sonradan dinlenecek tanıkların belli sorunlara odaklanmasını mümkün kılabilir[27]. Bu durumda uyuşmazlık noktalarının en baştan daha kolay tespiti mümkün olabilecektir. Görüldüğü gibi, yazılı tanık ifadesi alınması yöntemine başvurulması için, basit veya karışık uyuşmazlıklar şeklinde bir ayrım yapılması pek mümkün değildir.

Tanığın ifadesinin önceden yazılı alınmasına ilişkin Alman Hukuku'nda sınırlayıcı bir durum yoktur, ancak bu yöntemin sınırlı durumlarda uygulanması sağlanmalıdır. Tanık, hem yazılı hem sözlü ifadeye çağrıldığında bu durumun tanığa fazla yük getireceğinden de bahsedilmektedir[28]. Ancak somut olayda hâkimin aynı zamanda sözlü ifadeye ihtiyaç duymama olasılığı da vardır.

B. Tanığa Soru Kâğıdı Gönderilmesinin Medenî Usûl Hukukuna Hâkim Olan Bazı İlkelerle İlişkisi

I. Doğrudanlık İlkesi ile İlişkisi

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 246. maddesinde yer alan tanığa soru kâğıdı gönderilmesine ilişkin hükmün, doğrudanlık[29] ilkesine istisna oluşturduğu Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun madde gerekçesinde de açıklanmıştır. Çünkü tanığın mahkeme huzurunda dinlenmesi doğrudanlık ilkesinin bir sonucudur, tanığın beyanlarını yazılı olarak mahkemeye göndermesi ise doğrudanlık ilkesinin istisnasıdır. Hükmün gerekçesine göre *"…Tanığın mahkeme huzurunda dinlenilmesinin yüz yüzelik ilkesinin bir sonucu olduğu, soru kâğıdının gönderilmesinin ise çok istisnaî durum olacağı gözetilmelidir…"*

---

27 **Stadler**, s. 164.

28 **Stadler**, s. 164-165.

29 Doktrinde doğrudanlık ilkesinin, "vasıtasızlık", "doğrudan doğruyalık" gibi terimlerle de ifade edildiği de görülmektedir. Bu konuda ayrıntılı açıklama için bkz. **Arslan**, s. 5.

Doğrudanlık ilkesi, yargılamanın davaya bakan ve kararı verecek olan hâkim önünde yürütülmesi ve davaya bakan hâkim tarafından karar verilmesini ifade etmektedir, bu anlamda araya herhangi bir başka makam ya da kişinin girmemesi doğrudanlık ilkesinin gerçekleşmesini sağlamaktadır[30]. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 197. maddesinin 1. fıkrasının ilk cümlesine göre, "*Kanunda belirtilen haller dışında,* ***deliller davaya bakan mahkeme huzurunda****, mümkün olduğu kadar birlikte ve aynı duruşmada incelenir*." Bu düzenleme sayesinde delillerin toplanması ve incelenmesi hâkim huzurunda olacağından, hâkimin araya kimse girmeden delilleri bizzat göreceği için daha doğru karar vermesi mümkün olabilecektir[31].

Davaya bakan mahkemenin yargı çevresi dışındaki delillerin incelenmesi için, istinabe yoluna başvurulması (HMK m. 197/2), doğrudanlık ilkesine mutlak bir istisna olarak görülmemelidir. Bu durumda delillerin toplanması, davaya bakan mahkeme dışında başka bir mahkeme tarafından yapılsa da, delillerin değerlendirilmesi yine davaya bakan hâkim tarafından yapılmaktadır[32].

Alman Medenî Usûl Kanunu'nda da, 355. paragrafın 1. fıkrasına göre, deliller davaya bakan mahkeme huzurunda incelenir. Bu kural, doğrudanlık ilkesi olarak adlandırılır ve ancak kanunda açıkça belirtilen istisnai durumlarda toplu mahkemelerde bir üyeye veya başka bir mahkemeye delillerin incelenmesi yetkisi devredilebilir. Doğrudanlık ilkesi iki anlamda kullanılmaktadır: Şekli doğrudanlık ve maddi doğrudanlık[33].

Şekli doğrudanlık ilkesi, araya aracı başka bir kişi girmeksizin delillerin davaya bakan mahkeme tarafından toplanması anlamına gelmektedir[34].

---

30 **Ansay**, s. 156; **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 376; **Kurt**, s. 599; **Arslan**, s. 6-7. Alman Hukuku açısından bkz. **MüKoZPO/Heinrich,** ZPO § 355, Rn. 1; **MüKoZPO/ Rauscher**, ZPO Einl. Rn. 368; **Saenger/Eichele**, ZPO § 355, Rn. 1.

31 **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 376-377.

32 **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 377-378.

33 Ayrıntılı bilgi için bkz. **Pantle**, s. 6 vd.; **Kurt**, s. 603 vd.; **Arslan**, s. 43 vd.

34 **Kip**, s. 65; **Pantle**, s. 6, 153; **Stadler**, s. 144; **Völzmann-Stickelbrock**, s. 368; **Stein/ Jonas/Berger**, § 355, Rn. 3, 29; **MüKoZPO/Heinrich,** ZPO § 355, Rn. 1; **MüKoZPO/ Rauscher,** ZPO Einl. Rn. 368; **Saenger/Eichele**, ZPO § 355, Rn. 1, 3; **Kurt**, s. 606 vd.;

Başka bir deyişle şekli doğrudanlık, "*hâkimin delile yakınlığı*" anlamındadır. İstinabe yoluyla delillerin toplanması ancak Kanundaki istisnalar çerçevesinde mümkündür. Diğer istisna, tanık dinlenmesi bakımından uluslararası istinabenin söz konusu olmasıdır.

Maddi doğrudanlık ilkesi ile mümkün olduğunca ispat konusuna en yakın delile doğrudan yakın olmak (nesnesel yakınlık) ve bu delil üzerinde mahkemece tasarruf etmek kastedilir. Alman Ceza Usûl Kanunu'nun maddi doğrudanlık ilkesini benimsemesine rağmen, Alman Medenî Usûl Kanunu'nun bu ilkeyi benimsemediği belirtilmektedir[35]. Bunun sebebi, ceza hukukunda uygulanmayan ancak medenî usûl hukukuna hâkim olan taraflarca getirilme ilkesidir. Vakıalar ve delillerin yargılamaya getirilmesi taraflara aittir ve tarafların karşılıklı anlaştıkları konular veya ikrar edilen vakıalar mahkemeyi bağlamaktadır. Taraflar, hangi delili sunacaklarına kendileri karar verirler[36]. Maddi doğrudanlık ilkesi, doğrudan olaya en yakın delillerin değerlendirilmesi şeklinde de açıklanmaktadır. Örneğin, olayı gören tanık doğrudan, olayı duyan tanık dolaylıdır. Maddi doğrudanlık, ispat konusuna en yakın delile hukuken öncelik vermek anlamına gelir[37]. Başka bir deyişle maddi doğrudanlık, "*delilin ispat konusu vakıaya yakınlığı*" anlamındadır.

Doğrudanlık ilkesinin delillerin toplanması ve incelenmesindeki en önemli faydasının, mahkemenin yalan beyan ile mücadele etmesi ile gerçeğe daha kolay ulaşmasını sağlamak olduğu belirtilmiştir[38]. Kural olarak doğrudanlık ilkesi, sözlülük ilkesinin "yol arkadaşı"dır. Ancak doğrudanlık ilkesi,

---

Arslan, s. 44. Alman Medenî Usûl Hukukunda doğrudanlık ilkesinin tarihi gelişimi için bkz. **Koukouselis**, s. 15 vd.; **Arslan**, s. 94 vd.

35 **Koukouselis**, s. 79-82; **Pantle**, s. 153; **Stadler**, s. 145; **Völzmann-Stickelbrock**, s. 367; **Stein/Jonas/Berger**, § 355, Rn. 4; **MüKoZPO/Heinrich,** ZPO § 355, Rn. 1; **MüKoZPO/Rauscher,** ZPO Einl. Rn. 371; **Musielak ZPO/Stadler**, ZPO § 355, Rn. 5. Ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Pantle**, s. 26 vd. Alman Medenî Usûl Kanunu'nun kural olarak doğrudan delilleri dolaylı delillere hukuken tercih ettiği sonucuna varılamaz (**Pantle**, s. 30).

36 **Stadler**, s. 146; **Stein/Jonas/Berger**, § 355, Rn. 29.

37 **Pantle**, s. 25; **Kurt**, s. 603; **Arslan**, s. 58.

38 **Kurt**, s. 600; **Arslan**, s. 13.

sözlülük ve yazılılık ilkesinden farklıdır, çünkü sözlü usûlün dolaylı olabildiği, yazılı usûlün ise doğrudan olabileceği durumlar mevcuttur[39]. Doğrudanlık ilkesi, sözlülük ilkesinin bir kısmını oluşturur, ancak bu kısım duruşmaların hâkim önünde sözlü olarak yapılmasıyla bağlantılı olduğundan önemli bir kısmına karşılık gelmektedir[40].

Alman Hukuku'nda bir görüşe göre, yazılı tanık ifadesi, doğrudanlık ilkesine, görünüş itibariyle *şekli* olarak uymaktadır. Çünkü hâkim araya herhangi bir aracı kişi girmeksizin, doğrudan tanığın yazdığı beyandan (yazılı kâğıttan) bilgi almaktadır. Bu şekilde delilin gösterilmesi ve mahkeme huzuruna getirilmesi, tanığın ifadesinin yazılmasıyla değil, aksine ya tanığın yazılı beyanının mahkeme huzurunda okunması ya da hâkim tarafından duruşma yapılmadan bu beyanın değerlendirilmesi şeklinde olur. Mahkeme ile ifade veren tanığın arasına yazılı bir kâğıdın girmesi bu delilin incelenmesini şekli olarak dolaylı yapmaz[41]. Tanık ifadesinin yazılı olarak alınması, doğrudanlık ilkesine aykırı görülmemektedir, çünkü mahkeme bizzat kendisi yazılı ifadeden doğrudan bilgi edinmektedir[42]. Alman Hukuku'nda diğer görüş ise bu yöntemi, doğrudanlık ilkesinin istisnası olarak kabul etmektedir[43].

Türk Hukuku'nda ise bir görüşe göre, doğrudanlık ilkesinin istisnalarından biri olarak anılan yazılı tanık ifadesi alınması, aslında doğrudanlık ilkesinin ihlali anlamına gelmektedir. Bu ihlal, tanığın naip hâkim tarafından veya istinabe suretiyle başka bir mahkemede dinlenmesinden daha ağır bir ihlaldir, çünkü bu yöntemde hâkimler bizzat (doğrudan) tanık hakkında herhangi bir izlenime sahip olamamaktadır[44].

---

39 **Reichel**, s. 45; **Pantle**, s. 6-7; **Kurt**, s. 610. Doğrudanlık ilkesi ile sözlülük ilkesi arasındaki ilişki konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. **Arslan**, s. 132 vd.

40 **Walsmann**, s. 382.

41 **Reichel**, s. 45, 57; **Koch**, s. 72; **Stadler**, s. 144-145.

42 **Musielak ZPO/Stadler**, ZPO § 355, Rn. 5.

43 **Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann**, § 377, Rn. 8. Sorulacak sorunun içeriği ve yazılı ifadeye uygunluğu, doğrudanlık ilkesinden ayrılmayı haklı gösterecek nitelikte olmalıdır (**Zöller/Greger**, § 377, Rn. 7).

44 **Arslan**, s. 200.

II. Sözlülük-Yazılılık İlkesi ile İlişkisi

Sözlülük ve yazılılık ilkesi esas olarak usûl işlemlerinin şekliyle ilgilidir. Hukukumuzda her iki ilke birarada uygulanmaktadır. Sözlülük ilkesi, hâkimin doğrudan yargılamaya katılan kişilerle temasa geçerek yargılamayı yürütmesini; yazılılık ilkesi ise yargılamanın sistematik biçimde, sağlıklı yürütülmesi, işlemlerin kalıcı olması ve kontrol edilmesini sağlamaktadır. Sözlülük ilkesi, doğrudanlık ilkesi açısından önemlidir. Sözlülük ilkesinin yerine tamamen yazılılık ilkesinin uygulanması durumunda doğrudanlık ilkesi zedeleneceğinden, doğrudanlık ilkesinden beklenen fayda veya sonuçlar sağlanamayacaktır. Bu sebeple gerçeğin elde edilmesi de zorlaşacaktır[45].

Alman Medenî Usûl Hukukunda 1877 yılından itibaren yazılılık ilkesi yerine, mahkemenin hüküm verebilmesi için, temelde sözlü duruşmaların yargılamanın merkezine yerleştirildiği görülmektedir[46]. Dilekçeler aşamasındaki yazılılık ilkesi yerini korumakla beraber (ZPO § 128, Abs. 1), bugün artık hangi ilkenin uygulanması gerektiği değil, bu iki ilkenin amaca uygun olarak hangi ölçüde ve nasıl birlikte uygulanacağı üzerinde durulmaktadır[47]. Yazılılığın getirdiği katı uygulanan ve hak düşürücü sonuç doğuran hükümlerden kaçınmak için sözlülük ilkesine; sözlü duruşmalara hazırlanmak için de yazılılık ilkesine ihtiyaç vardır. Bunun sonucunda hâkim, tahkikat aşamasında dava malzemelerini ayrıntılı bir şekilde inceleyip tartışabilir ve değerlendirebilir[48]. Ancak esas olan, hâkimin, duruşma sırasında mahkeme huzuruna getirilmiş veya ibraz edilmiş olan delillere kararını dayandırması gerektiğidir. 19. yüzyılın başlarından itibaren sözlülük ilkesinin yargılamanın hızlandırılmasına imkân tanıdığı, buna karşılık yazılılık ilkesinin de yargılamanın yavaşlamasına ve uzun yargılama süresine sebep olduğu düşünül-

---

45 **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 403.

46 **Walsmann**, s. 382; **Kip**, s. 53, 55; **Arens,** s. 11, 15; **Leipold**, s. 342; **Stadler**, s. 143. Yazılılık ilkesi, bütün taraf usûl işlemlerinin etki doğurabilmesi için yazılı olarak yapılması veya sözlü olarak yapılsa bile mahkeme tutanağında yer alması gerektiğini ifade etmektedir. Sadece sözlü olarak ileri sürülen hususlar, usûli olarak dikkate alınmazlar (**Kip**, s. 21; **Arens,** s. 11). Yazılılık ilkesi ve sözlülük ilkesi arasındaki temel fark, kararın dayanağını yazılılık ilkesinde sadece yazılı olan hususların, sözlülük ilkesinde sadece sözlü olarak konuşulanların oluşturmasıdır (**Arens,** s. 11).

47 **Walsmann**, s. 381-382; **Henckel**, s. 122; **Stadler**, s. 143.

48 **Henckel**, s. 122.

müştür[49]. Günümüzde Alman Medenî Usûl Hukukunda, sözlülük ve yazılılık ilkesinin birarada uygulandığı belirtilmelidir[50].

Alman Hukuku'nda, yazılılık ilkesinin yargılamayı yavaşlatma ve yargılama süresini uzatma şeklinde belirtilen dezavantajlarına rağmen, Alman kanun koyucu, *yazılı* tanık ifadesi alınmasını 1991 yılında kolaylaştıran hükmü sevk ederken yargılamanın hızlandırılması amacını taşıdığını komisyon raporunda açıklamıştır[51]. Bu durum çelişkili gibi gözükmekle birlikte, az önce belirtildiği gibi günümüzde sözlülük ve yazılılık ilkelerinin birlikte uygulanması söz konusudur. Tartışılması gereken, sözlülük ilkesi ile yazılı tanık ifadesi alınması arasında nasıl bir bağlantı kurulacağıdır.

Yargılamada tek başına ve katı uygulanan sözlülük ilkesinin yargılamayı hızlandırma amacına ulaşmadığı söylenmelidir. Hâkimin duruşmalara hazırlanmasına ilişkin ön inceleme gibi aşamaların da yargılamanın hızlanmasında rolü vardır. Ayrıca delillerin toplanmasında duruşma öncesi hazırlık imkânı da önemli bir imkândır[52]. Bundan başka, sözlülük ilkesinin uygulama alanını da tespit etmek gerekir. Sözlülük ilkesinin temelinde, duruşma yapılması ve tarafların duruşmalara çağrılması yatar[53]. Delillerin incelenmesi temelde sözlülük ilkesi ile ilgili değildir. Tanığa, bilirkişiye, tarafa doğrudan soru sorulması ve sözlü olarak bu kişilerin dinlenmesi, temelde sözlülük ilkesinden kaynaklanmamaktadır. Söz konusu kişilerin mahkeme huzurunda dinlenmesi, daha çok doğrudanlık ilkesi ile bağlantılıdır[54]. Aslında doğru olan, üçüncü kişi araya girmeksizin davaya bakan mahkemenin dava malzemelerinden doğrudan bilgi almasıdır. Maddi doğrudanlık da, mahkeme, tanık veya bilirkişi ile kişisel olarak bir etkileşim içine girerse gerçekleşmiş olur. Bu durum tanık veya bilirkişinin bizzat mahkeme huzuruna çıkmasını şart kılar[55].

---

49 **Arens,** s. 12-13; **Stadler**, s. 143. Yazılılık ilkesi, yargılama sürecini uzatmakta ve doğrudanlık ilkesi zedelenmektedir (**Walsmann**, s. 381).

50 **Henckel**, s. 122; **Leipold,** s. 343.

51 **Reinecke**, s. 406; **Stadler**, s. 139, dn. 5; **MüKoZPO/Damrau**, ZPO § 377, Rn. 1; **Musielak ZPO/Huber**, ZPO § 377, Rn. 1.

52 **Stadler**, s. 143.

53 **Arens,** s. 17, 27; **Stadler**, s. 143.

54 **Arens,** s. 11-12, 27-28; **Stadler**, s. 143-144.

55 **Stadler**, s. 144, dn. 32.

Sözlülük ilkesinin hukukî dinlenilme hakkının gerçekleşmesi için bir koşul olduğu söylenemese de, hukukî dinlenilme hakkının gerçekleşebilmesinin en iyi yöntemi budur. Çünkü sözlülük ilkesi hâkime, taraflara doğrudan gerekli olan soruları soru sorma imkânını tanımaktadır[56]. Hâkimin (HMK m. 261/3) veya tarafların ya da vekillerinin (HMK m. 152/1) sözlü ifade sırasında tanıklara soru sorma imkânı tanık ifadesinin açık ve anlaşılır olmasına hizmet etmektedir. Bu sebeple soru sorma hakkının kullanılmasının önemi büyüktür[57].

III. Hukukî Dinlenilme Hakkı ile İlişkisi

Delillerin doğrudan mahkeme tarafından incelenmesi ve mahkemece tarafların bu konudaki itirazlarının veya görüşlerinin değerlendirilmesi hukukî dinlenilme hakkıyla[58] (Any. m. 36; HMK m. 27) ilgilidir. Delillerin değerlendirilmesinde doğrudanlık ilkesine bazı istisnalar getirilmiş olması, bu istisnalar, makul bir ölçüde olduğu sürece hukukî dinlenilme hakkını zedelemeyecektir. Ancak hukukî dinlenilme hakkının özüne aykırı istisnalar kabul edilmesi mümkün değildir[59].

Alman Medenî Usûl Kanunu'nun 357. paragrafının 1. ve 2. fıkraları, taraflara hukukî dinlenilme hakkının somutlaştırılması çerçevesinde delillerin incelenmesi aşamasında bizzat hazır bulunma hakkı vermiştir. Bu hak, eğer duruşmada yazılı beyanın değerlendirilmesinde tarafların hazır bulunma imkânı varsa yazılı tanık ifadesi bakımından da geçerlidir[60]. Hukukî dinlenilme hakkıyla bağlantılı olarak, tarafların, tanığa, tarafa ve bilirkişiye soru sorma hakkı vardır (HMK m. 152/1). Tarafların soru sormaları, olayları

---

56 **Leipold,** s. 343. Herşeyden önce sözlülük ilkesinin, hukukî dinlenilme hakkının gerçekleşmesine hizmet ettiği konusunda bkz. **Kip**, s. 2.

57 **Reinecke**, s. 407.

58 Hukukî dinlenilme hakkıyla ilgili ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Özekes**, s. 19 vd.; **Üstündağ**, s. 261-262; **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 386 vd.

59 **Özekes**, s. 73, 165. Örneğin, tanığın mahkemenin yargı çevresi dışında oturması sebebiyle istinabe suretiyle dinlenmesi ve bu şekilde yargılama işlemini yapan hâkim ile bunu değerlendiren ve karar veren hâkimin farklı kişiler olması hukukî dinlenilme hakkını zedelemeyecektir. Burada hem fiili hem de hukukî bir zorunluluk bulunmaktadır (**Özekes**, s. 165).

60 **Stadler**, s. 147. Krş. **Koch**, s. 76.

aydınlatmak bakımından önemli bir imkândır. Aynı şekilde, yazılı tanık ifadesi alınması durumunda da taraflar soru sorabilirler. Tarafın talebi üzerine, yazılı ifadesi alınan tanığın mahkemeye çağrılması ve ifadesinin mahkeme huzurunda alınması mümkün olduğundan, bu yönden hukukî dinlenilme hakkı ve doğrudanlık ilkesinin zedelenmesi söz konusu değildir. Eğer taraf, tanığa soru sorma hakkını kullanmak isterse yine aynı durum geçerli olacaktır, yani bu talebin de dikkate alınması gereklidir[61]. Taraflar, yazılı tanık ifadesinden sonra, tanığın mahkeme huzurunda dinlenmesini talep ederlerse veya soru sorma haklarını kullanırlarsa bu talepler, aynı işin iki kere yapılması anlamına geleceğinden yargılamanın hızlanması amacına ulaşılamayacağı belirtilmiştir[62].

Doğrudanlık ilkesine uygun bir yargılama yapılması, hukukî dinlenilme hakkının gerçekleşmesini sağlayacaktır[63].

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 27. maddesinde düzenlenen hukukî dinlenilme hakkının üç unsuru bulunmaktadır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 27. maddesinin 2. fıkrasına göre *"Bu hak;*

a) Yargılama ile ilgili olarak bilgi sahibi olunmasını,

b) Açıklama ve ispat hakkını,

c) Mahkemenin, açıklamaları dikkate alarak değerlendirmesini ve kararların somut ve açık olarak gerekçelendirilmesini, içerir."

Hukukî dinlenilme hakkının unsurlarından ilki bilgilenme hakkıdır[64]. Tarafın bilgisinin olmadığı bir delille ilgili olarak açıklama yapması ve tarafın açıklama yapma imkânı olmayan bir delili de mahkemenin taraftan habersiz bir şekilde değerlendirip kararına dayanak yapması mümkün değildir[65]. Bu sebeple yazılı tanık ifadesi alındıktan sonra bu ifadenin içeriği hakkında taraflara bilgi verilmesi ve bu ifadeyle ilgili olarak varsa itirazları veya görüşlerini sunma konusunda taraflara imkân verilmesi hukukî dinlenilme hakkının gereğidir.

---

61 **Stadler**, s. 147; **Thomas/Putzo/Reichold**, § 377, Rn. 6.

62 **Stadler**, s. 148.

63 **Özekes**, s. 73; **Arslan**, s. 162.

64 Ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Özekes**, s. 86 vd.

65 **Özekes**, s. 93.

Hukukî dinlenilme hakkının diğer unsuru açıklama hakkıdır[66]. Delillerin incelenmesi ve değerlendirilmesi, kararına esas alıp almama konusundaki takdir hakkı hâkime aittir, ancak taraflara açıklama hakkı çerçevesinde, delillerin değerlendirilmesiyle ilgili yeterli açıklama yapma imkânı tanınmalıdır. Tarafların bilirkişi raporuna itiraz edebilme imkânı (HMK m. 281) ve tanıklara soru sorma imkânı (HMK m. 152/1), taraflara deliller hakkında değerlendirme yapma hakkı veren düzenlemeler olarak karşımıza çıkmaktadır[67]. Ayrıca, beyanların istinabe yoluyla dinlenmesi durumunda da taraflar mahkemede hazır bulunabilir ve delillerle ilgili açıklama haklarını kullanabilirler (HMK m. 197/3). Bu çerçevede de, yazılı tanık ifadesi hakkında taraflara bu ifadeyi değerlendirme imkânı verilmesi de gerekmektedir.

Hukukî dinlenilme hakkının üçüncü unsuru, tarafın açıklamalarının dikkate alınması ve değerlendirilmesi yükümlülüğüdür[68]. Bu anlamda hâkimin, tanığın yazılı ifadesi ile ilgili olarak, tarafın yaptığı itirazları dikkate alması ve gerekçesini de açıklayarak değerlendirmesi gerekmektedir.

IV. Usûl Ekonomisi İlkesi ile İlişkisi

Hâkimin yargılamanın makul süre içinde ve düzenli bir biçimde yürütülmesini ve gereksiz gider yapılmamasını sağlaması, usûl ekonomisi ilkesinin gereğidir (Any. m. 141; HMK m. 30). Başka bir ifadeyle bu ilke ile yargılamanın basit, çabuk ve en az masrafla bitirilmesi amaçlanmaktadır.

Tanığın ifadesinin alınmasında yazılı yöntemin tercih edilmesi, usûl ekonomisi ilkesi ile de ilgilidir[69]. Alman Medenî Usûl Kanunu'nda bu yöntem için yapılan değişikliklerin gerekçesi yargılamanın hızlandırılması (kısaltılması) olarak belirtilmiştir[70].

Tanığın dinlenmek üzere duruşmaya davet edilmesi, bunun için zaman ayrılmasına ve yargılama masrafı yapılmasına sebep olacağından tanık ifade-

---

66 Ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Özekes**, s. 106 vd.

67 **Özekes**, s. 129.

68 Ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Özekes**, s. 153 vd.

69 **Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann**, § 377, Rn. 8.

70 **Reinecke**, s. 406; **Stadler**, s. 139, dn. 5; **MüKoZPO/Damrau**, ZPO § 377, Rn. 1; **Musielak ZPO/Huber**, ZPO § 377, Rn. 1.

sinin yazılı alınması zaman ve masraf tasarrufu sağlayacaktır. Ancak medenî usûl hukukuna hâkim olan ilkelerin mümkün olduğunca birlikte uygulanması gerekir. Bu sebeple tanık dinlenmesi konusunda doğrudanlık ilkesinden vazgeçilmesinin tek sebebi yargılamanın basit, çabuk ve ucuz görülmesi olarak kabul edilemeyecektir.

Hâkim, usûl ekonomisine uygun olarak, aynı vakıa hakkında çok sayıda tanık gösterilmişse bu tanıklardan sadece bazılarına soru kâğıdı gönderilmesine karar vererek daha az masraf yapılmasını sağlayabilir ve mahkeme huzurunda dinlenen tanıklarla beraber bu yazılı ifadeleri değerlendirebilir.

V. Taraf Aleniyeti ile İlişkisi

Tanığa soru kâğıdı gönderilmesine ilişkin düzenleme taraf aleniyeti bakımından da ayrıca değerlendirilmelidir. Bu yöntemin uygulanması, taraf aleniyetine de istisna oluşturmaktadır[71]. Taraf aleniyeti ve bu anlamda tarafın soru sorma hakkı, tarafa hukukî dinlenilme hakkı tanınmasıyla yakın bir bağlantı içindedir[72]. Ancak taraflara veya vekillerine yazılı ifadesi alınan tanıklara soru sorma hakkı tanındığı müddetçe taraf aleniyetinin ihlal edildiği söylenemez[73]. Yazılı ifade alınması yönteminde, tanığın mahkeme huzurunda dinlenmemesi sebebiyle tarafların veya vekillerinin tanığa soru sorma hakkı, o ifadenin yazıldığı sırada kullanılamamaktadır. Ancak yazılı ifadenin alınmasından sonra, mahkemece taraflara bu yazılı ifadeye ilişkin soru sorulması amacıyla imkân verilmesi gerekecektir.

C. Hükmün Uygulanma Koşulları

I. Koşullar Açısından Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu ile Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Karşılaştırılması

Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 256. maddesinde tanığa soru kâğıdı gönderilmesine ilişkin hüküm mevcuttu. Buna göre, "*Müstesna hallerde, iki tarafın muvafakatları ve hâkimin tensibiyle, tayin olunacak müddet*

---

71 **Reinecke**, s. 404; **Koukouselis**, s. 59.

72 **Koch**, s. 147.

73 **Koch**, s. 158.

zarfında cevaplarını tahriren beyan etmek üzere şahide bir sual varakası gönderilebilir." Bu hükmün uygulanabilmesi için, iki tarafın muvafakati ve hâkimin uygun görmesi gerekiyordu. Ayrıca hükmün istisnai bir düzenleme olduğu açıkça madde metninde ifade edilmişti. Bu hüküm her durumda iki tarafın muvafakati ve hâkimin uygun görmesiyle değil, ancak istisnai hallerde uygulanması gereken bir hükümdü. Bu sebeple Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'na göre tanığa soru kâğıdı gönderilmesi için şu üç koşulun bir arada bulunması gerekiyordu:

- Müstesna hallerde
- İki tarafın muvafakatiyle
- Hâkimin uygun görmesiyle

tanığa soru kâğıdı gönderilmesi ve tanığın yazılı cevap vermesi mümkündü.

"Tanığa soru kâğıdı gönderilmesi" başlığını taşıyan Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 246. maddesi ise şöyledir: *"Hâkim gerekli görülen hâllerde, sözlü olarak dinlenmesi yerine, belirlenecek süre içinde cevaplarını yazılı olarak bildirmesi için tanığa soru kâğıdı gönderilmesine karar verebilir. Bu şekilde işlem yapılması, tanığın vereceği cevabın hükme yeterli olup olmadığı hususunu hâkimin takdir etmesine engel olamaz. Hâkim, verilen yazılı cevapların yetersiz olması hâlinde, tanığı dinlemek üzere davet edebilir."*

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 246. maddesinde görüldüğü üzere, iki tarafın muvafakati aranmamıştır. Mevcut düzenlemeye göre, hâkimin karar vermesi yeterlidir. Hükmün yine istisnai olarak uygulanması gerektiği, "*hâkimin gerekli gördüğü hallerde*" denilerek vurgulanmak istenmiştir. Kanunun gerekçesinde, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'na nazaran tanığa soru kâğıdı gönderilmesi hükmünün daha geniş bir uygulama alanı bulması için bu yönde bir düzenleme yapıldığı belirtilmiştir. Kanun maddesinin gerekçesi şöyledir:

> *"Madde 249- "Tanığa soru kâğıdı gönderilmesi" başlığını taşıyan bu madde esas itibarıyla 1086 sayılı Kanunun 256 ncı maddesinin günümüz Türkçesiyle ifade edilmiş biçimidir. Bu hükümde, "müstesna hâller" yerine "gerekli görülen hâller" denmek suretiyle mahkemeye daha*

açık ve geniş bir takdir hakkı tanınmış olmasının yanı sıra, yine bu takdir hakkının ifadesi olarak tarafların rızası aranmaksızın mahkemece kendiliğinden buna karar vermesine olanak tanınmıştır. Mahkeme, bu konudaki takdirini özel durumlara göre gayet ölçülü kullanmalıdır. Tanığın mahkeme huzurunda dinlenilmesinin yüz yüzelik ilkesinin bir sonucu olduğu, soru kâğıdının gönderilmesinin ise çok istisnaî durum olacağı gözetilmelidir. Zaman, uzaklık, gider konuları, tanığın dış ülkede bulunması, mahkeme önünde dinlenmesi için zorunluluk bulunmaması, tanığın yazı ile cevap verebilecek bir kimse olması gibi hususlar, takdirin kullanılmasında birer ölçü olabilir.

Maddede yer alan üçüncü cümle yeni bir hüküm olup, hâkimin, tanığın verdiği yazılı cevapları yetersiz bulması hâlinde, tanığın dinlenmesi için mahkemeye davet edebilmesine imkân verilmiştir."

Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nda 249. madde olarak yer alan tanığa soru kâğıdı gönderilmesine ilişkin hüküm Adalet Komisyonunda da aynen kabul edilmiştir.

Gerekçede açıkça belirtildiği üzere, yeni hükümde tarafların rızası aranmamıştır. Bu konudaki takdir hakkı hâkime bırakılarak hükmün, hâkimin gerekli gördüğü hallerde tarafların rızasına bağlı olmaksızın uygulanması amaçlanmıştır.

Hükmün yeni düzenlemesinde her ne kadar tarafların muvafakatleri aranmıyor olsa da, hâkimin yazılı tanık ifadesine başvurması için tarafların ön görüşünü almasının uygun olacağı belirtilmiştir[74].

Tanığa soru kâğıdı gönderilmesi konusunda, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun "gerekli görülen haller" denilmek suretiyle soyut koşullar belirlediği, bunun Kanunun ruhu ve usûlün amacı ile bağdaşmadığı ileri sürülmüştür[75]. Bu görüşe göre, söz konusu "yasal belirsizlik" sebebiyle doğrudanlık ilkesinin ihlal edilebilmesi için sözlülük ve doğrudanlık ilkeleri dikkate alınarak daha somut ölçütler belirlenmelidir. Bu somut ölçütler çerçevesinde koşulları oluştuktan ve hâkim tanık hakkında bir izlenim sahibi olduktan sonra, sırf kanaatini desteklemek amacıyla tanığın yazılı ifadesinin

---

74 **Yılmaz**, s. 1205.

75 **Arslan**, s. 201.

yeterli olacağına kanaat getiriyorsa tanığa soru kâğıdı gönderilmesine karar verebilmelidir[76].

Kanımızca, her somut olayı kapsayacak şekilde, hâkimin tanığa soru kâğıdı gönderilmesine ne zaman ihtiyaç duyacağı konusunda tek tek saymak suretiyle bir kanuni düzenleme yapılması mümkün değildir. Bu durumda hükmün gerekçesine de bakılarak ancak istisnai bir durumda hâkimin yazılı tanık ifadesi alınması yöntemine başvurması, gerekçede belirtilen durumların istisnai örnekler olduğunun kabul edilmesi gerekmektedir. Hâkimin yazılı tanık ifadesine başvurması yönteminin genel kural olmadığı açıktır. Medenî usûl hukukunda geçerli olan ilkenin doğrudanlık ilkesi olduğu ve bu ilkeden ayrılmanın ancak kanunun izin verdiği istisnai durumlarda mümkün olduğu unutulmamalıdır. Hâkim tanığa soru kâğıdı gönderilmesine karar verdiğinde bu kararını da somut olaya göre gerekçelendirmek zorundadır.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 246. maddesinde yer alan tanığa soru kâğıdı gönderilmesine benzer bir düzenleme, Alman Hukuku'nda da mevcuttur. Alman Medenî Usûl Kanunu'nun 377. paragrafının 3. fıkrasına göre, yazılı tanık ifadesi olarak da adlandırılan hükümde, mahkemece, eğer tanığın ve ispat edilecek vakıaya ilişkin sorunun (tanığa sorulacak sorunun) içeriğinin elverişli olduğu kanaatine varılırsa soruların yazılı olarak cevaplanmasına karar verilebileceği düzenlenmiştir. Eğer tanığa sorulacak sorular bakımından daha ayrıntılı açıklamalara ihtiyaç duyuluyorsa mahkeme, tanığın davet edilmesine karar verir. Bu durumda da tanığa, gerekirse mahkemeye dinlenmek üzere davet edileceği konusunda ihtarda bulunulmalıdır.

Alman Medenî Usûl Kanunu'nun 377. paragrafının 3. fıkrasındaki değişiklik 1991 tarihli olup hükmün yeni haliyle düşünülen fonksiyonu yerine getirip getirmediği üzerinde tartışılmıştır. Çünkü 1991 yılına kadar yazılı tanık ifadesi alınmasına ilişkin daha sınırlayıcı düzenlemeler mevcuttu. Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu döneminde olduğu gibi Alman Medenî Usûl Kanunu'ndaki eski düzenlemeye göre, yazılı tanık ifadesi alınması için diğer koşullar yanında, iki tarafın da muvafakati gerekliydi[77].

---

76 **Arslan**, s. 202.

77 **Arens,** s. 29; **Reinecke**, s. 404; **Pantle**, s. 98; **Stadler**, s. 137-138; **Stein/Jonas/Berger**, § 377, Rn. 23. Bundan başka, eski düzenlemeye göre, tanığın kendi kitabı (defteri) ya da diğer kayıtlar vasıtasıyla (bunlar daha önceden kayıt altına alınmış olduğu için) yazılı

Ancak Alman Medenî Usûl Kanunu'ndaki yeni düzenlemeye göre, hâkim tarafların muvafakati gerekli olmasa bile, tarafların karşı çıkması durumunda nadiren tanığın yazılı ifade vermesine karar vermektedir. Çünkü tarafların karşı çıkmasına rağmen, hâkimin yazılı tanık ifadesine karar vermesi durumunda, taraflar tanığa soru sorma haklarını büyük olasılıkla kullanmak isteyeceklerdir[78]. Aynı şekilde taraflar tanığın yazılı ifade vermesine muvafakat göstermiş olsalar bile, yine taraflar tanığa soru sorma haklarını kullanabilir, tarafların yazılı ifadeye muvafakat vermiş olmaları soru sorma hakkından vazgeçtikleri anlamına gelmeyecektir[79].

Alman Medenî Usûl Kanunu'nun 377. paragrafının 3. fıkrasındaki yeni düzenleme, 1977 tarihindeki medenî usûl hukukuna ilişkin bir komisyon önerisine dayanmaktadır[80]. Alman kanun koyucuya göre, yazılı tanık ifadesi alınmasının temel amacı, yargılamayı kısaltmak ve daha az masrafa katlanmaktır. Esasen tanığın mahkemenin yargı çevresi dışında oturması durumunda, tanığın mahkemeye davet edilmesi ve ifadesinin alınması zaman kaybına ve masrafa neden olmaktadır. Ayrıca istinabe yoluyla tanığın ifadesinin alınması da zaman kaybına yol açtığı gibi istinabe edilen hâkimin dava konusuna ve dosyasına hâkim olmaması veya eksik bilgisinin olması ya da dosyayla ilgisinin olmaması sebebiyle verimli olmamaktadır. Bu sebeple tanığın kendisinin kaleme aldığı yazılı ifadesinden daha fazla verim alınması veya bu ifadenin yargılamaya daha faydalı olması beklenmektedir. Bugüne kadar yargılamanın gecikmesinin sebeplerinden biri, sadece tanığın ifadesinin alınması için ayrı bir duruşma günü tayin edilmesi zorunluluğundan kaynaklanmıştır[81].

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 246. maddesindeki düzenlemeye benzer olan, Alman Medenî Usûl Kanunu'nun 377. paragrafının 3. fıkrasındaki yeni düzenlemede, tarafların iradesinin aranmaması sonucu eğer koşul-

---

ifadesini vermesine karar verilebilirdi (eski hüküm için bkz. **Arens,** s. 28; **Reinecke**, s. 404; **Koukouselis**, s. 58; **Pantle**, s. 98).

78 **MüKoZPO/Damrau**, ZPO § 377, Rn. 13; **Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann**, § 377, Rn. 10.

79 **Stein/Jonas/Berger**, § 377, Rn. 26.

80 **Stadler**, s. 139, dn. 5.

81 **Stadler**, s. 139.

ları varsa hâkim, yazılı tanık ifadesi alınmasına karar verebilir. Ancak bu yeni düzenlemenin hükmün uygulanmasına katkısı olmadığı belirtilmiştir. Hâkim, taraflardan birinin aksi yönde iradesi varsa yazılı tanık ifadesine başvurmamaktadır, çünkü yazılı tanık ifadesinden sonra, tarafın isteği üzerine tamamlayıcı ifadeye ihtiyaç duyulması sebebiyle tanığın mahkemeye çağrılması gerekecektir. Bu durum karşısında yargılamanın hızlandırılması amacının gerçekleştiği de söylenemeyecektir[82].

II. Hâkimin Gerekli Gördüğü Haller

1. Alman Hukuku'nda Yazılı Tanık İfadesi Alınmasının Koşulları

Alman Hukuku'nda yazılı tanık ifadesinin alınması için iki koşulun öncelikle ve birlikte sağlanması gerekmektedir: Sorunun yazılı ifadeye uygunluğu ve tanığın yazılı ifadeye uygunluğu[83].

Yazılı tanık ifadesi alınmasına asıl davaya bakan mahkeme tarafından karar verilmelidir. Başka bir deyişle istinabe yoluyla tanık dinlenmesine karar verilmiş ise tanığın bulunduğu yer mahkemesi tanığa soru kâğıdı gönderilmesine karar veremez[84].

a. Sorunun Yazılı İfadeye Uygunluğu

Alman Medenî Usûl Kanunu'nun hem eski hem yeni düzenlemesi açısından, yazılı tanık ifadesi alınabilmesinin temel koşulu, ispat konusu olan vakıaya ilişkin sorunun yazılı ifadeye uygun olmasıdır[85].

Sorunun karışık bir soru olması ve devamında başka soruları gerektirmesi söz konusu ise yazılı tanık ifadesine başvurulamaz[86]. Tanığa sorula-

---

82 **Stadler**, s. 142.

83 **Stadler**, s. 140 vd.; **MüKoZPO/Damrau**, ZPO § 377, Rn. 7; **Saenger/Eichele**, ZPO § 377, Rn. 5; **Zöller/Greger**, § 377, Rn. 7-8; **Musielak ZPO/Huber**, ZPO § 377, Rn. 1.

84 **Stein/Jonas/Berger**, § 377, Rn. 29; **MüKoZPO/Damrau**, ZPO § 377, Rn. 15; **Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann**, § 377, Rn. 12; **Zöller/Greger**, § 377, Rn. 9.

85 **Stadler**, s. 140; **Saenger/Eichele**, ZPO § 377, Rn. 5.

cak soru, basit ve kolaylıkla anlaşılabilir bir soru ise veya delillerin toplanmasına ilişkin kararda ve tanığın mahkeme huzuruna çağrılması için davetiyede açık ve yanlış anlamaya yer vermeyecek, anlaşılır şekilde gösterilebilir ise tanık ifadesi yazılı olarak alınabilir[87]. Kısmen tanığın sorulara kolay cevap verip veremeyeceği dikkate alınmalıdır. Hükmün eski düzenlemesi zamanında karışık vakıalar bakımından, genellikle yazılı tanık ifadesi alınması tavsiye edilmiyordu[88]. Ancak ispatı gereken vakıanın karışık bir vakıa olup olmadığına her zaman kolaylıkla da karar verilemez. Bir ispat sorusu, açıkça ve anlaşılır şekilde kaleme alınabilirse örneğin, bir trafik kazası söz konusuysa ve gündelik hayatta karşılaşılabilen bu trafik kazasının tanığı bir şoför ise yazılı ifade alınabilir. Ancak bazen kolay görünen durumların, anlatılmasının zor olacağı ihtimaline de dikkat edilmesi gerekmektedir[89]. Bazı durumlarda ise somut olayda karışık görünen bir soruya tanık, mesleği veya eğitim durumu sebebiyle kapsamlı ve yeterli cevap verebilir (örneğin, bir mimarın inşaatla ilgili bir davada yazılı ifade vermesi gibi)[90].

Bundan başka, eğer hâkim sorunun hazırlanmasında veya yazıya dökülmesinde zorluk yaşıyorsa bu durum, sorunun yazılı ifadeye uygun olmadığının bir belirtisi olarak karşımıza çıkar[91].

Tanığın yazılı olarak cevaplaması istenilen sorunun, bizzat hâkim tarafından açıkça ve anlaşılır şekilde hazırlanması ve yazılması gerekmektedir[92].

Sorunun yazılı ifadeye uygunluğu bakımından altı ölçüt tartışılmıştır: Bunlar[93]:

- Sorunun belirliliği

---

86 **Saenger/Eichele**, ZPO § 377, Rn. 5; **Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann**, § 377, Rn. 10.

87 **Koch**, s. 106 vd.; **Stadler**, s. 140; **MüKoZPO/Damrau**, ZPO § 377, Rn. 7; **Thomas/Putzo/Reichold**, § 377, Rn. 2; **Zöller/Greger**, § 377, Rn. 7.

88 **Stadler**, s. 140; **Stein/Jonas/Berger**, § 377, Rn. 25.

89 **Stadler**, s. 140.

90 **Musielak ZPO/Huber**, ZPO § 377, Rn. 4.

91 **Musielak ZPO/Huber**, ZPO § 377, Rn. 5.

92 **Reinecke**, s. 405.

93 **Koch**, s. 106-107. Bu ölçütlerin ayrı ayrı incelemesi ve eleştirisi için bkz. **Koch**, s. 111 vd.

- Sorunun basitliği
- Sorunun doğru anlaşılabilirliği
- Doğrudanlık ilkesinin uygulanmamasını haklı kılacak şekilde tanığa soru sorulmasına, diğer tanıklarla yüzleştirilmesine veya yemin etmesine ihtiyaç duyulmaması
- Doğrudanlık ilkesinin uygulanmamasını haklı kılacak yan talepler konusunda delil ikamesi
- Yazılı ifadenin tamamen sözlü ifadenin yerini alabilecek nitelikte olması.

Bu ölçütler arasından sonuç olarak sorunun belirli olması ve basitliği temel ölçütler olarak değerlendirilebilir[94].

b. Tanığın Yazılı İfadeye Uygunluğu

Tanığın yazılı ifadeye uygunluğu da koşullardan biridir ve Alman Medenî Usûl Kanunu'nun 377. paragrafının 3. fıkrasındaki yeni düzenlemede bu koşula özelikle vurgu yapılmıştır[95]. Mahkeme huzuruna tanığın davet edilerek sözlü ifadesinin alınması yerine, yazılı ifade vermesine karar verebilmek için tanık olacak kişileri ayırmak gerekir. Özellikle taraflardan birisiyle yakın ilişkisi olan kişilerde bu karar verilirken dikkat edilmelidir. Bir görüşe göre, sadece güvenilir tanıkların ifadelerinin yazılı olarak alınmasına karar verilebilir. Tanığın çekinme hakkını kullanabileceği bazı durumlarda (örneğin ZPO §383, Abs. 1), hâkimin tanığın çekinme isteği konusunda karar verebilmesi için doğrudan tanıkla iletişime geçmesi gerekir, bu sebeple yazılı tanık ifadesi alma yoluna başvurulamaz[96]. Hâkim, eğer tesadüfen tanığı, daha önceki bir yargılama faaliyeti sebebiyle tanımıyorsa güvenilirliği konusunda tanıkla herhangi bir iletişime geçmeden hâkimin karar vermesi mümkün değildir. Çünkü hâkim, sadece doğrudan mahkeme huzurunda tanık beyanını alırken tanığın söylediklerinden veya davranışlarından doğruyu söyleyip söylemediğini tespit edebilir. Bu durum istinabe yoluyla tanık

---

94 **Koch**, s. 121, 129.

95 **Stadler**, s. 140.

96 **Voelskow-Thies**, s. 163; **Stadler**, s. 141.

ifadesi alınması durumu için de geçerlidir. Çünkü istinabe sırasında da hâkim, tanıkla ilgili düşüncesini tutanakta yazabilir[97].

Tarafla yakın bir kişisel ilişkisi olan tanığın ifadesinin alınmasında yazılı yöntem tercih edilmemelidir[98]. Tanığın tarafla akrabalık veya arkadaşlık gibi yakın ilişkisi varsa mahkeme huzurunda dinlenmesi, tanığın hâkim ile göz göze olması yalan söylemesini zorlaştıracaktır[99]. Buna karşılık, tanığın taraflardan biriyle sadece iş ilişkisinin olması yazılı tanık ifadesi alınmasına engel olmamalıdır[100].

Bir polis memurunun, somut olaydaki trafik kazasıyla ilgili olarak o anki trafiğin durumu hakkında bilgi sahibi olması veya tarafların davranışları hakkında o trafik kazasından sonra bilgi edinmiş olması durumunda yahut bir doktorun önceden bildiği bir yaralanma konusunda bilgi vermesi durumunda ya da bir makinistin kaza yapan vagonların, kaza gerçekleşmeden önceki durumu konusunda yazılı beyanına başvurulabilir. Bu kişilerin kural olarak dava konusu olayla veya taraflarla sıkı ve yakın bir bağlantısı bulunmadığından inanırlıkları konusunda şüphe duyulması ihtimali azdır[101]. Koşulları mevcutsa örneğin, bir senette imzası bulunan memurun veya tanığın, senedin doğruluğuna ilişkin beyanı yazılı olarak alınabilir[102]. Alman Medenî Usûl Kanunu'nun 377. paragrafının önceki düzenlemesinde, önceden kayıt altına alındığı için, tanığın kendi kitabı (defteri) ya da diğer kayıtlar vasıtasıyla bilgi edinilebilen konularda yazılı yönteme başvurulması mümkündü[103]. Bunlara örnek olarak, tanıklıktan çekinme hakları saklı kalmak kaydıyla meslekleri gereği, hasta kayıtları tutan doktorlar, ticari defterindeki kayıtlı bir konu hakkında bilgisine başvurulan tacirler, diğer hastane

---

97 **Stadler**, s. 141. Tanığın toplu mahkemelerde naip hâkim tarafından ifadesinin alınması durumunda tanıkla ilgili hâkimin düşüncesinin tutanağa yazılabileceğine ilişkin bkz. BGH, Urteil vom 13.03.1991 - IV ZR 74/90 (Frankfurt) (NJW 1991, s. 3284 vd.).

98 **Voelskow-Thies**, s. 163; **Stadler**, s. 150. Tanığın inanılırlığının kontrol edilmesi gerekiyorsa hâkim yazılı ifade alınmasına karar vermemelidir (**Musielak ZPO/Huber**, ZPO § 377, Rn. 4).

99 **MüKoZPO/Damrau**, ZPO § 377, Rn. 7.

100 **Stadler**, s. 141.

101 **Stadler**, s. 158.

102 **Arslan**, s. 80.

103 **Arens**, s. 28; **Koukouselis**, s. 58; **Pantle**, s. 98.

personeli, hâkimler, avukatlar, noterler, memurlar, banka memurları, muhasebeciler, mali müşavirler gibi kimseler ve bu kişilerin yanında çalışan kişiler gösterilmiştir[104]. Türk Hukuku açısından, hâkimin 246. maddeye göre tanığın yazı ile cevap verebilecek kimselerden olup olmadığı değerlendirilirken, bu tanıkları kural olarak meslekleri gereği defter ve kayıt tutan kişilerle sınırlandırmanın yerinde olacağı savunulmuştur[105].

Tanığın yazılı olarak ifadesinin alınması için mutlaka bir konuda bilimsel uzmanlığa veya tecrübeye sahip olması da zorunlu değildir[106].

Yerleşim yeri yurt dışında olan bir tanığın da yazılı şekilde ifadesinin alınmasına karar verilebilir[107].

Tanığın güvenilir ve tarafsız olması tek başına yazılı tanık ifadesi alınması için yeterli değildir. Eğer tanığın, yazma becerisi ve olayları anlatma yeteneği yoksa bu tanık, yazılı tanık ifadesi için yeterli ve elverişli olmayacağından, böyle bir durumda tanığın mahkeme huzurunda dinlenmesi gerekir[108]. Ancak pekçok olayda mahkeme, taraflarca yazılı ifade alınması talep edilse bile tanığın beyan (ifade) yeteneği konusunda önceden karar verebilecek durumda değildir[109]. Ayrıca tanığın yaşı, eğitim durumu gibi hususları da hâkimin değerlendirmesi gerekir[110]. Örneğin bir akademisyenin, vasıfsız bir işçiye nazaran ifade ve yazma yeteneğine sahip olması beklenir[111].

---

104 **Koukouselis**, s. 58; **Arslan**, s. 205.

105 **Arslan**, s. 206.

106 **Zöller/Greger**, § 377, Rn. 8.

107 **Stein/Jonas/Berger**, § 377, Rn. 35; **MüKoZPO/Damrau**, ZPO § 377, Rn. 14; **Musielak ZPO/Huber**, ZPO § 377, Rn. 7.

108 **Koukouselis**, s. 60; **Voelskow-Thies**, s. 163; **Stadler**, s. 141; **MüKoZPO/Damrau**, ZPO § 377, Rn. 7; **Saenger/Eichele**, ZPO § 377, Rn. 5; **Thomas/Putzo/Reichold**, § 377, Rn. 2; **Zöller/Greger**, § 377, Rn. 8. Mahkemece soru çok basit ve açık şekilde ifade edilmiş olmasına rağmen, tanık yazma veya anlatma becerisine sahip olmayabilir (**Musielak ZPO/Huber**, ZPO § 377, Rn. 4).

109 **Stadler**, s. 141.

110 **Koch**, s. 122-123; **Stein/Jonas/Berger**, § 377, Rn. 24; **Thomas/Putzo/Reichold**, § 377, Rn. 2; **Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann**, § 377, Rn. 10; **Zöller/Greger**, § 377, Rn. 8.

111 **Koch**, s. 122.

Tanık ifadesinin değerlendirilebilmesi için, mahkemenin mutlaka tanıkla doğrudan iletişime geçmesi gereken durumlarda, tanığın ifadesinin yazılı alınması yöntemine başvurulamaz[112]. Tanıkların yüzleştirilmesinin gerekli olması veya ifadeler arasındaki çelişkinin giderilmesine ihtiyaç duyulması gibi durumlarda, tanığın ifadesinin yazılı olarak alınmasına karar verilmemesi gerekir[113].

Bir görüşe göre, düşük miktarlı uyuşmazlıklarda somut olayın karışıklığına bakılmaksızın ve yazılı tanık ifadesi alınmasının koşulları aranmaksızın tanığın beyanının yazılı olarak alınmasına izin verilmelidir[114]. Ancak, Alman Medenî Usûl Kanunu'nun 377. paragrafının 3. fıkrasının uygulanma koşullarına ilişkin olarak çerçevesi şu şekilde çizilmelidir: Düşük miktarlı uyuşmazlık dahi olsa eğer karışık bir soru varsa veya tanık somut olayda fayda sağlayacak, mahkemede kullanılabilecek yazılı bir açıklama kaleme alabilecek yetenekte veya yeterlikte değilse o tanık mahkeme huzuruna davet edilmeli ve beyanı sözlü olarak alınmalıdır[115].

Tanığın ifadesinin yazılı olarak alınmasına karar verildiği takdirde hâkim tanığa kural olarak uygun bir süre vermelidir[116]. Ayrıca hâkimin, tanık çekinme hakkını kullanabileceklerden birisi ise bu hakkını da hatırlatması gerekir[117].

Hâkim, tanık ifadesinin yazılı olarak alınmasına karar verdiği takdirde tarafları gecikmeksizin bu karar hakkında bilgilendirmelidir[118].

---

112 **Saenger/Eichele**, ZPO §377, Rn. 5. Mahkemenin, tanık hakkında kişisel izlenime ihtiyaç duyduğu ve bu izlenimin duruşmada edinilebileceği durumda yazılı ifade alınmasına başvurmaması gerekir (**Pantle**, s. 99).

113 **Koukouselis**, s. 60; **Stadler**, s. 142; **MüKoZPO/Damrau**, ZPO § 377, Rn. 9; **Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann**, § 377, Rn. 10; **Musielak ZPO/Huber**, ZPO § 377, Rn. 4; **Zöller/Greger**, § 377, Rn. 7.

114 **MüKoZPO/Deubner**, ZPO § 495 a, Rn. 34.

115 **Stadler**, s. 159.

116 **Stein/Jonas/Berger**, § 377, Rn. 31; **Saenger/Eichele**, ZPO §377, Rn. 6; **Thomas/Putzo/Reichold**, § 377, Rn. 3; **Musielak ZPO/Huber**, ZPO § 377, Rn. 6.

117 **Reinecke**, s. 407; **Stein/Jonas/Berger**, § 377, Rn. 30; **Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann**, § 377, Rn. 11, 13.

118 **MüKoZPO/Damrau**, ZPO § 377, Rn. 17; **Musielak ZPO/Huber**, ZPO § 377, Rn. 8.

Tanığın yazılı ifadeye uygunluğu bakımından beş ölçüt üzerinde tartışılmıştır. Bunlar[119]:

- Tanığın eğitimi, yazı ve ifade yeteneği
- Tarafla bir bağlantısının olmaması
- Tanığın güvenilirliği
- İfadenin tanık tarafından kaleme alınma olasılığı
- Tanığın inanılırlığı.

Bu ölçütler ayrı ayrı incelendiğinde, tarafla tanığın bir bağlantısının olmaması, tanığın inanılırlığı ve güvenilirliği ölçütlerinin hâkimin yazılı ifade konusunda takdir hakkını kullanırken değerlendirebileceği ölçütler olmadığı belirtilmiştir[120]. İfadenin tanık tarafından kaleme alınması konusunun her zaman yazılı ifade için bir ölçüt olamayacağı[121], tanık ifadesi alındıktan sonra bu ölçütlerin bir anlam ifade edebileceği sonucuna varılmıştır[122]. Sonuç olarak belirtilen bu sebeplerle ve özellikle mahkemenin tanığı önceden tanımaması sebebiyle tanığın ifadeye uygunluğu koşulu bakımından hâkimin karar vermesi konusunda somut ölçüt bulunmamakta, bu konuda karar verilmesi zorlaşmaktadır[123].

2. İsviçre Hukuku'nda Yazılı Bilgi Alınması

İsviçre Medenî Usûl Kanunu'nun 190. maddesinde yazılı bilgi[124] düzenlenmiştir. Kanunun 168. maddesinin 1. fıkrasında sınırlı sayıda belirtilen caiz deliller arasında yazılı bilgi de bulunmaktadır. Yazılı bilgi, senet ve tanık ifadesinin her ikisini de kendi içinde barındırmaktadır[125]. Yazılı bilgi alınması esasen senet, tanık ifadesi ve bilirkişi raporunun bir karışımı olarak

---

119 **Koch**, s. 109. Bu ölçütlerin ayrı ayrı incelemesi ve eleştirisi için bkz. **Koch**, s. 122 vd.

120 **Koch**, s. 130.

121 **Koch**, s. 126-127.

122 **Koch**, s. 129.

123 **Koch**, s. 130.

124 Maddede "schrifliche Auskunft" olarak ifade edilmektedir.

125 **Gehri/Kramer**, ZPO Art. 168, Nr. 8, Art. 190, Nr. 1.

da görülmektedir. Buna karşılık 168. maddede yazılı bilgi bunlardan ayrı bir delil türü olarak düzenlenmiştir[126].

İsviçre Medenî Usûl Kanunu'nun 190. maddesinin 1. fıkrasına göre, hâkimin resmi kurum ve kuruluşlardan yazılı bilgi istemesi mümkündür. Resen araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda hâkim yazılı bilgi istenmesine kendiliğinden karar verirken; taraflarca hazırlama ilkesinin uygulandığı davalarda tarafların bu konuda talebi gereklidir. Genellikle yazılı bilgi istenmesi yoluna resmi kurumlardan bilgi alınması gerektiğinde başvurulmaktadır. Örneğin, Meteoroloji İşleri Genel Müdürlüğü'nden belli bir gündeki hava durumu hakkında yazılı bilgi istenebilir veya resmi kuruma bir kişinin belli bir adreste oturup oturmadığı sorulabilir[127].

İsviçre Hukuku'ndaki söz konusu 1. fıkrada görüldüğü üzere tanık ifadesinin yazılı olarak alınması düzenlenmemiştir. Ancak "yazılı bilgi" kenar başlığını taşıyan 190. maddenin 2. fıkrasında, hukukumuzda tanığa soru kâğıdı gönderilmesi düzenlemesine benzeyen özel kişilerden yazılı bilgi istenmesi düzenlenmiştir.

İsviçre Medenî Usûl Kanunu'nun 190. maddesinin 2. fıkrasına göre, özel kişilerden yazılı bilgi alınması yöntemine, ancak bu kişilerin tanık olarak dinlenmeleri gerekli görülmüyorsa başvurulabilir. Bunun anlamı, özellikle bir tanığın bilgilerini sadece yazılı olarak paylaşabileceği durumlarda yazılı bilgi alınmasına başvurulabileceğidir[128]. Bu fıkranın uygulanmasına örnek olarak, bir kişinin sağlık durumu hakkında doktor raporu alınması, işverenden işçi ücretinin ne kadar olduğu hakkında bilgi istenmesi veya bankadan hesap sahibinin hesabı (alacak-borç) hakkında bilgi istenmesi verilebilir[129]. Özel kişilerden yazılı bilgi alınması yoluna istisnai olarak başvurulmaktadır[130].

---

126 **Spühler/Dolge/Gehri**, s. 273, Nr. 268; **Sutter-Somm**, s. 205, Nr. 838.

127 **Gehri/Kramer**, ZPO Art. 190, Nr. 2-3.

128 **Spühler/Dolge/Gehri**, s. 272, Nr. 266.

129 **Leuenberger/Uffer-Tobler**, Nr. 9.126; **Spühler/Dolge/Gehri**, s. 272, Nr. 266; **Gehri/Kramer**, ZPO Art. 190, Nr. 4.

130 **Spühler/Dolge/Gehri**, s. 272, Nr. 266.

Resmi kurumlar dışındaki özel kişilerden bu şekilde yazılı bilgi istenmiş olması, sonradan gerekirse bu kişilerin tanık olarak mahkeme huzurunda dinlenmesine engel değildir[131].

3. Türk Hukuku Açısından Değerlendirme

Hukukumuzda, tanığa soru kâğıdı gönderilmesine ilişkin hükümde, herhangi bir koşula yer verilmediği görülmektedir. Tanığa soru kâğıdı gönderilmesine ilişkin hükmün gerekçesinde ise mahkemenin takdirini "*özel durumlara göre gayet ölçülü*" kullanması gerektiği belirtilmiştir. Hâkimin tanığa soru kâğıdı gönderilmesi yöntemine istisnai olarak başvurması mümkündür, ayrıca bu yöntemin kullanılması bakımından bir gerekçenin de bulunması gerekir. Kanun koyucu bu sebepleri, hüküm gerekçesinde örnek olarak saymıştır: Bunlar, "*zaman, uzaklık, gider konuları, tanığın dış ülkede bulunması, mahkeme önünde dinlenmesi için zorunluluk bulunmaması, tanığın yazı ile cevap verebilecek bir kimse olması"* gibi durumlardır. Hâkim, makul bir gerekçe olmaksızın tanığa soru kâğıdı gönderilmesine karar veremez. Kanunun 246. maddesi hâkime takdir hakkı tanıyan bir madde olup hâkim gerekli görüyorsa tanığın ifadesi yazılı yöntemle alınabilir.

Hâkimin tanığın dinleneceği sözlü duruşma için sadece masraftan kaçınmak istemesi, sözlü duruşmada tanık ifadesinin alınmasından vazgeçilmesi için yeterli bir sebep değildir[132]. Kanımızca bu görüş, bizim hukukumuz açısından da kabul edilmelidir. Hâkimin somut olaya göre başkaca deliller mevcut değilse sadece zaman ve masraftan tasarruf etme düşüncesi ile tanıkların mahkeme huzurunda dinlenilmesinden vazgeçilmesi, yeterli bir gerekçe olmamalıdır. Çünkü medenî usûl hukukunun amaçlarından birisi maddi gerçeğin araştırılması[133] olup tanıkların mahkeme huzurunda dinlenmesinin sebebi onları doğruyu söylemeye teşvik etmektir.

Doğrudanlık ilkesinin istisnası olan bu hükmün uygulanması için, hâkimin gerekli gördüğü hallerden, yüzyüzelik gerektirmeyen ya da çok önemli olmayan hallerin anlaşılması gerekir[134].

---

131 **Leuenberger/Uffer-Tobler**, Nr. 9.126; **Spühler/Dolge/Gehri**, s. 273, Nr. 268; **Gehri/Kramer**, ZPO Art. 190, Nr. 5.

132 **Stadler**, s. 158.

133 **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 58 vd.

134 **Kılıçoğlu**, s. 1082.

Tanık ifadesinin alınmasında yazılı yönteme başvurulması geniş bir uygulama alanı bulursa veya bu yöntemin uygulanmasına karar verirken hâkim takdir hakkını genişletici şekilde kullanırsa bu durum, gerçeğe ulaşılması anlamında bir tehlikeyi de beraberinde getirir. Tanık ifadesinin objektif, önyargısız ve eleştirel şekilde değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu anlamda yazılı tanık ifadesi, tanık hakkında hâkimin kişisel izlenim eksikliği, taraf aleniyeti olmaması ve tarafların o anda soru sorma haklarının bulunmaması sebepleriyle gerçeğin ortaya çıkarılmasındaki zorluğu daha da arttırmaktadır[135]. Alman Hukuku'nda yazılı tanık beyanı alınması için ifade edilen bu haklı görüş dikkate alındığında, hukukumuz açısından da istisnai olarak tanığa soru kâğıdı gönderilmesine karar verilmesi, bu yöntemin genel kural haline getirilmemesi gerekmektedir. Tanığa soru kâğıdı gönderilmesi zorunluluğu olan durumlar sınırlayıcı değil, örnek olarak hükmün gerekçesinde sayılmıştır, ancak bu durumlara bakıldığında tanığın mahkemeye gelmesinin çok zor veya imkânsız olduğu durumlar veya tanığın mahkeme huzurunda dinlenmesinin zorunlu olmadığı durumların örnek olarak verildiği görülmektedir. Hâkim, tanığa soru kâğıdı gönderilmesine karar verirken kararını gerekçelendirmeli ve bu yöntemin istisnai bir yöntem olduğu unutulmamalıdır.

Tanığa soru kâğıdı gönderilmesi yöntemine her durumda ve sıkça başvurulduğunda delil ikamesinin, gerçeğin araştırılması ve gerçeğe ulaşılması amacı zedelenebilir. Bu sebeple yazılı tanık ifadesi alınmasına nadiren başvurulması gerekir[136]. Eğer, yazılı tanık ifadesi zamanla sözlü tanık ifadesinin yerine geçerse gerçeğin araştırılması amacından uzaklaşılma riski de beraberinde gelebilir. Sadece yazılı ifadeye dayanılarak verilmiş bir mahkeme kararının tarafları ikna edici güçten yoksun olabileceği belirtilmiştir. Bu durumda mahkeme kararlarına karşı kanun yoluna başvuru artabilir ve böylece yazılı tanık ifadesi alınmasına ilişkin hükmün asıl getirilme amacı olan mahkemelerin iş yükünün azaltılması amacından da uzaklaşılmış olur[137]. Kanımızca bu endişeler, hukukumuz açısından da aynen geçerlidir.

---

135 **Reinecke**, s. 407.

136 **Reinecke**, s. 407.

137 **Reinecke**, s. 407-408.

Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu zamanında verilmiş bir Yargıtay Kararında, isabetli olarak tanığa doğrudan soru kâğıdı gönderilmesine ilişkin hükmün sınırlı bir uygulama alanı olduğu belirtilerek tanığın bizzat mahkeme huzurunda dinlenmesinin ve buna ilişkin hükümlerin özellikle tanığın doğruyu söylemesini ve hâkim veya tarafların da bunu tespit edebilmelerini sağlamaya yönelik olduğu vurgulanmıştır. Bu sebeple zorlayıcı bir sebep olmadıkça, tanığın mahkeme huzurunda dinlenilmesi yönteminden ayrılmak mümkün değildir[138].

---

138 "Tanık delili taktiri delillerdendir. Zayıf bir beyyinedir. Bundan dolayı tanık delili küçük meblağlarda ve senede bağlanması imkânsız olan hukukî işlemler ve hukukî fiillerde kabul edilmiştir. Bu nedenden olacak ki tanıkların dinlenmesi kanunda teferruatlı olarak düzenlenmiştir. Kural olarak herkes (Türk yargısına tabi olmak şartı ile) tanıklık etmek zorundadır. Bu zorunluluk tanık olarak yapılan davet üzerine mahkemeye gelmeyi, tanıklık etmeyi kapsar (HUMK. md. 253 ve 271). Tanığı göstermiş olan taraf onun çekinme beyanını kabul etmezse hâkim iki tarafı dinleyip tanığın çekinme isteği hakkında karar verir. Tanıklar Tebligat Kanununa göre tebliğ olunacak davetiye ile mahkemeye çağrılır (HUMK. md. 258). Tanıktan dinlenme esnasında öncelikle hüviyeti iki taraf ile akrabalığı, derecesi tanıklığa itimadı kaldıracak ilgi ve alakaları sorulur (HUMK. md. 260). Tanıklar ayrı ayrı dinlenir icabında yüzleştirme yapılır (HUMK. md. 265). İki taraftan her biri tanıklığın tavzihi ve ikmal için lazım olan yeni sualler sorabilir (HUMK. md. 267). Kural olarak tanık bildiğini şifahen söyler. Yazılı notlar kullanması memnudur (HUMK. md. 269). Tanıklığın mecburi olduğu hallerde cevaptan veya yeminden imtina eden tanık derhal cezalandırılır (HUMK. md. 271). Hâkim tanıklık sırasında tanığın yalan söylediği veya menfaat temin ederek tanıklık ettiği yönünde kuvvetli delil ve emare elde ederse durumu Cumhuriyet Savcısına ihbar ile tutuklar (HUMK. md. 273). Yalan yere tanıklık Türk Ceza Kanununun 186. maddesindeki suçu oluşturduğu gibi muhakemenin iadesi sebebini oluşturur (HUMK. md. 445/4). Bütün bunlar için hâkim tanıkları bizzat dinler (HUMK. md. 266). Bu hükmün istisnası olarak tanık davaya bakan mahkemeye (HUMK. md. 255) veya bulunduğu yer mahkemesine (HUMK. md. 257) gelemeyecek kimselerden ise o zaman hâkim tanığı ikametgahında dinler (HUMK. md. 255).

Görülüyor ki açıklanan tüm hükümler tanığın doğruyu söylemesini temin, tarafların ve hâkimin tanığın doğru söylediğini algılamaları amacına yönelik olup, zorlayıcı sebepler kesin bir biçimde ortaya çıkmadıkça bu prosedürden ayrılmak amaca uygun düşmez. Şu halde Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanununun 256. maddesinde yer alan "Müstesna hallerde, iki tarafın muvafakatları ve hâkimin tensibiyle, tayin olunacak müddet zarfında cevaplarını tahriren beyan etmek üzere şahide bir sual varakası gönderilebilir" hükmünü bu çerçevede yorumlamak ve burada yer alan **"Müstesna halleri" şahidin hukukî yardım alma imkânı bulunmayan ülkede oturması gibi hallerle sınırlamak doğru**

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 2006 tarihli bir kararında da, isabetli olarak tanıkların yazılı ifadesinin alınmasının istisnai olduğu ve kanuni koşullar bulunmadan yazılı ifadeye dayanılarak hüküm kurulmasının bozma sebebi olduğu vurgulanmıştır[139].

Tanığın yurtdışında olduğu durumlarda bu hükmün uygulanması ve soru kâğıdı gönderilmesi mümkün gözükse de, hükmün istisnai bir düzenleme olduğu unutulmamalıdır. Eğer tanığın bulunduğu ülke ile Türkiye arasında ikili anlaşma veya uluslararası anlaşmalar varsa yazılı yönteme başvurulmaması, anlaşmalara uygun şekilde tanığın dinlenmesi gerekir. Ancak tanık, uluslararası veya ikili anlaşmanın bulunmadığı bir ülkede ise soru kâğıdı gönderilerek ifadesinin alınması yöntemine başvurulabilir[140].

---

olacaktır (Y. 2. HD.nin 15.11.1996 tarihli 10721-11701 sayılı kararı)." (2. HD, 12.3.2001, 2269/3659, YKD 2002/3, s. 361-363). Aynı yönde bkz. 2. HD, 15.11.1996, 10721/11701 (YKD 1997/3, s. 359-361); 2. HD, 17.10.2000, 9050/12427 (YKD 2001/2, s. 176-177).

139 "Taraflar arasındaki davanın yapılan muhakemesi sonunda mahalli mahkemece verilen hüküm temyiz edilmekle evrak okunup gereği görüşülüp düşünüldü.

Davacı tanıkları Nihal ve Berk, talimat mahkemesi olan Darende Asliye Hukuk Mahkemesinde, beyanlarını yazılı olarak bildirmişlerdir. Şahitler, tahkikat hâkimi tarafından veya şahidin bulunduğu mahal mahkemesi tarafından istima olunur (HUMK m. 255, 257). Şahit bildiğini şifahen söyler. Yazılı notlar kullanması memnudur (HUMK m. 269). **Yasal koşullar bulunmadıkça şahitlerin tahriren beyanda bulunmaları usûle aykırıdır.** Mahkemece yapılacak iş, davacı tanıkları Nihal ve Berk'in beyanlarını sözlü olarak almak suretiyle ayrı ayrı dinlemek ve icabında yüzleştirmek (HUMK m. 265), ifadelerinin zabıtnameye yazılıp, huzurlarında okunduktan sonra imza ettirmekten (HUMK m. 272) ibarettir. Açıklanan yönde işlem yapılmadan eksik inceleme ile hüküm kurulması doğru görülmemiştir.

Sonuç: Hükmün yukarıda açıklanan sebeple (BOZULMASINA), bozma sebebine göre diğer yönlerin incelenmesine yer olmadığına, temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine, işbu kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere 11.07.2007 tarihinde oybirliğiyle karar verildi." 2. HD, 2006/21705, 2007/10972 (http://emsal.yargitay.gov.tr, E. T. 23.08.2014).

140 "Yabancı bir ülkede bulunan tanık da istinabe yolu ile dinlenir (HUMK m. 257). Ülkemiz birçok ülkenin taraf olduğu Hukuk Usûlüne dair Lahey Sözleşmesine katıldığı gibi birçok ülke ile de ikili adli yardım sözleşmesi yapmıştır.

Ülkemizle tanıkların bulundukları İspanya arasında adli yardım anlaşmaları bulunduğu (23.2.1972 tarihli resmi gazetede yayımlanan Hukuk Usûlüne dair Lahey Sözleşmesi)

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi 1996 tarihli başka bir kararında, Türkiye ile tanıkların bulundukları Almanya arasında ikili anlaşmanın bulunduğunu dikkate alarak "*beyanları hükme etkili tanıklara gönderilen soru kâğıtlarına alınan cevaplar esas alınarak*" verilen hükmü isabetli olarak bozmuştur[141].

Tanık yurtdışında ise orada bulunan Türkiye siyasi memuru aracılığıyla ifadesinin alınması ve bunun mahkemede tanık ifadesi olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Tanığın istinabe suretiyle dinlenmesi, ancak yine bir mahkeme tarafından gerçekleştirilebilir. Bu sebeple başka bir makam tarafından tanığın dinlenmesi Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun ihlali anlamına gelecektir[142].

Yazılı tanık ifadesi alınmasına karar verilmesi yerine, eğer mümkünse ses ve görüntü nakli yoluyla tanığın dinlenmesine karar verilebilir. Bu yöntemin tercih edilmesi durumunda, tanık doğrudan sorulan sorulara ve tamamlayıcı sorulara cevap verebilir[143]. Ses ve görüntü nakli yoluyla tanığın dinlenmesi, doğrudan davaya bakan mahkeme huzurunda tanığın dinlenmesi ile istinabe yoluyla tanığın dinlenmesi arasında yer alır[144]. Ses ve görüntü nakli yoluyla tanığın dinlenmesinde de doğrudanlık ilkesinin sınırlandığı, ancak istinabe ve naip hâkim yoluyla tanık dinlenmesine nazaran bu yöntemin tercih edilebileceği belirtilmiştir. Ses ve görüntü nakli sayesinde davaya bakan hâkim bizzat tanığı görmekte, davranış ve mimiklerini inceleyerek tanığın ifadesinin doğruluğu konusunda kendisi kanaat oluşturabilmektedir. Oysa istinabe suretiyle tanığın ifadesinin alınmasında bizzat karar verecek hâkim doğrudan tanıkla iletişimde değildir[145].

25.1.2000, 25.4.2000 günlü ara kararı üzerine İspanyol adli makamlarına talimat gönderildiği halde, dikkate alınmadan beyanları hükme etkili tanıkların o ülkede bulunan Türkiye siyasi memuru tarafından tespit edilen beyanları ve bazı tanıkların da, mahkemeye gönderdiği dilekçeler esas alınarak hüküm kurulması doğru görülmemiştir." (2. HD, 12.3.2001, 2269/3659, YKD 2002/3, s. 361-363).

141 2. HD, 15.11.1996, 10721/11701 (YKD 1997/3, s. 359-361).

142 Bu konuda bkz. **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 378, dn. 22. Yargıtay kararları için bkz. 2. HD, 17.10.2000, 9050/12427 (YKD 2001/2, s. 176-177); 2. HD, 12.3.2001, 2269/3659 (YKD 2002/3, s. 361-363).

143 **Thomas/Putzo/Reichold**, § 377, Rn. 2.

144 **Völzmann-Stickelbrock**, s. 371; **Kurt**, s. 619; **Arslan**, s. 237.

145 **Kurt**, s. 619-620.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 149. maddesinin 2. fıkrasına göre, "*Tarafların rızası olmak kaydıyla, mahkeme; tanığın, bilirkişinin, uzmanın veya bir tarafın dinlenilmesi esnasında başka bir yerde bulunmalarına izin verebilir. Dinleme, ses ve görüntü olarak aynı anda duruşma salonuna nakledilir.*" Bu hükme göre, tanığın ses ve görüntü nakli yoluyla dinlenmesi için tarafların rızası gereklidir. Hükmün gerekçesinde, tarafların rızasının özel olarak arandığı, çünkü kural olarak doğrudanlık ilkesi gereği hâkimin delilleri doğrudan ve taraflar huzurunda incelemesi gerektiği, tarafların özellikle aynı ortamda bulunarak tanıklara soru sormak ve cevapları tartışmak isteyebilecekleri belirtilmiştir. Tarafların rızası olmadığı takdirde davaya bakan mahkeme huzurunda veya istinabe yoluyla tanık dinlenmesi mümkündür.

Tanık dinlenmesiyle ilgili olarak koşulları karşılandığı takdirde şöyle bir sıralama yapmak uygun olabilir:

- Tanığın mahkeme huzurunda dinlenmesi (HMK m. 259/1)
- Eğer gerçeğin ortaya çıkması için gerekliyse tanığın olayın gerçekleştiği veya şeyin bulunduğu yerde dinlenilmesi (HMK m. 259/2)
- Eğer tanık hasta veya engelli olmasından dolayı mahkemeye gelemiyorsa bulunduğu yerde dinlenmesi (HMK m. 259/3)
- Koşulları mevcutsa tanığın ses ve görüntü nakli yoluyla dinlenmesi (HMK m. 149/2)
- Mahkemenin yargı çevresi dışında bulunan tanığın, bulunduğu yer mahkemesi tarafından dinlenmesi (HMK m. 259/4)
- Koşulları mevcutsa tanığa soru kâğıdı gönderilmesi (HMK m. 246).

Buradaki sıralama özellikle son üç sırada, ses ve görüntü nakli yoluyla tanığın dinlenmesi veya istinabe ya da tanığa soru kâğıdı gönderilmesine karar verilmesiyle ilgili olarak zaman zaman değişebilir. Çünkü ses ve görüntü nakli yoluyla tanığın dinlenmesi için tarafların rızası gereklidir, taraflar rıza göstermedikleri takdirde hâkim diğer yöntemlere göre tanık dinlenmesine karar verecektir. Ancak ses ve görüntü nakli yoluyla tanık dinlenmesinin istinabeye nazaran doğrudanlık ilkesinin gerçekleşmesine daha çok hizmet ettiği ortadadır. Tanığa soru kâğıdı gönderilmesine ilişkin koşulları takdir yetkisi hâkime aittir. Hâkim istinabe yerine tanığa soru kâğıdı gönderilmesini tercih edebilir, özellikle tanığın yurtdışında bulunması

durumunda, somut olayın özelliklerine göre yurt dışında bulunan tanığın istinabe suretiyle dinlenmesi yerine soru kâğıdı gönderilmesi ve tanığın ifadesini yazılı olarak vermesine karar verebilir. Bu durumda zaman ve masraftan tasarruf edilebilir. Tanığın mahkeme huzuruna davet edilip dinlenmesi mümkün değilse örneğin, tanığın Türk yargısına tabi olmadığı bir durum söz konusuysa soru kâğıdı gönderilmesi yöntemi tercih edilecektir.

Türk Hukuku açısından, tanığa soru kâğıdı gönderilmesi durumunda tanığın duruşmada hazır bulunma zorunluluğunun bulunmadığı, ancak sorulara cevap vermek zorunda olduğu belirtilmiştir. Sorulara cevap verme ödevinden kaçınma durumunda tanığın tanıklık etmemiş sayılacağı sonucuna varılmıştır[146]. Alman Hukuku'nda ise tanık yazılı ifade vermeyi reddederse gecikmeksizin duruşmaya davet edilerek mahkeme huzurunda dinlenmesinin sağlanması gerektiği belirtilmiştir[147]. Bu görüş hukukumuz açısından da kabul edilmelidir.

Tanığa soru kâğıdı gönderilmesi durumunda kanımızca hâkimin, sözlü ifadeden önce tanığa sorması veya hatırlatması gereken hususları, niteliğine uygun düştüğü ölçüde yazılı yöntemde de bildirmesi gerekir. Bu anlamda, tanığın adı, soyadı, doğum tarihi, mesleği, adresi, taraflarla akrabalığının veya başka bir yakınlığının bulunup bulunmadığı, tanıklığına duyulacak güveni etkileyebilecek bir durumu olup olmadığının sorulması (HMK m. 254) ve yazılı ifadesinde bu soruları da cevaplaması istenmelidir. Ayrıca kişisel nedenlerle tanıklıktan çekinme sebeplerinin varlığı halinde, kişinin tanıklıktan çekinme hakkının olduğu (HMK m. 247/2), tanığa görevinin önemini anlatma çerçevesinde, tanığın gerçeği söylemesinin önemi ve gerekirse diğer tanıklarla yüzleştirilebileceği (HMK m. 256) de soru kâğıdı gönderilirken hatırlatılmalıdır. Tanığın yazılı ifadesini imzalaması (HMK m. 261/5) konusunda da soru kâğıdı gönderilirken tanığa ihtarda bulunulmalıdır. En önemlisi verilen yazılı cevapların yetersiz olması durumunda tanığın dinlenmek üzere mahkeme huzuruna davet edilebileceği (HMK m. 246) ihtarının da mutlaka yer alması gerekir. Ayrıca tanığın kimliğinin tespiti bakımın-

---

146 **Ertanhan**, s. 106.

147 **Stein/Jonas/Berger**, § 377, Rn. 32. Alman Hukuku'nda ise tanığın yazılı ifade vermek zorunda olmadığı konusunda bkz. **Stein/Jonas/Berger**, § 377, Rn. 27, 30; **MüKoZPO/Damrau**, ZPO § 377, Rn. 15; **Zöller/Greger**, § 377, Rn. 10.

dan, yazılı ifadesine resmi kimlik fotokopisini eklemesinin de istenmesi, ifadesini el yazısıyla yazması gibi önlemler, tanığın daha dikkatli davranmasını sağlayabilecektir.

D. Yazılı Tanık İfadesinin Hâkim Tarafından Değerlendirilmesi

Yazılı tanık ifadesi mahkemeye ulaştığında, hâkim derhal tarafları bu konuda bilgilendirmeli ve bir duruşma günü tayin edip delilin taraflarca da değerlendirilmesini sağlamalıdır[148]. Taraflara, yazılı tanık ifadesinin değerlendirilmesi imkânının tanınması, hukukî dinlenilme hakkının (HMK m. 27) bir gereğidir[149].

Hâkim yazılı tanık ifadesini, serbestçe değerlendirir[150]. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 246. maddesinde açıkça, tanığın vereceği cevabın hükme yeterli olup olmadığı hususunu hâkimin takdir edeceği belirtilmiştir. Ayrıca hâkim, yazılı cevapları yetersiz bulursa tanığı mahkeme huzurunda dinlenilmesi için davet edebilir (HMK m. 246, son cümle).

Tanığın yazılı ifadede verdiği cevapların kısa olması, birkaç anlama gelebilecek ifadeler kullanılması veya tanığın soruları kasıtlı şekilde anlamazdan gelerek cevaplaması durumunda hâkim tarafından tanığın mahkeme huzurunda dinlenmesine karar verilebilir[151]. Aynı şekilde yazılı cevapların çelişkiler içermesi durumunda da hâkim bu çelişkinin giderilmesi için tanığı mahkemeye davet etmelidir.

Mahkeme tarafından alınan yazılı tanık ifadesi, senet değil, tanık ifadesi olarak değerlendirilir[152]. Yazılı tanık ifadesi, resmi kurumlardan yazılı bilgi

---

148 **Koukouselis**, s. 68; **Zöller/Greger**, § 377, Rn. 10. İsviçre Hukuku'nda da tarafların bu konuda görüşlerini belirtmek üzere yazılı bilgi hakkında bilgilendirilmeleri gerekmektedir (**Gehri/Kramer**, ZPO Art. 190, Nr. 9).

149 **Özekes**, s. 93; **Arslan**, s. 204-205.

150 **Yılmaz**, s. 1205.

151 **Kılıçoğlu**, s. 1082.

152 **Stein/Jonas/Berger**, § 377, Rn. 24; **MüKoZPO/Damrau**, ZPO § 377, Rn. 1; **Saenger/Eichele**, § 377, Rn. 1; **Thomas/Putzo/Reichold**, § 377, Rn. 2; **Musielak ZPO/Huber**, ZPO § 377, Rn. 5; **Zöller/Greger**, § 377, Rn. 6; **Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann**, § 377, Rn. 9. Hükmün eski düzenlemesinden bu yana bu baskın görüş değişikliğe uğramamıştır (**Arens,** s. 29; **Reinecke**, s. 404; **Pantle**, s. 98-99; **Stadler**, s. 139, dn. 6).

alınmasına benzerlik gösterse de esasen bundan farklıdır. Çünkü resmi kurumlardan alınan bilgilerde, beyan sahibinin kişisel bilgisi değil, ilgili kurumun bilgisi mahkemeye aktarılmaktadır[153].

Yazılı tanık beyanının delil değerini tespit ederken doğrudanlık ilkesiyle bağlantılı olarak değerlendirmek gerekir. Eğer yazılı bir tanık ifadesi varsa uzak ve iyi olmayan bir delilden bahsedilir. Bu sebeple mahkemece yazılı tanık ifadesine başvurunun mümkün olduğunca az tercih edilmesi veya yazılı ifadenin tanığın sözlü ifadesinin değerlendirilmesine nazaran daha dikkatli değerlendirilmesi gerekir[154]. Yazılı tanık ifadesi alınmasının olumsuz yanı, hâkimin tanık hakkında doğrudan bir izlenim sahibi olmamasıdır[155]. Bir görüşe göre, yazılı tanık ifadesi, gerçeği öğrenme ihtimalinin en düşük olduğu yöntem olarak karşımıza çıkmaktadır. Tanık hâkim huzurunda olmadığı için kolaylıkla yalan söyleyebilir, olayları başka şekilde kurgulayabilir[156].

Tanık ifadesinin yazılı alınması durumunda hâkim, sözlü ifade de olduğu gibi ifade alma psikolojisini değerlendiremez ve böylece tanığın kişisel durumu hakkında bilgi sahibi olamaz. Ayrıca yazılı soru, şaşırtma etkisinden de yoksundur. Sözlü tanık ifadesinde mümkün olduğunca tanığın önceden hazırlanmasına engel olmak ve böylece tarafsız olmasını sağlamak için tanığa sorulacak soru hakkında *genel* olarak bildirilen ispat konusu, yazılı tanık ifadesinde bu şekilde uygulanamamaktadır[157]. Çünkü yazılı tanık ifadesinde sorunun genel değil, tanığın cevap verebileceği açıklıkta ve belirli olması gerekir.

---

153 **Stadler**, s. 139, dn. 8. İsviçre Medenî Usûl Kanunu'nun 190. maddesinde resmi kurumlardan yazılı bilgi alınması ve özel kişilerden yazılı bilgi alınması ayrı ayrı fıkralarda düzenlenmiştir.

154 **Koukouselis**, s. 67; **Stadler**, s. 148; **Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann**, § 377, Rn. 9; **Arslan**, s. 202, 204.

155 **Thomas/Putzo/Reichold**, § 377, Rn. 2; **Saenger/Eichele**, ZPO §377, Rn. 4; **Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann**, § 377, Rn. 8; **Kurt**, s. 617; **Arslan**, s. 41-42.

156 **Koukouselis**, s. 198-199; **Arslan**, s. 38.

157 **Stadler**, s. 148.

Mahkeme veya taraflar, tanığın sorulan sorulara verdiği cevapların inandırıcılığı konusunu, *doğrudan* değerlendirebilecek durumda değildirler[158]. Ancak taraflardan birinin, tanığın inandırıcılığı konusunda şüphesi varsa ve bu hususu mahkemede iddia ettiyse hâkimin tanığı mahkeme huzuruna davet etmesi gerekir[159].

Yazılı tanık ifadesinde, hâkim tarafından tanığa doğruyu söyleme ödevinin hatırlatılması, tanığın ifadesinin kendisi tarafından yazılmasını ve taraf ve/veya avukatın etkisi altında kalmamasını ya da onların istediği şekilde ifade yazmamasını sağlayamaz. Bu sebeple tanığın ifadesini kendisinin yazması garanti altına alınmalıdır[160]. Tanığın kendisinin yazmadığı, sadece altına imza attığı yazılı ifadeden kaçınmak için mahkeme el yazısı ile beyanın verilmesine karar verebilir. Ancak nasıl ki sözlü duruşmaya çağrıldığında duruşmadan önce avukatın tanığın hazırlanmasını sağlaması ve tanığa yol göstermesi tehlikesi mevcutsa yazılı ifade bakımından da aynı durum söz konusu olabilir. Böyle bir duruma engel olmak için dinlenen tanığa mahkeme, karşı taraf ve karşı tarafın avukatı uygun sorular sorarak bu tanığın inanılırlığını sarsabilir. Buna karşılık yazılı açıklamalarda güvensizlik her zaman söz konusu olabilecektir[161]. Tanık mahkeme huzurunda dinlenirken, devamlı olarak taraf veya avukatla gözgöze gelmesi, bu kişilerin mimik ve hareketlerine bakarak ifadesini vermesi ve böylece tanığın yönlendirilmesi durumunda, hâkim bu olayları kendisi gözlemleyecektir. Tanığın psikolojisini hâkim, huzurunda ve gözü önünde değerlendirecektir. Yazılı ifade de ise hâkim bu imkândan yoksundur[162].

Tanığa soru kâğıdı gönderilmesine karar verildiğinde, muhatap yerine tebligatın, muhatap adına tebligatı alabilecek yetkili kişilerden birine yapıldığı bir durumda, hâkimin ifadenin tanık tarafından yazılıp yazılmadığı konusunu takdir etmesi gerekecektir. Hâkimin, şüphelenmesi durumunda, tanığa yazının onun tarafından yazılıp yazılmadığının sorulması için, mahkemeye gönderilen yazılı ifade de, istinabe olunan mahkemeye gönderilmek

---

158 **Stadler**, s. 148.

159 **Koch**, s. 157-158.

160 **Stadler**, s. 148; **Thomas/Putzo/Reichold**, § 377, Rn. 2.

161 **Stadler**, s. 149.

162 **Koch**, s. 126.

suretiyle istinabe yoluna başvurulmasının uygun olacağı, hatta tanığın ifadesinin istinabe yoluyla alınmasının daha uygun olacağı belirtilmiştir[163].

Yazılı tanık ifadesi, ayrıca gerçeği söylemeye istekli tanık için bir sakınca ortaya çıkarır. Olayı tam olarak tasvir etmek için tanık gördüğü şeyler arasındaki boşlukları veya hatırlamadığı şeyleri az ya da çok, bilinçsiz olarak kendiliğinden tamamlama eğiliminde olabilir. Zamansal olarak tanığın ifadesinin alınmasından sonra sorulan ek sorularda veya sonradan tekrar ifade alınması durumunda istemeyerek bir iddianın diğerinden farklı olması olasılığı gündeme gelmektedir. Ancak bu sakınca, sözlü tanık ifadesi alınması bakımından da geçerli bir sakıncadır[164].

Alman Hukuku'nda, yazılı tanık ifadesinin alınması durumunda tanığın yemin etmesi yükümlülüğü Kanunda düzenlenmemiştir[165]. Bunun sebebi, tanığın daha sonra duruşmaya çağrılarak sözlü ifadesinin alınması durumunda gerçeğe dönüşüne ya da gerçeği söylemesine engel olunmak istenmemesi olarak belirtilmiştir[166]. Ayrıca tanığa yazılı olarak gönderilen soru veya cevabın yanlış anlamaya yol açacak şekilde yazılmış olması da mümkündür. Bu sebeple tanığın yazılı ifadesinden dönebilmesi sağlanmak istenmiştir[167]. Bununla birlikte, ceza kanunlarında yeminsiz ifadenin de yalan tanıklık bakımından cezalandırılacağı konusunda bir hüküm olması gerektiği savunulmuştur. Tanık ceza kanunları ile korkutulmalı, gerçeği söylemesi sağlanmalıdır, böyle bir düzenleme yapıldığında da tanığa ihtarda bulunulması ve gerçeği söylemesi konusunda uyarılması gerekmektedir[168]. Bir görüşe göre,

---

163 **Umar**, s. 772.

164 **Stadler**, s. 149.

165 **Stadler**, s. 149; **MüKoZPO/Damrau**, ZPO § 377, Rn. 10; **Saenger/Eichele**, ZPO § 377, Rn. 7; **Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann**, § 377, Rn. 8; **Musielak ZPO/Huber**, ZPO § 377, Rn. 6. Alman Medenî Usûl Kanunu'na 1924 tarihinde eklenen yazılı tanık ifadesi alınmasına ilişkin eski düzenlemede, yemin yerine ifadenin doğruluğunun temin edilmesi gerekiyordu (**Arens,** s. 28-29).

166 **Stadler**, s. 149; **MüKoZPO/Damrau**, ZPO § 377, Rn. 10.

167 **MüKoZPO/Damrau**, ZPO § 377, Rn. 10;

168 **Stadler**, s. 149. İsviçre Hukuku'nda, özel kişilerden yazılı bilgi alınması durumunda bu kişinin gerçeği söyleme yükümlülüğü olmadığı belirtilerek ceza kanunlarına göre kişinin yanlış bilgilendirme sebebiyle cezalandırılamayacağı, ancak sahte evrak düzenleme suçunun burada uygulanabileceği belirtilmiştir **Gehri/Kramer**, ZPO Art. 190, Nr. 7.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda ve Alman Medenî Usûl Kanunu'nda düzenlenmemiş olsa da tanığın yazılı ifadesinin doğruluğunu yazılı yemin beyanı ile teminat altına alması gerekir. Yazılı yemin yöntemi, mahkemenin tanık hakkındaki kişisel izlenim eksikliğine karşı bir güvenlik önlemi olabilir[169]. Bu görüşe göre, tanığa soru kâğıdı gönderilmesi yöntemine başvurulduğunda, tıpkı mahkeme huzurunda sözlü tanık ifadesinde olduğu gibi, tanığa gerçeği söylemesi gerektiği, gerçeği söylememesi durumunda yalan beyan sebebiyle cezalandırılabileceği, gerekirse doğruyu söyleyeceği konusunda yemin edeceği, mahkemeye getirileceği ve gerekirse diğer tanıklarla yüzleştirileceği ihtarında bulunulmalıdır[170]. Ayrıca diğer bir görüşe göre de, Türk Hukuku'nda yazılı ifade veren tanığın, mahkeme huzurunda beyanda bulunmuş gibi, yalan yere tanıklık suçunu işleyebileceği ve cezalandırılabileceği belirtilmiştir[171]. Ancak bu görüşe, Türk Ceza Kanunu'nun yalan tanıklıkla ilgili düzenlemesi karşısında katılmak mümkün değildir. Çünkü Türk Ceza Kanunu'nun 272. maddesinin 2. fıkrasında yer alan "*mahkeme huzurunda ya da yemin ettirerek tanık dinlemeye kanunen yetkili kişi veya kurul önünde gerçeğe aykırı olarak tanıklık yapan kimseye...*" ifadesinden de anlaşılacağı üzere, yazılı tanık ifadesi bu kapsamda değerlendirilememelidir.

Tanığın yazılı ifadesine, resmi bir kimlik fotokopisi eklemesi, el yazısıyla kendi ifadesini imzalaması ve tarihini yazması, taraflarla olan yakınlığını da ifadesinde açıklaması gerektiği belirtilmiştir. Bu bilgilerin eksik olması, yazılı ifadenin doğru bir şekilde değerlendirilmesine engel olacaktır. Tanık, tarafla akrabalık veya yakınlık ilişkisi varsa bunu açıklamalı, gördüğü veya duyduğu bilgiye nereden sahip olduğu konusunda mahkemeyi bilgilendirmelidir. Eğer tanığın tarafla arasındaki ilişki veya nereden ve hangi sebeple bilgi edindiği hususlarında eksiklik varsa o yazılı ifadenin değerlendirilmesinde güçlükle karşılaşılacaktır[172].

Tanığa yazılı soru sorulmasının sakıncaları yanında olumlu yanları olduğu da söylenmelidir. Tanık mahkeme huzuruna çıktığında ve tarafların

---

169 **Arslan**, s. 80, 204.

170 **Arslan**, s. 204.

171 **Ertanhan**, s. 242.

172 **Reinecke**, s. 407.

huzurunda bir sözlü ifade verdiğinde kendini baskı altında hissedebilir. Bu baskı, tanığın hafızasını ve sonuçta beyanını ya da ifade yeteneğini etkileyebilir. Mahkeme ve tarafların huzuruna çıkmak yerine evde, sakin bir şekilde, etraflıca ve enine boyuna düşünerek yazdığı ifade kapsayıcı ve fazlasıyla gerçek içeriğe sahip olabilecektir. Ancak tanığın bunu yapabilecek kişilikte olup olmadığı hakkında önceden karar vermek mümkün değildir. Bu sebeple yazılı tanık ifadesinin bu olumlu yanı somut olaydaki duruma göre değişebilir[173].

Yazılı tanık ifadesinin yukarıda belirtilen sakıncaları göz önüne alındığında sınırlı bir delil değerine sahip olduğu söylenebilir. Ancak bu sınırlı delil değeri, bu yöntemden tamamen vazgeçilmesi sonucunu doğurmaz. Yazılı ifade alınması kanundaki koşulları mevcutsa sözlü tanık ifadesinin yerine geçer, çünkü hâkim tanık ifadesini serbestçe değerlendirecektir (HMK m. 198). Bu anlamda hâkim, yazılı tanık ifadesini değerlendirirken tüm sakıncaları düşünerek dikkatli karar vermelidir[174]. Tanık ifadesinin yazılı olarak alınmış olması, bu tanık beyanının delil değerini azaltmayacaktır. Eğer sorunun ve tanığın yazılı ifadeye uygun olmasına ilişkin koşullar gerçekleşmişse hâkim, bu yazılı ifadeyi tanık ifadesi olarak değerlendirecektir. Ancak hâkim, bu ifadeyi değerlendirirken tanıkla ilgili kişisel izleniminin eksik olduğunu dikkate almalıdır[175]. Hâkim, sözlü duruşma yapılsaydı bilgi edinebileceği tanığın duruşmadaki hal ve tavırlarını göremediği için, yazılı tanık ifadesinde, ifadenin doğruluğunu tespit etmek bakımından eksik bilgiye sahip olacaktır. Hâkimin, yazılı tanık ifadesini değerlendirirken ifadenin tamamındaki tutarlılığa bakarak karar vermesi mümkündür[176]. Tanığın ifade verirken içinde bulunduğu psikolojinin ipuçları ve sözlü beyanın doğruluğu veya yanlışlığı konusunda gözlemlenmesi mümkün olan belirtiler, yazılı tanık ifadesi alınmasında eksik kalacaktır. Tanığın sözlü ifadesinin değerlendirilmesinde tanığın kişiliği ve vücut dilinden yararlanılması mümkünken yazılı tanık ifadesinde böyle bir değerlendirme yapılamamaktadır. İfadenin doğruluğunun değerlendirilmesinde kullanılan gerçeklik ölçütleri ve yalan

---

173 **Stadler**, s. 149.

174 **Stadler**, s. 149-150.

175 **Musielak ZPO/Huber**, ZPO § 377, Rn. 8.

176 **Kurt**, s. 617.

sinyalleri yazılı ifadeden tespit edilemez. Bu sebeple yazılı yönteme çekinceli olarak yaklaşmak gerekir[177].

Tanığın yazılı ifadesinin değerlendirilmesinde, diğer deliller de birlikte dikkate alınmalıdır. Diğer delillerle birlikte uyum sağlanırsa yazılı tanık ifadesi de bu şekilde değerlendirilebilir[178].

Mahkeme tarafından tanığa soru kâğıdı gönderilmesine karar verilmemişse tarafların kendilerinin 3. kişilerin beyanlarını yazılı olarak mahkemeye sunmaları veya 3. kişilerin mahkemeye yazılı beyanlarını göndermeleri durumunda, bunlar tanık ifadesi olarak değerlendirilemezler[179].

Alman Medenî Usûl Kanunu'nun 130a paragrafındaki koşulları sağlaması koşuluyla tanığın ifadesini elektronik ortamda yazılı olarak mahkemeye göndermesi mümkündür[180].

E. Tanığa Soru Kâğıdı Gönderilmesine İlişkin Hükme Aykırılığın Sonuçları

Tanığa soru kâğıdı gönderilmesine ilişkin hükme aykırı bir şekilde, mahkemenin tanıkları sözlü olarak dinlemek yerine yazılı olarak verilen cevaplarla yetinmesi durumunda bu usûl kuralına aykırılık bozma sebebi olarak nasıl değerlendirilmelidir? Bozma sebepleri kapsamında usûl kurallarına aykırılık, ikiye ayrılmaktadır: Mutlak bozma sebepleri ve nisbi bozma

---

177 **Koukouselis**, s. 200; **Arslan**, s. 42. Gerçeklik ölçütleri ve yalan sinyalleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Arslan,** s. 27-28.

178 **Koukouselis**, s. 200; **Arslan**, s. 42. Tek başına yazılı tanık ifadesine dayanarak hüküm vermekten kaçınılması gerekir (**Arslan**, s. 202).

179 Alman Hukuku'nda bunların senet olarak değerlendirileceği belirtilmiştir. Bkz. **Saenger/Eichele**, ZPO § 377, Rn. 8. Bu konuda ayrıntılı değerlendirme için bkz. **Arslan**, s. 216 vd. Tanığa soru kâğıdı gönderilmesine karar verilerek yazılı beyanı değerlendirilebileceği gibi, tanık listesinde gösterilmemiş olsa bile tanık olabilecek bir kişinin yazılı beyanını içeren bir metin, senetle ispatı gerekli olmayan bir vakıanın ispatı bakımından Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 199. maddesi kapsamında belge olarak değerlendirilebilir. Bu belge, tanık ifadesi değeriyle hükme esas alınabilir (**Umar**, s. 772, 617).

180 **Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann**, § 377, Rn. 13.

sebepleri[181]. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 371. maddesinde[182] sayılan temyizde bozma sebepleri çerçevesinde, 1. fıkranın b ve c bentleri usûl hukukuna ilişkin mutlak bozma sebeplerini, d bendi ise usûl hukukuna ilişkin nisbi bozma sebebini düzenlemektedir. Buna göre, dava şartlarına aykırılık bulunması ve taraflardan birinin davasını ispat için dayandığı delillerin kanuni bir sebep olmaksızın kabul edilmemesi mutlak bozma sebeplerindendir (HMK m. 371/1, b, c). Karara etki eden yargılama hatası veya eksiklikleri bulunması ise nisbi bozma sebebi olarak karşımıza çıkmaktadır. Nisbi bozma sebebi, mahkemece yapılan yargılama hatası ile karar arasında

---

181 **Akcan**, s. 28, 49-50; **Üstündağ**, s. 838-844; **Kuru**, C. V, s. 4540 vd.; **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 897-898.

182 Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun geçici 3. maddesine göre, bölge adliye mahkemelerinin, 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanunun geçici 2. maddesi uyarınca Resmî Gazete'de ilan edilecek göreve başlama tarihine kadar, *Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu*'nun temyize ilişkin yürürlükteki hükümlerinin uygulanmasına devam olunur. Buna göre, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 5236 sayılı Kanun değişikliğinden önceki 428. maddesinde bozma sebepleri düzenlenmiş olup usûl hukukuna ilişkin bozma sebepleri arasında mutlak ve nisbi bozma sebebi ayrımı yapılmaktadır. Bu hükme göre mahkemenin görevsiz olması (HUMK m. 428/1, b. 2); tarafları, sebebi ve konusu aynı olan uyuşmazlık hakkında birbirine çelişik kararlar verilmiş olması (HUMK m. 428/1, b. 3); davanın görülmesi sırasında taraflarca ileri sürülen usûle aykırılık iddiasının mahkemece dikkate alınmaması (HUMK m. 428/1, b. 4 ve son fıkra); tarafların dayandığı vakıaların ispatı için ileri sürülen delillerin herhangi bir kanuni sebep olmaksızın reddi (HUMK m. 428/1, b. 6) Kanunda mutlak bozma sebebi olarak düzenlenmiştir. Bunun yanında adil yargılanma hakkı ve hukukî dinlenilme hakkına aykırılık; mahkemece resen dikkate alınması gereken bir usûle aykırılığın dikkate alınmamış olması; davadan çekinmesi gereken bir hâkimin karar vermiş olması; vekil olmayan kişiler huzuruyla davaya bakılmış olması; hâkim ve zabıt katibinin kararda imzalarının bulunmaması mutlak bozma sebepleri arasında sayılmıştır. Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nu 428. maddesinin 1. fıkrasının 4. bendi ve son fıkrası gereğince, mutlak bozma sebebi dışında kalan usûl hukuku kurallarına aykırılık "kusur ve hatanın lâhik olan hükmü tağyir edecek derecede" bulunuyor ise bu husus nisbi bozma sebebi oluşturur (**Kuru**, C. V, s. 4539 vd.; **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 944-946). Usûl hukukuna ilişkin mutlak bozma sebepleri ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **Akcan**, s. 52 vd., usûl hukukuna ilişkin nisbi bozma sebepleri ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **Akcan**, s. 131 vd.

bir illiyet bağının bulunması, yani usûl kuralına aykırılığın verilen hükmü etkileyecek nitelikte olması durumunda kabul edilmektedir[183].

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 1996 tarihli bir kararında, Almanya'da bulunan tanıklara soru kâğıdı gönderilerek bu ifadelerin hükme esas alındığı bir karar ile ilgili olarak, Almanya ile aramızda adli yardım anlaşması olması sebebiyle tanıklara soru kâğıdı gönderilmemesi gerektiğini belirterek isabetli şekilde bozma kararı vermiştir. Karardaki muhalefet şerhinde bu hususun bozma sebebi olamayacağı görüşü savunulmuştur. Muhalefet şerhi şöyledir[184]: "*Almanya'da bulunan iki tarafın tanıkları mektupla dinlenmiştir. Bu husus usûle aykırı ise de, taraf vekillerinin bu konuda temyizi bulunmadığı gibi usûle aykırılık hükmü değiştirecek nitelikte bulunmadığından (HUMK md. 428/son) ve bu yanlışlığın hükmü değiştirecek nitelikte olduğu da taraflarca iddia ve itiraz konusu yapılmadığından toplanan delillere göre hükmün onanması gerektiği kanaatiyle değerli çoğunluk görüşüne katılmıyorum.*"

Yukarıda sözü edilen Yargıtay kararından hareketle burada şu iki sorunun sorulması gerekir: Birincisi, tanığa soru kâğıdı gönderilmemesi gereken bir durumda bu yönteme başvurulmuşsa Yargıtay, bu usûle aykırılığı resen dikkate alabilir mi? İkincisi, tanığa soru kâğıdı gönderilmemesi gereken bir durumda bu yönteme başvurulmuşsa bu usûle aykırılık tek başına hükmü değiştirecek nitelikte midir? Başka bir ifadeyle bu usûle aykırılık, mutlak bozma sebebi mi, nisbi bozma sebebi mi kabul edilecektir?

Yukarıdaki birinci soruyla ilgili olarak Yargıtay'ın usûl hukukuna ilişkin mutlak temyiz sebepleri ve kamu düzenini ilgilendiren hususları resen dikkate alacağı, buna karşılık diğer usûl hukukuna ilişkin temyiz sebeplerinin kamu yararı olmadığı için taraflarca ileri sürülmesi halinde Yargıtayca

---

183 **Kuru**, C. V, s. 4539 vd.; **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 898, 946. Nisbi bozma sebeplerinde kararın bozulabilmesi için başvurulacak ölçütler ile ilgili ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Akcan**, s. 230 vd. Buna göre, nisbi bozma sebeplerinde, kararın bozulmasında asli ölçütler üç başlıkta toplanabilir: Önemli usûle aykırılık ölçütü, basit usûle aykırılık ölçütü ve adaletli karar verme ölçütü. Basit usûle aykırılıklarda, yani toplum ve tarafların yararlarının zedelenmediği durumlarda, kararın bozulmasında bir hukukî yararın olmadığı belirtilmektedir. Önemli ve basit usûle aykırılığın olup olmadığının tespiti amacıyla adaletli karar verme ölçütüne başvurulabilir (**Akcan**, s. 243).

184 2. HD, 15.11.1996, 10721/11701 (YKD 1997/3, s. 359-361).

incelenmesi gerektiği doktrinde[185] ileri sürülmüştür[186]. Ancak Yargıtay, tarafların ileri sürdüğü temyiz sebepleriyle bağlı olmayıp kanunun açık hükmüne aykırı gördüğü diğer hususları da inceleyebilir (HMK m. 369/1; 5236 sayılı Kanun değişikliğinden önceki HUMK m. 439/2). Temyiz dilekçesinde bulunması gereken unsurlar arasında temyiz sebepleri ve gerekçesi sayılmışsa da, temyiz dilekçesinin temyiz edenin kimliği ve imzasıyla temyiz olunan hükmü yeteri kadar belli edecek kayıtları taşıması durumunda, diğer unsurlar bulunmasa da reddedilmeyip temyiz incelemesinin yapılacağı düzenlenmiştir (HMK m. 364/2, f; m. 364/3; 5236 sayılı Kanun değişikliğinden önceki HUMK m. 435). Bu sebeplerle kanımızca, tanığa soru kâğıdı gönderilmesine ilişkin hükme aykırılık varsa taraflar ileri sürmese bile Yargıtay bunu resen dikkate almalı ve değerlendirme yapmalıdır. Çünkü Yargıtayca temyiz incelemesinde hukuka uygunluk denetimi yapılmaktadır. Kanunda nisbi temyiz sebeplerinin talep üzerine incelenebileceği yönünde açık bir hüküm de bulunmamaktadır[187]. Ayrıca avukatla temsil zorunlulu-

---

185 **Akcan**, s. 189-190. *Postacıoğlu*, Kanunun temyiz sebeplerinin resen dikkate alınmasında herhangi bir ayrım yapmadığını kabul etmekle birlikte, tarafın yetki ilk itirazında bulunması durumunda bu itirazı ilk derece mahkemesi tarafından reddedilmiş ise bu sebebin Yargıtayca incelenmesi için temyiz talebinde sebep olarak yer alması gerektiği yönündeki bir örnekle bu durumu eleştirmiştir (**Postacıoğlu**, s. 735). Aynı örneğe *Üstündağ* da yer vererek özellikle Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 428. maddesinin son fıkrasındaki durumda, taraflarca ilk derece mahkemesinde usûle aykırılık iddiasında bulunulduğu ve bunun dikkate alınmadığının açıkça temyiz sebebi yapılması gerektiği görüşündedir. Ancak yazar bu sebebin mutlak temyiz sebebi olduğunu da belirtmektedir (**Üstündağ**, s. 840- 841). Bu konuda ayrıntılı tartışmalar için bkz. **Akcan**, s. 129 vd.

186 Alman Hukuku'nda (ZPO § 557, Abs. 3), yazılı tanık ifadesine aykırılık usûl hatası olarak görülmekle birlikte tarafın talebi üzerine dikkate alınacağı belirtilmektedir (**Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann**, § 377, Rn. 16). Alman Hukuku'nda kural olarak temyiz incelemesinde, Temyiz Mahkemesi ileri sürülen sebeplerle bağlı değildir, ancak usûl hukukuna aykırılık durumunda resen dikkate alınan hususlar hariç, bu aykırılığın değerlendirilebilmesi için tarafça temyiz sebebi olarak ileri sürülmesi gerekir (ZPO § 557, Abs. 3).

187 **Postacıoğlu**, s. 735. *Kuru*, temyiz sebepleri ile ilgili herhangi bir ayrım yapmaksızın, Yargıtay'ın tarafların temyiz dilekçesinde bildirdikleri sebeplerle bağlı olmadığını, kanuna (hukuka) aykırı bulduğu diğer sebeplerden dolayı da kararı bozabileceğini belirtmektedir (**Kuru**, C. V., s. 4577, özellikle s. 4634). *Umar'a* göre, Yargıtay bozma sebep-

ğunun kural olarak kabul edilmediği hukukumuzda, tarafların usûl hükümlerine aykırılığı tespit edebilmeleri de mümkün olmayabilir. Eğer usûl kurallarına aykırılık sebepleri resen dikkate alınmazsa bu kurallara uyulmaması sonucunda verilen hatalı hükümler taraflarca ileri sürülmediği için bozulamayacak, bu da doğru bir karara ve adalete ulaşmaya engel oluşturabilecektir. Bu sebeple Yargıtay tanığa soru kâğıdı gönderilmesine ilişkin koşullarda aykırılık tespit ederse bu sebebi kendiliğinden incelemelidir. Ancak tanığa soru kâğıdı gönderilmesine ilişkin usûl kuralına aykırılığın somut olayda "bozma sebebi" olup olmayacağı ayrıca aşağıda değerlendirilmiştir.

Tanığa soru kâğıdı gönderilmesine ilişkin hükme aykırı bir şekilde tanıkların yazılı ifadesinin alınması ve bu yazılı ifadelere dayanarak karar verilmiş olması durumunda bunun bozma sebebi olarak kabul edilip edilemeyeceği sorusuna gelince, bir görüşe göre, doğrudanlık ilkesi, Kanunda belirtilen istisnalar dışında ihlal edilmiş ise bu durum mutlak bozma sebebi olarak dikkate alınmalıdır[188]. Ayrıca, doğrudanlık ilkesine uygun bir yargılamanın yapılması, hukukî dinlenilme hakkının gerçekleşmesini sağlamaktadır[189]. Diğer görüşe göre, doğrudanlık ilkesine uyulmaması usûle aykırıdır[190].

Tanık dinlenmesinde mahkemenin kural olarak izleyeceği yöntem(ler) ve istisnai olarak başvurulacak yöntem olarak tanığa soru kâğıdı gönderilmesinin koşulları Kanunda belirlenmiştir. Bu koşullara aykırı davranılması, usûle aykırılık kapsamında değerlendirilmelidir. Usûl kurallarına aykırılık denilince mutlak bozma sebepleri ve nisbi bozma sebepleri ayrımı akla gelecektir. Kanımızca, burada, tanık dinlemede usûle aykırılık konusunu, nisbi bozma sebebi olarak değerlendirmek gerekir. Kanundaki koşullar oluşmadan tanığa soru kâğıdı gönderilmiş ise bu durum tanık ifadesini etkileyebilecek yani tanık mahkeme huzuruna çıkmadığı ve yemin etmediği için

---

lerini resen değerlendirir (**Umar**, s. 1063). *Üstündağ* da, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 428. maddesinin son fıkrasında yer alan taraflarca ilk derece mahkemesinde usûle aykırılık iddiasında bulunulduğu ve bunun dikkate alınmadığına ilişkin temyiz sebebi dışındaki sebeplerin taraflarca açıkça ileri sürülmese de Yargıtayca resen dikkate alınacağı görüşündedir (**Üstündağ**, s. 841).

188 **Arslan**, s. 302.

189 **Özekes**, s. 73; **Arslan**, s. 162.

190 **Akcan**, s. 236. Yazar, bu görüşünü nisbi bozma sebepleri başlığı altında, önemli usûle aykırılık ölçütü çerçevesinde belirtmiştir.

yanlış ifade verebilecek ve hüküm verilirken hâkimin kararına esas aldığı tanık ifadesi farklı olsaydı hükmü değiştirecek niteliktedir. Çünkü tanığın mahkeme huzurunda dinlenmesinin amacı, tanığı doğruyu söylemeye teşvik etmektir ve tanığa soru kâğıdı gönderilmesine ilişkin yöntem istisnai bir yöntemdir. Yazılı tanık ifadesi alınmasının koşulları gerçekleşmeden, bu yönteme başvurulduğunda alınan tanık ifadesi, mahkeme huzurunda bu ifade alınsaydı, ifadenin içeriğinin değişmesine sebep olabilecek niteliktedir. Somut olayda, tarafların başkaca delilleri ve mahkeme huzurunda dinlenen tanıkların ifadeleri varsa hâkim bunlara dayanarak hükmünü vermiş ve yazılı tanık ifadeleri sadece hâkimde oluşan kanaati kuvvetlendiriyorsa yazılı yöntemin koşulları oluşmadan tanığa soru kâğıdı gönderilmesi hükmü etkileyecek bir usûle aykırılık olarak görülmemeli, kararın bozulmasına sebep olmamalıdır. Ancak, uyuşmazlık konusu vakıanın ispatı için sadece yazılı tanık ifadelerine dayanarak kanaate varılmış ve hüküm verilmişse başkaca herhangi bir delil de yoksa tanıkların mahkeme huzurunda dinlenmemiş olması hükmü etkileyeceğinden, bu usûle aykırılık bozma sebebi kabul edilmelidir. Kaldı ki, uyuşmazlık konusu hakkında sadece tanık deliline dayanılmışsa ve herhangi bir gerekçe olmadan hâkim gösterilen tüm tanıkların yazılı ifadeleri ile yetinmişse böyle bir durumda hukukî dinlenilme hakkının ve ispat hakkının ihlal edildiği söylenmelidir. Burada artık basit bir usûl kuralına aykırılıktan[191] söz edilemez. Eğer, tanığa soru kâğıdı gönderilmesi yöntemine başvurulması sebebiyle tamamen tarafın ispat hakkını kullanması engellenmiş veya tanığa soru sorma hakkı elinden alınmışsa bu durumda artık hukukî dinlenilme hakkının ihlali[192] söz konusu olacağından, usûli yanlışlık mutlak bozma sebebi kabul edilmelidir.

Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu zamanında verilmiş bir Yargıtay kararında, tanıkların mahkeme huzurunda ayrı ayrı dinlenmesi gerekirken

---

191 *Ağır* usûle aykırılıklarda toplum yararı öndedir ve usûle aykırılığın kararı etkileyip etkilemediğine bakılmaksızın (mutlak temyiz sebepleri) karar bozulur (**Akcan**, s. 231). *Önemli* usûle aykırılıklar, toplumun ve tarafların yararlarını zedeleyen aykırılıklardır (**Akcan**, s. 230 vd). *Basit* usûle aykırılıklar ise toplumun ve tarafların yararlarını zedelemedikleri için bozma sebebi oluşturmazlar ve sonuç itibariyle hükmün onanması gerekir (**Akcan**, s. 242 vd.).

192 Mahkemece tarafların iddia ve savunma haklarının ihlali mutlak bozma sebeplerindendir (**Akcan**, s. 90 vd.).

(HMK m. 261/1; HUMK m. 265), henüz dinlenmemiş tanıklardan birinin diğer tanık dinlendiği sırada mahkeme salonunda bulunması isabetli olarak nisbi bozma sebebi olarak kabul edilmiştir. Burada da usûl kuralına aykırılık bulunmakla birlikte, henüz dinlenmemiş olan tanığın ifadesinin, diğer tanığın verdiği ifadenin etkisi altında kalması ihtimali bulunduğundan ve böylece hükmün etkilenmesi söz konusu olduğundan Yargıtay, yerel mahkemenin kararını bu usûle aykırılık sebebiyle bozmuştur[193]. Yine Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu zamanında verilen başka bir Yargıtay kararında da tanıkların istinabe suretiyle dinlenilmesine karar verildiği takdirde, tanıkların bulunduğu yer mahkemesince tanıklara ve taraflara belirlenen duruşma gününün bildirilmesi gerektiği (HMK m. 259/4; HUMK m. 257), hükmün amacının tarafları korumak olduğu belirtilerek bu kurala uyulmamış olması hükmün sonucunu etkileyecek bir usûl hatası olarak görülmüştür[194]. Buna karşılık tanığa dinlenilmesinden önce yemin ettirilmesi gerekirken (HMK m. 258/1) ifadesinden sonra yemin ettirilmiş olması usûle aykırı olarak görülse de bu usûle aykırılık hükmü etkileyecek nitelikte olmadığından bozma sebebi kabul edilmemektedir[195]. Bu anlamda, mahkemece tanıklara ilişkin getirilen usûl hükümlerine aykırı davranılması durumunda hükmün etkilen-

---

193 "Tanıkların ayrı ayrı dinleneceği HUMK.nun 265. maddesinde açıklanmıştır. Kanunda öngörülen bu hususun nazara alınmaması ve tanıkların beraberce dinlenmesi usûle aykırı ve işbu usûle aykırılık sonuca etkili ve temyiz itirazları bu bakımdan yerinde olduğundan kabulü ile hükmün bozulmasına,..." (8. HD, 26.12.1978, 9978/10913, http://www.turkhukuksitesi.com/showthread.php?t=43049, E. T. 23.08.2014). Bu konuda bkz. **Akcan**, s. 267; **Kuru**, C. III, s. 2609-2610; HGK 19.11.1976, 8/459, 2943 (**Kuru**, C. III, s. 2609, dn. 124).

194 2. HD, 1.2.1973, 7700/441 (RKD 1973/4-5, s. 168-169); 2. HD, 23.9.1974, 5385/5211 (YKD 1977/11, s. 1521-1522). Bu konudaki açıklamalar ve diğer Yargıtay kararları için bkz. **Akcan**, s. 152; **Kuru**, C. I, s. 786; **Kuru**, C. III, s. 2608. Burada Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu ile Hukuk Muhakemeleri Kanunu arasında bir farka da dikkat çekmek gerekir. Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nda tanığa bulunduğu yer mahkemesi tarafından tebligat yapılacağı ve iki tarafa da bilgi verileceği düzenlemesi yapılmışken Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda "İstinabe yolu ile dinlenilmesine karar verilen tanığın, nerede, hangi gün ve saatte dinleneceği hususu, *talepleri hâlinde* taraflara tebliğ edilir." denilerek bu konuda tarafların talebi aranmıştır. Buna karşılık bkz. ve krş. HMK m. 197/3.

195 **Akcan**, s. 173; **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 946.

mesi ihtimalinin yüksek bir ihtimal olarak karşımıza çıkacağını söylemek yanlış olmayacaktır. Ancak her somut olaya göre, durumun ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir.

İstinaf incelemesinde ise bölge adliye mahkemesi kamu düzenine ilişkin hususlar hariç, tarafların istinaf dilekçesinde ileri sürdüğü istinaf sebepleri ile bağlıdır (HMK m. 355)[196]. Nisbi temyiz sebebi sayılan usûl kurallarına aykırılık, nisbi istinaf sebebi sayılabilir. Nisbi istinaf sebebi olabilecek usûl kurallarına aykırılıkların bölge adliye mahkemesi tarafından incelenebilmesi için, tarafça istinaf dilekçesinde ileri sürülmesi gerekir[197]. İstinaf kanun yolunda, ilk derece mahkemesinin delil takdirinde hata yapmış olduğunun anlaşılması durumunda, gerekirse daha önce dinlenmiş olan tanıklar tekrar istinaf yargılamasında dinlenecek ve tanık ifadeleri bölge adliye mahkemesi tarafından takdir edilecektir[198]. Böylece, ilk derece mahkemesi tarafından, tanığa soru kâğıdı gönderilmesi ile ilgili hükme aykırı davranılmış olması, tanık beyanının takdirine de etki etmişse istinaf incelemesinde, tanık dinlenilmesindeki usûle aykırılık, bizzat bölge adliye mahkemesi tarafından telafi edilerek bölge adliye mahkemesi huzurunda (veya istinabe suretiyle) daha önce yazılı ifadeleri alınan tanıkların dinlenmesi ve bu dinlenen tanıkların ifadeleri esas alınarak yeniden esas hakkında karar verilmesi mümkündür. Tanık dinlenmesine ilişkin usûl hükümlerine aykırılık bu anlamda nisbi istinaf sebebi olabilir. Bu sebeple tanık dinlenmesine ilişkin hükme aykırılık hususunun tarafın istinaf dilekçesinde yer alması gerekir. Ancak Yargıtay, temyiz incelemesinde, istinaf incelemesinden farklı olarak, tarafların ileri sürdükleri temyiz sebepleriyle bağlı olmayıp kanunun açık hükmüne aykırı gördüğü diğer hususları da inceleyebilir (HMK m. 369/1).

---

196 İstinaf sebepleri ile ilgili olarak bkz. **Akkaya**, s. 179 vd. İstinaf incelemesinin (kamu düzenine ilişkin hususlar hariç) sebeple bağlı olarak yapılmasına ilişkin eleştiriler için bkz. **Umar**, s. 1030.

197 **Akkaya**, s. 204.

198 **Meraklı Yayla**, s. 137-138.

SONUÇ

Tanığın ifadesine ihtiyaç duyulduğunda, mahkeme huzuruna davet edip doğruyu söylemeye teşvik etmek; tanığın gerçeği söylememesi halinde yalan tanıklık suçundan cezalandırılacağı yönünde yapılan ihtar (HMK m. 256/1, b); tanığın doğruyu söyleyeceği konusunda yemin edeceği ihtarı (HMK m. 256/1, c); sözlü tanık ifadesi sırasında hâkimin (HMK m. 261/3) veya tarafların ya da vekillerinin (HMK m. 152/1) tanığa soru sormaları gibi düzenlemeler sayesinde tanık ifadesinin gerçeğin araştırılmasında daha etkin bir rol oynaması sağlanmış ve tanıkların mahkeme huzurunda dinlenmeleri kural olarak düzenlenmiştir. Ancak hâkim istisnai durumlarda tanığın sözlü olarak mahkeme huzurunda dinlenmesi yerine, tanığa soru kâğıdı gönderilmesine karar verebilecektir (HMK m. 246).

Hâkimin yazılı tanık ifadesine başvurması yöntemi genel kural değil, istisnai bir uygulamadır. Medenî usûl hukukunda, delillerin toplanmasında geçerli olan ilkenin doğrudanlık ilkesi olduğu ve bu ilkeden ayrılmanın ancak kanunun izin verdiği istisnai durumlarda mümkün olduğu unutulmamalıdır. Hâkimin tanığa soru kâğıdı gönderilmesine ilişkin kararını gerekçeli olarak vermesi gerekir. Yargılamanın az masrafla ve çabuk yürütülmesini sağlamak tek başına yeterli bir gerekçe değildir. Somut olayın özelliğine göre, eğer başkaca deliller de yoksa hâkimin sadece zaman ve masraftan tasarruf etme gerekçesi, tanıkların mahkeme huzurunda dinlenilmesinden vazgeçilmesi için yeterli bir gerekçe olmamalıdır. Mümkünse ve koşulları varsa tanığın ses ve görüntü nakli yoluyla ifadesinin alınması yöntemi soru kâğıdı yöntemine nazaran tercih edilmelidir.

Tanığa soru kâğıdı gönderilmesi yöntemine karar verildiğinde, tanığın yazılı ifadesinin değerlendirilmesinde, başka bir deyişle cevabın hükme yeterli olup olmadığı hususunda hâkimin takdir yetkisi vardır (HMK m. 246). Hâkim tanık ifadesini serbestçe değerlendirecektir (HMK m. 198). Tarafların yazılı tanık ifadesine karşı itirazları varsa hâkimin tanığı mahkeme huzuruna davet ederek dinlenmesine karar vermesi uygun olacaktır. Özellikle tanığın güvenilirliği, tanıklığının doğruluğu konusunda taraflar itirazda bulunmuşlar veya bunu ispat etmişlerse (HMK m. 255) hâkimin yazılı ifadeyi dikkate almaması veya mümkünse tanığı mahkemeye davet etmesi gerekecektir. Ayrıca tarafların soru sorma hakkı çerçevesinde (HMK

m. 152), yazılı ifade yeterli değilse tarafların sorularını cevaplamak amacıyla tanığın yazılı ifadeden sonra ek sorulara cevap vermek üzere mahkemede dinlenmesine karar verilmesi daha uygun olacaktır.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndaki düzenlemeyle hâkime, tanığa soru kâğıdı gönderilmesiyle ilgili olarak somut olaya uygun geniş bir takdir hakkının tanınması isabetli olmuştur. Basit konularda, tanığın ifadesinin doğruluğuna ve tanığa güvenilebilecek durumlarda yargılamada az masraf yapılması ve yargılamanın hızlandırılması bakımından bu yönteme başvurulması mümkündür. Ayrıca tanığın yargı muafiyetinden yararlanan bir kişi olması gibi mahkeme huzuruna davet edilmesinin mümkün olmadığı durumlarda, maddi gerçeğin ortaya çıkması açısından tarafların gösterdiği tanığın ifadesinin alınması ancak yazılı beyanla mümkün olacaktır.

Hâkimin yazılı ifadesini mahkemeye göndermiş olan tanığa bir kez daha soru kâğıdı göndererek ek soru sorması veya cevaplarını tamamlamasını istemesi mümkün olmalı, ancak hâkim bu kararını verirken gerekçelendirmelidir. Eğer, tarafların yazılı ifadenin güvenilirliği konusunda itirazı varsa bunları dikkate alarak tanığı duruşmaya çağırma yoluna gitmelidir.

Tanığa soru kâğıdı gönderilmesi durumunda hâkimin, mahkeme huzurunda dinlenen tanığa dinlenmeden önce sorması veya hatırlatması gereken hususları, niteliğine uygun düştüğü ölçüde tanığa soru kâğıdı gönderirken de bildirmesi gerekir. Bu çerçevede, tanığın adı, soyadı, doğum tarihi, mesleği, adresi, taraflarla akrabalığının veya başka bir yakınlığının bulunup bulunmadığı, tanıklığına duyulacak güveni etkileyebilecek bir durumu olup olmadığının sorulması (HMK m. 254) ve yazılı ifadesinde bu soruları da cevaplaması istenmelidir. Ayrıca kişisel nedenlerle tanıklıktan çekinme sebeplerinin varlığı halinde, kişinin tanıklıktan çekinme hakkının olduğu (HMK m. 247/2), tanığa görevinin önemini anlatma çerçevesinde tanığın gerçeği söylemesinin önemi ve gerekirse diğer tanıklarla yüzleştirilebileceği (HMK m. 256) de soru kâğıdı gönderilirken hatırlatılmalıdır. Tanığın yazılı ifadesini imzalaması (HMK m. 261/5) konusunda da soru kâğıdı gönderilirken tanığa ihtarda bulunulmalıdır. Tanığa, verilen yazılı cevapların yetersiz olması durumunda, dinlenmek üzere mahkeme huzuruna davet edilebileceği (HMK m. 246) ihtarı da yapılmalıdır.

Tanığa soru kâğıdı gönderilmesine ilişkin hükme aykırılık varsa taraflar ileri sürmese bile Yargıtay bunu resen dikkate almalıdır. Yargıtay, tarafların ileri sürdüğü temyiz sebepleriyle bağlı olmayıp kanunun açık hükmüne aykırı gördüğü diğer hususları da inceleyebilir (HMK m. 369/1; 5236 sayılı Kanun değişikliğinden önceki HUMK m. 439/2). Kanunda nisbi temyiz sebeplerinin talep üzerine incelenebileceği yönünde açık bir hüküm mevcut değildir.

Koşulları oluşmadan hâkimin tanığa soru kâğıdı gönderilmesine karar vermesi durumunda, bu usûle aykırılık nisbi bozma sebebi olarak değerlendirilmelidir. Çünkü tanığın mahkeme huzurunda dinlenmesi asıldır ve bunun sebebi tanığı doğruyu söylemeye teşvik etmektir. İstisnai bir durum mevcut değilken tanığın yazılı beyanının hükme esas alınması, hükmü etkileyebilecek nitelikteki bir usûl kuralına aykırılık oluşturur. Ancak tanığa soru kâğıdı gönderilmesi yöntemine başvurulması sebebiyle tamamen tarafın ispat hakkını kullanması engellenmiş veya tanığa soru sorma hakkı elinden alınmışsa burada hukukî dinlenilme hakkı ihlal edildiğinden, bu usûli yanlışlık mutlak bozma sebebi kabul edilmelidir.

Kaynakça

Akcan, Recep, Usûl Kurallarına Aykırılığa Dayanan Temyiz Nedenleri, Ankara 1999.

Akkaya, Tolga, Medenî Usûl Hukukunda İstinaf, Ankara 2009.

Ansay, Sabri Ş., Hukuk Yargılama Usûlleri, 7. Baskı, Ankara 1960.

Arens, Peter, Mündlichkeitsprinzip und Prozeßbeschleunigung im Zivilprozeß, Berlin 1971.

Arslan, Aziz Serkan, Medenî Usûl Hukukunda Delillerin Toplanması ve Doğrudanlık İlkesi, Ankara 2012.

Baumbach, Adolf/**Lauterbach,** Wolfgang/**Albers,** Jan/**Hartmann,** Peter, Zivilprozessordnung, 72. Aufl. München 2014.

Ertanhan, Mesut, Medenî Yargılama Hukukunda Tanık ve Tanıklık, Ankara 2005.

Gehri, A. Myriam/**Kramer,** Michael, ZPO Kommentar (Schweizerische Zivilprozessordnung), Zürich 2010.

Henckel, Wolfram, "Gedanken zur Entstehung und Geschichte der Zivilprozeßordnung", Gedächtnichtsschrift für Rudolf Bruns, München 1980, s. 111-128.

Kılıçoğlu, Mustafa, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu El Şerhi, İstanbul 2012.

Kip, Hans-Gerhard, Das sogenannte Mündlichkeitsprinzip, Köln, Berlin 1952.

Koch, Michael, Die schriftliche Zeugenaussage gemäß § 377 Abs. III ZPO und die Grundsätze der Unmittelbarkeit und Parteiöffentlichkeit, Diss. Köln 1996.

Koukouselis, Maria, Die Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme im Zivilprozeß, insbesondere bei der Zeugenvernehmung, Frankfurt am Main 1990.

Kurt, Nesibe, "Medenî Yargılama Hukukunda Doğrudan Doğruyalık İlkesi", Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan, Ankara 2008, s. 599-625.

Kuru, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usûlü, C. I, 6. Baskı, İstanbul 2001.

Kuru, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usûlü, C. III, 6. Baskı, İstanbul 2001.

Kuru, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usûlü, C. V, 6. Baskı, İstanbul 2001.

Leipold, Dieter, "Verfahrensbeschleunigung und Prozeßmaximen", Festschrift für Hans W. Fasching zum 65. Geburtstag, Wien 1988, s. 329-349.

Leuenberger, Christoph/**Uffer-Tobler,** Beatrice, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Bern 2010.

Meraklı Yayla, Deniz, Medenî Usûl Hukukunda İstinaf Kanun Yolunda Yeniden Tahkikat Yapılması, Ankara 2014.

Musielak, Hans-Joachim, Zivilprozessordnung mir Gerichtsverfassungsgesetz Kommentar, 11. neubearbeitete Auflage, München 2014.

Özekes, Muhammet, Medenî Usûl Hukukunda Hukukî Dinlenilme Hakkı, Ankara 2003.

Pantle, Norbert, Die Beweisunmittelbarkeit im Zivilprozeß, Frankfurt am Main, Bern, New York, Paris 1991.

Pekcanıtez, Hakan/**Atalay,** Oğuz/**Özekes,** Muhammet, Medenî Usûl Hukuku, 14. Bası, Ankara 2014.

Postacıoğlu, İlhan E., Medenî Usûl Hukuku Dersleri, 6. Bası, İstanbul 1975.

Rauscher, Thomas/**Krüger,** Wolfgang, (Hrsg.) Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, Band 2 §355 § 1024, 4. Auflage, München 2012 (MüKoZPO/Bearbeiter)

Reichel, Jürgen, Die Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme in der Zivilprozeßordnung, Pohlheim 1971.

Reinecke, Gerhard, "Die schriftliche Zeugenaussage im deutschen Zivil- und Arbeitsgerichtsprozeß", ZRP 1989, Heft 11, s. 404-408.

Saenger, Ingo, Zivilprozessordnung, Handkommentar, 5. Auflage, 2013.

Spühler, Karl/**Dolge,** Annette/**Gehri,** Myriam, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 9. Aufl., Bern 2010.

Stadler, Astrid, "Schriftliche Zeugenaussagen und pre-trial discovery im deutschen Zivilprozeß", ZZP 110. Band, Heft 2, 1997, s. 137-165.

Stein, Friedrich/**Jonas**, Martin, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 4. Band, 22. Aufl. Tübingen 2008.

Sutter-Somm, Thomas, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. Aufl., Zürich, Basel, Genf 2012.

Thomas, Heinz/**Putzo,** Hans, Zivilprozessordnung, 34. Aufl., München 2013.

Umar, Bilge, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Bası, Ankara 2014.

Üstündağ, Saim, Medenî Yargılama Hukuku, 7. Bası, İstanbul 2000.

Voelskow-Thies, Helga, "Zur neueren Entwicklung der Zivilprozeßordnung", Neue Justiz, 4/1991, s. 161-164.

Völzmann-Stickelbrock, Barbara, "Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme und Parteiöffentlichkeit - Nicht mehr zeitgemäße oder unverzichtbare Elemente des Zivilprozesses?", ZZP 118. Band, Heft 3, 2005, s. 359-384.

Walsmann, Hans, "Schriftlichkeit und Mündlichkeit", ZZP 61. Band, 1939, s. 381 vd.

Yılmaz, Ejder, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Ankara 2013.

Zöller, Richard, Zivilprozessordnung, 30. Aufl., Köln 2014.

HAKİMİN YARGILAMA FAALİYETİ SEBEBİYLE DEVLETE KARŞI AÇILAN TAZMİNAT DAVASINA İLİŞKİN YARGITAY BÜYÜK GENEL KURULUNUN BİR KARARI ÜZERİNE DÜŞÜNCELER

Doç. Dr. İbrahim AŞIK*

GİRİŞ

Hukuk Muhakemeleri Kanunu hâkimlerin hukuki sorumluluğunda önemli bazı değişiklikler getirmiştir. Bunlardan en önemlisi hâkimlerin yargısal faaliyetleri sebebiyle hukuki sorumlulukta birinci derecede devletin sorumluluğunun kabul edilmesi olmuştur. Sorumluluk sebeplerinde ise önemli bir değişiklik yapılmamış HUMK 573. maddesindeki sorumluluk sebepleri korunmuştur.

Hâkimlik teminatı hâkimlik mesleğinin objektif ve tarafsız olarak yürütülmesi bakımından ne kadar önemliyse hakimlerin hukuka aykırı eylemleriyle verdikleri zararın tazmin edilmesi de hukuk devleti açısından o kadar önemlidir[1]. Ancak hakimlerin her kararından dolayı tazminat davası açılması gibi bir riskin bulunması yargılama faaliyetinin sağlıklı işleyişini engelleyebilecektir. İşte bu nedenle ve hakimlerin yürüttükleri yargısal faaliyetin önemi nedeniyle hakimlerin yargısal faaliyetlerinden dolayı tazminat sorum-

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

1 **Kılıçoğlu,** Ahmet M.; Hakimlerin Hukuki Sorumluluğu, AÜHFD 1973/XXX/1-4, s. 231; **Belgesay,** Emcet; Türk Hukukunda Hakimin Hukuki Mesuliyeti, AÜHFD 1955/ XII/3-4, s. 251; **Postacıoğlu,** İlhan E.; Medeni Usul Hukuku Dersleri, İstanbul 1975, s. 69. Nitekim Roma Hukukunda da hakimin sorumluluğuna ilişkin kurallar bulunmaktaydı. Bu konuda bkz.: **Erdoğmuş,** Belgin; Roma Hukukunda Hakimin Sorumluluğu, Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan, İstanbul 2007, s. 103 vd.

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Özel Sayı 2014, s. 611-630 (Basım Yılı: 2015)
Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ'e Armağan

luluğunu öngören kurallarda sorumluluk hallerinin kapsamı, içeriği[2] ve yargılama usulü bakımından farklılıklar getirilmiştir[3].

Bu çalışmada hakimin hukuki sorumluluğuna ilişkin açılan tazminat davasında özellikle dava dilekçesinin unsurları bakımından Yargıtay Büyük Genel Kurulu kararı çerçevesinde değerlendirmelerde bulunulacaktır.

I. YARGITAY KARARININ ÖZETİ

Bahse konu olayda Yargıtay HGK ilk derece mahkemesi sıfatıyla yargılama yapmış bu karar temyiz edilmiş ve temyiz incelemesini Yargıtay Büyük Genel Kurulu yapmıştır. "Davacı, davalılardan İller Bankası AŞ ile aralarındaki eser sözleşmesinden doğan uyuşmazlık nedeniyle açmış olduğu davada verilen ilk hükmün Yargıtay 15.Hukuk Dairesi'nce kısmen bozulması kısmen temyiz itirazlarının reddi nedeniyle 51.518.286.000 TL alacağının kesin hüküm haline geldiğini, bu aşamadan sonra verilen hükümler gerek Özel Daire'ce gerekse Hukuk Genel Kurulu'nca bozulmuş ise de, kesin hüküm haline gelen bu alacağının hiçbir yargısal hükümle ortadan kaldırılamayacağını, ancak borçlu aleyhine giriştiği icra takibinde borçlu kurumun alacağın kesinleşmediğini ileri sürüp icra takibini durdurduğunu, bu nedenle hükmü veren Asliye Ticaret Mahkemesinden aldığı 05.05.2008 tarihli kesinleşme şerhine istinaden icra müdürlüğünce talebi üzerine borçlu Kuruma 13.05.2008 ve 17.06.2008 tarihli muhtıraların gönderildiğini, ne var ki borçlunun talebiyle aynı mahkemece 27.05.2008 tarihinde kesinleşme şerhinin tümden kaldırılmasına karar verildiğini, akabinde borçlunun İcra Mahkemesinde şikayeti üzerine ihbar olunan İcra Mahkemesi Hakimlerince

---

2 **Alangoya,** H. Yavuz/**Yıldırım,** Kamil/**Deren-Yıldırım,** Nevhis; Medeni Usul Hukuku Esasları, İstanbul 2009, s. 46; **Demir,** Mehmet; Hakime Hukuksal Sorumluluğu Nedeniyle Açılan Tazminat Davası, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, 2003/3-4, s. 806.

3 Yargıtay da bir kararında buna şu şekilde işaret etmiştir: "Gerçekten hakimlerin hukuki sorumlulukları nedenine dayanan davalar özel usul ve müeyyidelere bağlanmadıkları takdirde ilgililerce kötüye kullanılarak Hakim hakkında red sebepleri ihdas edilmesi kolaylaşacak, adıl sağlıklı sonuçların sağlanmasına halel gelecektir. Bu itibarla söz konusu hükümler hem meydana gelecek zararlı durumu düzeltip tamir etmek hem de haksız davaları önlemek amacıyla kabul edilmiştir". Yargıtay HGK 14.11.1970, 185-623: **Yüksel,** Kemalettin; Bankacılar Dergisi, Sayı 67, 2008, s. 108.

söz konusu muhtıraların hukuka aykırı olarak iptaline karar verildiğini ve bu kararların ihbar olunan Daire Başkan ve Üyelerince onandığını; kesinleşme şerhinin kaldırılması yönündeki belgeye dayanılarak takibin durdurulması ile ödeme istemine dair icra müdürlüğünce çıkarılan muhtıraların iptal edilmesine dair, ihbar olunan İcra Mahkemesi Hakimleri tarafından verilen Ankara 9.İcra Hukuk Mahkemesi'nin 19.10.2010 gün ve E.2008/766 K.2010/1039 sayılı kararı ve kararın onanmasına dair, ihbar olunan Yargıtay 12.Hukuk Dairesi Başkan ve Üyelerinin katıldıkları 21.06.2011 gün ve E.2011/158 K.2011/12925 sayılı onama kararının, yine ihbar olunan İcra Mahkemesi Hakimleri tarafından verilen Ankara 9. İcra Hukuk Mahkemesi'nin 21.01.2009 gün ve E.2008/598 K.2009/33 sayılı kararı ve bu kararın onanması ile karar düzeltme isteminin reddine dair, ihbar olunan Yargıtay 12.Hukuk Dairesi Başkan ve Üyelerinin katıldıkları 10.07.2009 gün ve E.2009/8096 K.2009/15437, 25.022010 gün ve E.2009/22157 K.2010/4302 sayılı kararlarının ayrıca takibin durdurulmasına dair ara kararlarının yasaya aykırı olduğunu; dolaysıyla bu hukuksuzluğun tespit edilmesi için Türk Medeni Kanununun 25., 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanununun 93/a, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 46 ve 47.maddeleri hükümleri çerçevesinde dava açma mecburiyeti doğduğunu ileri sürerek; alacağını almasına engel olarak kişilik haklarına saldıran davalıların bu saldırılarının hukuka aykırı olduğunun tespit edilmesini ve davalı Bankanın hukuka aykırı taleplerini yerine getiren hakimler nedeniyle Devletin sembolik olarak 1000 TL manevi tazminata mahkum edilmesine karar verilmesini talep ve dava etmiştir. … Dava tarihinden önce yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun "Hakimin Sorumluluğu"nu düzenleyen ikinci ayrımının "Dava dilekçesi ve davanın ihbarı" başlığı altında düzenlenen 48.maddesinde "Tazminat davası dilekçesinde hangi sorumluluk sebebine dayanıldığı ve delilleri açıkça belirtilir; varsa belgeler de eklenir" hükmüne yer verilmiş, **anılan madde gerekçesinde**; **dilekçede, tahdidi olarak belirtilen sorumluluk nedenlerinden hangisine dayanıldığının, bunu ispat etmek için başvurulacak delillerin belirtileceği ve mevcut delillerin dilekçeye ekleneceği, davaya bakan mahkeme bu hususlarda eksiklik görürse, bu eksikliğin giderilmesi için ilgiliye süre vermeden, dilekçenin reddine karar vermesi gerektiği açıklanmıştır**. … hakimlerin hukuki sorumluluğunda yargı yetkisinin özellikleri, öteden beri özel bir yargılama düzeninin

uygulanmasını zorunlu kılmıştır. … tazminat davasına bakan mahkeme, dava dilekçesine iddia doğrultusunda eklenmiş bulunan belgelerin güvenilirliğini denetlemek zorundadır. Söz konusu denetimin yapılabilmesi ise, belgenin aslının veya bu mümkün değil ise aslına uygunluğu yetkili makam veya kişilerce onanmış örnek ya da kopyalarının dosyaya sunulmasına bağlıdır. Öte yandan 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 48.maddesi; aynı Kanunun 46.maddesinde tahdidi olarak sayılan sorumluluk sebeplerinden hangisine dayanıldığının dava dilekçesinde açıkça gösterilmesi gereğini haiz, amir hükümdür. Buna göre, sorumluluk sebeplerinin dava dilekçesinde açıkça belirtilmemiş olması durumunda, yargılama merciinin usul hükümlerine göre ilgiliye ayrıca süre verme zorunluluğu bulunmadan, dava dilekçesinin reddine karar vermesi gerekir. … 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 46.maddesinde sınırlı olarak sayılan sorumluluk nedenlerinden hangisine dayanıldığının, açıkça ve belirgin olarak dava dilekçesinde gösterilmemiş olması usulü (şekli) bir noksanlık olup; kamu düzenine ilişkin olan bu hususun yargılama makamlarında resen göz önünde tutulması ve dava dilekçesinin usul bakımından reddine karar verilmesi gerekir. Diğer bir anlatımla; dava dilekçesinde, **46.maddede sınırlı olarak belirtilen sorumluluk nedenlerinden hangisine dayanıldığının açıkça gösterilmesi, dava şartıdır**. … dava dilekçesinde hangi sorumluluk sebebine dayanıldığının açıkça belirtilmesi gereği, davanın görülebilirlik koşulu olarak, **özel bir dava şartı olarak öngörülmüştür**. … Bu açıklamalar ışığında dava dilekçesi, içeriği ve ekleri incelendiğinde; öncelikle, iddianın dayanağını oluşturan Ankara Asliye 1.Ticaret Mahkemesi'nin 14.10.1999 gün ve E.1998/819 K.1999/519 sayılı kararı, Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 13.04.2000 gün ve E: 1999/4966 K:2000/1772 sayılı bozma kararı, Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 27.09.2000 gün ve E:2000/2852 K:2000/4116 sayılı karar düzeltme isteminin kabulü ve bozma kararı, Ankara Asliye 1. Ticaret Mahkemesi'nin 19.07.2001 gün ve E:2000/847 K:2001/643 sayılı kısmen direnme kararı ve bu dosyadan verilen 01.03.2001 tarihli ara kararı, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 06.02.2002 gün ve E:2002/15-40 K:2002/49 sayılı kararı, Ankara Asliye 1. Ticaret Mahkemesince, 1999/819 E. 1999/519 K. sayılı dosyasından verilen 05.05.2008 tarihli "Kesinleşme Şerhi" kararı, aynı Mahkemenin 2005/163 E. 2005/319 K. sayılı dosyasından verdiği "Kesinleşme Şerhinin Kaldırılmasına" dair 27.05.2008 tarihli karar, Ankara 9. İcra

Hukuk Mahkemesi'nin 19.10.2010 gün ve E:2008/766 K:2010/1039 sayılı kararı, Yargıtay 12. Hukuk Dairesi'nin 21.06.2011 gün ve E:2011/158 K:2011/12925 sayılı onama kararı, Ankara 9. İcra Hukuk Mahkemesi'nin 21.01.2009 gün ve E:2008/598 K:2009/33 sayılı kararı, Yargıtay 12. Hukuk Dairesi'nin 10.07.2009 gün ve E:2009/8096 K:2009/15437 sayılı onama kararı, Yargıtay 12. Hukuk Dairesi'nin 25.02.2010 gün ve E:2009/22157 K:2010/4302 sayılı karar düzeltme isteminin reddi kararı, ihbar olunan hâkimlerin Ankara 9. İcra Mahkemesinin 2008/598 E. 2009/33 K. sayılı dosyasından verdikleri 03.06.2008, 01.07.2008 ve 07.07.2008 tarihli takibin durdurulması yönündeki taleplerin kabul ve reddine dair **ara kararları ve diğer belgelerin asılları dosyada bulunmamakta**, buna karşılık **dosyaya konulan fotokopilerinin de onaysız olduğu görülmektedir.** Yine, iddianın dayanaklarından Ankara 3. icra Müdürlüğünün 1999/6977 E.sayılı takip dosyası ile, bu takiple alakalı olarak iptal kararı verildiği belirtilen Ankara 12. İcra Hukuk Mahkemesinin 2002/505 E. sayılı dosyası ya da onaylı örneklerinin, dava dilekçesi ekinde ibraz edilmediği anlaşılmaktadır. Dava dilekçesinde ise; … **6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 46. maddesinde sıralanan sorumluluk sebeplerinden hangisine dayanıldığı, açıkça belirtilmemiştir. Öyle ise, davacı tarafça dava dilekçesine eklenecek belgeler ile dilekçe içeriğinde özellikle mevcudiyeti aranan yasal zorunlulukların yerine getirildiğinden söz edilmesi olanaklı değildir. Hal böyle olunca; sorumluluk konusu olan davada yer alan ve iddianın dayanağını teşkil eden belgelerin onanmış suretlerinin dava dilekçesine eklenmediği; yine, dava ve iddianın dayanağını teşkil eden sorumluluk sebeplerinin de dava dilekçesinde açıkça gösterilmediği anlaşıldığından, eldeki tazminat davası dilekçesinin usulden reddine karar verilmesi gerekmiştir."**

Hukuk Genel Kurulu'nun ilk derece mahkemesi sıfatıyla verdiği bu karar davacı tarafından temyiz edilmiş ve temyiz incelemesini Yargıtay Büyük Genel Kurulu yapmıştır. Yargıtay Büyük Genel Kurulu, "Dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bilgi ve belgelere, kurul kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre, usul ve yasaya uygun olduğu tespit edilen Yargıtay Hukuk

Genel Kurulu'nun ilk derece mahkemesi sıfatıyla verdiği kararın onanması gerekir."[4] gerekçesiyle temyiz talebini reddedip kararı onamıştır.

II. DEĞERLENDİRME

İnceleme konusu kararda hakimin hukuki sorumluluğu sebeplerine dayanılarak devlete karşı açılan tazminat davasında dava dilekçesinin kanunen aranan unsurlarında eksiklik bulunmasının sonuçları üzerinde durulmuştur. Biz de bu noktalar üzerinde değerlendirmeler yapacağız.

Öncelikle dava dilekçesinin unsurları bakımından 48.maddede ayrı bir düzenlemeye yer verilmiştir. Bu hükme göre, "Tazminat davası dilekçesinde hangi sorumluluk sebebine dayanıldığı ve delilleri açıkça belirtilir; varsa belgeler de eklenir." Bu hüküm ile davacının dayandığı hukuki sebebi belirtmesi zorunluluğu da getirilmiştir. Hukuki sebebin belirtilmesi zorunluluğu istisnaen burada yer almaktadır. Her ne kadar 119.maddenin birinci fıkrasının (g) bendinde de hukuki sebeplerin belirtilmesi gerektiği ifade edilmiş olsa da bunun zorunlu bir unsur olmadığı aynı maddenin ikinci fıkrası ve 33.maddeden anlaşılmaktadır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 48.maddesinin birinci fıkrasından anlaşıldığı üzere davacının sadece maddi vakıaları belirtmesi yetmeyecek aynı zamanda 46.maddede sayılan sorumluluk sebeplerinden hangisine dayandığını belirtmesi gerekecektir.

Karşılaştırma yapma imkanı bakımından 1086 sayılı HUMK'nun konuyu düzenleyen 575.maddesine bakmak yararlı olacaktır. Söz konusu hüküm şu şekildedir: "Mesuliyet ve tazminat davaları arzuhal itasiyle ikame olunur. İşbu arzuhalde iki tarafın isim ve şöhret ve sıfat ve mahalli ikameti ve sebebi şikayet olan davanın hulasasiyle cereyan eden muhakemenin ve verilen hüküm ve kararlarla ifa olunan muamelenin hulasaları ve tazminat davasının müstenidi olan esbap ile bunların delaili sübutiyesinin ve talep ve dava olunan zarar ve ziyanın neden ibaret olduğu yazılmak ve sebebi şikayet olan dava zabıtnamesiyle evrakı sübutiyesi ve şuhut pusulası işbu arzuhale merbuten verilmek lazımdır. Şeraiti mezkureden birini cami olmıyan arzuhal müddei isticvap olunmaksızın mahkeme karariyle reddolunur."

---

[4] Yargıtay Büyük Genel Kurulu Kararı 21.01.2013 T, 2013/5 E., 2013/5 K.: **Saldırım,** Mustafa; Hakimin Hukuki Sorumluluğuna İlişkin Yargıtay Büyük Genel Kurulu ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararları (2010-2014), Ankara 2014, s. 15-23.

Görüldüğü üzere, bu madde dava dilekçesinde bulunması gereken hususları saymış ve eksiklik bulunmasının yaptırımını da belirtmiştir. Dava dilekçesinde tarafların kimlikleri ve adresleri, şikayet sebebi olan davanın özeti, o dava hakkında yapılan yargılama ve verilen karar ve hüküm, yapılan işlemlerin özeti, açılan tazminat davasının hangi sebebe dayandığı ve bunları ispata yarayacak delillerin ve tazminatın miktarı belirtilecektir. Belirtilen bu unsurlardan birisinin eksik olması durumunda hakim dilekçeyi davalıya tebliğ etmeden ve duruşma yapmadan dava dilekçesinin reddine karar verir[5].Dava dilekçesinde bulunması gereken unsurlarda eksiklik olmasına rağmen dilekçe kabul edilmiş olsa bile HUMK 575.maddesinde öngörülen unsurlardaki eksiklik yargılamanın her aşamasında resen göz önünde tutulacaktır[6].

1086 sayılı HUMK'nun 575.maddesinde bu konuda açık bir hüküm olmasına rağmen hakimin bazı eksikliklerde doğrudan dilekçenin reddine karar vermesinin doğru olmayacağını dahi belirten görüşler olmuştur. Bu konudaki görüşler özetle şu şekildedir:

HUMK muhakeme zaptının dilekçeye eklenmesi gerektiğini emretmekte ise de, muhakeme zaptı davacının elinde olmadığından, şikâyet konusu karar suretini dilekçeye eklemesi yeterli sayılmalıdır. Mahkeme, karar suretinden şikâyet konusu hakkında yeterli bilgi edinemezse, zaptın aynen veya onaylı bir suretinin gönderilmesini kararın verildiği mahkemeden ister[7].

Sorumluluk sebebi olan dava dosyası içindeki belgelerin örneklerini çıkarmak güç ve masraflı bir iştir. Bu nedenle, tazminat davasına bakan mahkemenin, dava dosyasını ait olduğu mahkemeden istemesi ve dosya geldikten sonra davaya devam etmesi daha doğru olur. Özellikle, davacı sorumluluk konusu olan davada verilen kararın onanmış suretini dilekçesine

---

5 **Kuru,** Baki/**Arslan,** Ramazan/**Yılmaz,** Ejder; Medeni Usul Hukuku 21. Baskı, Ankara 2010; s. 845; **Pekcanıtez,** Hakan/**Atalay,** Oğuz/**Özekes,** Muhammet; Medeni Usul Hukuku 9. Bası, Ankara 2010, s. 155.

6 **Üstündağ,** Saim; Medeni Yargılama Hukuku, İstanbul 2000, s. 120; **Ermumcu,** Osman; 1086-6100-6110 Sayılı Kanunlara Göre Hakimlerin Hukuki Sorumluluğu, Ankara 2012, s.127; **Aydınalp,** Sezai; Hakimlerin Hukuki Sorumluluğu, Ankara 1997, s. 162.

7 **Belgesay**, s. 306.

eklemiş ve o dava dosyasındaki tutanakların tazminat davası için önemi yoksa, tazminat davasına bakan mahkemenin "dava tutanağının dilekçeye eklenmemiş olmasından dolayı" tazminat davası dilekçesinin reddine karar verememesi gerekir[8].

---

[8] **Kuru,** Baki; Hukuk Muhakemeleri Usulü, İstanbul 2001, C: VI, s. 5848. Ancak Yargıtay bunu katı bir şekilde uygulamıştır: "Taraflar arasındaki tazminat davasının yapılan incelemesi sonucunda ilk derece mahkemesi sıfatıyla Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nce; (... Davacı, 14. Asliye Hukuk Mahkemesi'nde, A.Rıza ve Yılmaz aleyhine açtığı tazminat davasında, davalı hakimin yanlış bir kararla karşı tarafa fazladan 7.190,00.-TL vekalet ücreti ödemesine neden olduğunu belirterek 7.190,00.-TL'nin davalıdan tahsiline karar verilmesini istemiştir. Davalı, mahkemece verilen kararın, davacı tarafça temyiz edilmesi üzerine Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nce onanıp, karar düzeltme istemi de reddedilerek kesinleştiğini, kararın kesinleşmesini takiben davacının tavzih talebinde bulunduğunu, koşulları oluşmayan tavzih isteminin reddedildiği belirterek davanın reddine, 10.000,00.-TL. manevi tazminatın davacıdan tahsiline karar verilmesini istemiştir. Hakimler aleyhine HUMK. 573-576. maddelerindeki koşullar oluştuğunda tazminat davası açılabilir. Ancak HUMK. 575. maddesi gereği davacının dava dilekçesine delillerini eklemesi, ayrıca davaya konu dava dosyası zabıtnamelerinin tasdikli bir örneğini eklemesi zorunludur. Bunları kapsamayan dava dilekçesinin reddi gerekir. Davacı, dava dilekçesine bir kısım belgeler eklemişse de bu belgeler arasında dava zabıtnamelerinin tasdikli örnekleri eklenmediği gibi davacının soyadının kararda Özar olarak geçtiği halde bu davada Özay soyadını kullanmış, ancak soyadı değişikliğinin yasal dayanağını oluşturan belgeyi de eklememiştir. Dairemizce, sehven dava dosyasının aslı celbedilmiş, davacı tarafça soyadı değişikliğine ait tasdiksiz ilam fotokopisi ibraz edilmiş ise de HUMK. 575. maddesinin açık hükmü gereği tüm belgelerin ve delillerin tasdikli örneği dava dilekçesine eklenmediğinden ve bu husus yargılamanın her aşamasında re'sen gözetileceğinden sonuca etkili görülmemiş ve dava dilekçesinin reddine dava usulden reddedildiğinden davacı aleyhine para cezası ve davalı lehine tazminata hükmedilmesine gerek görülmüştür. Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin hükmüne yönelik temyiz dilekçesi incelendi: Dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bilgi ve belgelere, daire kararında açıklanan gerektirici nedenlere ve özellikle delillerin değerlendirilmesinde bir isabetsizlik bulunmamasına ve özellikle 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 573 ve devamı maddelerinde düzenlenen sorumluluğa ilişkin hükümlerin istisnai ve kendine özgü kurallar olup, başvuru şeklinin açıkça düzenlenmesine; davacı başvurusunun bu hükümlere uygun bulunmamasına göre, usul ve yasaya uygun olduğu tespit edilen Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin ilk derece mahkemesi sıfatıyla verdiği kararın onanması gerekir."HGK E. 2009/13-467, K. 2009/488, T. 11.11.2009: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

HUMK 575.maddenin birinci fıkrasının son cümlesinde belirtilen unsurlardan birisinin eksik olması durumunda dava dilekçesinin reddedileceği açıkça belirtilmişken, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 48.maddesinde dava dilekçesinin unsurları belirtildikten sonra bunlarda bir eksiklik olması durumunda bunun sonucunun ne olacağı belirtilmemiştir. Esasen Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nın 53.maddesinin ikinci fıkrasında "Tazminat davasını inceleyecek mahkeme, belirtilen hususlarda eksiklik görürse, eksikliğin giderilmesi için süre vermeden dilekçenin reddine karar verir"[9] hükmü yer almaktaydı. Ancak tasarıda yer alan ikinci fıkra Adalet Komisyonu çalışmalarında tasarıdan çıkarılmıştır. Adalet Komisyonu bu hükmün tasarıdan çıkarılmasına ilişkin şu gerekçeyi belirtmiştir: "Dava dilekçesinde eksiklik bulunması durumunda **genel kural, bu eksikliklerin tamamlanabilmesi mümkün ise davacıya süre verilerek eksikliğin tamamlanması**, dilekçede süre verilerek giderilemeyecek mahiyette bir eksiklik var ise dilekçenin reddedilmesidir. **Bu durum**, **Tasarının 124 üncü maddesinde açıkça ifade edilmiştir**[10]**. Bu maddenin ikinci fıkrası incelendiğinde, dilekçenin reddine karar verilecek hususların zaten 124 üncü madde gereğince de dilekçenin reddini gerektiren sebepler olduğu anlaşılmaktadır**[11]. **Bu tespit karşısında ikinci fıkra metinden çıkarılmıştır**"[12]. Tasarıda yer alan bu kural Umar tarafından şu ifadelerle eleştirilmiştir: "Bu kural, adaleti çiğneyecek ölçüde sertti ve medeni yargılama usulü hukukumuzun temel ilkelerine uymamaktaydı. Çünkü temel ilke, yargıcın müphem ve eksikli gördüğü ifadeler bakımından re'sen ilgili taraftan ek açıklama isteyebilmesidir, delillerin tamamlanmasını isteyebilmesidir (HMK m. 31). Tasarıdaki f. II'nin bu temel ilkeden ayrılması, akla yakın bir gerek-

---

9 Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı, Ankara 2008, s. 17.

10 Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 124.maddesi Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun dava dilekçesinin içeriğini düzenleyen 119.maddesine tekabül etmektedir.

11 Adalet Komisyonu'nun gerekçesinde dilekçenin reddi denilse de aslında kastedilen verilen süre içinde eksikliğin giderilmemesi durumunda davanın açılmamış sayılmasına karar verilmesidir. Zira Adalet Komisyonu'nun atıf yaptığı Tasarının 124, Kanunun 119.maddesinde dilekçenin reddinden söz edilmemektedir. Hatta HMK'nın hiçbir maddesinde "dava dilekçenin reddi" kavramı yer almamaktadır.

12 Adalet Komisyonu Değişiklik gerekçesi için bkz.: **Budak,** Ali Cem; Karşılaştırmalı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Ankara 2014, s. 103.

çeye dayanmadıktan başka; sanki usulen devlete karşı açılan tazminat davasında, istemin kabul edilmesi olasılığı (dilekçede ifade eksikliği bahanesiyle) 'gargaraya getirilmek' isteniyor izlenimine yol açmakta idi. Bu nedenle, fıkranın tasarıdan çıkarılması yerinde olmuştur"[13].

Belirtmiş olduğumuz bu hususlar çerçevesinde konu değerlendirildiğinde hakimin sorumluluğu sebeplerine dayanılarak devlete karşı açılan tazminat davasında dilekçenin unsurlarında eksiklik bulunduğu gerekçesiyle dilekçenin reddinin mümkün olmadığı sonucuna varmaktayız. Zira Kanunda bulunmayan bir yaptırımın uygulanması ve kişinin dava açmasının engellenmesi mümkün değildir. Böyle bir uygulama aynı zamanda Anayasal güvence altına alınmış olan hak arama özgürlüğüne (AY m. 36) de aykırıdır. Üstelik Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısında yer alan, ancak böyle bir sonucun ortaya çıkması istenmediği için Tasarıdan çıkarılan bir yaptırımın ortaya çıkarılması kesinlikle mümkün değildir ve doğru da değildir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 48.maddesinin hükümet gerekçesinde, dilekçede birinci fıkrada yer alan unsurlara ilişkin eksiklik bulunması halinde dilekçenin reddine karar verileceği ifadesinin halen yer alması Tasarıda sonradan değişiklik yapılması ve ikinci fıkranın Tasarıdan çıkarılmasından kaynaklanmaktadır. İşte bu nedenle madde gerekçelerinin, sonradan değiştirilen, eklenen veya çıkarılan hükümlerle birlikte ele alınması ve bu konuda değişiklik yapılmışsa değişiklik yapma gerekçesinin de ele alınarak sonuca ulaşılması gerekir. Aksi takdirde yanlış sonuçlara ulaşılması hatta kanun koyucunun amacına tamamen ters bir sonucuna ulaşılması tehlikesi söz konusu olabilir. Nitekim inceleme konusu olayda Yargıtay HGK ilk derece mahkemesi olarak yaptığı yargılamada bu yanılgıya düşmüş ve maddenin hükümet gerekçesine dayanmıştır. Mahkeme bu gerekçeyi de kararına dayanak yapmış ve "**anılan madde gerekçesinde**; **dilekçede, tahdidi olarak belirtilen sorumluluk nedenlerinden hangisine dayanıldığının, bunu ispat etmek için başvurulacak delillerin belirtileceği ve mevcut delillerin dilekçeye ekleneceği, davaya bakan mahkeme bu hususlarda eksiklik görürse, bu eksikliğin giderilmesi için ilgiliye süre vermeden, dilekçenin reddine karar vermesi gerektiği açıklanmıştır"** ifadelerini kullanarak dilekçeyi

---

13 **Umar,** Bilge; Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2011, s. 174.

reddetmiştir. Temyiz üzerine Yargıtay Büyük Genel Kurulu da bunu gözden kaçırmış ve kararı onamıştır.

HMK henüz tasarı halindeyken ve tasarıda yer alan dilekçenin reddine ilişkin ikinci fıkra hükmü tasarıdan çıkarılmamışken dahi bunun davanın reddi anlamına gelmediği ve bu nedenle dilekçenin reddi yerine bir süre verilmek suretiyle eksikliğin giderilmesinin sağlanmasının daha doğru olacağı ifade edilmiştir[14].

Bu durumda hakimin sorumluluğu sebebiyle açılan tazminat davasında dava dilekçesinde eksiklik bulunmasının sonucu ne olacaktır?

Yukarıda da belirtildiği üzere söz konusu maddenin ikinci fıkrasının çıkarılmasına ilişkin Adalet Komisyonu gerekçesi bunu açıkça ifade etmiştir. Böyle bir durumda dilekçenin reddi yerine HMK'nun dava dilekçesinin içeriğini düzenleyen 119.maddenin uygulanmasını yeterli görmüştür.

HMK açısından hakimin sorumluluğu sebebiyle devlete karşı açılan tazminat davasında dava dilekçesinin unsurları bakımından ayrık düzenleme olarak hukuki sebebin belirtilmesi zorunluluğunun olduğunu, buna karşılık diğer unsurlar bakımından ise bir farklılık olmadığını belirtmek gerekir. Bununla hukuki sebebin gösterilmesi zorunluluğu getirilmiştir. Zira davacı 46.maddede sayılan sorumluluk sebeplerinden hangisine dayandığını belirtmek zorundadır (m. 48). Oysa diğer davalarda hukuki sebebin gösterilmemesi bir eksiklik olarak kabul edilmemektedir. Her ne kadar 119.maddede hukuki sebep dava dilekçesinin bir unsuru olarak belirtilse de gerek 119.maddenin ikinci fıkrası gerekse 33.madde sebebiyle hukuki sebebin belirtilmemesine bir yaptırım ön görülmediği anlaşılmaktadır.

Davacı dava dilekçesinde HMK 46.maddede belirtilen sorumluluk sebeplerinden birisini belirtmiş, ancak mahkeme yaptığı yargılamada dilekçede yapılan açıklamalardan veya dava dosyasındaki bilgi ve belgelerden olayda 46.maddedeki başka bir sebeple davacının talep sonucunun haklı olduğunu tespit ederse ne yapmalıdır? Bu soruyu soran Umar, talep sonu-

---

[14] **Aksayoğlu,** Necati; Görev ve Yetki, Hakimin Davaya Bakmaktan Yasaklı Olması ve Reddi, Hakimin Hukuki Sorumluluğu, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nın Getirdiği Yenilikler ve Bu Yeniliklerin Değerlendirilmesi, İstanbul 2008, s. 93; **Duman,** İlker Hasan; Hukuk Muhakemeleri Yasası'nda Yargıcın Tazminat Sorumluluğu, TBB Dergisi 2011/96, s. 410.

cunun kabul edilmesinin varılması gereken zorunlu sonuç olduğunu ifade etmektedir. Zira medeni yargılama hukukunda temel ilke hakimin hukuku resen uygulamasıdır. Davacıyı haklı kılan maddi vakıaların belli bir doğrultuda gerçekleştiği dava dosyasına giren bilgilerden anlaşılıyorsa hakim hukukun istediği kararı verir[15].

Kanaatimizce de önemli olan davacının dava dilekçesinde 46.maddede belirtilen sorumluluk sebeplerinden hangisine dayandığını göstermiş olmasıdır. Ancak bunun yanlış gösterilmiş olması tek başına ret sebebi oluşturmaz. Hatta bu durumda hakimin davacıya süre vererek doğru sebebi göstermesini istemesi de mümkün değildir. Hakimin uygulanacak olan sorumluluk sebebini kendisinin tespit etmesi gerekir. Zira hakim Türk hukukunu resen uygular (m. 33).

Davacının delillerini belirtmesi ve elinde bulunan delillerini dilekçeye eklemesi bakımından diğer davalardan bir farklılık yoktur. HMK 119. maddenin gerekçesinde, davacının ileri sürdüğü vakıaların hangi delillerle ispat edileceğinin belirtilmesi zorunluluğu ifade edilmektedir[16].

Delillerin dava dilekçesinde belirtilmemiş olmasının sonucu 119.maddenin ikinci fıkrasında gösterilmemiştir. Ancak bu konuda 121. maddenin dikkate alınması gerekir. Bahse konu maddeye göre, dava dilekçesinde gösterilen ve davacının elinde bulunan belgelerin asıllarıyla birlikte harç ve vergiye tabi olmaksızın davalı sayısından bir fazla düzenlenmiş örneklerinin veya sadece örneklerinin dilekçeye eklenerek, mahkemeye verilmesi ve başka yerlerden getirtilecek belge ve dosyalar için de bunların bulunabilmesini sağlayıcı açıklamanın dilekçede yer alması zorunludur. Buna uymamanın sonucu 140. maddenin beşinci fıkrasında belirtilmiştir. Delillerin süresi içinde mahkemeye getirilmemesi halinde hâkimin bu delili incelememesi gerekir. Mahkeme bu durumda geç getirilen delilleri dikkate almaksızın gerekirse ispat yükü kuralını da dikkate alarak uyuşmazlık hakkında karar vermek zorundadır[17].

---

15 **Umar**, s. 174.

16 **Yılmaz,** Ejder; Hukuk Muhakemeleri Kanununun Getirdikleri, ABD 2011/2, s. 234.

17 **Schilken,** Eberhard; Medeni Yargılamada Hakimin Rolü, Çeviren: Deren-Yıldırım, Nevhis, İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku s. 57.

Davacının genel ifadelerle delillerini belirtmesi yeterli olmayıp hangi delillere dayandığını dava dilekçesinde belirtmesi gerekir[18]. Bu unsuru tamamlayan düzenleme 194. maddede yer almaktadır. Buna göre, taraflar dayandıkları vakıaları, ispata elverişli bir şekilde somutlaştırmalıdır[19]. Somutlaştırma taraflar için bir yüktür, bunu yerine getirmeyen taraf sonuçlarına katlanacaktır. Ancak bunun eksikliği halinde süre verilmesi ve tamamlanmaması halinde de davanın açılmamış sayılmasına karar verilmesi mümkün değildir. "… Mahkemece davacının dava dilekçesinde HMK'nun 194 üncü maddesinde öngörülen somutlaştırma yükünü yerine getirmediği veya yetirince yerine getirmediği durumlarda davanın açılmamış sayılmasına karar verileceğine dair bir kanun hükmü bulunmadığı gözetilmeden, mahkemenin kanısına göre eksik addedilen bu husus nedeniyle davanın açılmamış sayılmasına karar verilmesi isabetsizdir"[20].

Özellikle delillerin gösterilmesi (m. 119/1-f) ile delillerin sunulması (m. 140/1), yani mahkemeye getirilmesinin birbirinden ayrılması gerekir. Dava dilekçesinde davacının delillerini göstermesi ve kural olarak belge niteliğindeki delillerini dilekçesine eklemesi gerekir, davacının kural olarak dava dilekçesinde göstermediği delili sonradan göstermesi ve bunun mah-keme tarafından incelenmesi mümkün değildir. Bu nedenle dilekçesinde delillerini bildirmeyen davacıya, delillerini bildirmesi için 119. maddenin ikinci fıkrası hükmüne göre süre verilemez. Ancak davacı, dava dilekçesinde gösterdiği delili mahkemeye sunmamışsa, dilekçede belirtilen o delilin ne zaman mahkemeye sunulacağı 140. maddenin beşinci fıkrasında gösterilmiştir. Bu aşamada da hâkimin verdiği sürede delil mahkemeye ibraz edilmemişse o delile dayanılmaktan vazgeçilmiş sayılır. Mahkemenin delili getirmesi, kural olarak buna aracılık etmesi söz konusu değildir, taraf kendisi delilini getirir.

---

18 **Pekcanıtez,** Hakan/**Atalay,** Oğuz/**Özekes,** Muhammet; Medeni Usul Hukuku, Ankara 2013, s. 506; **Karslı**, s.489; **Yılmaz,** Ramazan; HMK Uyarınca Tüm Delillerin Dava veya Cevap Dilekçesinde Gösterilmesi ve Eklenmesinin Zorunlu Olup Olmadığı, İBD 2012/5, s. 263.

19 **Karslı**, s. 489; **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 506.

20 19. HD, 22.01.2013, 14885/1040: **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 511, dn. 16.

Sadece tarafın kendi elde edemeyeceği deliller bakımından bunun belirtilmesi ve bunların mahkeme aracılığıyla getirtilmesi mümkündür[21].

HUMK'daki düzenlemeler bakımından bahse konu tazminat davasına ilişkin dava dilekçesinin genel hükümler çerçevesinde açılacak davalardaki dava dilekçelerinden farklı olmadığı, HUMK 179.maddede belirtilen dava dilekçesinin koşullarına bu davalarda da uyulması zorunluluğunun olduğu, sadece bunlara uymamanın yaptırımının ağırlaştırıldığı ifade edilmiştir[22]. Bu doğrudur, zira HUMK sisteminde dava dilekçesindeki eksiklikleri hakim resen dikkate alamamaktaydı, bunun ilk itiraz olarak ileri sürülmesi gerekmekteydi (HUMK m. 187/I-7). Buna karşılık hakime karşı açılan tazminat davasında, davanın açıldığı mahkemenin hakiminin dava dilekçesindeki eksiklikleri resen dikkate alması ve eksiklik varsa dilekçenin reddine karar vermesi gerektiğine ilişkin ayrı bir hüküm sevk edilmişti (HUMK m. 575).

Hukuk Muhakemeleri Kanunu sisteminde ise tüm davalar bakımından dava dilekçesinin unsurları 119.maddenin ikinci fıkrasında, belirtilen eksikliklerin bulunması durumunda bunları hakimin resen dikkate alacağını ve eksikliklerin giderilmesi için bir haftalık kesin süre vereceği, bu süre içinde de eksikliğin giderilmemesi durumunda davanın açılmamış sayılmasına karar vereceği belirtildiğinden bu konuda HUMK dönemindeki gibi sakıncalı bir durumun ortaya çıkması söz konusu olmayacaktır. HUMK 575.maddesinde sayılan unsurların eksikliği halinde dava dilekçesinin reddine karar verilmesini öngören hükmün diğer davalar bakımından dava dilekçesindeki eksikliklerin hakim tarafından resen dikkate alınamaması, ancak bunların ilk itiraz olarak davalı tarafından ileri sürülmesinin mümkün olmasına bağlı olduğunu düşünüyoruz. HMK'da ise bunlar ilk itiraz olmaktan çıkarıldığı, hakimin zorunlu unsurları resen dikkate alması gerektiği kabul edildiğinden dilekçenin reddine karar verilmesi kuralı getirilmemiştir. Aslında daha doğru bir ifade ile Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısında bu hükme yer verilmişken, Adalet Komisyonu görüşmeleri sırasında dava dilekçesinin unsurlarını düzenleyen maddenin bu konuda da yeterli olacağı gerekçesiyle söz konusu hüküm, tasarı metninden çıkarılmıştır.

---

21 **Killias,** Laurent; Berner Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung Band II, Bern 2012, s. 2242.

22 **Aydınalp,** Sezai; Hakimlerin Hukuki Sorumluluğu, Ankara 1997, s. 160.

Ayrıca HUMK sisteminde dava doğrudan hakime karşı açılmaktaydı. Bu nedenle Kanun, şekle uygun olmayan bir tazminat davasıyla hemen hakimin tedirgin edilmesini istememiş, bunu önlemek istemiştir[23]. Buna karşılık HMK'ya göre dava devlet aleyhine açılacaktır. Dolayısıyla doğrudan hakimin tedirgin edilmesi de söz konusu değildir.

Kararda belgelerin aslının eklenmemiş olması da dilekçenin reddine bir gerekçe olarak ileri sürülmektedir. Oysa bu konuda 48.maddede tam bir açıklık yoktur. Konuya ilişkin HMK 216.maddesinin birinci fıkrası hükmünün dikkate alınması ve buna göre işlem yapılması gerekir[24]. Bu hükme göre, "Belgenin sadece örneğinin mahkemeye verildiği durumlarda, mahkeme kendiliğinden veya taraflardan birinin talebi üzerine belgenin aslının verilmesini de isteyebilir". Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise mahkeme tarafından gerektiğinde bunun istenmesi üzerine taraflar, üçüncü kişiler veya resmi makamlar bakımından bunun bir zorunluluk olduğu açıkça ifade edilmiştir. Belgeyi ibraz etmemenin sonucu ise 220.maddede belirtilmiştir. Dolayısıyla burada da aynı şekilde hareket edilmesi gerekir.

Ayrıca Yargıtay kararında "dava dilekçesinde, **46.maddede sınırlı olarak belirtilen sorumluluk nedenlerinden hangisine dayanıldığının açıkça gösterilmesi, dava şartıdır**. … dava dilekçesinde hangi sorumluluk sebebine dayanıldığının açıkça belirtilmesi gereği, davanın görülebilirlik koşulu olarak, **özel bir dava şartı olarak öngörülmüştür."** denilerek dilekçenin unsurları özel bir dava şartı kabul edilmiştir. Kanaatimizce bu hususların özel dava şartı kabul edilmesi de mümkün değildir. Niteliğine daha uygun olması sebebiyle dava dilekçesinin içeriğini düzenleyen 119.maddeye göre

---

23 **Postacıoğlu**, s. 75; **Üstündağ**, s. 121; **Kılıçoğlu**, s. 258.

24 Yargıtay'ın başka bir kararı sebebiyle Karslı da bu hususu şu ifadelerle doğru bulmadığını ifade etmiştir: "… karardan anlaşıldığı kadarıyla, davacı taraf dava dilekçesi ekinde iddiasıyla ilgili ve dayanak olan belgelerin fotokopilerini eklemiştir. Bu husus yeni HMK m.194 çerçevesinde iddianın somutlaştırılması için de yeterli sayılabilir. Bunların onaylanmaması ve bu belgelerin her sayfasında, onaylayanın adı ve soyadı, unvanı, onay tarihi ve mahkeme mührünün bulunmaması davanın red sebebi olmaması gerekirdi. Çünkü karşı tarafın kendisini savunabilmesi ve hakimin ihtilafı anlayabilmesi için dava dilekçesi ile birlikte ekli bu belgeler iddiayı ortaya koymak için yeterlidir. İddianın somutlaştırılması da bunun için gereklidir. Onun için karara bu yönüyle katılmıyoruz." **Karslı**, s. 202-204.

işlem yapılması daha doğru olacaktır. Ayrıca dava dilekçesinin 48.maddede belirtilen unsurları özel dava şartı kabul edildiğinde de yine Yargıtay'ın ulaştığı sonuca ulaşılamayacaktır. Zira dava şartı eksikliğinin bulunması durumunda nasıl hareket edilmesi gerektiği 115.maddenin ikinci fıkrasında şu şekilde belirtilmiştir: "Mahkeme, dava şartı noksanlığını tespit ederse davanın usulden reddine karar verir. Ancak, dava şartı noksanlığının giderilmesi mümkün ise bunun tamamlanması için kesin süre verir. Bu süre içinde dava şartı noksanlığı giderilmemişse davayı dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddeder." Dolayısıyla dava şartı kabul edilse dahi hemen davanın reddedilmesi mümkün olmayacaktır.

Yukarıda belirtilen hususlara ve kanunda açıkça bu yönde bir hüküm olmamasına rağmen gerek doktrinde gerekse yargı kararlarında 48.maddede belirtilen hususların bulunmaması durumunda dava dilekçesinin reddedileceği yönünde görüşler mevcuttur[25]. Bunun sebebinin HUMK 575.maddesinde ve HMK Tasarısının 53.maddesinin ikinci fıkrasında yer alıp sonradan Adalet Komisyonu'nda tasarıdan çıkarılan ifade olduğunu, bunların zihinlerde yer etmesi sebebiyle yanılgıya yol açtığını düşünüyoruz.

Ancak bu konuda 119.maddenin ikinci fıkrası hükmüne göre bu eksikliğin giderilmesi için bir haftalık süre verilmesi gerektiğini belirtenler de olmuştur[26].

Aslında şekli sebeplerle dilekçenin reddedilmesi kanun koyucunun amaçladığı gelişi güzel dava açılmasını önleme amacına da tam olarak hizmet etmeyecektir. Zira dilekçe usulüne uygun düzenlenmemiş olduğu için reddedilirse, davacı bu eksikliklerini tamamlayarak aynı davayı tekrar açabilir[27]. Ayrıca bu durum usuli bir sebep olduğu için davacı kanunda öngörülen para cezasına çarptırılamayacaktır[28].Kanun koyucu davanın esastan

---

25 **Kuru,** Baki**/Arslan,** Ramazan**/Yılmaz,** Ejder; Medeni Usul Hukuku, 24. Baskı, Ankara 2013, s. 771; **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 226; **Karslı,** Abdurrahim; Medeni Muhakeme Hukuku, İstanbul 2012, s. 201; **Sungurtekin Özkan,** Meral; Türk Medeni Yargılama Hukuku, İzmir 2013, s. 58, dn. 16.

26 **Yılmaz,** Ejder; Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2012, s. 487; **Görgün,** L. Şanal; Medeni Usul Hukuku, Ankara 2014, s. 47.

27 **Belgesay**, s. 305; **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 49.

28 **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 49.

reddedilmesi durumunda davacıya para cezası öngörmüştür ve bu yaptırımla hakimlerin yargılama faaliyeti sebebiyle tazminat davasının gelişi güzel açılmasını önlemek istemiştir. Belirttiğimiz durumda ise zaten para cezası söz konusu olmayacak ve aynı dava tekrar açılabilecektir. Dolaysıyla dilekçenin reddinin böyle bir amaca hizmet ettiğini kabul etmek mümkün değildir.

Bunun yanında giderilmesi mümkün olan ve kanunda da esasen bu şekilde bir yaptırım öngörülmemesine rağmen dilekçenin reddedilmesi yargıya olan güvenin zedelenmesine, adeta hakimlerin sorumluluğu sebebiyle tazminat davasının işletilmek istenmediği gibi bir algının oluşmasına yol açabilecektir[29].

SONUÇ

Hakimlerin yargılama faaliyeti sebebiyle devlete karşı tazminat davası açılabilecek sebepler Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 46.maddesinde sınırlı bir şekilde sayılmıştır. Hakimlerin sorumluluğu sebeplerinin sınırlı nitelikte sayılması hakimlik teminatı ve yargılama faaliyetinin sağlıklı işlemesi bakımından önemlidir. Ayrıca hakimlerin sorumluluk sebeplerine dayanılarak açılan tazminat davalarında, bu davanın özelliği sebebiyle farklı bazı yargılama kurallarının getirilmesi de mümkündür ve bu kabul edilebilir bir husustur. Bu kapsamda olmak üzere 46.maddede sayılan sebeplerden birisine dayanılarak devlete karşı tazminat davası açıldığında, mahkemenin davayı ilgili hakime resen ihbar edeceği belirtilmiştir (m. 48/2).

Bu konuda 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 575.maddesinde dava dilekçesinde belirtilmesi gereken hususlara ilişkin daha ayrıntılı bir düzenleme yer almaktaydı ve bunun eksikliğinde de dava dilekçesinin reddedileceği belirtilmekteydi. Ancak Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 48.maddesinde böyle bir sonuç öngörülmemiştir. Hatta bu

---

[29] HMK Tasarısının 53.maddesinin ikinci fıkrasında (HMK m.48/2'ye tekabül etmektedir) yer alan "Tazminat davasını inceleyecek mahkeme, belirtilen hususlarda eksiklik görürse, eksikliğin giderilmesi için süre vermeden dilekçenin reddine karar verir" ifadesini eleştiren Umar da aynı yönde görüş beyan etmiştir. Hatta Umar bunun kanunda yer alması durumunda bile böyle bir izlenimin ortaya çıkabileceğini ifade etmektedir. Bkz.: **Umar**, s. 174.

konuda Tasarı metninde yer alan hüküm Adalet Komisyonu çalışmalarında tasarıdan çıkarılmış ve bu konudaki genel düzenleme mahiyetindeki 119.maddenin uygulanmasının yeterli olacağı gerekçede ifade edilmiştir.

Ancak Yargıtay yukarıda ele aldığımız kararda dava dilekçesindeki unsurların eksikliği sebebiyle dava dilekçesinin reddine karar vermiştir. Medeni yargılama hukuku sistemimizde dava dilekçesinin reddi şeklinde bir kurum bulunmamaktadır. Dava dilekçesinin reddinin usuli bir karar olduğu, dolayısıyla eksiklik giderildiğinde aynı davanın tekrar açılabileceği konusunda tereddüt yoktur. Ancak kanunda bu şekilde bir kavram ve kurum düzenlenmemiştir. Dava dilekçesinin reddi Harçlar Kanunu'nda yer alan dava dilekçesinin işleme konmamasına benzemektedir. Bu husus Harçlar Kanunu 16.maddesinin üçüncü fıkrasında şu şekilde ifade edilmiştir: "Değer tayini mümkün olan hallerde dava dilekçelerinde değer gösterilmesi mecburidir. Gösterilmemişse davacıya tesbit ettirilir. Tesbitten kaçınma halinde, dava dilekçesi muameleye konmaz."

Kanun hükümleri zorlanarak kanunda yer almayan bir yaptırımın ortaya çıkarılması hukuka olan güveni zedeleyecektir. Üstelik hakimin sorumluluğu sebebiyle devlete karşı açılan bir tazminat davası söz konusu olduğunda bu husus daha bir önem arz edecektir. Zira toplum vicdanında bu tür davaların ört-bas edildiği, üzerine gidilmediği gibi izlenimlerin oluşması tehlikesi vardır. Böyle bir izlenimin oluşmaması için bu konudaki kanun hükümlerinin uygulanmasında daha dikkatli davranılmalıdır.

Yukarıda da ifade edildiği üzere bu konuda Adalet Komisyonu değişiklik gerekçesinin dikkatlice okunması durumunda hiçbir sorun ve tereddüdün yaşanması söz konusu olmayacaktır. Zira söz konusu gerekçede hakimin sorumluluğu sebebiyle açılan tazminat davasının dilekçesinde eksiklik bulunması durumunda dava dilekçesinin içeriğini düzenleyen 119.maddesinin uygulanması gerektiği açıkça ifade edilmiştir.

Kaynakça

Aksayoğlu, Necati; Görev ve Yetki, Hakimin Davaya Bakmaktan Yasaklı Olması ve Reddi, Hakimin Hukuki Sorumluluğu, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nın Getirdiği Yenilikler ve Bu Yeniliklerin Değerlendirilmesi, İstanbul 2008.

Alangoya, H. Yavuz/**Yıldırım,** Kamil/**Deren-Yıldırım,** Nevhis; Medeni Usul Hukuku Esasları, İstanbul 2009.

Aydınalp, Sezai; Hakimlerin Hukuki Sorumluluğu, Ankara 1997.

Budak, Ali Cem; Karşılaştırmalı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Ankara 2014.

Aydınalp, Sezai; Hakimlerin Hukuki Sorumluluğu, Ankara 1997.

Belgesay, Emcet; Türk Hukukunda Hakimin Hukuki Mesuliyeti, AÜHFD 1955/XII/3-4.

Demir, Mehmet; Hakime Hukuksal Sorumluluğu Nedeniyle Açılan Tazminat Davası, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, 2003/3-4.

Duman, İlker Hasan; Hukuk Muhakemeleri Yasası'nda Yargıcın Tazminat Sorumluluğu, TBB Dergisi 2011/96.

Erdoğmuş, Belgin; Roma Hukukunda Hakimin Sorumluluğu, Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan, İstanbul 2007.

Ermumcu, Osman; 1086-6100-6110 Sayılı Kanunlara Göre Hakimlerin Hukuki Sorumluluğu, Ankara 2012.

Görgün, L. Şanal; Medeni Usul Hukuku, Ankara 2014.

Karslı, Abdurrahim; Medeni Muhakeme Hukuku, İstanbul 2012.

Kılıçoğlu, Ahmet M.; Hakimlerin Hukuki Sorumluluğu, AÜHFD 1973/ XXX/1-4.

Killias, Laurent; Berner Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung Band II, Bern 2012.

Kuru, Baki; Hukuk Muhakemeleri Usulü, İstanbul 2001, C: VI.

Kuru, Baki/**Arslan,** Ramazan/**Yılmaz,** Ejder; Medeni Usul Hukuku, 24. Baskı, Ankara 2013.

Kuru, Baki/**Arslan,** Ramazan/**Yılmaz,** Ejder; Medeni Usul Hukuku 21. Baskı, Ankara 2010.

Pekcanıtez, Hakan/**Atalay,** Oğuz/**Özekes,** Muhammet**;** Medeni Usul Hukuku, 14. Bası Ankara 2013.

Pekcanıtez, Hakan/**Atalay,** Oğuz/**Özekes,** Muhammet; Medeni Usul Hukuku 9. Bası, Ankara 2010.

Postacıoğlu, İlhan E.; Medeni Usul Hukuku Dersleri, İstanbul 1975.

Saldırım, Mustafa; Hakimin Hukuki Sorumluluğuna İlişkin Yargıtay Büyük Genel Kurulu ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararları (2010-2014), Ankara 2014.

Schilken, Eberhard; Medeni Yargılamada Hakimin Rolü, Çeviren: Deren-Yıldırım, Nevhis, İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku.

Sungurtekin Özkan, Meral; Türk Medeni Yargılama Hukuku, İzmir 2013.

Umar, Bilge; Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2011.

Üstündağ, Saim; Medeni Yargılama Hukuku, İstanbul 2000.

Yılmaz, Ejder; Hukuk Muhakemeleri Kanununun Getirdikleri, ABD 2011/2.

Yılmaz, Ejder; Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2012, (Şerh).

Yılmaz, Ramazan; HMK Uyarınca Tüm Delillerin Dava veya Cevap Dilekçesinde Gösterilmesi ve Eklenmesinin Zorunlu Olup Olmadığı, İBD 2012/5.

Yüksel, Kemalettin; Bankacılar Dergisi, Sayı 67, 2008.

HİZMET TESPİT DAVASININ SOSYAL GÜVENLİK KURUMUNA İHBARI

Doç. Dr. Murat ATALI*

GİRİŞ

6552 sayılı Kanunun[1] 64 üncü maddesinin 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun 7 nci maddesinde yaptığı değişikliklerden birisi de, bu maddeye ilave edilen son (dördüncü) fıkra hükmüdür. Söz konusu fıkra hükmü şöyledir: "*Hizmet akdine tabi çalışmaları nedeniyle zorunlu sigortalılık sürelerinin tespiti talebi ile işveren aleyhine açılan davalarda, dava Kuruma resen ihbar edilir. İhbar üzerine davaya davalı yanında ferî müdahil olarak katılan Kurum, yanında katıldığı taraf başvurmasa dahi kanun yoluna başvurabilir. Kurum, yargılama sonucu verilecek kararı kesinleştikten sonra uygulamakla yükümlüdür.*"[2]. Bu ilavenin yapılmasına ilişkin (64 üncü) maddenin[3] gerekçesi ise şöyledir: *"... Diğer taraftan hizmet akti nedeniyle zorunlu sigortalılık sürelerinin tespiti talebi ile sigortalılar tarafından işveren aleyhine açılan davalarda dava Sosyal Güvenlik Kurumuna re'sen ihbar edilerek Kurumun bu davalarda artık taraf olmaktan çıkarılması, ihbar üzerine davaya davalı yanında fer'i müdahil olarak katılması, davalı taraf başvurmasa dahi kanun yollarına başvurabilmesi, yargılama sonucu*

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

1 İş Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması ile Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılmasına Dair Kanun, Kabul Tarihi: 10.09.2014, Resmi Gazete, T. 11.09.2014, S. 29116 (Mükerrer).

2 Tasarıda yer alan geçici madde önerisiyle, bu fıkra hükmünün halen görülmekte olan davalarda da uygulanacağına dair düzenleme (Tasarı, m. 55), Kanun'a alınmamıştır.

3 Tasarıda 54 üncü madde.

verilen kararı kesinleştikten sonra uygulamakla yükümlü kılınması hedeflenmiştir. / Kurum bu davada taraf olmayıp fer'i müdahil olacağı için dava sonucu verilen kararda Kurum aleyhine yargılama giderlerine hükmolunamayacağı gibi, Kurum lehine de yargılama giderlerine hükmolunamayacaktır."[4].

Bu düzenlemeyle birlikte, Türk medenî usul hukukunun birbiriyle yakından bağlantılı iki müessesesi olan "davanın ihbarı" (HMK. m. 61-64) ve "fer'i müdahale" (HMK. m. 66-69, 328), uygulamada iş hukuku ile ilgili sıkça karşılaşılan bir dava türü olan ve yerleşmiş adıyla "hizmet tespit davası" olarak anılan dava bağlamında özel bir görünüme kavuşturulmuş bulunmaktadır. Söz konusu düzenlemenin, ilgili iki müesseseye, hizmet tespit davası bağlamında kazandırdığı bu yeni görünüm karşısında, konunun teorik ve pratik açıdan değerlendirilmesinin uygun olacağı kanısındayım. Öte yandan, böyle bir incelemenin, fer'i müdahaleyi doçentlik tezi olarak yazmış ve yayınlamış[5] olan saygıdeğer Hocam Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez için çıkarılacak olan bir armağanda, kendisi de davanın ihbarı konusunu doçentlik tezi olarak işlemiş[6] birisinin yazısı olarak yer almasının anlamlı olduğunu düşünmekteyim.

Hizmet Tespit Davasının Konusu

Hizmet tespit davasının pozitif hukuktaki yasal dayanağını 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun[7] 86 ncı maddesinin 9 uncu fıkrası oluşturmaktadır. Ancak, bu düzenlemeden önce de, hizmet tespit davalarının, genel olarak tespit davalarının bir görünüm biçimi olmak üzere, caiz olduğu hususunda öğreti ve uygulamada herhangi bir tereddüt bulunmamaktaydı[8]. 5510 sayılı Kanunun 86 ncı maddesinin 9 uncu fıkrası

---

4 http://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0931.pdf

5 **Pekcanıtez**, Hakan; Medenî Usûl Hukukunda Fer'i Müdahale, Ankara 1992.

6 **Atalı**, Murat; Medenî Usûl Hukukunda Davanın İhbarı, Ankara 2007.

7 RG. 16.06.2006, S. 26200.

8 Münferit hukuki konulara ilişkin özel düzenlemeler bir tarafa bırakılacak olursa, Türk hukukunda, tespit davaları hakkında genel bir hüküm bulunmamaktaydı. Konuyu ilk defa Hukuk Muhakemeleri Kanunu (yürürlük tarihi 01.10.2011), buna dair genel bir norm (m. 106) sevk etmek suretiyle, düzenlemiştir. Bununla birlikte, söz konusu bu

şöyledir: "*Aylık prim ve hizmet belgesi işveren tarafından verilmeyen veya çalıştıkları Kurumca tespit edilemeyen sigortalılar, çalıştıklarını hizmetlerinin geçtiği yılın sonundan başlayarak beş yıl içerisinde iş mahkemesine başvurarak, alacakları ilâm ile ispatlayabilirlerse, bunların mahkeme kararında belirtilen aylık kazanç toplamları ile prim ödeme gün sayıları dikkate alınır.*" Bu madde doğrultusunda, hizmet tespit davasıyla, mahkemeden, davacı işçi ile işveren arasında, hizmet sözleşmesine dayalı olarak, belli tarihler arasında ve belirli bir ücret karşılığında bir iş ilişkisinin mevcut olduğunun tespiti istenir[9]. Mahkemeden istenen hukuki himayenin türü itibariyle, bu davanın bir tespit davası olduğu konusunda tereddüt bulunmamaktadır[10]. Bununla birlikte uygulamada çoğunlukla, hizmet tespitine yönelik taleple birlikte, işçinin söz konusu iş ilişkisi çerçevesinde işverene karşı ileri sürebileceği alacakları da[11] aynı davada ileri sürülmektedir[12]. Söz konusu bu alacaklara ilişkin talebin bir eda davası niteliği taşıdığı ve bunların da aynı davada ileri sürülmesi halinde ortaya çıkan durumun, medenî usul hukuku bakımından objektif dava birleşmesi olduğu açıktır. Her ne kadar, Yargıtay bazı kararlarında aksine bir görüşü benimsemiş ise de, öğretide hizmet tespitine yönelik talep ile işçi alacaklarına ilişkin talebin

---

düzenlemeden önce de, öğreti ve uygulama, tespit davalarının caiz olduğunu genel olarak kabul etmekteydi; bu konuda bkz. ezcümle **Kuru**, Baki; Tesbit Dâvaları, Ankara 1963, s. 12 vd.; 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu döneminde hizmet tespit davaları hakkında bkz. **Duman**, Barış; 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununa Göre Hizmetlerin Tespiti, Ankara 2002, s. 52 vd.

9 5510 sayılı Kanunun 86 ncı maddesi esas itibariyle, prim belgeleri ve işyeri kayıtlarının Sosyal Güvenlik Kurumu'na bildirimini konu almaktadır. Bu yönüyle madde, işveren ile Kurum arasındaki münasebetin düzenlenmesine, diğer bir ifadeyle, işverenin Kurum'a karşı olan yükümlülüklerinden birinin belirlenmesine ilişkin olup doğrudan doğruya işçi ile işveren arasındaki ilişkiyi konu almamaktadır.

10 Ezcümle **Kuru**, Baki/**Budak**, Ali Cem; Tespit Davaları, B. 2, İstanbul 2010, s. 242-243.

11 Ödenmemiş olan ücret, fazla çalışma, hafta tatili, yıllık ücretli izin, ihbar ve kıdem tazminatları vs.

12 Hizmet tespit davasının konusu olmaları itibariyle fiili hizmet ilişkisinin tespiti ile iş ilişkisine dayalı alacakları hakkında bkz. **Saraç**, Coşkun; Sigortalı Hizmetlerin Hükmen Tespiti, Osman Güven Çankaya'ya Armağan, Ankara 2010, s. 465 vd.; **Bulut**, Mehmet; Türk Hukuk Sisteminde Hizmet Sözleşmesi Gereği Açılan Hizmet Tespit Davaları, TBB Dergisi, 2011/97, s. 94 vd.

aynı davada ileri sürülebileceği haklı olarak savunulmaktadır[13]. Her halükârda, hizmetin tespitine yönelik talep ile işçi alacaklarına yönelik talepler arasında tam ve doğrudan doğruya bir bağlantı bulunmakla birlikte, bunların ayrı ayrı davaların konusunu oluşturabilecekleri söylenebilir. Ne var ki, işçi alacaklarına ilişkin taleplerin tek başına (ayrı bir eda davası) şeklinde ileri sürülmüş olması durumunda, mahkemenin söz konusu taleplere ilişkin olarak esas bakımından (maddî hukuk açısından) karar verebilmesi için, öncelikle, işçi ile işveren arasında bir iş ilişkisinin mevcut olduğunu tespit etmesi kaçınılmazdır. Dolayısıyla, hizmet ilişkisinin mevcudiyetinin tespiti, eda davasının konusunu oluşturan talepler bakımından zorunludur. Hatta, bu ihtimalde bir an için, hukukî yarar koşulu bağlamında, eda davası açılmak gerekirken tespit davası açılamayacağına ilişkin ilke[14] dikkate alınarak, aslında hizmet tespitine ilişkin talebin ayrı ve bağımsız bir davanın (tespit davasının) konusu yapılamayacağı düşünülebilirse bile, 5510 sayılı Kanunun 86 ncı maddesinin 9 uncu fıkrasındaki açık düzenleme karşısında, bu hususta (söz konusu hizmet tespit davasının tek başına açılabileceği hususunda) artık tereddüde mahal yoktur[15].

Hizmet İlişkisine Bağlanan Zorunlu Sosyal Sigortalılık

5510 sayılı Kanunun 92 nci maddesinin birinci fıkrası şöyledir: *"Kısa ve uzun vadeli sigorta kapsamındaki kişilerin sigortalı ve genel sağlık sigortalısı olması, genel sağlık sigortası kapsamındaki kişilerin ise genel sağlık sigortalısı olması zorunludur. Bu Kanunda yer alan sigorta hak ve yükümlülüklerini ortadan kaldırmak, azaltmak, vazgeçmek veya başkasına devretmek için sözleşmelere konulan hükümler geçersizdir."* Bu düzenlemeden hareketle, sosyal sigorta ilişkisinin zorunluluğundan söz edilebilir. Nitekim, maddenin başlığı da *"Sigortalılığın zorunlu oluşu, sona ermesi ve sosyal güvenlik sicil numarası"* şeklindedir. Bununla birlikte, sosyal sigortanın

---

13 **Özekes**, Muhammet; Medeni Usul Hukuku Bakımından Hizmet Tespit ve İşçilik Haklarına İlişkin Davaların Birlikte Açılması, Legal İSGHD, 2004/4, s. 1389 vd.; aynı istikamette **Bilgili**, Abbas; Hizmet Tespiti Davaları, Adana 2011, s. 19.

14 Tespit davaları bakımından hukuki yarar koşulu (HMK.m.106,II) hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Kuru/Budak**, s. 87 vd.

15 Bu mahiyetteki tartışmalar için bkz. **Özekes**, s. 1389 vd.

zorunlu, isteğe bağlı, şeklî, fiilî ve geçersiz sigorta olmak üzere, başlıca beş türünün bulunduğu[16] dikkate alındığında, söz konusu zorunluluğun herkes için (ve aynı kapsamda) olmadığı söylenebilir. Ancak, inceleme konumuz bakımından söylemek gerekirse, hizmet akdi ile bir veya birden fazla işveren tarafından çalıştırılanlar[17] (sigortalı sayılmayanlar [5510 sayılı Kanun, m. 6] arasında bulunmamak kaydıyla), bütün sigorta kolları bakımından ve kendiliğinden sigortalı sayılırlar; diğer bir ifadeyle, (5510 sayılı Kanunun 6 ncı maddesi kapsamına girmedikleri sürece)bu kimseler için sosyal sigortalılık bütün sigorta kolları bakımından zorunludur. Bu noktada önemle üzerinde durulması gereken husus, "hizmet ilişkisi" ile birlikte, ona bağlı olarak (ve kendiliğinden) ama ondan ayrı bir başka hukuki ilişkinin doğmasıdır. Doğan bu ilişki "sosyal sigorta ilişkisi"dir. Bu ilişkilerden ikincisi birincisinin varlığına bağlı olarak (zorunlu ve kendiliğinden) ortaya çıkmakla birlikte, muhtevası, mahiyeti ve tarafları itibariyle ondan farklıdır. Şöyle ki, hizmet ilişkisinin bir özel hukuk ilişkisi olmasına karşılık, sosyal sigorta ilişkisi bir kamu hukuku ilişkisidir; hizmet akdinden taraflara terettüp eden hak ve borçlar (yükümlülükler) İş Kanunu[18] (m. 5 vd.) ve Türk Borçlar Kanunu (m. 393 vd.) ile belirlenmişken, sosyal sigorta ilişkisinin taraflara getirdiği hak ve borçlar kural olarak 5510 sayılı Kanun tarafından düzenlenmiştir[19]. Nihayet, hizmet ilişkisinin taraflarının işçi ve işveren olmasına karşılık, sosyal sigorta ilişkisinin tarafları işveren, asıl sigortalı, bağlı sigortalı, Sosyal Güvenlik Kurumu ve sigortalının işlem muhatapları ile -vakıa genel sağlık sigortası bakımından- sağlık kuruluşları ve eczanelerdir[20].

Öte yandan, hizmet ilişkisinin kurulması ile sosyal sigorta ilişkisinin doğması birbiriyle bağlantılı olmakla birlikte aynı anda gerçekleşen olgular değildir. Nitekim, bir sözleşme ilişkisi olması itibariyle ve Türk Borçlar Kanununun 1 inci maddesi gereğince, hizmet akdi, karşılıklı ve birbirine

---

16 Ezcümle **Sözer**, Ali Nazım; Türk Sosyal Sigortalar Hukuku, İstanbul 2013, s. 11.

17 5510 sayılı Kanun, m. 4/I-a.

18 4857 sayılı Kanun, RG., T. 10.06.2003, S. 25134.

19 İş hukuku ile sosyal güvenlik hukuku arasındaki ilişki hakkında bkz. **Tuncay**, Can/ **Ekmekçi**, Ömer; Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 16. Bası, İstanbul 2013, s. 93-94; yazarlar iki hukuk dalı arasındaki ilişkiyi bir madalyonun iki yüzü olarak tasvir etmektedir.

20 **Sözer**, s. 27 vd.

uygun irade beyanlarının açıklanmasıyla kurulur[21]. Buna karşılık, sosyal sigortalılığın (vakıa kendiliğinden ve zorunlu olarak) başlangıcı ise, (işçilerde) çalışma eylemine bağlı olup, sosyal sigorta ilişkisi hizmet (iş) sözleşmesinin akdedildiği tarihte değil, işçinin fiilen çalışmaya başladığı tarihte doğmaktadır[22].

Sosyal Sigorta İlişkisinin Hukuki Niteliği

12 Ağustos 1941 tarihli Atlantik Paktı'ndan itibaren, 10 Mayıs 1944 tarihli Filadelfiya Bildirisi, İnsan Hakları Evrensel Bildirisi, 35. Uluslararası Çalışma Örgütünün 102 sayılı Sözleşmesi, Avrupa Sosyal Şartı, Avrupa Sosyal Güvenlik Kodu ve Avrupa Sosyal Güvenlik Sözleşmesi ile Avrupa Birliği Temel Haklar şartı gibi pek çok uluslararası belgede yer alan sosyal güvenlik hakkının bir parçası sayılan sosyal sigorta ilişkisi, bu çerçevede olmak üzere[23], Türkiye Cumhuriyetinin 1982 tarihli Anayasasında açıkça yer bulmuştur[24]. Anayasanın "Temel Hak ve Ödevler" başlıklı ikinci kısmının "Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler" başlığını taşıyan üçüncü bölümünde yer alan 77 nci madde şöyledir: *"Herkes sosyal güvenlik hakkına sahiptir. Devlet, bu güvenliği sağlayacak gerekli tedbirleri alır ve teşkilatı kurar."* Anayasanın bu kuralının bir gereği ve 2 nci maddesinde yer alan sosyal devlet ilkesinin bir yansıması olmak üzere, sosyal sigorta ilişkisi, genel olarak "sosyal güvenlik" kapsamındaki bir müessese olmakla birlikte; özellikle yaşlılar, zayıflar, düşkünler ve kimsesizler ile çocukların korunmasına yönelik diğer sosyal güvenlik tedbir ve uygulamalarından sadece birisidir. Anayasanın tanıdığı sosyal güvenlik hakkının tanınması ve gerçekleştirilmesi sadedindeki tedbir, müessese ve uygulamaları, bunlardan birinin

---

21 Ezcümle **Eren**, Fikret; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, Ankara 2014, s. 227 vd.

22 **Sözer**, s. 46-47; ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. **Aydın**, Ufuk; Sosyal Sigortalarda Sigortalılık Niteliğinin Kazanılması ve Yitirilmesi, TÜHİS 2/2000, s. 32 vd.

23 Sosyal sigorta, sosyal güvenliğin en önemli araçlarından biri olarak görülmektedir, bkz. ezcümle **Uşan**, Fatih; Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları, 2. Bası, Ankara 2009.

24 Ayrıntılı bilgi için bkz. **Güzel**, Ali/**Okur**, Ali Rıza/**Caniklioğlu**, Nurşen; Sosyal Güvenlik Hukuku, 14. Bası, İstanbul 2012, s. 40 vd.; **Tuncay/Ekmekçi**, s. 52 vd.

uygulanırlık koşullarına[25] indirgemek yahut sosyal güvenliğin bizatihi ve tek başına kendisi saymak doğru değildir. Nitekim, öğretide haklı olarak, sosyal sigorta ilişkisinin, içine sigortalı, sigortalının aile bireyleri, işveren ve Sosyal Güvenlik Kurumunun da dâhil olduğu bir "kamu hukuku borç ilişkisi" niteliği taşıdığı belirtilmektedir[26]. Buna göre, sosyal sigorta ilişkisi, özel sigortalarda olduğu gibi, sigorta garantisi ile primler arasındaki karşılıklılık esasına dayanan, sigortalı ile Sosyal Güvenlik Kurumu arasında sinallagmatik bir hukuki ilişkidir. Ancak, sosyal sigorta ilişkisinin kamu hukuku karakteri taşıması sebebiyle, garanti altına alınan her sosyal riskin gerçekleşmesinden önce priminin ödenmiş olmasının şart bulunmayışı yönüyle, sosyal sigortalar özel sigortalardan farklılaşır[27].

Sosyal sigorta ilişkisinin bu özelliği sebebiyledir ki, onu, kendisi vesilesiyle kurulmuş olsa bile, iş ilişkisinin niteliği ve tarafları ile onlara getirdiği hak ve borçlarla eş tutmak yahut onlar çerçevesinde izah etmeye kalkmak doğru olmaz. Bunun yerine, sosyal sigorta ilişkisi çerçevesinde ortaya çıkan hukuki sorunların çözümünde, bunlar ister maddî hukuka isterse usul hukukuna ilişkin olsunlar, sosyal sigorta ilişkisinin hukuki niteliği ile onun tarafları ve onlara tanıdığı haklar ve yüklediği borçlardan hareket etmek gerekir. Buna karşılık, sosyal güvenlik hakkının bir temel hak oluşundan hareket edilmek suretiyle ulaşılan sonuçlar tutarlılıktan uzak olduğu gibi meseleyi izahta da çoğu zaman aciz kalmaktadır. Nitekim, hizmet tespit davasından davacı işçinin feragat edemeyeceğine ve davalı işverenin de davayı kabul ile sonuçlandırmayacağına ilişkin yerleşik Yargıtay görüşünün[28] temel dayanağı, bu davanın sosyal sigorta boyutunun da bulunması, sosyal sigortanın ise Anayasa tarafından teminat altına alınan ve vazgeçilmez nitelikte bir temel insan hakkı olan sosyal güvenlik hakkını ilişkin bulunmasıdır. Oysa,

---

25 Örneğin, sosyal sigorta ilişkisi bakımından hizmet sözleşmesine dayalı olarak fiilen çalışmaya başlama (yahut diğer sebepler).

26 **Tuncay/Ekmekçi**, s. 132.

27 **Tuncay/Ekmekçi**, s. 132-133.

28 Feragat ve kabul açısından örneğin HGK., Tarih: 21.12.2005, 2005/10-694 E., 2005/761 K.; HGK., Tarih: 11.02.2004, 2004/21-54 E., 2004/54 K.; HGK., Tarih: 28.05.2003, 2003/21-362 E., 2003/360 K.; HGK., Tarih: 15.10.2003, 2003/21-571 E., 2003/575 K.; HGK., Tarih: 14.04.2004, 2004/21-226 E., 2004/223 K.

bu noktadan hareketle, bir hakkın anayasal nitelikte bir temel hak (yahut insan hakkı) oluşundan yola çıkarak, böyle bir hakkın konusunu oluşturan davadan feragat edilemeyeceği yahut buna ilişkin davanın kabul yahut sulh ile sonuçlanamayacağı şeklinde bir görüş, bugüne kadar medenî usul hukuku öğretisinde (tespit edebildiğimiz kadarıyla) hiç savunulmamıştır. Hatta kural olarak feragat edilemeyecek hiçbir davanın bulunmaması, buna karşılık kabul ve sulhun ise ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği davalarda mümkün olması genel olarak benimsenen bir prensiptir (karş. HMK. m. 307; m. 308, II; m. 313, II)[29]. Nitekim Yargıtay da, hizmet tespit davasında özellikle feragat ve kabul ile sulh bakımından takındığı katı tavrı, bu davanın takipsiz bırakılması ve böylece açılmamış sayılması yahut geri alınmasında göstermemektedir[30]. İleride açıp açmayacağı belli olmadığına ve hatta hizmet tespiti davası da kural olarak beş yıllık (5510 sayılı Kanun, m. 86, IX) hak düşürücü süreye[31] bağlandığına göre, geri alınıp yahut takip edilmeyip de sonra beş yıllık süre içinde açılmadığında hakkın düşmesinin pratik olarak davadan feragatle aynı sonuca geleceği açıktır. Kanımızca, kafa karışıklığı, hizmet ilişkisinin niteliği, tarafları ve konusuyla, ona bağlı olarak (zorunlu ve kendiliğinden) ortaya çıkan sosyal sigorta ilişkisinin niteliği, tarafları ve konusunun birbiriyle karıştırılmasından kaynaklanmaktadır.

---

29 Davadan feragat, davanın kabulü ve sulh konularında ayrıntılı bilgi için bkz. **Önen**, Ergun; Medenî Yargılama Hukukunda Sulh, Ankara 1972, s. 1 vd.; **Tanrıver**, Süha; İlâmlı İcra takibinin Dayanakları ve İcranın İadesi, Ankara 1996, s. 84 vd.; **Ermenek**, İbrahim; Medenî Usul Hukukunda Davayı Kabul, Ankara 2009, s. 1 vd.; **Akyol Aslan**, Leyla; Medenî Usul Hukukunda Davadan Feragat, Ankara 2011, s. 53 vd.

30 Bu yönde gerek münferit dairelerin ve gerekse HGK'nun sayısız kararı mevcuttur; bu kararları burada sıralamayı gereksiz görmekteyiz; örnek olarak HGK'nun, Esas: 2012/ 21-1698, Karar: 2013/779, Tarih: 29.05.2013 kararına ve 10. HD'nin Esas: 2013/11506, Karar: 2013/13291, Tarih: 12.06.2013 kararlarına bakılabilir.

31 Kanunun öngördüğü dava açma süresinin hak düşürücü süre mi yoksa zamanaşımı süresi mi olduğu konusunda öğretide görüş birliği bulunmamaktadır; farklı istikametteki görüşleri benimseyen yazarlar hakkında bkz. **Saraç**, s. 466, dn. 55. Bununla birlikte, Yargıtay'ın bu süreyi hak düşürücü nitelikte kabul ettiği anlaşılmaktadır; örneğin 10. HD., Esas: 2012/13941, Karar: 2012/13398, Tarih: 04.07.2012; başkaca emsal kararlar için bkz. **Saraç**, s. 466, dn. 55.

Hizmet Tespit Davasının Tarafları

Hizmet tespit davasının yasal dayanağı olarak alınan düzenleme, yukarıda da belirtildiği üzere, 5510 sayılı Kanunun 86 ncı maddesinin 9 uncu fıkrasıdır. Söz konusu maddenin başlığı "*Prim belgeleri ve işyeri kayıtları*" olup, işveren ile Sosyal Güvenlik Kurumu arasındaki ilişkiyi düzenlemektedir. Daha doğrusu, işverenin Kuruma yönelik yükümlülüklerinden bir kısmını düzenlemektedir. Ancak, bahsi geçen 9 uncu fıkrada "*sigortalılar*"ın, diğer bir ifadeyle işçilerin, "iş mahkemesine başvurarak" *"aylık kazanç toplamları ile prim ödeme gün sayıları"*nı tespit ettirebileceklerinden söz edilmektedir. Bundan çıkan sonuç, bu davayı açacak olan kişi işçidir. Bu maddeden, davanın işveren aleyhine açılacağı açıkça anlaşılmamasına rağmen, uygulamada söz konusu dava hep işverene karşı açılmıştır. Kanun koyucu da bunu dikkate almış olmalı ki, 6552 sayılı Kanunun 64 üncü maddesiyle 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun 7 nci maddesinde değişiklik yaparken, *"Hizmet akdine tabi çalışmaları nedeniyle zorunlu sigortalılık sürelerinin tespiti talebi ile işveren aleyhine açılan davalarda"* ibaresini özellikle seçmiştir. Bu yasal düzenlemelerin isabetli olup olmadığına ilişkin tartışmalar bir tarafa bırakılarak, mevcut pozitif kurallar karşısında, hizmet tespit davasının davacısının işçi, davalısının ise işveren olduğu açıktır[32].

Tespiti istenen olgunun fiili çalışma ilişkisi ve bunun iş ilişkisi (hizmet akdi) çerçevesinde taraflarının kural olarak işçi ve işveren olduğu dikkate alındığında, işaret edilen yasal düzenlemelerden çıkan sonuç itibariyle, hizmet tespit davasının davacısının işçi, davalısının ise işveren olmasında yadırganacak bir durum söz konusu değildir. Ancak, bu davaya bağlı olarak, sosyal sigorta ilişkisi bakımından da yansımalar (sonuçlar) ortaya çıkması söz konusu olduğunda, durum değişmektedir. Zira, özel hukuk karakterli ve hizmet akdine dayalı iş ilişkisinin taraflarının işçi ve işveren olmasına karşılık, yukarıda da ele alındığı üzere, sosyal sigorta ilişkisi bir "kamu hukuku borç ilişkisi" olup, tarafları da kural olarak sigortalı (işçi), (duruma göre) sigortalının aile bireyleri, işveren ve Sosyal Güvenlik Kurumudur.

---

[32] Vakıa 6552 sayılı Kanunun 64 üncü maddesiyle 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun 7 nci maddesinde değişiklik yapılmadan önceki hukuki durum gözetilerek, hizmet tespit davasının tarafları hakkında yaptığı aynı istikametteki değerlendirmeleri için bkz. **Saraç**, s. 459 vd.

İşçinin işveren nezdindeki fiili çalışması tespit edilince buna bağlı olarak (ve bunun doğal sonucu olarak işçinin işvereninden talep edebileceği işçi alacakları yanında), işverenin ayrıca Kuruma ödemesi gereken primler (hatta yapmadığı bildirimler nedeniyle söz konusu olan yaptırımlar) de gündeme gelmektedir. Oysa Kurum bu davada taraf olmadığı halde onun lehine (belki sonucu itibariyle işçi/sigortalı lehine ama en azından Kurumun işverene karşı doğrudan doğruya ileri sürebileceği) bir talep hakkı da ortaya çıkmaktadır. Keza, davanın esastan reddedilmesi halinde de, Kurum, tarafı olmadığı bu dava sonunda verilen hükümden etkilenmekte; işverene karşı prim alacağını ileri sürebilmesinin temel koşulu olan fiili çalışmanın mevcut olmadığına ilişkin bir karar onun hakkında da bağlayıcı sayılmaktadır.

Bu karmaşık ve usul hukuku (özellikle kesin hüküm müessesesi) bakımından izahı mümkün olmayan durumu -bir ölçüde de olsa- kendi ölçüleri içinde ve uygulaması çerçevesinde kabul edilebilir sınırlara çekmek isteyen Yargıtay, 6552 sayılı Kanunun 64 üncü maddesinin 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun 7 nci maddesini değiştirmeden önce, hizmet tespit davasının Kuruma da re'sen ihbarını fiili zorunluluk haline getirmişti. Oysa ki, ihbara bağlı olarak Kurum, hizmet tespit davasına ancak fer'i müdahil olarak katılabilir, ancak, taraf olamaz. Dolayısıyla, taraf sıfatıyla usul işlemi yapmak suretiyle davanın seyir ve akıbetine bir süje olarak etki edebilmesi ve neticede verilen hükmün onun açısından da kesin hüküm oluşturmasının koşulu yine de gerçekleşmez. 6552 sayılı Kanunla gelen değişikliğin, bu fiili uygulamayı yasal zemine dayandırma amacı taşıdığı anlaşılmaktadır.

6552 Sayılı Kanunun 64 üncü Maddesinin 5521 Sayılı İş Mahkemeleri Kanununun 7 nci Maddesinde Yaptığı Değişiklik (Hizmet Tespit Davasının Kuruma Re'sen İhbarı)

6552 sayılı Kanunun 64 üncü maddesinin 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun 7 nci maddesinde yaptığı değişikliklerden konumuzu ilgilendireni, maddeye ilave edilen son (dördüncü) fıkra hükmüdür. Bu fıkra hükmü şöyledir: "*Hizmet akdine tabi çalışmaları nedeniyle zorunlu sigortalılık sürelerinin tespiti talebi ile işveren aleyhine açılan davalarda, dava Kuruma resen ihbar edilir. İhbar üzerine davaya davalı yanında ferî müdahil olarak katılan Kurum, yanında katıldığı taraf başvurmasa dahi kanun yoluna*

başvurabilir. Kurum, yargılama sonucu verilecek kararı kesinleştikten sonra uygulamakla yükümlüdür."

Bu düzenlemeyle birlikte, medenî usul hukukunun birbiriye yakından ilgili iki kurumu olan davanın ihbarı ve davaya fer'i müdahale, yeni bir uygulama yeri ile genel işlev ve niteliğinden farklı bir boyut kazanmış olmaktadır. Vakıa, ihbarın re'sen yapılacak olması, ihbarın işlev ve sonuçları bakımından bir farklılık yaratmamaktadır[33].

Düzenlemenin değerlendirmesine geçmeden önce Türk medenî usul hukukunda davanın ihbarının ve davaya fer'i müdahalenin amaç, işlev ve sonuçlarından çok kısaca bahsetmek uygun olacaktır.

Tarafı olduğu bir davayı kaybetmesi durumunda üçüncü kişiye rücû edebilecek durumda olan yahut üçüncü kişinin kendisine yönelik bir tazminat talebine muhatap olmaktan endişe eden taraf, davayı, söz konusu üçüncü kişiye ihbar edebilir. Bu husus, Hukuk Muhakemeleri Kanununun 61 inci maddesinde açıkça düzenlenmiştir[34]. Davanın ihbarıyla, davaya fer'i müdahale arasında yakın bir ilişki mevcuttur. Zira, dava kendisine ihbar edilen (üçüncü) kişi, kendisinin hukukî yararını gözeterek, mevcut taraflardan hangisinin davayı kazanmasını lehine görürse, onun yanında davaya fer'i müdahil sıfatıyla davaya katılabilir (HMK. m. 63). Ancak, belirtmek gerekir ki, davaya fer'i müdahil sıfatıyla katılabilmek için ihbarın gerekli olmaması;

---

33 Davanın re'sen ihbarının bir örneği HMK. m. 48, II'de, hâkimin hukuki sorumluluğunu gerektiren sebeplerden birisine dayanılarak Devlet aleyhine açılan tazminat davasının, daha sonra kendisine rücu edilmesi söz konusu olan hâkime ihbarında mevcuttur. Fakat belirtmek gerekir ki, HMK. m. 48, II düzenlemesi, hem davanın ihbarı hem de fer'i müdahale müesseselerinin Türk medeni usul hukukundaki amaç ve işlevi ile tam bir uyum içindedir.

34 Vakıa, HMK. m. 61'deki düzenleme biraz yanıltıcıdır. Zira, söz konusu maddenin birinci fıkrasının metni şöyledir: "*Taraflardan biri davayı kaybettiği takdirde, üçüncü kişiye veya üçüncü kişinin kendisine rücu edeceğini düşünüyorsa, tahkikat sonuçlanıncaya kadar davayı üçüncü kişiye ihbar edebilir.*" Oysa, taraflardan birinin bir davayı kaybetmesi durumunda onun bir başkasına rücu etmesi mümkün bulunmakla birlikte (örneğin, müteselsil sorumlulukta yahut ayıba karşı tekeffül ilişkisinde olduğu gibi), davayı kaybeden kişiye bir üçüncü kişinin rücu etmesi değil, olsa olsa ona karşı bir tazminat davası açması düşünülebilir; bkz. **Atalı**, s. 195 vd.; medenî usul hukuku açısından rücu davaları hakkında bkz. **Karslı**, Abdurrahim; Usul Hukuku Açısından Rücû Davaları, İstanbul 1994, s. 51 vd.

keza, ihbara rağmen üçüncü kişinin davada fer'i müdahil sıfatıyla yer almaya zorlanamaması, bu iki kurumun birbirini bütünleyen yahut tamamlayan bir nitelikte olmadığını ortaya koymaktadır. Öte yandan, davanın ihbarında, ihbar eden taraf, esas itibariyle, bu davanın sonucuna bağlı olarak ileride açılması muhtemel rücû yahut tazminat davasını hesaba katarak, doğrudan doğruya kendisinin hukuki durumunu güçlendirmek ister. Buna karşılık, ihbar üzerine veya kendiliğinden olsun, üçüncü kişiyi fer'i müdahil sıfatıyla davaya katılmaya yönelten neden ise daha çok kendi hukuki durumuyla ilgilidir[35]. Her iki kurum arasındaki en önemli ortak nokta ise, ihbar üzerine doğan "ihbar etkisi" ile davaya fer'i müdahil sıfatıyla katılma sonucu ortaya çıkan "müdahale etkisi"nin nitelik ve kapsam itibariyle birbirine paralel olmasıdır[36].

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 61 inci maddesinin birinci fıkrası anlamındaki bir hukuki ilişki, ihbar edilen davanın sonucuna bağlı olarak, ihbar eden tarafın davayı kaybetmesi durumunda üçüncü kişiye rücû etmesine yahut üçüncü kişinin kendisine karşı bir tazminat talebi yöneltebilmesine imkân veren bir hukuki ilişkidir ve maddî hukuka göre belirlenir. Bu belirlemenin yapılmasında esas alınması gereken ölçüt, ihbar edilen davanın sonucuna bağlı olarak bir rücû yahut tazminat talebinin söz konusu olup olmadığıdır. Bununla birlikte, böyle bir rücû yahut tazminat talebine yer olmayan "alternatif sorumluluk" ve "alternatif alacaklılık" ilişkilerinde de davanın ihbarı kabul edilmelidir. Zira, bu ilişkiler bakımından ihbar etkisinin amacının en az rücu ve tazminat talebine sebebiyet veren ilişkilerdeki kadar mevcut ve geçerli olduğu açıktır. Özellikle husumet kurumu dikkate alındığında, aynı dava içinde düşünülmelerinin ve dolayısıyla kesin hüküm etkisinin kendileri hakkında da câri veya sâri olmasının mümkün bulunmadığı alternatif borçlular ve alacaklılar hakkında da ihbar kurumu ile ihbar etkisinin kabul edilmesi amaca ve maslahata da uygundur.

İhbar etkisi, ihbar edilen davada verilen hükümde yer alan tespit ve hukuki değerlendirmelerin, bu davanın sonucuna bağlı olarak açılan rücû veya tazminat davasında bağlayıcı olmasını ifade eder. Bir tespit veya hukuki değerlendirme içermesi durumunda, kararın hüküm fıkrası açısından

---

35 Ezcümle **Pekcanıtez**, s. 82 vd.

36 Bkz. **Pekcanıtez**, s. 181 vd.; **Atalı**, s. 141 vd.

da geçerli olmakla birlikte, söz konusu tespit ve değerlendirmelere daha ziyade kararın gerekçesinde yer verildiği dikkate alınırsa, ihbar etkisi de çoğunlukla gerekçe bakımından ortaya çıkar. Bu yönüyle o, kesin hükümden ayrılır. Zira kesin hüküm sadece hüküm fıkrası bakımından ortaya çıkar. İhbar etkisini kesin hüküm etkisinden ayıran en önemli fark ise, ihbar etkisinin dava sebebine ilişkin olmasına karşılık, kesin hükmün talep sonucu (ve dolayısıyla da hüküm fıkrası) hakkında geçerli olmasıdır. Daha açık bir söyleyişle, ihbar etkisi, davanın sebebini teşkil eden somut vakıaların tespiti ve onların hukuki nitelendirmesiyle ilgilidir. Oysa kesin hüküm, sadece, bu tespit ve nitelendirmelerin kendisine dayanak teşkil ettiği sonuç hakkında geçerlidir. Bağlayıcılık bakımından ise, her iki kurumun benzerlik taşıdığı söylenebilir. Zira, kesin hükmün davanın tarafları ile onların külli ve cüz'i halefleri hakkında geçerli olması gibi; ihbar etkisi de, ihbar eden ile ihbar alan ve bunların küllî ve cüz'i halefleri arasında söz konusu olan rücû veya tazminat davalarında, taraflar ve mahkeme için bağlayıcı olur. Ancak, her hâlükârda, ihbar etkisinin, sadece ihbar eden tarafla ihbar alan kişi arasındaki rücû yahut tazminat davasında ve ihbar alan kişinin aleyhine olmak üzere sonuç doğurduğu unutulmamalıdır[37]. Bütün bu değerlendirmeler, fer'i müdahale için de geçerlidir[38]. Zira, Hukuk Muhakemeleri Kanunu, ihbar etkisini, fer' müdahale etkisine atıf yapmak suretiyle düzenlemiştir (HMK. m. 64). Diğer bir ifadeyle, ihbar etkisinin kapsam ve sonuçlarına ilişkin olarak ifade ettiğimiz bu hususlar, Hukuk Muhakemeleri Kanunu tarafından, esas itibariyle davaya fer'i müdahale açısından düzenlenmiştir (bkz. HMK. m. 69, II). Bu noktada şunu söylemek mümkündür ki, üçüncü kişinin gerek ihbar üzerine ve gerekse kendiliğinden, görülmekte olan bir davaya, taraflardan biri yanında fer'i müdahil olarak katılması durumunda, bu noktadan itibaren ihbar etkisinden söz edilemeyecek, bilâkis, artık fer'i müdahale etkisi gündeme gelecektir. Buna karşılık, ihbar etkisi, davanın kendisine ihbar edilmesine rağmen davaya, bunu kendisine ihbar eden taraf yanında fer'i müdahil sıfatıyla katılmayan üçüncü kişiyle ihbar eden taraf arasında söz konusu olacaktır. Şöyle ki, dava kendisine ihbar olunan (üçüncü) kişi ile davayı ona

---

37 Ayrıntılı bilgi için bkz. **Atalı**, s. 201 vd.

38 Bkz. **Pekcanıtez**, s. 181 vd.

ihbar eden taraf arasında, daha sonra açılan rücu yahut tazminat davasında, ilk davada verilen hükmün yanlış olduğu ileri sürülemeyecektir.

Dikkat edilirse, gerek fer'i müdahale ve gerekse ihbar etkileri, fer'i müdahalenin yahut davanın ihbarının gerçekleştiği ilk davada söz konusu olmamakta, bilakis, davayı ihbar eden tarafla yahut duruma göre yanında davaya fer'i müdahil sıfatıyla katılınan tarafla ihbar olunan yahut duruma göre davaya fer'i müdahil sıfatıyla katılan arasında daha sonra açılan rücu yahut tazminat davasında söz konusu olmaktadır. Daha açık bir ifadeyle, ihbar etkisi ve fer'i müdahale etkisi, ikinci bir davayı (rücu yahut tazminat davasını) şart kılmaktadır.

Öte yandan, davaya fer'i müdahale eden üçüncü kişi, yanında bu sıfatla davaya katıldığı tarafın davayı kazanmasını ister ve bu amaçla ona yardım eder, onun lehine olarak usul işlemleri yapar. Çünkü, yanında davaya katıldığı taraf bu davayı kaybedecek olursa, kendisine (fer'i müdahile) rücû edecek veya kendisi (fer'i müdahil) o tarafa ayrı bir dava açmak zorunda kalacaktır. Keza, davanın ihbarında da, ihbar eden taraf, bu davanın sonucuna bağlı olarak, (davayı ihbar ettiği) üçüncü kişiye rücu edebilecek yahut onun (ihbar olunan üçüncü kişinin) kendisine (ihbar eden tarafa) karşı bir tazminat davası açabilecek durumda olmasını gözeterek bunu yapar (davayı ihbar eder).

Davanın ihbarı ve davaya fer'i müdahale ilgili olarak Hukuk Muhakemeleri Kanununun mevcut düzenlemelerinin ortaya konan bu kısa durumu karşısında, 6552 sayılı Kanunun 64 üncü maddesinin 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun 7 nci maddesinde yaptığı değişiklikle gelen (yeni) ihbar ve fer'i müdahalenin izahı gerçekten çok zordur. Yeni gelen düzenlemeyi tekrar hatırlayacak olursak, ilave edilen metin şöyledir: *"Hizmet akdine tabi çalışmaları nedeniyle zorunlu sigortalılık sürelerinin tespiti talebi ile işveren aleyhine açılan davalarda, dava Kuruma resen ihbar edilir. İhbar üzerine davaya davalı yanında ferî müdahil olarak katılan Kurum, yanında katıldığı taraf başvurmasa dahi kanun yoluna başvurabilir. Kurum, yargılama sonucu verilecek kararı kesinleştikten sonra uygulamakla yükümlüdür."* Düzenlemenin gerekçesi ise şöyle izah edilmektedir: *"... Diğer taraftan hizmet ekti nedeniyle zorunlu sigortalılık sürelerinin tespiti talebi ile sigortalılar tarafından işveren aleyhine açılan davalarda dava Sosyal Güvenlik Kurumuna re'sen ihbar edilerek Kurumun bu davalarda artık taraf olmaktan çıkarıl-*

ması, ihbar üzerine davaya davalı yanında fer'i müdahil olarak katılması, davalı taraf başvurmasa dahi kanun yollarına başvurabilmesi, yargılama sonucu verilen kararı kesinleştikten sonra uygulamakla yükümlü kılınması hedeflenmiştir. / Kurum bu davada taraf olmayıp fer'i müdahil olacağı için dava sonucu verilen kararda Kurum aleyhine yargılama giderlerine hükmolunamayacağı gibi, Kurum lehine de yargılama giderlerine hükmolunamayacaktır."

Yukarıda yapılan tespit ve açıklamalar karşısında, getirilen yeni düzenlemeye ilişkin aşağıdaki değerlendirmeleri yapmak mümkündür:

1. Hizmet tespit davası, davanın konusu ve dava sonunda verilecek kararın etkisi (fiili hizmet ilişkisinin tespiti halinde söz konusu olacak olan sosyal sigorta ilişkisinin de zorunlu ve kendiliğinden kurulması) dikkate alındığında, Hukuk Muhakemeleri Kanununun 61 inci ve devamı maddelerinde öngörülen "davanın ihbarı" açısından gerekli koşulları taşımamaktadır[39]. Şöyle ki, Hukuk Muhakemeleri Kanununun 61 inci maddesi, ihbar için, "davanın kaybedilmesi ihtimalinde tarafın üçüncü kişiye rücû edebilecek yahut üçüncü kişinin kendisine yönelik bir tazminat talebine muhatap olabilecek" durumda olmasını aramaktadır. Oysa, hizmet tespiti davasında, davalı sıfatını taşıyan ve ihbar sonucu Kurumun kendisi yanında davaya fer'i müdahil olarak katılacağı işveren ile Kurum arasında, "bu davada verilen karara" bağlı olarak, bir rücû yahut tazminat davasının açılması söz konusu değildir. Kurum ile yanında davaya katılınan işveren arasında, fiili çalışma ilişkisinin ve duruma göre yapılması gereken diğer bildirimlerin) Kuruma bildirilmemesine bağlı olarak bir ihtilafın doğması elbette ki mümkündür. Ancak bu, davanın sonucuna bağlı olarak ortaya çıkan bir durum değildir. Böyle bir dava hiç açılmasa yahut işveren bu davayı kazansa bile, Kurum, fiili çalışmanın kendisine bildirilmediğinden bahisle işverene karşı, 5510 sayılı Kanun (m. 86) hükümleri gereğince re'sen prim tahakkuk ettirebilir hatta ceza kesebilir. Öte yandan, ihbar olunan davanın sonucuna bağlı olarak Kurum ile işveren arasında bir

---

[39] Öngörülenin "re'sen ihbar" olması bu durumu değiştirmez. Zira, re'sen ihbar, ihbar yapılabilmesinin koşulları bakımından bir hafifletmeyi yahut başkalaştırmayı öngörmez.

ihtilaf çıksa bile Kurum'a karşı dava açılması yahut Kurum'un kendisinin dava açması söz konusu olmayıp, Kurum'un gerekli işlemleri re'sen yapması; bu işlemlere rıza göstermesine veya göstermemesine bağlı olarak ise işverenin (yahut duruma göre işçinin) Kurum'un işlemi aleyhine bir dava açması gündeme gelecektir.

2. Dava kendisine ihbar olunan Kurum'un işveren yanında "fer'i müdahil" sıfatıyla davaya katılması, amaçlanan sonuç yanında, varsa fiili çalışma ile buna bağlı sosyal sigorta ilişkisinin tespitine yönelik gaye, ki Kurum'un davada yer alması bundan dolayı arzu edilmektedir, dikkate alındığında tam bir tezat oluşturmaktadır. Zira, hizmet tespit davasında işçi fiilen çalıştığını ama bunun Kurum'a bildirilmediğini (ve duruma göre bunun yanında başkaca işçilik alacaklarını) işverene karşı ileri sürecek; işveren ise, doğal olarak böyle bir çalışmanın bulunmadığını ve davanın reddini isteyecektir. İşverenin yanında fer'i müdahil olarak davaya katılan Kurum da, bu konum ve sıfatının gereği olarak, işçinin haksız olduğunu, yanında katıldığı işverenin haklı olduğunu savunacak, işverenin davayı kazanması için ona yardım edecektir. Zira, fer'i müdahillik bunu gerektirir ve ancak bunu mümkün kılar. Ama, eğer bir tarafın kazanmasında Kurum'un menfaatinden söz edilebilecekse, bu işveren değil, bilakis işçidir. Zira, işçi bu davayı kazandığı takdirdedir ki, Kurum da işverenden, yatırmadığı primleri yatırmasını isteyebilecek, hatta (biraz daha geniş yorumlanacak olursa) ancak böylece, çalışanların sosyal güvenlik kapsamında olmaları gayesine hizmet etmiş olacaktır. Buna karşılık, Kurum'un davada kendisi yanında fer'i müdahil sıfatıyla yer aldığı işveren davayı kazanacak olursa, Kurum, ona karşı hiçbir talepte bulunamayacak ve işçi sosyal güvenlikten yoksun kalacaktır[40]. Kurum'un varlık sebebi ve davada (fer'i müdahil sıfatıyla da olsa) bulunma amacı, çalışanların sosyal güvenlik hakla-

---

[40] Filhakika, bu, hizmet akdine dayalı fiili çalışmasının bulunmadığının mahkemece tespit edilmiş olmasına bağlı bir sonuç olsa bile, bu işçiyle Kurum arasındaki davada, onların herhangi bir sebeple bu sonucu kendi aralarındaki ilişki çerçevesinde arzu etmelerinden yahut davanın kazanılması için gerekli usul işlemlerini yapmamalarından kaynaklanabilir.

rının sağlanması ve korunması olduğuna göre, davadaki menfaati bunun zıddı istikametinde olan işverenin yanında onun ne işi vardır?

3. Kurum'un, hizmet tespit davasında, fer'i müdahil sıfatıyla davalı işveren yanında yer alması, ona, Kurum'un ve işçinin hukuki yararının korunmasına hizmet için elverişli bir konum sağlamadığı gibi, sosyal güvenlik hakkının niteliği ve bundaki kamu yararı gözetildiğinde, Kurum'un usul işlemlerini yapabilmek bakımından, davadaki menfaati bununla tamamen zıt olan işverene tâbi kılınması tam bir tezat oluşturmaktadır. Hukuk Muhakemeleri Kanununun 68 inci maddesinin birinci fıkrası, fer'i müdahilin davadaki konumunu ve yapacağı usul işlemlerini şöylece düzenlemektedir: *"Müdahale talebinin kabulü hâlinde müdahil, davayı ancak bulunduğu noktadan itibaren takip edebilir. Müdahil, yanında katıldığı tarafın yararına olan iddia veya savunma vasıtalarını ileri sürebilir; onun işlem ve açıklamalarına aykırı olmayan her türlü usul işlemlerini yapabilir."* Oysa, kendisine, ancak yanında katıldığı tarafın lehine olan usul işlemlerini yapabileceği, hatta kendisinin (yanında davaya katıldığı tarafın - işverenin) lehine olsa bile yaptığı usul işlemlerinin onun (işveren) tarafından geçersiz kılınabileceği bir konum verilen Kurum'un menfaati, yanında davaya katıldığı tarafla çelişmektedir. Fer'i müdahil, yanında katıldığı taraftan ayrı bir dava takip yetkisine sahip bulunmadığına göre[41], Kurum, davada menfaati kendisiyle çelişen işveren yanında fer'i müdahil sıfatıyla yer almakla, maddî gerçeğin ortaya çıkması ve bu temel üzerinde, gerek sosyal güvenlik hakkının korunması ve gerekse bu çerçevede Kurum'un yararının gözetilebilmesi sadedinde ne yapabilecektir? Sahip olduğu fer'i müdahillik konumu ve fer'i müdahil sıfatı, yanında davada yer aldığı taraf olan davalı-işverenin menfaatiyle çelişen, ancak Kurum'un yararına veya işçinin lehine yahut en azından maddî gerçeğin ortaya çıkarılmasına hizmet edebilecek usul işlemlerinin, davalı-işveren tarafından geçersiz hale getirilmesini mümkün kılacaktır[42]. Zira, asıl

---

41 Ezcümle **Pekcanıtez**, s. 137 vd.

42 Karş. **Kuru**, Baki/**Arslan**, Ramazan/**Yılmaz**, Ejder; Medenî Usul Hukuku, 25. Bası, Ankara 2014, s. 496-497; **Umar**, Bilge; Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Bası,

taraf, müdahilin yaptığı işlemi geçersiz kılabilir. Aksi takdirde, fer'i müdahilin yaptığı işlemler, asıl taraf için sonuç doğurur[43] ki, ki bunu taraf kavramıyla bağdaştırmak mümkün değildir.

4. Kurum'un, yanında davaya katıldığı taraf olan işveren başvurmasa dahi, kanun yoluna başvurabilmesi ise, davada taraf olmayan, kendisine mûzaf olarak (en azından doğrudan doğruya) hüküm veril(e)meyen, esas bakımından verilen nihai karar kendisi hakkında kesin hüküm oluşturmayan "üçüncü kişinin" kanun yoluna başvurabilmesi anlamında, ne dava teorisiyle, ne taraf teorisiyle ne de kesin hüküm teorisiyle kabili teliftir.

5. Kurum'un, yargılama sonucu verilecek kararı kesinleştikten[44] sonra uygulamakla yükümlü olması, sonucu itibariyle, tarafı olmadığı bir davada verilen kararın kendisi hakkında da kesin hüküm teşkil etmesi (bağlayıcı olması) anlamına geleceğinden, bu sonucu kesin hüküm (HMK. m. 303) müessesesiyle bağdaştırmak mümkün değildir. Şüphesiz, kanunun bunu açıkça emretmesi karşısında, Kurum'un kesinleşen ilgili karar gereğince, işçiyi -mahkeme kararıyla tespit edilen fiili çalışma süresince- sosyal sigortalı kabul etmesi ve bu bağlamda gerekli işlemleri yapması ya da -duruma göre (dava esastan reddedilmişse)- işçinin sosyal sigortalı olma talebini reddetmesi gerekmektedir. Bu düzenlemeyle kimin korunmak istediği ve hangi amacın göz önünde tutulduğu açık değildir. Özellikle işçi ve işverenin davada danışıklı hareket ederek sonucun belli bir şekilde (duruma göre davanın kabulü yahut reddi) oluşmasını sağladıkları

Ankara 2014, s. 248 vd.; **Postacıoğlu**, İlhan E.; Medeni Usul Hukuku Dersleri, 6. Bası, İstanbul 1975, s. 312 vd.; **Üstündağ**, Saim; Medeni Yargılama Hukuku, C. I-II, 7. Bası, İstanbul 2000, 378 vd.; **Pekcanıtez**, Hakan/**Atalay**, Oğuz/**Özekes**, Muhammet; Medenî Usûl Hukuku, 14. Bası, Ankara, s. 337; **Alangoya**, Yavuz/**Yıldırım**, Kâmil M./**Deren-Yıldırım**, Nevhis; Medenî usul Hukuku Esasları, 7. Bası, İstanbul 2009, s. 156-157; **Karslı**, Abdurrahim; Medeni Muhakeme Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 2012, s. 359-360.

43 **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 337.

44 Buradaki kesinlikten kasıt, şeklî anlamda kesinlik olmalıdır. Şeklî anlamda kesinlik ise, ya nihai kararın ya verildiği anda kesin olmasıyla, yahut süresi içinde kanun yoluna müracaat edilmemesiyle ya da bundan feragat edilmesiyle yahut da kanun yoluna müracaatın reddedilmesiyle gerçekleşir.

durumlarda[45], Kurum'un böyle bir kararı uygulamak zorunda bırakılması, sosyal güvenlik hakkının temel bir insan hakkı olması ile Kurum'un kollamak ve gözetmek durumunda olduğu kamu yararı açısından da ciddi sakıncalar mevcuttur.

6. Yeni düzenlemenin gerekçesi ise tam bir garabet örneğidir. Neticesinde verilecek olan kararı uygulamak zorunda olan Kurum'un hizmet tespit davasında taraf olmaktan çıkarılıp fer'i müdahil konumuna sokulduğu (çok büyük bir marifet yahut buluşmuş gibi) söylenmekte, bununla birlikte ona kanun yoluna müracaat yetkisi verilmiş olması da çok büyük bir imkân olarak sunulmaktadır. Söz konusu olan eğer Hukuk Muhakemeleri Kanununun 66 vd. maddelerinde düzenlen fer'i müdahale kurumu ise (ki böyle olmadığını anlamamız için hiç bir açıklık yoktur), ilk derece yargılamasındaki rolü sınırlı ve yanında katıldığı tarafa bağlı olan birisi, bu yargılama sonunda verilen hükme karşı kanun yoluna müracaat yetkisini kullanmakla, hükmün oluşmasına nasıl bir etki yapabilecektir. Bu noktada, kanun yolu incelemesinin, ilk derece mahkemesince verilen kararın usul ve esas bakımından doğru olup olmadığının denetlenmesinden ibaret olduğu unutulmamalıdır.

Bu arada, Kurum'u taraf olmaktan çıkarmak suretiyle onu, aleyhine yargılama giderlerine hükmolunması tehlikesinden de korumuş olma gerekçesi ise, üstünde durulmayı bile hak etmeyecek kadar akıl ve mantık dışıdır.

SONUÇ

6552 sayılı Kanunun 64 üncü maddesinin 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun 7 nci maddesinde yaptığı değişiklikle maddeye ilave edilen dördüncü fıkra hükmünün getirdiği yenilikleri, Hukuk Muhakemeleri Kanununun ilgili konulara ilişkin temel kurumları ve kurallarıyla bağdaştırmak mümkün değildir. Her şeyden önce, getirilen "re'sen ihbar", davanın HMK. m. 61 vd. anlamında ihbarını gerektiren sebeplerden birine dayanma-

---

[45] Şüphesiz, bu durumda Kurum'un HMK. m. 376 (HUMK. m. 446) gereğince "hükmün iptali"ni isteme imkânından söz edilebilir. Ancak bunun için Kurum'un mahkemeye başvurması gerekmektedir.

maktadır. Öte yandan, Kurum için öngörülen fer'i müdahil konumu, hizmet tespit davasının konusu ile tarafları dikkate alındığında ve bu davanın sonucunda verilen kararın kendisi bakımından etkisi gözetildiğinde, asla uygun bir konum değildir. Özellikle, verilen kararın Kurum tarafından uygulanması zorunlu olduğunda onun bu davada taraf olması gerekir. Dava neticesinde verilen kararı kanun yoluna getirme imkânının Kurum'a tanınmış olması, sonuca etkisi gözetildiğinde, pratik açıdan hiçbir anlam ifade etmeyecektir. Dava neticesinde verilen kararın kesinleşmesinden sonra Kurum tarafından uygulanmasının zorunlu tutulmasının anlamının ne olduğu da belli değildir. Bu, kararın Kurum için de kesin hüküm teşkil eder şeklinde mi anlaşılacaktır yoksa karar ancak kesinleştikten sonra kurum tarafından uygulanır şeklinde mi yorumlanacaktır? Aslında her ikisi de sorunlu sonuçlara yol açabilecek değerlendirmelerdir.

Hizmet tespit davası neticesinde verilen kararın, sosyal sigorta ilişkisinin zorunlu ve kendiliğinden kurulması sebebiyle, Sosyal Güvenlik Kurumunu da ilgilendirdiği açıktır. Ancak bu ilgi, mevcut usul müesseselerimiz ile bunları düzenleyen kuralların başkalaştırılması suretiyle gözetilecek bir durumda değildir. Sosyal Güvenlik Kurumu yanında, üçüncü kişileri de ilgilendirmesi, öte yandan kamu yararı ile de bağlantılı olması sebebiyle, hizmet tespit davalarının, medeni usul hukuku bakımından ayrı usul hükümlerine tabi tutulması mümkündür. Bu bağlamda üçüncü kişilerin davadaki menfaatlerinin korunması amacına yönelik sair müesseseler[46] yahut dava arkadaşlığı[47] değerlendirilebilir. Bunun yanında, yargılamaya hakim olan ilkeler ile özellikle ispat ve davanın yürütülmesi bakımından da yasal düzenlemelerin yapılması gerekir. Bu haliyle, hizmet tespit davaları için getirilen ne ihbar gerçek bir ihbar ne de fer'i müdahale gerçek bir fer'i müdahaledir. Kendine has, isabetsiz ve pek çok sorunu hem teorik hem de pratik açıdan içinde barındıran bir düzenleme ile karşı karşıyayız.

---

46 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Budak**, Ali Cem; Medeni Usul Hukukunda Üçüncü Kişilerin Haklarının Korunması, İstanbul 2000, s. 47 vd.

47 Dava arkadaşlığının hangi durumlar için düşünülebileceği hakkında Bkz. **Alangoya**, Yavuz; Medeni Usul Hukukunda Dâva Ortaklığı (Tarafların Taaddüdü), İstanbul 1965 (Tıpkı Basım 1999), s. 53 vd.; **Ulukapı**, Ömer; Medeni Usul Hukukunda Dava Arkadaşlığı, Konya 1991, s. 59 vd.

Kaynakça

Akyol Aslan, Leyla; Medenî Usul Hukukunda Davadan Feragat, Ankara 2011.

Alangoya, Yavuz; Medeni Usul Hukukunda Dâva Ortaklığı (Tarafların Taaddüdü), İstanbul 1965, (Tıpkı Basım 1999).

Alangoya, Yavuz/**Yıldırım**, Kâmil M./**Deren-Yıldırım**, Nevhis; Medenî usul Hukuku Esasları, 7. Bası, İstanbul 2009.

Atalı, Murat; Medenî Usûl Hukukunda Davanın İhbarı, Ankara 2007.

Aydın, Ufuk; Sosyal Sigortalarda Sigortalılık Niteliğinin Kazanılması ve Yitirilmesi, TÜHİS 2/2000, s. 32 vd.

Budak, Ali Cem; Medeni Usul Hukukunda Üçüncü Kişilerin Haklarının Korunması, İstanbul 2000.

Bulut, Mehmet; Türk Hukuk Sisteminde Hizmet Sözleşmesi Gereği Açılan Hizmet Tespit Davaları, TBB Dergisi, 2011/97, s. 94 vd.

Duman, Barış; 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununa Göre Hizmetlerin Tespiti, Ankara 2002.

Eren, Fikret; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, Ankara 2014.

Ermenek, İbrahim; Medenî Usul Hukukunda Davayı Kabul, Ankara 2009.

Güzel, Ali/**Okur**, Ali Rıza/**Caniklioğlu**, Nurşen; Sosyal Güvenlik Hukuku, 14. Bası, İstanbul 2012.

Karslı, Abdurrahim; Medeni Muhakeme Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 2012.

Karslı, Abdurrahim; Usul Hukuku Açısından Rücû Davaları, İstanbul 1994.

Kuru, Baki; Tesbit Dâvaları, Ankara 1963.

Kuru, Baki/**Arslan**, Ramazan/**Yılmaz**, Ejder; Medenî Usul Hukuku, 25. Bası, Ankara 2014.

Kuru, Baki/**Budak**, Ali Cem; Tespit Davaları, B. 2, İstanbul 2010.

Önen, Ergun; Medenî Yargılama Hukukunda Sulh, Ankara 1972.

Özekes, Muhammet; Medeni Usul Hukuku Bakımından Hizmet Tespit ve İşçilik Haklarına İlişkin Davaların Birlikte Açılması, Legal İSGHD, 2004/4, s. 1389 vd.

Pekcanıtez, Hakan; Medenî Usûl Hukukunda Fer'i Müdahale, Ankara 1992.

Pekcanıtez, Hakan/**Atalay**, Oğuz/**Özekes**, Muhammet; Medenî Usûl Hukuku, 14. Bası, Ankara 2013.

Postacıoğlu, İlhan E.; Medeni Usul Hukuku Dersleri, 6. Bası, İstanbul 1975.

Saraç, Coşkun; Sigortalı Hizmetlerin Hükmen Tespiti, Osman Güven Çankaya'ya Armağan, Ankara 2010.

Sözer, Ali Nazım; Türk Sosyal Sigortalar Hukuku, İstanbul 2013.

Tanrıver, Süha; İlâmlı İcra takibinin Dayanakları ve İcranın İadesi, Ankara 1996.

Tuncay, Can/**Ekmekçi**, Ömer; Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 16. Bası, İstanbul 2013.

Ulukapı, Ömer; Medeni Usul Hukukunda Dava Arkadaşlığı, Konya 1991.

Umar, Bilge; Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Bası, Ankara 2014.

Uşan, Fatih; Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları, 2. Bası, Ankara 2009.

Üstündağ, Saim; Medeni Yargılama Hukuku, C. I-II, 7. Bası, İstanbul 2000.

[H]GÜNCEL YARGITAY KARARLARI IŞIĞINDA İHTİYATİ TEDBİRLERDE "YAKLAŞIK İSPAT" VE "İHTİMAL" KAVRAMI

Doç. Dr. Ahmet BAŞÖZEN*

GİRİŞ

Bilindiği üzere, geçici hukuki koruma kavramı ilk kez 6100 sayılı HMK ile yürürlüğe girmiştir. Geçici hukuki koruma türlerinden en bilineni de yine HMK'nın 389 vd. maddelerinde düzenlenen ihtiyati tedbirlerdir. Asıl hukuki korumanın zaman alması ve işin aciliyeti gibi nedenler, ihtiyati tedbir kararlarını giderek önemli hale getirmiştir. Diğer taraftan etkin hukuki himaye açısından da ihtiyati tedbir kararlarının önemi artık kabul görmektedir.

6100 sayılı HMK'nın yürürlüğe girmesinden bu tarafa diğer bazı konularda olduğu gibi HMK'nın ihtiyati tedbirlere ilişkin düzenlemelerinin uygulanmasında da bir takım tereddütler yaşanmış; bir kısmı çözüme kavuşturulmuş; bir kısmında ise halihazır tartışma güncelliğini devam ettirmektedir.

İhtiyati tedbirlerde yaklaşık ispat ölçüsüne yönelik tartışmaların yanında, yoğun diğer bir tartışma da, özellikle ihtiyati tedbir kararlarına karşı temyiz yolunun açık olup olmadığı bağlamında toplanmıştır. Bu tartışma 21/02/2014 tarihli Yargıtay İçtihatları Birleştirme Hukuk Genel Kurulu kararına kadar da güncelliğini devam ettirmiştir. Bu çalışmanın konusu olmamakla birlikte, bilindiği üzere, Yargıtay İçtihatları Birleştirme Hukuk Genel Kurulu, hukuk daireleri arasındaki ihtiyati tedbir kararlarının HMK ve

---

H Hakem incelemesinden geçmiştir.

* Melikşah Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, (ahmetbasozen@hotmail.com)

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Özel Sayı 2014, s. 653-694 (Basım Yılı: 2015)
Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ'e Armağan

HUMK kapsamında temyizine yönelik farklı kararları ve uygulamaları nedeniyle 21/02/2014 tarihinde toplanmış; üçüncü tur oylamada alınan kararla 6100 sayılı HMK'da düzenlenen ihtiyati tedbir taleplerinin reddi kararları ile (m. 391/3), ihtiyati tedbir kararına itiraz üzerine verilen kararlara (m. 394/5) karşı Yargıtay'da müstakil temyiz yolunu kapatmıştır[1].

Bu nedenle bu gün itibarıyla, 6217 sayılı Kanunla HMK'ya eklenen Geçici 3. madde çerçevesinde istinaf mahkemeleri fiilen kurulmadığı ya da kurulamadığı için, Yargıtay İçtihatları Birleştirme Hukuk Genel Kurulu kararı gereği 6100 sayılı HMK'da düzenlenen ihtiyati tedbir taleplerinin reddi kararları ile (m. 391/3), ihtiyati tedbir kararına itiraz üzerine verilen kararlara (m. 394/5) karşı Yargıtay'da müstakil temyiz yolu kapalıdır. Yargıtay İBK'nın gerekçeleri, eleştirileri başka çalışmanın konusudur. Ancak İBK'nın uygulanacağı noktasında tereddüt bulunmamaktadır. Aslında Yargıtay İBK ile sorun geçici bir süre ile çözümlenmiş gözükse de, yerel mahkemece verilen ihtiyati tedbir kararlarının ülke düzeyinde dengeli uygulanma şansı en azından bölge adliye mahkemeleri kurulup istinaf kanun yolu fiilen yürürlüğe girinceye kadar yitirilmiş/ertelenmiş gözükmektedir. Bunun hukuk uygulaması bakımından daha büyük sorunlara yol açma tehlikesi dikkatle değerlendirilmelidir.

6100 sayılı HMK'nın yürürlük tarihi olan 01/10/2011 tarihinden Yargıtay İçtihatları Birleştirme Hukuk Genel Kurulu kararının verildiği 21/02/2014 tarihleri arasında ilk derece mahkemelerinden verilen ihtiyati tedbir taleplerinin reddi kararları ile (m. 391/3), ihtiyati tedbir kararına itiraz üzerine verilen kararlara (m. 394/5) karşı temyiz kanun yoluna başvurulan ve bu şekilde Yargıtay denetimine tabi tutulan az sayıda karar çerçevesinde, Yargıtay'ın ihtiyati tedbir kararlarında yaklaşık ispata bakış açısının incelenmesi de, kanun yolunun kapalı olduğu dönemde ilk derece mahkemeleri bakımından Kanun'un uygulanmasında yol göstereceği düşünüldüğünden bu konu çalışmaya değer bulunulmuştur.

---

1 "İlk derece mahkemelerinden verilen ihtiyati tedbir taleplerinin reddi ve bu taleplerin kabulü hâlinde, itiraz üzerine verilecek kararlara karşı temyiz yoluna başvurulamayacağına" 21/02/2014 tarihinde yapılan üçüncü toplantıda oy çokluğu ile karar verildi." (Yargıtay İçtihatları Birleştirme Hukuk Genel Kurulu Kararı, 21/02/2014, 2013/1 E., 2014/1 K.; RG, 17/04/2014, Sayı: 28975).

Şu an itibariyle ihtiyati tedbir kararlarında yaklaşık ispat kuralının uygulanması konusunda üst mahkeme denetimine yönelik asıl çözüm, yıllardır bir türlü kurulamayan bölge adliye mahkemelerinin kurularak istinaf kanun yolunun fiilen yürürlük kazanması ve HMK'nın 341 ve 362 hükümlerinin uygulanabilir hale gelmesidir. HMK hükümlerinin bir bütün halinde hem ilk derece hem de üst derece yargılamasında tüm olarak yürürlüğe girmesiyle üst mahkemenin ihtiyati tedbirlerde yaklaşık ispat ölçüsüne yönelik devamlılık arzeden tutumu da belirlenerek, bu tartışmalar da ortadan kalkabilecektir.

Bu bağlamda bu çalışmamızda, teorik detaya fazla girmeden, 6100 sayılı HMK'nın yürürlük tarihi olan 01/10/2011 tarihinden Yargıtay İçtihatları Birleştirme Hukuk Genel Kurulu kararının verildiği 21/02/2014 tarihleri arasında ihtiyati tedbir kararlarında yaklaşık ispat ölçüsüne yönelik ilgili kurallara yüksek mahkemenin bakış açısı görülmeye çalışılmıştır.

Belirtmek gerekir ki, yüksek mahkemenin tüm kararlarına ulaşma ve değerlendirme imkanımız fiilen bulunmamaktadır. Bu nedenle, elde edilebilen yargı kararları çerçevesinde konuya yaklaşılmış; kararlarda süreklilik arzeden tartışmalar üzerinde durulmaya çalışılmıştır.

I. İHTİYATİ TEDBİRDE YAKLAŞIK İSPAT ÖLÇÜSÜ VE YARGITAY'IN YAKLAŞIMI

Yargıtay, 6100 sayılı HMK'nın 390. maddesinin 3. fıkrası ile pozitif düzenlemeye kavuşturulan madde metnini hemen hemen tüm kararlarında tekraren belirtmiş; ihtiyati tedbir talep eden tarafın, "*davanın esası yönünden kendisinin haklılığını yaklaşık olarak ispat etmek zorunda*" olduğunu kararlarında önemle vurgulamıştır. Yargıtay'ın yaklaşık ispat ölçüsüne haklı olarak dikkatle vurgu yapması aşağıda verilen örneklerde de görüleceği üzere uygulama birliğinin sağlanması bakımından önem arz etmektedir.

6100 sayılı HMK'nın 390. maddesinin 3. fıkrası, ihtiyati tedbir talep eden tarafın, "*davanın esası yönünden kendisinin haklılığını yaklaşık olarak ispat etmek zorunda*" olduğunu hükme bağlamaktadır. Kanunun açık düzenlemesi gereği, kanun koyucu, ihtiyati tedbir talep eden tarafın haklılığının "*yaklaşık ispat ölçüsü"* ile ispatını aramaktadır.

İspat faaliyetinin amacı bakımından yapılan sınıflandırmaya göre, tam ispat, hâkimde bir olayın gerçekleştiğine dair kanaat sağlamak amacıyla yapılan ispattır[2]. Tam ispatta, hâkimin, iddia edilen olayın gerçekleşip gerçekleşmediğine tam olarak inanması, bu konuda makul ve kabul edilebilir bir şüphenin olmaması gerekir. Ancak hâkimi inandırma faaliyeti, mutlak bir kesinlik olmayıp; hâkimin vicdanen tam kanaate ulaşmasıdır. Kesin delille ispat durumlarında bu kanaate ulaşmak daha kolayken; diğer durumlarda hâkimin mutlak anlamda kesin kanaate ulaşmasından ziyade, vicdani kanaatinin tam olması ve bu kanaate yönelik olarak kabul edilebilir gerekçelerinin bulunması gerekir[3]. Hâkimde oluşan kanaatin derecesi ise, ispat ölçüsü kavramı ile ilişkilidir[4].

Bazı durumlarda tam ispat yerine, hakikate yakın gösterme (inanılır kılma) şeklinde bir ispat söz konusudur. Bu halde, talepte hakkı olma ihtimalinin bulunması yeterli kabul edilmektedir[5]. Yaklaşık ispatta hâkim, ispat edilmek istenen olayı muhtemel görmelidir. Diğer bir ifadeyle, iddia edilen olayın doğru olma ihtimali, doğru olmama ihtimaline göre ağır basmalıdır. Ancak iddia edilen olayın yanlış olma ihtimali de, gözardı edilmemelidir[6].

Yaklaşık ispatın en çok uygulama alanı bulduğu alanlardan biri de, üst ifade ile geçici hukuki himaye tedbirleridir. Bu nedenle geçici hukuki himaye kavramı ile yaklaşık ispat arasında doğrudan yakınlık önemle incelenmelidir. Yaklaşık ispat, geçici hukuki himayenin alt türü olan ihtiyati tedbir kararlarında olduğu gibi, hâkimin çoğu kez acele karar vermesi gereken haller ile delil gösterilmesinin oldukça zor olduğu ve bu sebeple de kesin ispatın beklenemeyeceği hallerde dikkate alınan ispat ölçüsüdür. Kanunda

---

2 **Karslı**, s. 562; **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 295; **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 680-681; **Atalay**, s. 5; **Yıldırım**, s. 47; **Albayrak**, s. 29; **Yılmaz**, Şerh, s. 1632; **Kuru/Arslan/Yılmaz,** s. 572; **Başözen**, s. 18.

3 **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 680.

4 **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 295.

5 **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 295-296. Alman hukukunda yaklaşık (serbest ispat, Freibeweis) ispat, usûl kurallarına uygun olarak ve sadece kanunda katalog olarak sayılan delillere (belge, keşif, tanık, bilirkişi, taraf isticvabı) bağlı kalınmaksızın yapılan ispattır. Tecrübe kurallarına dayalı ispat da bu türden kabul edilmektedir. Bkz. **Lenk,** s. 21.

6 **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 681; ayrıca bkz. **Erişir**, s. 188-189.

belirtilmeyen hallerde hâkim tam ispatı arar[7]. Hâkimde oluşan kanaatin ölçüsü ise, ispat ölçüsü kavramı ile ilişkilidir[8].

Günümüzde dava konusunun korunmasının önemi artık tartışılmamakta; bu önem gün geçtikçe artmaktadır. Teknolojinin, sanayinin karmaşıklaştığı nedeniyle davaların çok hızlı bir biçimde sonuçlanması gerekmektedir. Ancak tam ispatın uygulandığı, bu nedenle de bütün delilerin incelendiği, bütün itiraz ve defilerin tek tek çürütülmesinin gerektiği bir dava sisteminde gelişen ve karmaşıklaşan hukuki uyuşmazlıklara çözüm bulmak hayli zordur. Hızlı müdahalede bulunulmadığı takdirde davanın sonuçlanmasının anlamsızlaşacağı günümüzde geçici hukuki himaye tedbirleri özelinde ihtiyati tedbirler son derece önem arz etmektedir[9].

Kanaatin, objektif (ihtimale dayalı), sübjektif (şahsi), tam ve vicdani kanaat olarak türleri bulunmaktadır[10]. Türk hukukunda genel kabul gören ayrım "kural (yasal) ispat ölçüsü" ile "istisnai ispat ölçüsü" denilen iki ispat ölçüsünün bulunduğu yönündedir. Kural ispat ölçüsü, hâkimin tam vicdani kanaati veya olay iddiasının "gerçek (kesinlik) sınırındaki ihtimali yansıttığı konusunda kanaati arayan "tam ispatı"[11] ifade eder. Buna karşılık istisnai ispat ölçüsü ise, olay iddiasının "ağır basan ihtimali"[12] yansıttığı konusundaki kanaati yeterli sayan "yaklaşık ispat"tır[13].

HMK'nın 198. maddesi (ZPO § 286), Anayasa'nın 138. maddesine uygun şekilde gerçeğe ulaşma noktasında hâkimin vicdani kanaatine uygun

---

7 **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 682; **Yılmaz**, Tedbir, s. 893. HMK'nın düzenleme şekline bakıldığında, serbest ispatın kural ilke olarak kabul edildiği; her türlü delilin kullanılabilir olduğu söylenebilir. Bu durum, gerçeğe ulaşabilme anlamında can yeleği olarak değerlendirilmektedir. Sıkı ispat ise, istisnadır. Kesin deliller ve bunların ispat gücünü ortadan kaldıran hükümler sıkı ispatın tezahürüdür. Bkz. **Yıldırım**, s. 89.

8 İspat ölçüsüne yönelik tartışmalar için bkz. **Başözen**, 112 vd.; **Albayrak**, s. 299 vd.

9 **Albayrak**, s. 70; **Yılmaz,** s. 1632.

10 Bkz. **Greger**, Beweis und Wahrscheinlichkeit**,** s. 113; **Walter**, Freie Beweiswürdigung, s. 148; **Yıldırım,** s. 39; **Gottwald**, Schadenszurechnung und Schadenszuschätzung, s. 186.

11 Vollbeweis.

12 Überwiegende Wahrscheinlichkeit.

13 **Yıldırım,** s. 39-40; **Atalay,** Emare İspatı, s. 15; **Özekes**, s. 219-220. Geniş açıklamalar için bkz. **Başözen**, s. 126 vd.

olarak delillerin değerlendirilmesini temel almıştır[14]. Buradan hareketle sübjektif içeriğe sahip olan "kanaat" kavramı ile objektif içeriğe sahip olan "gerçek" arasında ayrımın dikkatli yapılması gerekmektedir[15]. Alman yargı kararlarında "kanaat (Überzeugung)" kavramıyla "hâkimin şahsi kanaati (persönliche Gewissheit)" anlaşılmaktadır. Hâkimin şahsi kanaati ise, objektif bulgulara dayanır. Alman Medenî Usûl Kanunu § 286 I, bu durumu, "niçin gerçek olduğu ya da olmadığı" şeklinde formüle etmektedir. Buradan hareketle insani bilginin doğası gereği hâkimin kesin kanaatinden ziyade; ihtimal değerlerine ilişkin objektif bilgilerin hâkim tarafından bilinmesinden bahsedilebilir. Bu bilginin ölçüsü, aynı zamanda "gerçek" ölçüsüne de uygun olması gerekeceği için "yüksek" olmalıdır. Bu nedenle Alman hukukunda, ispat ölçüsü olarak "yüksek ihtimal (hohe Wahrscheinlichkeit)"in esas alınacağı genel kabul görmektedir[16]. Doktrinde ileri sürülen bu görüş yargı kararlarına genellikle "kesinlik sınırında ihtimal (an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit)" şeklinde yansımıştır[17]. Ancak Alman hukukunda kabul gören "yüksek ihtimale dayalı (hohe Wahrscheinlichkeit) yasal ispat ölçüsü", bu yasal ispat ölçüsünden uzaklaşılarak başka hukuk normlarıyla da değiştirilebilir. Bu hukuk normları hem maddi hukuk hem de yargılama hukukuna ilişkin yasalar içinde bulunabilir. Hâkim, uyuşmazlık konusu bütün içinde yer alan her bir olayın gerçekleşip gerçekleşmediğine yönelik olarak ihtimalin derecesini tespit ederek şahsi kanaati elde etmişse; ispatın da gerçekleştirilmiş sayılmasına karar verebilmelidir[18].

---

14 Ancak, HMK'nın 198. maddesinin "Kanuni istisnalar dışında…" ifadesi nedeniyle, burada yapılan açıklamalar kısaca, (kusurun ve nedensellik bağının ispatı gibi) takdiri delillerle ispatın mümkün olduğu alanlar temel alınarak yapılmıştır.

15 Türk hukuku bakımından da, ispat ölçüsü ile delillerin değerlendirilmesinin aynı anlama gelmediği kabul edilmekte; delillerin değerlendirilmesinin hakikate veya ihtimale dayandırılabileceği ifade edilmektedir. Bkz. **Yıldırım**, s. 73.

16 **Musielak**, Die Grundlagen der Beweislast, s. 116; **Musielak**, Överviktsprinzip, s. 464; **Baumgärtel**, Beweisrechtliche Studien, s. 178; **Arens**, Zivilprozeßrecht, s. 177, Rn.257; **Prütting**, Gegenwartsprobleme der Beweistlast, s. 86; **Huber**, Das Beweismaß im Zivilprozeß, s. 122; **Huber**, Strukturen richterlicher Überzeugungsbildung im Zivilprozeß, s. 178; **Kollhosser**, Schadenszurechnung und Schadensuschätzung, s. 271; **Engels,** s. 40.

17 "Anastasia Entscheidung", BGH BGHZ 1953, s. 245-256.

18 **Engels,** s. 41.

Türk hukuku bakımından kural (tam) ispat ölçüsü, "vicdani kanaat" olarak da kabul gören tam ispattır[19]. İstisnai ispat ölçüsü ise, ihtiyati tedbir kararlarında açıkça yasal olarak düzenlendiği için "yaklaşık ispat"tır[20]. Burada önemli olan istisnanın hangi durumlarda kabul edilmesi gerektiğidir. Tüm uyuşmazlık tiplerini kapsayan genel bir kapsama alanı belirlemek gerekirse, bir kanuni düzenlemede açıkça belirtilen ve hâkimde tam kanaati oluşturan delillerin gösterilmesinin objektif olarak, ispat yükünü taşıyan taraftan beklenmesinin dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edeceği ispat güçlüğü veya imkânsızlığı hallerinin varlığında kural ispat ölçüsü de düşürülmelidir[21].

İspat ölçüsünün, ispat yükü taşıyan tarafın ispat zorluğu veya imkânsızlığı içinde bulunması durumunda düşürülmesi, yargılamada silahların eşitliği ilkesinin de bir sonucu olarak görülmelidir. Hâkim vereceği kararda, o olaya uygulanacak hukuk normunu ve normun konuluş amacını yorumlayarak, aranan ispat ölçüsünün istisnalara girip girmediğini belirlemelidir. İspat ölçüsünün düşürülmesi ve yaklaşık ispatla yetinilmesi, ancak, takdiri delillerle ispatın geçerli olduğu durumlar içindir. Kesin delillerle ispatlanılması gereken olaylar bakımından (m. 200-201 vs.) kural ispat ölçüsünün düşürülmesinden bahsedilemez[22].

---

19 **Yıldırım,** s. 39-40; **Atalay**, Emare İspatı, s. 15. Geniş açıklamalar için bkz. **Başözen**, s. 126 vd. Alman hukukunda da, "tam kanaat"e ulaşılmasının güç olması nedeniyle "vicdani kanaat"le yetinilmesi ya da başka bir ifade ile bu adla adlandırılması gerektiği, ayrıca ifade edilmektedir. Bkz. **Motsch**, Vom Rechtsgenügend Beweis, s. 96.

20 **Yıldırım,** s. 39-40; **Atalay**, Emare İspatı, s. 15. Geniş açıklamalar için bkz. **Başözen**, s. 126 vd.

21 Bu hallere örnek olarak HMK 390'daki ihtiyati tedbir kararı; İİK m.258'deki ihtiyati haciz kararı; İİK m.177'de yer alan doğrudan iflas nedenleri; ilk görünüş ispatının geçerli olduğu haller (**Yıldırım**, s. 56-57; **Atalay**, Menfi Vakıaların İspatı, s. 44; **Kegel**, Individualanscheinsbeweis, s. 333; **Motsch**, Vom Rechtsgenügend Beweis, s. 27; **Leipold**, Beweismaß und Beweislast im Zivilprozeß, s. 39; **Musielak**, Die Grundlagen der Beweislast, s. 120-123; **Rommé**, s. 157-158; **Pawlowski E.**, s. 13; **Taşpınar**, s. 538, 542); normatif hukuk kavramlarına dayanan olay iddiaları (kusur, ihmal vs.) (**Yıldırım**, s. 56; **Atalay**, Menfi Vakıaların İspatı, s. 44; **Walter**, Freie Beweiswürdigung, s. 205); tecrübe kuralları ile ispatın ve emare ispatının geçerli olduğu olaylar sayılmaktadır. Bkz. **Atalay**, Menfi Vakıaların İspatı, s. 44; **Konuralp**, İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları, s. 22 vd; **Konuralp**, Yazılı Delil Başlangıcı, s. 141-142.

22 **Atalay**, Menfi Vakıaların İspatı, s. 44-45.

Kanaatimize göre de, kesin delilerle ispatın arandığı bu tarz durumlarda hâkimin tam kanaatinden, kural ispat ölçüsünden bahsetmek bile mümkün değildir. Hukuki sorundan önce maddi sorunun çözümlenmesinin amaçlandığı her yargılama disiplininde "ispat gerçekleştirilmiştir" denilebilmesi için, bir ispat ölçütüne ihtiyaç bulunmaktadır. Anayasa'nın 138. maddesinin birinci fıkrası ve HMK'nın 198. maddesi, Türk hukuku bakımından kural ispat ölçüsü olarak, hâkimin "vicdani kanaat"ini esas alan tam ispattır. İstisnai ispat ölçüsü ise, ihtiyati tedbir kararlarında olduğu gibi yaklaşık ispattır. Kanun koyucu, maddi hukuktaki tasarruf özgürlüğüne paralel şekilde, özel hukuk yargılamasında da taraf iradesine üstünlük tanıyarak taraflar arasındaki ilişkiyi, olaylara yabancı hâkim tarafından araştırılmasını uygun görmemiştir[23]. Bu durum, hâkimin Anayasa'nın 138. maddesinde anlamını bulan vicdani kanaatine göre karar vermesine engel değildir. Anayasa'nın 138. maddesinin yanında HMK'nın 198. maddesine göre de, "bu kanunun tayin ettiği haller müstesna olmak üzere hâkim, ikame olunan delilleri serbestçe takdir eder." O halde kural, taraflarca gösterilen delillerin hâkim tarafından serbestçe değerlendirilmesidir. Ancak belirtmek gerekir ki, Türk Hukuku bakımından HMK'nın 198. maddesinin istisnaları, kuraldan daha fazla önem arzeder duruma gelmiştir. Özellikle HMK'nın 200. maddesinde yer alan "senetle ispat kuralı" ile HMK'nın 201. maddesinde yer alan "senede karşı senetle ispat kuralı" bu duruma örnek olarak verilebilir. Senetle ispat kuralı ile senede karşı senetle ispat kuralı gibi istisna düzenlemeler, ilk bakışta Anayasal ispat ölçüsü olan vicdani kanaate aykırı gibi görünse de, Anayasa'nın 138. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler" ibaresi nedeniyle Anayasal ilkenin istisnalarının da bulunabileceği görülmektedir[24]. Bu istisnalar, genellikle, uyuşmazlığın ortaya çıkmasından önce delil hazırlamanın imkân dâhilinde olduğu durumlar içindir[25]. Bu hallerde hâkim, onu çürütecek başka deliller bulunmadığı sürece gösterilen delile göre karar verme durumundadır. Bu gibi durumlarda hüküm verebilme

---

23 **Feyzioğlu**, s. 88-91.

24 **Feyzioğlu**, s. 95.

25 Uyuşmazlık öncesi delil kavramı hakkında bilgi için bkz. **Konuralp**, İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları, s. 30 vd.

anlamında hâkimin tam kanaati aranmaz[26]. Bu nedenle bu tarz kurallar, ispat ölçüsünün istisnası olarak değerlendirilmeli; diğer bir ifadeyle kanun gereği hâkim vicdani kanaate ulaşmış sayılmalıdır. Delillerin hüküm ve kuvveti kanun tarafından belirlendiğinden, bu tarz durumlarda adaletin gerçekleştirilmesi hâkimin keyfiliğinden kurtarılma düşüncesi yatmaktadır. Özel hukuk yargılamasında hâkim Anayasa'nın 138. maddesinin birinci fıkrasının amir hükmü gereği, istisnalar dışında (HMK m. 200-201 vs.) vicdani kanaatine göre karar vermelidir. Bir diğer ifadeyle kanuni deliller dışındaki deliller sözkonusu olduğunda hâkimin verdiği hükmün de vicdani kanaate uygun olduğu kabul edilir. Zira Anayasa m. 138, I'e ilave olarak HMK'nın 198. maddesiyle de hâkime delillerin serbestçe değerlendirilmesi yetkisi verilmiştir[27].

Kanaat matematiksel bir kesinlik taşımadığından, kişilere göre de değişebilir. Gerçekten de insani bilginin doğası gereği hâkimin kesin kanaatinden bahsedilemez[28]. Daha çok ihtimal değerlerine ilişkin objektif bilgilerin hâkim tarafından bilinmesidir. Bu bilginin ölçüsü, aynı zamanda "gerçek" ölçüsüne de uygun olması gerekeceği için yüksek olmalıdır. Hâkimin şahsi kanaati ise, keyfiliğe değil; objektif bulgulara dayanır[29]. Burada önemli olan hâkimin vicdani kanaatidir. Diğer kişilerin, geneli ifade eden toplumun vicdani kanaatinin dikkate alınması veya bunların da sonuçtan tatmin olması sosyolojik açıdan önem arzetse de, hüküm verebilme anlamında yeterli değildir[30]. Burada dikkat edilmesi gereken, vicdani kanaatin tesisinde

---

26 **Feyzioğlu**, s. 95.

27 Alman ve İsviçre hukukunda özel hukuk yargılaması alanında vicdani delil sisteminin benimsendiği konusunda bkz. **Konuralp**, Yazılı Delil Başlangıcı, s. 11-12-14; **Konuralp**, İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları, s. 30.

28 "Muhakemede deliller hiçbir zaman objektif muhakkaklığı yani mutlak belliliği göstermez. Delillerin gösterdiği objektif bakımdan bir ihtimaldir. Buna rağmen, imkân belli bir dereceye varınca ihtimal olduğu gibi, ihtimal de belli bir dereceye gelince kanaat olur. Yani şüphe yenilir ve yerini kanaate bırakır." (Bkz. **Keskin**, s. 78).

29 Bu nedenle delillerin değerlendirilmesi ilkesi, "serbest ispat ölçüsü" olarak kabul edilemez. Bkz. **Maassen**, s. 31; **Yıldırım**, s. 73.

30 Bu kanaatin içeriği Alman hukukunda olduğu gibi, Türk hukukunda da ispat faaliyetinin hedefi olarak makul, ortalama bir kişinin ikna edilmesi (objekleştirme teorisi) veya mutlak anlamda objektif gerçeğin bulunması (objektif teori) yerine, hâkimin ikna edil-

yargılama hukuku kurallarına uyulup uyulmadığıdır[31]. Vicdani kanaat ise, uyuşmazlığı çözmeyi amaçlayan hâkimin, yargılama faaliyeti sonucunda aklını rehber yaparak, kurallar içerisinde kalarak olayın oluş biçimine göre ulaştığı kendi açısından şüpheye yer vermeyen kanaattir. Bu tanımdan hareketle, vicdani kanaatin objektif bir kesinlik içermediği; olayı çözmeyi amaçlayan hâkimin vardığı sonucun doğruluğu noktasında vicdanının rahat olduğu ve hâkimin şüphelerinin bertaraf edildiği noktası önemle vurgulanmalıdır[32].

Kanaatimize göre de, insani bilginin doğası gereği hâkimin kesin kanaatinden bahsedilememesi; daha çok ihtimal değerlerine ilişkin objektif bilgilerin hâkim tarafından bilinmesi; bu bilginin ölçüsünün, aynı zamanda "gerçek" ölçüsüne de uygun olması gerekeceği için, kural ispat ölçüsü olarak hâkimin kesin kanaati yerine yasal ifade olan vicdani kanaati esas alınmalıdır. Ancak belirtmek gerekir ki, hâkimin vicdani kanaati, objektif bir kesinlik içermez. Bu anlamda ispat ölçüsünün yüksek olarak adlandırılabildiği durumlarda da hâkimin vicdani kanaatinden bahsedilebilir. Bu nedenle Alman hukukunda, ispat ölçüsü olarak "yüksek ihtimal (hohe Wahrscheinlichkeit)"in[33] Alman yargı kararlarına yansıdığı biçimi olan "kesinlik sınırında ihtimal (an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit)"in[34] esas alınacağına yönelik düşünceler kesin delillerle ispat kuralları istisna bırakılarak Türk hukuku bakımından da geçerli olmalıdır. Diğer taraftan, yaklaşık ispatın yeterli olacağı durumlarda da, "ağır basan ihtimal

---

mesidir. Bkz. **Atalay,** Menfi Vakıaların İspatı, s. 41. Hâkimin sunulan olaylar zincirinden, somut olayda gerçekleşen zararın doğabileceği konusunda bir kanaate sahip olması gerekli ve yeterli sayılmalıdır. Bkz. **Başpınar**, Vekilin Özen Borcu, s. 210.

31 **Feyzioğlu**, s. 105.

32 **Feyzioğlu**, s. 109.

33 **Musielak**, Die Grundlagen der Beweislast, s. 116; **Musielak**, Överviktsprinzip, s. 464; **Baumgärtel**, Beweisrechtliche Studien, s. 178; **Arens**, Zivilprozeßrecht, s. 177, Rn.257; **Prütting**, Gegenwartsprobleme der Beweistlast, s. 86; **Huber**, Das Beweismaß im Zivilprozeß, s. 122; **Huber**, Strukturen richterlicher Überzeugungsbildung im Zivilprozeß, s. 178; **Kollhosser**, Schadenszurechnung und Schadensuschätzung, s. 271; **Engels**, s. 40.

34 "Anastasia Entscheidung", BGHZ 1953, s. 245-256.

(überwegende Wahrscheinlichkeit)" yaklaşık ispat ölçüsü olarak kabul görmelidir[35].

Hâkim ile hüküm arasında, ispat konusunda, daima bir mesafe kalmaktadır. Tarafların getirdiği malzemeleri, delil gösterilmesi sonucunda inceleyerek, değerlendirerek karar tesis edileceğinden, olayın başka türlü de cereyan etmiş olabileceği ihtimaline hâkim "kesin" olarak "hayır" yanıtı veremez. Gösterilen deliller o olay için mütemadiyen aynı sonucun doğru olduğunu veriyorsa, hâkim çoğu kez, olayın ispatlandığına, gösterilen delillerin ortaya koyduğu durumun hatalı olması için bir neden olmadığına kanaat getirmektedir[36]. Yine burada dikkat edilmelidir ki, hâkimin vicdani kanaati yüzde yüz bir kesinliği içermemekte; karar yüksek ihtimale dayanmaktadır.

Babalığın tespitine yönelik matematiksel hesaplarla yapılan bilirkişi tespitlerinin hâkimin takdir yetkisi çerçevesinde kabul edilerek hükme esas alınması, yüksek ihtimal hesaplarının uygulanması anlamında ilginç bir örnektir. Tıp bilimi belirli kurallar çerçevesinde babalığın tespitini, çocuğun bu babadan olma ihtimalinin % 99'un üzerinde tahmin edildiğini belirleyerek yapar. Başka bir ifadeyle tıp, daha güvenli bir sonuç elde etmeye elverişli tıbbi metotları, kombinasyonları uygular[37]. Tıbbi yöntemlerle ulaşılan en yüksek değere bağlı kalınarak doğru hesaplamanın yapılabilmesi ihtimali, bilirkişi tarafından ulaşılan yüksek ihtimal hesaplarının ispat değerlerinin ölçümlenmesine bağlıdır. Bu şekilde, bilimsel olarak babalığın

---

35 Atalay'a göre de (**Atalay**, Menfi Vakıaların İspatı, s. 43), bir olay iddiasının doğruluğu konusundaki kanaat, aslında o iddianın muhtemel olduğu yolundaki kanaat ile aynı şeydir. Bu anlamda kanaat, iddianın konusu olan somut olayların ispatlanmış sayılabilmesi için kabul edilen ihtimal derecesine ulaşıldığı konusundaki bilinç olarak tanımlanabilir (**Atalay**, Menfi Vakıaların İspatı, s. 43; **Huber**, Das Beweismaß im Zivilprozeß, s. 116; **Koussoulis**, s. 280). Bir olay için kesinlik sınırındaki ihtimal (an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit) derecesi kabul edilmiş ise, tam ispat (Vollbeweis); ağır basan ihtimal derecesi kabul edilmiş ise yaklaşık ispat (Glaubhaftmachung) söz konusu olur (**Atalay**, Menfi Vakıaların İspatı, s. 43; **Yıldırım**, s. 56-67).

36 **Yıldırım**, s. 59; **Greger**, Beweis und Wahrscheinlichkeit, s. 119; **Leipold,** Beweismaß und Beweislast im Zivilprozeß, s. 10; **Habscheid**, Schweizerisches Zivilprozessrecht, s. 380-381.

37 **Motsch**, Vom Rechtsgenügend Beweis, s. 201; **Engels,** s. 35.

tespitinin ispat değeri, yüksek ihtimalle ya da bir diğer ifadeyle kesinliğe yakın bir aralıkta ölçümlenmiş olur[38]. Bu söylenenler ihtimalin pozitif olarak tespitinin bilirkişi tarafından % 99.8 olarak ölçümlendiği durumlar bakımından da geçerlidir[39]. Yüzde oranlarının düşük olduğu durumlarda mahkemenin babalığı onaylaması da zorlaşır[40]. Zira bu tarz durumlarda "yüksek ihtimal" ya da diğer ifadeyle "kesinlik sınırında ihtimal" söz konusu değildir. O halde mahkeme, kesin ispat değeri (% 100) olmasa da, babalığın tespitine vicdanen kanaat getirerek karar verebilmelidir[41]. Bu şekilde hâkimin vicdani kanaati ile verdiği karar bazı durumlarda açıkça çelişebilir. Zira bu tür olaylarda hâkimin tam kanaatinden ziyade, diğer bilimlerin temel kuralları geçerlilik kazanarak da hâkim vicdani kanaati elde edebilir. Bu halde, vicdani kanaatin objektif bir kesinlik içermediği; olayı çözmeyi amaçlayan hâkimin vardığı sonucun doğruluğu noktasında vicdanının rahat olduğu ve hâkimin şüphelerinin ve diğer ihtimallerin bertaraf edildiği noktası önemle vurgulanmalıdır. Ayrıca, babalığın tespitine yönelik bilirkişi tarafından tespit edilen verilere dayalı olarak verilen yüksek ihtimale dayalı kararlarda, hâkimin denetleme imkânının da olmaması nedeniyle, hâkimin sübjektif değerlendirmesi de fazla önem taşımaz. Ancak babalığın tespitine karar veren hâkimin, babalık konusunda gerekli olan yüksek ihtimal derecesine ulaşmış olup olmadığı da tespit edilmelidir. Hâkim delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesi çerçevesinde vicdani kanaate ulaşmak zorunda ise, babalığın tespitine yönelik verdiği kararıyla bu ihtimal derecesine de ulaşmış ve diğer ihtimalleri bertaraf etmiş demektir. Hâkim, ulaşılan yüksek ihtimalin derecesini; karar verebilmek için yeterli olup olmadığını da kararında ayrıca açıklamakla ve gerekçelendirmekle yükümlüdür[42].

Tecrübe kuralları, çok yüksek oranda onaylanmış bir dereceyi ifade edeceğinden, hâkim onaylanmış yüksek dereceli tecrübe kuralları ile tam kanaat edinmeli; bunun aksine yönelik gerekçeler de kabul edilmemelidir.

---

38 **Olzen**, s. 80; **Engels,** s. 35; BGH NJW 1973, s. 1924.

39 **Motsch**, Vom Rechtsgenügend Beweis, s. 216. Babalığın tespitinde % 98 oranında ihtimal ölçümlemesinin geçerli olmadığına yönelik Alman hukukunda mahkeme kararları için bkz. OLG Stuttgart FamRZ, 1972, s. 584.

40 BGH FamRZ 1973, s. 624; **Engels,** s. 36.

41 **Ankermann**, s. 587; **Odersky**, s. 370; **Engels,** s. 36.

42 **Engels,** s. 36.

HMK'nın 390/3. maddesinin gerekçesi de yaklaşık ispat ölçüsünün aranacağı noktasında açıktır: *"Geçici hukukî koruma yargılamasını, asıl hukukî korumadan ayıran diğer bir özellik ispat ölçüsü bakımındadır. Kanunda açıkça öngörülmemişse ya da işin niteliği gerekli kılmıyorsa, bir davada (normal bir yargılamada) yaklaşık ispat değil, tam ispat aranır. Çünkü hâkim, mevcut ispat ve delil kuralları çerçevesinde, tarafların iddia ettiği bir vakıa konusunda tam bir kanaate varmadan o vakıayı doğru kabul edemez. Örneğin, bir alacak davasında taraflardan biri bir sözleşmenin varlığına dayanıyorsa, hâkim bu sözleşmenin varlığı konusunda (mevcut ispat yükü ve delil kuralları çerçevesinde) tam bir kanaate sahip olmalıdır. Yani zayıf veya kuvvetli bir ihtimal, karar vermek için yeterli değildir. Sözleşmenin varlığı konusunda tam kanaat uyanmazsa, o zaman, ispat yükü kendine düşen tarafın aleyhine bir karar verilmesi gerekir. Ancak, kanun koyucu, bazen ya doğrudan kendisi düzenleme yaparak ya da işin niteliği ve olayın özelliği gereği hâkime, bu durumu belirterek, ispat ölçüsünü düşürme imkânı vermiştir. Bu düşürülmüş ispat ölçüsü çerçevesinde, tam kanaat değil, kuvvetle muhtemel, yaklaşık bir kanaat yeterli görülmektedir. Doktrinde bu yön, karar verilmesi için tam ispat ölçüsü yerine yaklaşık ispat ölçüsü olarak ifade edilmektedir. Ancak, yaklaşık ispatla yetinilmiş olması, ispatın aranmayacağı ya da ispat kurallarının tamamen dışına çıkılacağı anlamına gelmez. Bir taraf iddiasını mahkeme önüne ne kadar inandırıcı şekilde getirirse getirsin, bu sadece bir iddiadan ibarettir. İddia edilen vakıanın sabit yani doğru kabul edilebilmesi için, ispat yükü üzerine düşen tarafın, bunu kanundaki delil sistemi içinde yine kanunun aradığı ispat ölçüsü çerçevesinde ispat etmesi gerekir. Tam ispatın arandığı durumlarda, bu ölçü tereddütsüz ortaya konmalıdır. Yaklaşık ispat durumunda ise hâkim o iddianın ağırlıklı ihtimal olarak doğru olduğunu kabul etmekle birlikte, zayıf bir ihtimal de olsa, aksinin mümkün olduğu ihtimalini göz ardı etmez. Bu sebepledir ki, genelde geçici hukukî korumalara, özelde ihtiyatî tedbire ve ihtiyatî hacze karar verilirken, haksız olma ihtimali de dikkate alınarak talepte bulunandan teminat alınması öngörülmüştür. Geçici hukukî korumalarda, bazen karşı tarafın dinlenmemesi, tüm delillerin ayrıntılı bir biçimde incelenmesine yeterli zamanın olmaması gibi sebeplerle, yaklaşık ispat yeterli görülmüştür. Bu çerçevede, aslında ispat ölçüsü bakımından bir yenilik getirilmemekle birlikte, "yaklaşık ispat" kavramı kullanılarak, doktrinde kabul gören ifade*

Tasarıya alınmış, ayrıca burada hem tam ispatın aranmadığı belirtilmiş hem de basit bir iddianın yeterli olmadığı vurgulanmak istenmiştir…"

Yaklaşık ispat ölçüsü hakkında yapılan bu açıklamalar neticesinde, ihtiyati tedbir taleplerinde "*yaklaşık ispat*" ölçüsüne yönelik Yargıtay uygulamalarına şu kararlar örnek olarak verilebilir:

> *"…Ne var ki, istemde HMK'nın 390. maddesinin üçüncü bendindeki şartların bulunması ve haklılığın yaklaşık biçimde ispatlanması da gerekir. Talep bu detayları içermediği gibi, haklılığın ispatı noktasındaki mahkeme değerlendirmesi de hukuka uygun bulunmuştur…" (Yargıtay 23. HD, 02.02.2012, 207/650)*
>
> *"…Tedbir talep eden taraf, öncelikle tedbir istemine ilişkin dilekçesinde dayandığı ihtiyati tedbir sebebini ve türünü açıkça belirtmek ve davanın esası yönünden kendisinin haklılığını yaklaşık olarak, yasal delillerle ispat etmek zorundadır (HMK. m.390/3) ispat ölçüsü ise, "yaklaşık ispat" kuralına göre belirlenir …" (Yargıtay 15. HD, 06.07.2012, 4060/5172)*
>
> *"…İhtiyati tedbir kararının kabul edilebilmesi bakımından tedbir isteyenin haklılığı konusunda tam kanaat değil, kuvvetle muhtemel yaklaşık bir kanaatin yeterli olacağı öngörülmüştür. Davacının iddiasında haklılığını ispat konusunda "tapu ve nüfus kaydı, mirasçılık belgesi, tanık beyanları, keşif, bilirkişi, yemin... gibi" delillere dayanıldığı dava dilekçesiyle sabittir. İhtiyati tedbir talebinin reddine ilişkin kararının doğru ve yasal olduğu söylenemez…" (Yargıtay 1. HD, 10.01.2012, 436/7)*

II. İHTİYATİ TEDBİRDE "İHTİMAL" KAVRAMI VE YARGITAY'IN YAKLAŞIMI

Gerçeğe mutlak şekilde ulaşmanın sınırlılıkları nedeniyle ispatlanmış sayılan her olay, gerçekte ihtimale dayalı bir ispat olarak kabul görür[43]. Bu nedenle, ispat ölçüsüne yönelik teorilerinin ihtimal kavramı (Wahrscheinlichkeit) ile ilişkisi göz ardı edilemez. Bununla birlikte ispat

---

[43] **Musielak**, Die Grundlagen der Beweislast, s. 115; **Huber**, Das Beweismaß im Zivilprozeß, s. 104; **Engels,** s. 28; **Greger**, Beweis und Wahrscheinlichkeit, s. 38; **Gottwald**, Schadenszurechnung und Schadenszuschätzung, s. 193; **Marum**, s. 13.

faaliyetinde asıl sorun, ihtimalin içeriği ve değerinin tespit edilmesindedir. Bu nedenle, Yargıtayın ihtiyati tedbir karar örneklerinde sıklıkla "*kuvvetle muhtemel"* kavramı ile zikrettiği "*ihtimal kavramı*" detaya fazlaca girilmeksizin açıklığa kavuşturulmalıdır.

Objektif ispat ölçüsü teorisinin taraftarları da, ilk planda, mutlak kesinliğe ulaşmadaki sınırlılıkların, sübjektif bilgiler ile giderilemeyeceğini kabul etmektedirler. Ancak, ihtimalin objektif kriterlerle değerlendirilmesi ile ihtimalin derecelerine tam olarak ulaşılabileceğine de işaret etmektedirler[44].

İhtimal kavramı, Alman yargı kararlarında ve doktrinde sürekli kendisine başvurulan sihirli kavramlardandır. Özellikle ispat ölçüsüne yönelik tartışmalarla ihtimal kavramının hem içeriği geliştirilmiş hem de komşu görünümleri ortaya konulmuştur[45]. Bunlara da ihtiyati tedbir kararlarında yaklaşık ispatla ilişkisi çerçevesinde kısaca değinilmelidir.

İhtimal kavramı, doğal bilimler bakımından objektif, sübjektif ve mantıki ihtimal şeklinde sınıflandırılmaktadır[46].

Objektif ihtimal kavramı, olayların sıklığına yönelik olarak istatistikî ve matematiksel ihtimali öne çıkarır. Sıklık teorisine göre[47], ihtimal kavramının temelinde, olayların "*muhtemel*" olmasından ziyade "*elverişli*" olması yatmaktadır[48]. Bu konuda klasik "*zar atılması*" örneği sunulmaktadır[49]: Zar

---

44 **Engels**, s. 28. Marum, somut olayın da böyle gerçekleşmiş olabileceğine dair çürütülemeyen ihtimalden bahsetmektedir. Bu durumda yapılması gereken, "*hayat tecrübelerine göre*", "*düzenli yaşam kurallarına göre*" somut olay bakımından da gerçekleşebilme ihtimalinin ihmal edilmemesidir. Bkz. **Marum**, s. 13.

45 Özellikle bkz. **Musielak,** Överviktsprinzip, s. 455; **Greger**, Beweis und Wahrscheinlichkeit, s. 38; **Engels**, s. 28; **Gottwald**, Schadenszurechnung und Schadenszuschätzung, s. 193.

46 **Musielak**, Överviktsprinzip, s. 455; **Prütting**, Gegenwartsprobleme der Beweistlast, s. 61; **Engels,** s. 28-29; **Gottwald,** Schadenszurechnung und Schadenszuschätzung, s. 191. Ayrıca bkz. **Başözen**, s. 126; **Albayrak**, s. 312.

47 **Engels,** s. 29; **Weitnauer**, Wahrscheinlichkeit und Tatsachenfeststellung, s. 3.

48 Tecrübe kurallarına dayanan sıklık teorisi, ihtimalin istatistiki yorumu olarak da nitelendirilmektedir (**Yıldırım**, s. 60; **Motsch**, Vom Rechtsgenügend Beweis, s. 142-143.

49 **Huber**, Das Beweismaß im Zivilprozeß, s. 79; **Schwab**, Das Beweismaß im Zivilprozeß, s. 453; **Engels,** s. 29; **Wichmann**, s. 384; **Ekelöf**, Beweiswert, s. 347; **Maassen**, s. 64; ayrıca bkz. **Yıldırım**, s. 60.

atışında belirli bir sayıyı atma şansı kural olarak 1/6 (altıda bir); yani % 16,66'dır. O halde belirli bir sayıyı atma şansı anlık değişkenlere bağlı olarak sadece imkân dâhilindedir. Bu nedenle sıklık teorisinde, gözlemlerle elde edilen ve yeterli görülen sayı materyalleri, sıklığa göreceli olarak ulaşma anlamında pratik olarak sınır değeri vermektedir[50]. Bu sıklık, pratikte her bir olaya uygulanmak üzere salt bir tahmin aracı olarak kullanılabilir[51].

Sübjektif ihtimal kavramına göre ise, ancak ciddi bir biçimde akıl süzgecinden geçirilerek elde edilen kişisel tecrübeler, belirli türden olayların gerçekleşme ihtimaline değer katabilir[52]. Bu durumda, kişisel inanışların derecesine, varsayım olarak sübjektif bir değer verilmektedir[53]. Bu nedenle, istatistikî ihtimaller ancak ciddi, mantıklı bir insan süzgecinden geçirilirse hükme esas alınabilir. Bu bakımdan hem objektif hem de sübjektif teori, ulaşılan sayı materyalleri yeterli olduğunda özdeş sonuçlar verebilmektedir. Ancak sübjektif teori, yeterli derecede incelenmiş materyaller bulunmasa dahi, ihtimali içeren hükme izin verebilmektedir[54].

Mantıki ihtimal kavramı ise, ihtimal kavramının açıklanmasında kişisel tecrübelerin temel alınmasını reddederek, tespit edilmiş temel materyallerin tümevarım yoluyla elde edilen sonuçlarının öne çıkarılmasını içerir[55]. O

---

50 **Musielak**, Överviktsprinzip, s. 456.

51 **Weitnauer**, Wahrscheinlichkeit und Tatsachenfeststellung, s. 10. Yıldırım'ın da belirttiği gibi, somut zar üstünde tekrarlanan zar atışları ile sağlanan istatistikî sonuçlardan tespitler yapılır. Teorik olarak sınırsız zar atma sayısı ile somut zarların, zar atışlarının toplam sayısı bir kolektif meydana getirir. Buna göre her bir zar element, zarın her yüzü de bir unsurdur. Unsurların bir araya gelmesine yetecek nispi sıklığa, belirli bir sınır değeri verilir. Tekrarlanan bu kütlevi oluşumda, sadece elementleri tesadüfen oluşanlar kolektifi meydana getirirler. Sonsuz kolektife dayanan teori, mantıken sınırlanamayan fakat pratikte yeterli olacak belirli, tüketilebilir sayıdaki gözlem olaylarla yetinmektedir (Bkz. **Yıldırım**, s. 60).

52 **Musielak**, Överviktsprinzip, s. 456; **Engels,** s. 29; **Koch/Rüβman**, s. 291; **Weitnauer**, Wahrscheinlichkeit und Tatsachenfeststellung, s. 3.

53 **Greger**, Beweis und Wahrscheinlichkeit, s. 39; **Engels,** s. 29; **Nell**, s. 74, 96.

54 **Engels**, s. 29-30.

55 **Musielak**, Överviktsprinzip, s. 457; **Huber**, Das Beweismaß im Zivilprozeß, s. 80; **Greger**, Beweis und Wahrscheinlichkeit, s. 45; **Engels,** s. 30.

halde, objektif teori, amprik çalışmayı (deneme yanılma yöntemini) esas almasına karşılık, mantıki teori ise, sadece saf mantık kurallarına dayanır[56].

Aralarında farklılıklar olmasına rağmen (objektif, sübjektif ya da mantıki) tüm ihtimal teorilerinde ortak olan nokta, deneme yanılma yöntemiyle ya da istatistikî verilerle elde edilen temel materyallerden ihtimali bir sonuca ulaşmaktır. Bu sonuç ise, ortaya çıkan olayların sıklığına bakarak belirli bir varsayımın (ihtimalin) doğruluğunun kabulüne dayanır[57].

Alman hukukunda ilk zamanlarda[58] hükümlerdeki gerekçenin objektif ihtimale dayandırılması eleştirilmekte; doğal bilimlerde ihtimalin sayılara değer atfederek belirlenebileceği, ihtimal kavramının hukuki içerikli anlamlarından bir sonuca ulaşılamayacağı genel kabul görmüştür. Buna göre, ihtimal kavramının, somut olaya dayalı ihtimal içeren hükmün kesinliğiyle karıştırıldığı görülmektedir. İhtimale ilişkin düşünceler, her somut olayda yüzde olarak belirtilen oranlara dayanmamakta; aksine, çoğu durumlarda soyut izlenimlere dayalı deneme yanılma yöntemine, mantıkî ya da istatistikî gözlemlere dayanmakta; tekrarlanan olayların sıklığına bakılarak bir sonuç çıkarılmaktadır. İhtimalin kesinliği (doğruluğu), elde edilen verilerin de doğruluğuna bağlıdır. Verilerin doğruluğu ise, ihtimale dayalı bir hükmün muhtemel olmasından ziyade, verilen hükmün kalitesiyle ilişkilidir[59].

Her ihtimale dayalı sonuç içerisinde bir çekirdek bulunur. Belirli bir varsayımın doğruluğu için, olayların sıklığının ampirik (deneysel) temele dayalı yöntemlerle tespiti gerekir. Bu ise, sıklığa dayalı bir hüküm verilmesine yol açar[60]. Doğal bilimler ve genel olarak tecrübe kuralları da benzer

---

56 **Engels**, s. 30.

57 **Musielak**, Överviktsprinzip, s. 458; **Musielak/Stadler**, Grundfragen des Beweisrechts, Rn.134; **Maassen**, s. 5; **Baumgärtel**, Beweisrechtliche Studien, s. 170; **Greger**, Beweis und Wahrscheinlichkeit, s. 47; **Engels**, s. 30; **Mummenhoff**, Zum Beweismaß im Berufskrankheitenrecht, s. 133; **Gottwald**, Schadenszurechnung und Schadenszuschätzung, s. 191; **Koch/Rüßman**, s. 289, 306, 345.

58 Bkz. **Wassermeyer**, Der prima facie Beweis**,** 46; **Wassermeyer**, Gutachten, s. 16; **Engels**, s. 30; **Döhring**, s. 447.

59 **Engels**, s. 30.

60 **Musielak**, Överviktsprinzip, s. 458; **Greger**, Beweis und Wahrscheinlichkeit, s. 43; **Engels**, s. 31; **Maassen**, s. 6; **Gottwald**, Schadenszurechnung und Schadenszuschätzung, s. 191; **Nell**, s. 61.

şekilde elde edilen verilerin sıklığına bakılarak verilen sıklık hükmüne dayanır. Bilimsel olarak kontrol edilebilir ölçümleme görünümleri de imkân dâhilindedir. Bu yolla sıklığın belirli oranına erişilme amaçlanır. Belirli türdeki olayların tekrarlanmasıyla elde edilen gözlemler ise, hesaplanabilir vicdani yasal ölçüyü gösterir. Bu şekilde belirli şartlar altında belirli sonuçların ortaya çıkacağı ihtimal dâhilinde kabul görür[61].

Hesaplanabilir nitelikteki sıklık esas alınmaksızın objektif temele dayalı bir ihtimali hükümden söz etmek de mümkün değildir. Gündelik yaşamdan kaynaklanan tecrübe kuralları tekrarlanan olayların gözlem sonuçlarına dayanmaktadır. Bu gözlem sonuçları ile varılan hükümde ise, objektif olarak elde edilen ihtimalin sıklığına ilişkin bulgular verilmekte; tecrübelerin toplanmasıyla da benzer olaylara uygulanması sağlanmaktadır. Bu yolla tümevarım yöntemiyle kararlaştırılan yasal ölçülere de pratikte ulaşılmış olur[62].

Bilimsel bilgi ile günlük yaşamdan kaynaklanan tecrübe kuralları arasında söylemlerinin kesinliğinde de farklılıklar bulunmaktadır. Tecrübe kuralı, kural olarak, sadece sübjektif olarak şekillenen tahminlerin daha yüksek ihtimali değerlerini temel alır. Gerçekte de tecrübenin temeli, belirli türdeki olayların gerçekleşip gerçekleşemeyeceği; ya da bu olayların gerçekleşmesine yönelik ihtimalin derecesi ile yakın ilişkilidir[63]. Bu şekilde elde edilen ihtimale dayalı hükmün diğer olaylar için de genel geçer uygulama alanı bulup bulamayacağı sorunu önem arzetmektedir[64]. Bunun gerekliliğini destekleyen bir kısım yazarlar, ağırlıklı olarak objektif, matematiksel, istatistikî ihtimal kavramına geri dönmektedirler[65].

Sübjektif ispat ölçüsü teorisini kabul eden diğer bir kısım yazarlar da, ihtimal kavramının objektif olarak ele alınabileceğini söylemektedirler. Gottwald'e göre[66], hâkimin kararı hem istatistiğe hem de sonuçların ölçüm-

---

61 **Engels**, s. 31.

62 **Musielak**, Överviktsprinzip, s. 459; **Engels**, s. 31.

63 **Engels**, s. 31; **Greger**, Beweis und Wahrscheinlichkeit, s. 56.

64 **Musielak**, Die Grundlagen der Beweislast, s. 93; **Nell**, s. 59, 68, 95.

65 **Weitnauer**, Wahrscheinlichkeit und Tatsachenfeststellung, s. 4; **Maassen**, s. 5; **Gottwald**, Schadenszurechnung und Schadenszuschätzung, s. 191; **Musielak**, Die Grundlagen der Beweislast, s. 112; **Reinecke**, Beweislastverteilung, s. 39, dn.129,44; **Engels**, s. 31-32.

66 **Gottwald**, Schadenszurechnung und Schadenszuschätzung, s. 200, 244, 189.

lenmesine bağlı bir ihtimale dayanabilir. Greger'e göre de[67], ihtimal kavramından ilke olarak ispat kriteri elde edilemese de, mantık kurallarına uygun ihtimallere dayalı karar verilebilir. Sübjektif teorinin temsilcilerinden olan yazara göre, objektif bir bakışla her bir olayın gerçekleşme sıklığı tek başına onun uygulanabilme imkânını belirleyemez. Aksine kişisel kanaate elverişli sübjektif büyüklüğün olmasını gerektirir. Bu nedenle, saf deneysel, istatistikî ya da mantıki ihtimal kavramının her durumda her olaya uygulanabilmesi söz konusu değildir[68].

Salt matematiksel ihtimal kavramının hükme esas alınmasını kabul eden azınlık görüşüne göre, ihtimal; şahsın inanma faaliyetinden tamamen bağımsız olarak değerlendirilmelidir. Zira ihtimal, her nasılsa hesaplanabilir bir büyüklüğe erişmelidir. İddia edilen olayın gerçekliği ancak bu yolla ispatlanabilir[69]. İhtimalin hesaplanabilirliği ile inanma faaliyetinin (kanaatin) büyüklüğünün hesaplanmasına yönelik yapılan çalışmalardan bir sonuç elde edilebilmesi de mümkün değildir[70]. Zira bu ölçümlemeler; matematiksel anlamdaki ihtimal hesapları, gerçekte güvenceli olmayan bir temele dayanır. Bir davada teknik bilirkişilerce, bazı istatistikî ve matematiksel sayılarla, malzemelerin çokluğu ve/veya sıklığı da göz önüne alınarak ihtimal hesapları ölçülebilir olsa da[71], sözkonusu durumlara bakarak genelleştirmeler yap-

---

67 **Greger**, Beweis und Wahrscheinlichkeit, s. 49, 55, 148.

68 **Nell**, s. 60, 96, 74; **Engels**, s. 32.

69 **Schreiber**, s. 24; **Weitnauer**, Wahrscheinlichkeit und Tatsachenfeststellung, s. 3.

70 **Schreiber**, s. 24. Her ispat aracı, ihtimali olarak ispat değeri taşır. Hâkimin delilleri takdir etmesi ise, bir ispat değeri olan ispat araçlarının hâkim tarafından kombinasyon yapılmasıyla; başka bir ifade ile ihtimalin hesaplanmasıyla tespit edilebilir (Bkz. **Engels**, s. 32, dn.141).

71 Babalığın tespiti davaları bu duruma örnek oluşturur. Babalığın tespiti davalarında matematiksel hesaplar yapılarak babalığa ulaşılmaktadır. Çoğu durumlarda % 99,8 gibi rakamlar ilke olarak babalığın ispatına yeterli kabul edilmekte; % 100'lük oran aranmamaktadır. Ancak kural olarak salt matematiksel oranlara bakarak ispatın gerçekleştirilmiş sayılması için bu oran yeterli olmamalıdır. Bu durum ispat yüküne yönelik kuralların maddi hukukta düzenlenmiş olmasından kaynaklanmaktadır (**Reinecke,** Beweislastverteilung, s. 65). Bu nedenle gerek matematiksel yollardan gerekse diğer yollardan ulaşılan ispat değeri, bu olaylar bakımından, ispat yükü de nazara alınarak değerlendirilmeli; bir sonuca ulaşılmalıdır (**Engels**, s. 33, dn.142).

mak doğru olmaz. Ayrıca doğal bilimlere dayalı ihtimal hesaplarının ölçüsünün objektif bir temele ulaşmasına yönelik çabalar da desteklenmelidir[72].

Hâkim, güvenceli bilimsel bilgiye ulaşması durumunda, onu değerlendirerek kararına temel yapabilir. Karar, ihtimali sonuçları içeren bilgilere dayalı olduğu için hâkim, kararında bunları da değerlendirmelidir. Çünkü ihtimal kavramının objektif, saf mantıksal ya da matematiksel anlamını göz önüne alarak hâkimin delillerin takdirinden kaçınması da düşünülemez. Her bir somut olay bakımından verilen ihtimale dayalı hüküm, hâkim tarafından (gerekçeleriyle) açıklanmak zorundadır. Hâkim, tecrübe kurallarının da yardımıyla önüne sunulan olayları değerlendirmelidir. Ayrıca değerlendirme sırasında istatistiğin ve mantığın metotları da tatbik edilebilir. Bu şekilde tam olarak ölçülebilir bir değere ulaşma sağlanamayabilir. Ancak hâkim, delilleri değerlendirme ilkesine göre (m.198), objektif bir temele dayalı sınırlar içerisinde kalmak üzere sonuca yönelik sübjektif tahminler yapabilir. Hâkimin ihtimal hesaplarına bağlı kalarak kişisel inanma faaliyetini yerine getirmemesi, ihtimal ile diğer nedenleri tartışmaması, hatta hâkimin şahsi kanaatinin aranmaması doğru olmaz[73]. Diğer taraftan objektif ihtimalin ölçüsünün de hesaplanabilmesi mümkün değildir. Hâkim, kendisine sunulan ispat araçlarını tam olarak değerlendirerek sonuca ulaşmalıdır. Aksi halde hâkimin gerçeğe ulaşma, davayı aydınlatma çabaları sonuçsuz kalabilir[74]. Ancak, hâkimin önüne sunulan ispat araçlarının tümünü tüketmemesi tehlikesi, bu yazarlar bakımından, ihtimal kavramından ayrı olarak değerlendirilmektedir[75].

Özetlemek gerekirse, salt hukuki anlamda ihtimal kavramının mümkün olmadığı; aksine hukuki ihtimalin, bilimsel ihtimal teorilerinin ortak nüvelerine bakılarak oluşturulduğu açıktır. İleri sürülen olayın gerçekte gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespitine yönelik karar, gerçekte, yeterli derecede ulaşılan ihtimalden elde edilen kanaatin beyanıdır. Diğer taraftan, hâkimin ulaştığı sübjektif kanaat ile ihtimallerin belirli derecelerinin kombinasyonlarından, ispat ortaya çıkar. İhtimal, başkası tarafından gerçekleştirilemeyen,

---

72 **Engels**, s. 33.

73 **Bruns**, Beweiswert, s. 66; **Engels**, s. 34.

74 **Nell**, s. 114.

75 **Engels**, s. 34.

sadece hâkimin kanaati temeline dayanır[76]. Hâkim, belirli ihtimal derecelerinin büyüklüğünü dikkate alınacak derecede belirlemiş olsa da, bu durum bile hâkimin delilleri takdiri ilkesini (m. 198) ortadan kaldırmaz. İhtimale ilişkin değerler, yeni ispat kurallarının ortaya çıkmasına yol açmaz. İspat kuralları hâkime ispat araçlarını belirli usûli kurallar çerçevesinde değerlendirme yetkisi tanır. Hâkim, bunu yapabilme anlamında, öncelikle, ispat araçlarının ispat değerini takdir etmelidir. İspat ölçüsünün belirlenmesi, hâkimin delilleri takdirini etkilemez. Zira ispat ölçüsü, hâkimde, ancak gerekli olan olayların ispat edilip edilmediğine yönelik kanaat oluştuktan sonra gündeme gelebilir[77].

"İhtimale dayalı kanaat teorileri"[78] ispat ölçüsü olarak gerekli ihtimal derecesinin tespitine dayanır. Doktrinde ihtimalin farklı derecelendirmelerine rastlamak mümkündür. Sadece yüzdelerle ifade edilen istatistiğe dayalı ispatta bile, farklı derecelendirmeler sözkonusu olabilir. Ekelöf'e göre[79], bir olayın ispatında ihtimalin derecesi, "kanaat verici (glaubhaft)", "muhtemel (vermutlich)", "açık (offenbar)" ve "sabit (erwiesen)" olmalıdır. Bender'e göre de[80], yüzdelerle ifade edilen istatistikî bilgiler sınıflandırılmalıdır. Örnek olarak % 99,8 ve üzerindeki oranlar olayın ispatında "tam kanaat (überzeugung von Wahrheit)" sağlarken; % 75 ve üzerindeki oranlar "yüksek ihtimal (hohe Wahrscheinlichkeit)"; % 50 ve üzerindeki oranlar "ağır basan ihtimal (überwiegende Wahrscheinlichkeit)"; bunun altındaki oranlar ise "düşük ihtimal (geringe Wahrscheinlichkeit)" olarak adlandırılmalıdır. Huber'e göre ise[81], ihtimal değerlerinin bölümlenmesi "kesin ihtimal (sicher Wahrscheinlichkeit)", "yüksek ihtimal (hohe Wahrscheinlichkeit)" ve "ağır basan ihtimal (überwiegende Wahrscheinlichkeit)" şeklinde olmalıdır. Bu şekilde ihtimal değerleri sayı cetvelinde 0 ve -1 ile 0,5 ve 1 aralığında

---

76 **Baumgärtel**, Beweisrechtliche Studien, s. 171; **Huber**, Das Beweismaß im Zivilprozeß, s. 116; **Engels,** s. 34; **Musielak**, Grundfragen des Beweisrechts, s. 428, dn. 20.

77 **Engels**, s. 35.

78 "Wahrscheinlichkeitsüberzeugungstheorie". **Musielak**, Grundfragen des Beweisrechts, s. 115 vd.; **Engels**, s. 36; **Huber**, Das Beweismaß im Zivilprozeß, s. 89.

79 **Ekelöf**, Beweiswert, s. 352; **Bolding**, s. 61.

80 **Bender**, s. 258; **Yıldırım**, s. 36.

81 **Huber**, Das Beweismaß im Zivilprozeß, s. 114 vd.

olmalıdır. Nihayet Musielak'a göre de[82], yargı kararlarında belirtilen "kesinlik sınırında ihtimal (an Sicherheitgrenzender Wahrscheinlichkeit)", "daha büyük oranda ihtimal (grosser Wahrscheinlichkeit)", "ağır basan ihtimal (überwiegende Wahrscheinlichkeit)" kavramları reddedilmelidir.

İhtimal değerlerinin belirli oranlarla ve/veya kavramlarla sınırlandırılarak ifade edilmesi, olayların değerlendirilmesinde hâkime yol gösterebilirse de, ihtimale dayalı kavramların yargı kararlarına dayandığı ve bu yargı kararları çıkış noktası alınarak ihtimal kavramının açıklanmaya çalışıldığı unutulmamalıdır[83]. İhtimale dayalı yargı kararları "ağır basan ihtimal (überwiegende Wahrscheinlichkeit)"den "yeterli derecede ihtimal"e, "daha yüksek (hoher) ihtimalden" "kesinlik sınırında ihtimal (an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit)"e kadar ihtimalin farklı derecelendirmelerini içermektedir. Alman yargı kararlarında geçen bu ifadelere bakıldığında, yasal ispat ölçüsünün hem sübjektif ispat ölçüsü teorisini savunan bazı yazarların hem de objektif ispat ölçüsünü savunan yazarların lehine içeriğe sahip olduğu söylenebilir. Bu şekilde kimi zaman ispat ölçüsü düşürülerek kimi zaman da yükseltilerek yasal ispat ölçüsünden sapmaların olduğu görülebilmektedir[84].

Türk Hukuku bakımından yasalarımızda, yasal ispat ölçüsü ve düşürülmüş ispat ölçüsünün içeriğine yönelik düzenlemeler yer almaktadır. Anayasa'nın 138. maddesinde hâkimlerin vicdanî kanaatlerine göre karar verecekleri belirtilmektedir. Bu kanaatin içeriği Alman hukukunda olduğu gibi, Türk hukukunda da ispat faaliyetinin hedefi olarak makul, ortalama bir kişinin ikna edilmesi (objekleştirme teorisi) veya mutlak anlamda objektif gerçeğin bulunması (objektif teori) yerine; hâkimin ikna edilmesidir[85].

İspat ölçüsüne yönelik bir takım düzenlemeler ise, ispatın gerçekleştirilebilmesi için kolaylaştırma öngörür. Böylelikle yasal ispat ölçüsüne yönelik kurallardan başka bir düzenlemeyle istisnalar getirilmektedir[86]. Bu tarz düzenlemelerde, "tam ispatın (Vollbeweises)" yerine hâkimde bir kanaatin

---

82 **Musielak**, Grundfragen des Beweisrechts, s. 113.

83 **Engels**, s. 37.

84 **Engels**, s. 37.

85 **Atalay**, Menfi Vakıaların İspatı, s. 41.

86 **Baumgärtel**, Beweisrechtliche Studien, s. 176; **Peters, F.**, s. 528.

oluşması (eine Glaubhaftmachung) aranır[87]. Greger'in "objektif yasal ispat ölçüsü"nün bulunmadığı görüşü kabul edilirse, ispat ölçüsü değişmeksizin, olayın gerçekleştiğine yönelik hâkimin şahsi kanaatinin tespitinin anlamı olmaz. Zira şahsi kanaat, ispat ölçüsünü belirlemektedir. Diğer taraftan, ispatın kolaylaştırılmasına yönelik düzenlemeler, ilke olarak, maddi hukuk kuralları içinde yer alır. İhtimal kavramının, maddi hukuka yönelik sonuçları olduğundan, salt usûle ilişkin yardımcı araç olarak da değerlendirilemeyeceği gibi; aynı zamanda somut olayın tüm unsurlarını kapsadığı da söylenemez[88].

Bir görüşe göre (Überwiegendprinzip)[89], "ağır basan ihtimal (überwiegende Wahrscheinlichkeit)" yasal ispat ölçüsü olarak kabul edilmeli ve bir olayın ispatlanmış sayılabilmesi bakımından yeterli olabilmelidir. Ağır basan ihtimalde bölümlenme ise, dava konusu olay "ihtimal dâhilinde" ya da "ihtimal dışı" şeklindedir. Ağır basan ihtimal, ispat edilen olaya uygun ise, olay ispat edilmiş sayılır. Bu yolla ispatı gerçekleştirmekle yükümlenmiş olan tarafın işi kolaylaştırılmış olur. Salt ispat ölçüsünün düşürülerek ispatın kolaylaştırılması gerekli değildir. Bu şekilde ağır basan ihtimale dayalı ispat ölçüsü vasıtasıyla ispat yükünün belirlenmesine yönelik kurallar da gereksiz olmakta[90] ya da sadece olaylar bakımından üzerinde mutabık kalınan ihtimaller gerekli olmaktadır[91]. İspat yükü kendisine düşen tarafın, olayı, ağır basan ihtimalle ispatlaması halinde, ispat yükünü yerine getirmiş sayılmasına karar verilmelidir[92]. Zira dava sürecinde olayın tespitindeki noksanlıklar,

---

87 **Engels**, s. 38; Bkz. **Prütting**, Gegenwartsprobleme der Beweistlast, s. 83.

88 **Engels**, s. 38; bkz. **Atalay**, Menfi Vakıaların İspatı, s. 44.

89 Bkz. **Motsch**, Vom Rechtsgenügend Beweis**,** s. 34, 72 vd.; **Motsch**, Vom Prozeß als Beweis zum Überwiegensprinzip, s. 335; Maassen'e göre, özellikle nedensellik bağının ispatında ispat ölçüsü düşürüldüğünden yasal ispat ölçüsü de "kesinlik sınırında ihtimal (an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit)" ölçüsüne uygun olmalıdır (**Maassen**, s. 54).

90 Bu ibarenin karşı anlamından ağır basan ispat ölçüsünün yasal olarak aranmadığı emarelerle ispat durumları anlaşılmalıdır. Bkz. **Maassen**, s. 7; **Baur/Grunsky**, s. 147, Rn 178a.

91 **Kegel**, Individualanscheinsbeweis, s. 336; **Motsch**, Vom Prozeß als Beweis zum Überwiegensprinzip, s. 335; **Grunsky**, Wahrscheinlichkeitsurteile, s. 858; **Engels**, s. 38.

92 **Peters C.**, s. 68; **Kegel**, Individualanscheinsbeweis, s. 335.

bireysel veya sosyal zararlara yol açabilir. İşte ağır basan ihtimale dayalı ispat ölçüsü yoluyla bu zararlar minimize edilebilir[93].

Kanaatimize göre de, bu tarz "ağır basan ihtimal (überwiegende Wahrscheinlichkeit)"e dayalı bir ispat ölçüsü temel alınarak verilen kararlar, gerçekte yasal temele dayalı kurallara aykırılık oluşturması nedeniyle, haklı olarak, tam ispat ölçüsü olarak kabul edilmemelidir. Alman Medenî Usûl Kanunu § 286 (m.198), ispatı gerekli olan olayların gerçekte gerçekleşip gerçekleşmediğinin hâkim tarafından değerlendirilmesi temeline dayanır. Bu yolla hâkim, taraflarca ileri sürülen olayların gerçekleşip gerçekleşmediğini, ispatın objektif temellerini kesin veya yüksek gibi ifadelerle açıklamalıdır. Bunun yapılması ise "ağır basan ihtimal" ile aynı şey değildir[94]. Diğer taraftan yasal düzenlemeler içerisinde ispat yükünün dava sürecinde yer değiştiğine yönelik düzenlemeler bulunmamaktadır. İspat yükünü üzerinde taşıyan taraf, olayları ispat edememenin riskine katlanır[95]. Daha yüksek ihtimalli bir ispat ölçüsü temel alınarak, açıklanan ağır basan ihtimal kavramının güvenilirliği de sorgulanmalıdır. % 49 ile % 51 arasındaki ihtimale dayalı olarak verilen karar aralığı çok dar kalmaktadır. Ayrıca ağır basan ihtimal kavramı nicel olmaktan ziyade, bir eğilimi ifade eder[96]. Bu nedenle ağır basan ihtimal temel alınarak karar verilmesi, hâkimin yeterli kanaate ulaşmaksızın salt eğilime dayalı karar vermesi anlamına gelir. Bunun aksine davranış ise, ispat yükü kuralı temel alınarak hâkimin uyuşmazlığı nihayetinde çözüme bağlaması sonucunu doğurur[97]. Özellikle tazminat taleplerinde yasal kural bulunmaksızın ispat ölçüsü olarak ağır basan ihtimalin kullanılması, sorumluluk hukukunun talep normlarının sonu belli olmaz şekilde genişletilmesi tehlikesini de beraberinde getirir[98]. Eğer ağır basan ihtimal, yasal ispat ölçüsü olarak kullanılırsa, ispat ölçüsünü sağlayan ya da düşüren

---

93 **Maassen**, s. 7, 54.

94 **Hainmüller**, Beweisprobleme im Schadenersatzprozeβ, s. 333; **Engels**, s. 39; **Motsch**, Vom Rechtsgenügend Beweis, s. 35.

95 **Maassen**, s. 7; **Bender**, s. 252; **Engels**, s. 39.

96 **Motsch**, Vom Rechtsgenügend Beweis, s. 34.

97 **Gottwald**, Besprechung der Gedächnisschrift für Jürgen Rödig, s. 475.

98 **Prütting**, Freie Beweiswürdigung, s. 815; **Baumgärtel**, Beweismaß und Beweislast, s. 230.

ihtiyati tedbir kararlarında yaklaşık ispat şeklindeki yasal normların da anlamı olmaz[99].

Yaklaşık ispat ölçüsü çerçevesinde ihtimal kavramı ile ilgili olarak yapılan bu açıklamalar neticesinde, Yargıtay, aşağıda örneği verilen ihtiyati tedbir kararlarında yaklaşık ispat ölçüsünü tespit ederken, ihtimal kavramını da kararlarında vurgulayarak kullanmıştır. Bu kararlarda ihtimal, yukarıda çerçevesi çizilmeye çalışıldığı üzere, "*zayıf bir ihtimal de olsa aksinin mümkün olduğu ihtimalinin gözetilmesi"dir*:

"...Tedbir talep eden taraf, öncelikle tedbir istemine ilişkin dilekçesinde dayandığı ihtiyati tedbir sebebini ve türünü açıkça belirtmek ve davanın esası yönünden kendisinin haklılığını yaklaşık olarak, yasal delillerle ispat etmek zorundadır (HMK. m. 390/3) ispat ölçüsü ise, "yaklaşık ispat" kuralına göre belirlenir. Yaklaşık ispat kuralının uygulanmasında hakim, iddianın ağırlıklı ihtimal olarak doğruluğunu kabul etmekle birlikte, zayıf bir ihtimal de olsa aksinin mümkün olduğu ihtimalini de gözetmelidir. Bu sebepledir ki ihtiyati tedbire karar verilirken, haksız olma ihtimali de dikkate alınarak talepte bulunandan kural olarak teminat alınır... İhtiyati tedbir şartları mevcut değilse, Yasa'nın öngördüğü ölçüde ispat edilememişse, ihtiyati tedbir isteminin reddine karar verilmelidir..."(Yargıtay 15. HD, 06.07.2012, 4060/5172)

"...Dava, inanç sözleşmesine dayalı tapu iptal ve tescil, protokollerin feshi, tazminat ile ihtiyati tedbir istemidir... İhtiyati tedbir kararının kabul edilebilmesi bakımından ihtiyati tedbir isteyenin haklılığı konusunda tam kanaat değil, kuvvetle muhtemel yaklaşık bir kanaatin yeterli olacağı öngörülmüştür. Yerel mahkemece gerektiğinde davalının muhtemel zararlarının karşılanması amacıyla uygun bir miktarda teminat da alınarak ihtiyati tedbir talebinin kabulüne karar verilmesi gerekir..."(Yargıtay 1. HD, 24.05.2012, 6976/6023)

"...Geçiçi hukuki koruma yargılamasını asıl hukuki koruma yargılamasından ayıran özelliklerden biri ispat ölçüsü noktasındadır. HMK'nın ihtiyati tedbirle ilgili 390. maddesinin gerekçesinde geçici hukuki korumalarda ispat hususu üzerinde durulmuştur." Kanun da açıkça öngörülmemişse

---

99 **Engels**, s. 39-40; benzer şekilde bkz. **Prütting**, Gegenwartsprobleme der Beweistlast, s. 80; **Arens**, Zivilprozeßrecht, s. 178, Rn. 258.

ya da işin niteliği gerekli kılmıyorsa, bir davada (normal bir yargılamada yaklaşık ispat değil, tam ispat aranır. Çünkü, hakim, mevcut ispat ve delil kuralları çerçevesinde, tarafların iddia ettiği bir vakıa konusunda tam bir kanaate varmadan o vakıayı doğru kabul edemez. Örneğin, bir alacak davasında taraflardan biri bir sözleşmenin varlığına dayanıyorsa hakim bu sözleşmenin varlığı konusunda (mevcut ispat yükü ve delil kuralları çerçevesinde) tam bir kanaate sahip olmalıdır. Yani, zayıf veya kuvvetli bir ihtimal, karar vermek için yeterli değildir. Sözleşmenin varlığı konusunda tam kanaat uyanmazsa o zaman ispat yükü kendisine düşen tarafın aleyhine bir karar verilmesi gerekir Ancak kanun koyucu bazen ya doğrudan kendisi düzenleme yaparak ya da işin niteliği ve olayın özelliği gereği hakime, bu durumu belirterek, ispat olgusunu düşürme imkanı vermiştir. Bu düşürülmüş ispat ölçüsü çerçevesinde, tam kanaat değil, kuvvetle muhtemel, yaklaşık bir kanaat yeterli görülmektedir. Doktrinde bu yön karar verilmesi için tam ispat ölçüsü yerine yaklaşık ispat ölçüsü olarak ifade edilmektedir. Ancak, yaklaşık ispatla yetinilmiş olması, ispatın aranmayacağı ya da ispat kurallarının tamamen dışına çıkılacağı anlamına gelmez. Bir taraf iddiasını mahkeme önüne ne kadar inandırıcı şekilde getirirse getirsin, bu sadece bir iddiadan ibarettir. İddia edilen vakıanın sabit yani doğru kabul edilebilmesi için, ispat yükü üzerine düşen tarafın bunu kanundaki delil sistemi içinde yine kanunun aradığı ispat ölçüsü çerçevesinde ispat etmesi gerekir. Tam ispatın arandığı durumlardan bu ölçü tereddütsüz ortaya konmalıdır. Yaklaşık ispat durumunda ise hakim, o iddianın ağırlıklı ihtimal olarak doğru olduğunu kabul etmekle birlikte, zayıf bir ihtimal de olsa, aksinin mümkün olduğunu gözardı etmez. Bu sebepledir ki, genelde geçici hukuki korumalara, özel de ihtiyati tedbire ve ihtiyati hacze karar verilirken haksız olma ihtimali de dikkate alınarak talepte bulunandan teminat alınması öngörülmüştür. Geçici hukuki korumalarda, bazen karşı tarafın dinlenmemesi, tüm delillerin ayrıntılı bir biçimde incelenmesine yeterli zamanın olmaması gibi sebeplerle yaklaşık ispat yeterli görülmüştür. Bu çerçevede aslında ispat ölçüsü bakımından bir yenilik getirilmemekle birlikte, "yaklaşık ispat" kavramı kullanılarak doktrinde kabul gören ifade tasarıya alınmış, ayrıca burada hem tam ispatın aranmadığı belirtilmiş hem de basit bir iddianın yeterli olmadığı vurgulanmak istenmiştir (HMK'nın 390. Madde Gerekçesi)…" (Yargıtay 21. HD, 26.09.2012, 13821/15625)

III. İHTİYATİ TEDBİRDE DAVANIN ESASI BAKIMINDAN HAKLILIĞIN TESPİTİNE YARGITAY'IN YAKLAŞIMI

Yargıtay'ın HMK'nın yürürlüğe girmesinden sonraki ihtiyati tedbir taleplerinde ispata yönelik çoğu kararlarına baktığımızda "yaklaşık ispat ölçüsü"nün kabul gördüğü, tam ispatın aranmadığı görülebilmektedir. Diğer bir ifade ile Yargıtay kararlarında ihtiyati tedbirler bakımından yasal ispat ölçüsünün yaklaşık ispat ölçüsüne düşürülmesinde sıkıntı çekilmemektedir.

Ancak, burada dikkat edilmesi gereken diğer yön, yasal ispat ispat ölçüsünün yaklaşık ispat ölçüsüne düşürüldüğü durumlarda davanın esası bakımından haklılığın yaklaşık ispat ölçüsünün tespitinde, o dava bakımından geçerli olan delil sisteminin geçerli olup olmayacağı hususudur.

Bir görüşe göre[100], ihtiyati tedbirlerde yaklaşık ispat durumunda kural olarak hem delil serbestisi hem de delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesinin geçerli olduğudur. Dolayısıyla tedbir talep eden taraf iddiasını (asıl dava konusundaki haklılığını) kural olarak bütün deliller ile ispatlayabilir.

Bu konuda diğer görüş ise[101], mahkemenin önüne gelen uyuşmazlık bakımından kesin delille ispatı öngörülen hususların kesin delillerle ispat edileceği; ancak buradaki ispat ölçüsünün düşürüleceğidir. Örnek olarak, noterde yapıldığı iddia edilen kat karşılığı inşaat sözleşmesine dayalı olarak açılan tapu iptali ve tescili davasında, davacı dava konusu üzerinde ihtiyati tedbir kararı talep ettiğinde kat karşılığı inşaat sözleşmesinin davanın esasına yönelik haklılık koşulu nedeniyle mahkemeye sunulması aranmalıdır. Bu durumda sunulan belgenin karşı tarafın itirazına uğrayıp uğramadığı, geçerli olup olmadığı yargılama sırasında incelenerek mahkemece karara bağlanır. Buna karşılık, taraflar arasında senetle ispat kuralı çerçevesinde akdedilen bir sözleşmenin mahkemeye sunulması ve bu sözleşmeye yönelik geçerlilik şartlarında ilk bakışta bir eksiklik görülememesi durumunda, hakim tam bir kanaate sahip olamasa bile, talepte bulunanın haklı olma ihtimalini kuvvetle muhtemel gördüğü için tedbire karar verebilmelidir.

Kanaatimizce de, ihtiyati tedbirlerde mahkemenin önüne gelen uyuşmazlık bakımından kesin delille ispatı öngörülen hususlar kesin delillerle

---

100 **Albayrak**, s. 193.

101 **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 1026-1027; **Özekes**, s. 226-227.

ispat edilmelidir. Zira kesin delilerle ispatın arandığı durumlarda hâkimin tam kanaatinden, kural ispat ölçüsünden bahsetmek bile mümkün değildir. Hukuki sorundan önce maddi sorunun çözümlenmesinin amaçlandığı her yargılama disiplininde "ispat gerçekleştirilmiştir" denilebilmesi için, bir ispat ölçütüne ihtiyaç bulunmaktadır. Anayasa'nın 138. maddesinin birinci fıkrası ve HMK'nın 198. maddesi, Türk hukuku bakımından kural ispat ölçüsü olarak, hâkimin "vicdani kanaat"ini kabul etmektedir. İstisnai ispat ölçüsü ise, belirtildiği üzere, ihtiyati tedbir kararlarında olduğu gibi yaklaşık ispattır. Hâkim, Anayasa'nın 138. maddesine göre vicdani kanaatine göre karar vermelidir. Anayasa'nın 138. maddesinin yanında HMK'nın 198. maddesine göre de, "kanuni istisnalarının dışında hakim delilleri serbestçe değerlendirir". O halde kural, taraflarca gösterilen delillerin hâkim tarafından serbestçe değerlendirilmesidir. Ancak belirtmek gerekir ki, Türk hukuku bakımından HMK'nın 198. maddesinin istisnaları, kuraldan daha fazla önem arzeder duruma gelmiştir. Özellikle HMK'nın 200. maddesinde yer alan "senetle ispat kuralı" ile HMK'nın 201. maddesinde yer alan "senede karşı senetle ispat kuralı" bu duruma örnek olarak verilebilir. Senetle ispat kuralı ile senede karşı senetle ispat kuralı gibi asıl kural haline gelen istisna düzenlemeler, ilk bakışta Anayasal ispat ölçüsü olan vicdani kanaate aykırı gibi görünse de, Anayasa'nın 138. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler" ibaresi nedeniyle Anayasal ilkenin istisnalarının da bulunabileceğini gösterir[102]. Bu istisnalar, genellikle, uyuşmazlığın ortaya çıkmasından önce delil hazırlamanın imkân dâhilinde olduğu durumlar içindir[103]. Bu hallerde hâkim, onu çürütecek başka deliller bulunmadığı sürece gösterilen delile göre karar verme durumundadır. Bu gibi durumlarda hüküm verebilme anlamında hâkimin tam kanaati aranmaz[104]. Bu nedenle bu tarz kurallar, ispat ölçüsünün istisnası olarak değerlendirilmektedir. Bu halde, diğer bir ifadeyle, hâkim, kanun gereği vicdani kanaate ulaşmış sayılmalıdır. Delillerin hüküm ve kuvveti kanun tarafından belirlendiğinden, bu tarz

---

102 **Feyzioğlu**, s. 95.

103 Uyuşmazlık öncesi delil kavramı hakkında bilgi için bkz. **Konuralp**, İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları, s. 30 vd.

104 **Feyzioğlu**, s. 95.

durumlarda adaletin gerçekleştirilmesi hâkimin keyfiliğinden kurtarılma düşüncesi temeline dayanmaktadır. Bu nedenle, kanaatimizce de, ihtiyati tedbirlerde mahkemenin önüne gelen uyuşmazlık bakımından kesin delille ispatı öngörülen hususlarda kesin delillerin dosyaya sunulmuş olması aranmalıdır. Burada özellikle belirtmek gerekir ki, kesin delille ispat kuralları çerçevesinde bir senedin dosyaya ibrazı ile senedin hükme esas alınması her zaman örtüşmeyebilir. Zira yargılama sırasında tespit edilebileceği üzere senet irade fesadı ile elde edilmiş olabilir, sahte olabilir, geçersiz olabilir. Bunlar genellikle yargılama aşamasında gerçekleştirilebilecek detaylı incelemelerle ortaya çıkabilecek hususlardır. Dolayısıyla mahkemenin ihtiyati tedbire karar verebilmesi için, kesin delille ispat kuralı gereği ihtiyati tedbir talep eden tarafın kesin delille ispata ilişkin senedini dosyaya sunmasının yanında o senedin tüm özellikleri bakımından geçerli bir senet olduğunun ispatı aranmamalıdır. Hakim tarafından senedin geçersizliğine yönelik eksiklikler tespit edilememişse, hakim bu senedi ilk bakışta doğru kabul etmeli; bu senede dayalı olarak ihtiyati tedbir kararı verebilmelidir. Diğer bir ifade ile kesin delille ispat kuralının geçerli olduğu bir yargılamada ihtiyati tedbir kararı verilebilmesi için, örnek olarak hakkı ispat ettiği iddia edilen senedin de dosyaya ibrazı gereklidir. Ancak önemle belirtilmelidir ki, senedin gerçekliği konusunda hakimin bu aşamada tam vicdani kanaati aranmamalı; senedin gerçekliği noktasında yaklaşık ispat çerçevesinde ispat ölçüsü düşürülmelidir. Zira ağır basan ihtimalde bölümlenme, dava konusu olayın sunulan senet çerçevesinde "ihtimal dâhilinde" ya da "ihtimal dışı" olduğu şeklindedir. Yaklaşık ispatı ifade eden ağır basan ihtimal, ispat edilen olaya uygun ise, olay ispat edilmiş sayılmalıdır. Bu yolla ispatı gerçekleştirmekle yükümlenmiş olan tarafın işi şimdilik kolaylaştırılmış olur. Dolayısıyla ihtiyati tedbirlerde senetle ispat kuralını aramayarak, istisna bırakarak salt ispat ölçüsünü düşürerek ispatın kolaylaştırılması gerekli değildir. Dosyaya sunulan senede dayalı olarak mahkeme, dosyanın mevcut haliyle ağır basan ihtimal çerçevesinde üzerinde mutabık kalınan ihtimallere dayanarak ihtiyati tedbir kararı verebilir. Aksi halde, senetle ispat kuralının aranmaması durumunda salt yasada ifadesini bulan davanın esası yönünden haklılığının ispat edilmesi, aleyhine ihtiyati tedbir uygulanan kişinin haklarının korunmaması anlamına da gelebilir. Bunun tersinde de, senetle ispat kuralının aranmasına ilaveten senedin doğruluğunun tam ispat noktasında ispatlanması gereke-

ceğinin ileri sürülmesi de, dava sürecinde olayın tespitindeki noksanlıklar nedeniyle, bireysel veya sosyal zararlara yol açabilir.

Yine kesin delille ispat çerçevesinde mahkemece HMK'nın 202. maddesinde düzenlenen delil başlangıcı gibi genel anlamda kesin delille ispat kuralının istisnaları söz konusu olduğunda ve bu durum mahkemeye aksettirildiğinde, hakim tarafından sıkı şekilde kesin ispat kuralı aranmamalı; delil başlangıcı çerçevesinde ispat ölçüsü yaklaşık ispata düşürülmelidir.

Son olarak ihtiyati tedbirlerde yaklaşık ispat faaliyeti sırasında yemin deliline başvurulup başvurulmayacağı da çözümlenmelidir. Doktrinde de haklı olarak belirtildiği üzere[105], ihtiyati tedbir taleplerinde yemin deliline başvurulması mümkün olmamalıdır. Tedbire konu hakkın varlığı ile ilgili yemin teklifi, kural olarak, davanın baştan kazanılması ya da kaybedilmesi anlamına gelir. Davaya sebep olan hakkın varlığının davanın en başından tespit edilmesi de, davanın devamını anlamsız hale getirebilir. Oysa ki, taraf yemini, genel düzenleniş esprisi nedeniyle, davanın son aşamasında, iddia edilen hususların ispatlanamaması halinde, son çare olarak karşı tarafın vicdanına seslenmedir. Diğer taraftan, ihtiyati tedbir talebinin mahkemece kabul edilmemesi durumunda ortaya tehlikeli bir halin çıkacağı yönünde bir yeminden de, teorik bakımdan mümkün olmaması nedeniyle bahsedilemez. Zira yeminin konusu kişinin kendisinden kaynaklanan vakıalardır (m. 225). Diğer bir ifade ile yemin bir vakıanın ortaya çıktığı, gerçekleştiği konusunda verilir. Yemin edilen vakıa gerçekleşmiş, olmuş, bitmiştir. Buna karşılık, ihtiyati tedbir talebine konu olan bir vakıanın gelecekte gerçekleşeceği, gelecekte zarar ortaya çıkacağı muhtemel bir vakıa olup; muhtemel tehlikeye yönelik de yemin teklif edilememelidir[106].

Bu açıklamalar ışığında aşağıda verilen Yargıtay kararında, yerel mahkeme ihtiyati tedbir talep eden tarafın zarar görebilme ihtimalini değerlendirmiş, fakat *davanın esası yönünden kendisinin haklılığını yaklaşık olarak ispat edebilecek belge sunamadığı açık olmasına rağmen* tedbir kararı verilmesi gerektiğine hükmetmiştir. Bu bakış açısı kanaatimize göre, yukarıda yapılan açıklamalar çerçevesinde Anayasa'nın 138. maddesi ile HMK'nın

---

105 **Albayrak**, s. 195.

106 Geniş açıklama için bkz. **Albayrak**, s. 193-196.

200-202. maddelerinin hem lafzına hem de amacına aykırılık teşkil eder. Zira Yargıtay'ın bu kararı süreklilik arzedecek olursa, ihtiyati tedbir kararının verilmemesiyle zararın ortaya çıkabileceği ihtimali nedeniyle, her dava bakımından ihtiyati tedbir kararı verilmesi bir gereklilik olarak karşımıza çıkmaktadır. Yargıtay tarafından buna gerekçe olarak da, teminat şartı nedeniyle diğer tarafın zararı olmadığı hususu gösterilmiştir.

> *"...Dava, ketmi verese hukuksal nedenine dayalı olarak tapu iptali tescil ve ihtiyati tedbir istemine ilişkindir. İhtiyati tedbir isteğinin kabul edilebilmesi bakımından HMK'nın 390/3. maddesi ile ihtiyati tedbir isteyenin haklılığı konusunda tam kanaat değil, kuvvetle muhtemel yaklaşık bir kanaatin yeterli olacağı öngörülmüş olup, yasanın hükümet gerekçesinde de belirtildiği üzere yaklaşık ispat durumunda; "... hakim o iddianın ağırlıklı ihtimal olarak doğru olduğunu kabul etmekle birlikte zayıf bir ihtimal de olsa aksinin mümkün olduğu ihtimalini gözardı edemez. Bu sebepledir ki, haksız olma ihtimali de dikkate alınarak talepte bulunandan teminat alınması ..."hükme bağlanmıştır. Her ne kadar mahkemece, davacı yanın davanın esası yönünden kendisinin haklılığını yaklaşık olarak ispat edebilecek belge sunamadığı gerekçe gösterilerek ihtiyati tedbir talebi reddedilmiş ise de, bu durumda davacının eldeki davada lehine hüküm alması halinde davalı taşınmazını elden çıkardığı takdirde hükmedilecek bedeli tahsil edememesi ihtimal dahilindedir. Kaldı ki, tedbir isteğinin kabul edilmesi durumunda aleyhine tedbir kararı verilen kişinin bir zararı oluşur ise 6100 sayılı HMK'nın 399. maddesi uyarınca tazminat isteyebileceği de açıktır. Hal böyle olunca, yukarıdaki ilkeler gözetilerek tedbir isteği bakımından bir karar verilmesi gerekir..."(Yargıtay 1. HD, 03.07.2012, 7381/8346).*

Benzer bir diğer kararında da, Yüksek Mahkeme, *"...her ne kadar davacının iddiasında haklı olup olmadığı yargılama sonunda tüm deliller toplandıktan ve incelendikten sonra ortaya çıkacak ise de, davaya konu taşınmazın başkalarına devri halinde verilecek hükmün infaz kabiliyeti ortadan kalkabileceği gibi, üzerine binalar yapıldıktan sonra tapunun iptali halinde telafisi güç ya da imkansız durumlar ortaya çıkacağı gibi yeni uyuşmazlıklar doğacağı kuşkusuzdur..."* şeklindeki açıklamasından, *davanın esası hakkında haklılık koşulunun* gözardı edildiği ya da diğer bir ifade ile

davanın muhtemel sonuçlarına yönelik başlangıçta hiç bir kanaatin oluşmadığı durumlarda bile muhtemel zarar görme tehlikesine dayalı olarak ihtiyati tedbire karar verilmesi gerektiği ifade edilmiştir.

> *"…İhtiyati tedbir kararının kabul edilebilmesi bakımından HMK'nın 390/3. maddesi hükmünde ihtiyati tedbir isteyenin haklılığı konusunda tam kanaat değil, kuvvetle muhtemel yaklaşık bir kanaatin yeterli olacağı öngörülmüş olup, Yasanın hükümet gerekçesinde de belirtildiği üzere yaklaşık ispat durumunda "... hakim o iddianın ağırlıklı ihtimal olarak doğru olduğunu kabul etmekle birlikte zayıf bir ihtimalde olsa aksinin mümkün olduğu ihtimalini gözardı edemez. Bu sebepledir ki haksız olma ihtimali de dikkate alınarak talepte bulunandan teminat alınması..." hükme bağlanmıştır. Somut olaya yukardaki ilkeler uyarınca bakıldığında, her ne kadar davacının iddiasında haklı olup olmadığı yargılama sonunda tüm deliller toplandıktan ve incelendikten sonra ortaya çıkacak ise de, davaya konu taşınmazın başkalarına devri halinde verilecek hükmün infaz kabiliyeti ortadan kalkabileceği gibi, üzerine binalar yapıldıktan sonra tapunun iptali halinde telafisi güç ya da imkansız durumlar ortaya çıkacağı gibi yeni uyuşmazlıklar doğacağı kuşkusuzdur. Hal böyle olunca yerel mahkemece gerektiğinde davalıların olası zararlarının karşılanması amacı ile uygun bir miktarda teminat da alınarak ihtiyati tedbirin devamına karar verilmesi gerekirken aksine düşüncelerle tedbirin kaldırılmasına karar verilmesi doğru değildir…" (Yargıtay 1. HD, 24.09.2012, 11124/9822).*

SONUÇ

Asıl hukuki korumanın zaman alması ve işin aciliyeti gibi nedenler, ihtiyati tedbir kararlarını giderek önemli hale getirmiştir. Diğer taraftan etkin hukuki himaye açısından da ihtiyati tedbir kararlarının önemi artık kabul görmektedir. Günümüzde dava konusunun korunmasının önemi artık tartışılmamakta; bu önem gün geçtikçe artmaktadır. Teknolojinin, sanayinin karmaşıklaştığı nedeniyle davaların çok hızlı bir biçimde sonuçlanması gerekmektedir. Ancak tam ispatın uygulandığı, bu nedenle de bütün delilerin incelendiği, bütün itiraz ve defilerin tek tek çürütülmesinin gerektiği bir dava sisteminde gelişen ve karmaşıklaşan hukuki uyuşmazlıklara çözüm bulmak

hayli zordur. Hızlı müdahalede bulunulmadığı takdirde davanın sonuçlanmasının anlamsızlaşacağı günümüzde geçici hukuki himaye tedbirleri özelinde ihtiyati tedbirler son derece önem arz etmektedir.

Yaklaşık ispat, geçici hukuki himayenin alt türü olan ihtiyati tedbir kararlarında olduğu gibi, hâkimin çoğu kez acele karar vermesi gereken haller ile delil gösterilmesinin oldukça zor olduğu ve bu sebeple de kesin ispatın beklenemeyeceği hallerde dikkate alınan ispat ölçüsüdür. Kanunda belirtilmeyen hallerde hâkim tam ispatı arar. Hâkimde oluşan kanaatin ölçüsü ise, ispat ölçüsü kavramı ile ilişkilidir.

6100 sayılı HMK'nın yürürlüğe girmesinden bu tarafa diğer bazı konularda olduğu gibi HMK'nın ihtiyati tedbirlere ilişkin düzenlemelerinin uygulanmasında da bir takım tereddütler yaşanmış; bir kısmı çözüme kavuşturulmuş; bir kısmında ise halihazır tartışma güncelliğini devam ettirmektedir.

Türk hukukunda genel kabul gören ayrım "kural (yasal) ispat ölçüsü" ile "istisnai ispat ölçüsü" denilen iki ispat ölçüsünün bulunduğu yönündedir. Kural ispat ölçüsü, hâkimin tam vicdani kanaati veya olay iddiasının "gerçek (kesinlik) sınırındaki ihtimali yansıttığı konusunda kanaati arayan "tam ispatı" ifade eder. Buna karşılık istisnai ispat ölçüsü ise, olay iddiasının "ağır basan ihtimali" yansıttığı konusundaki kanaati yeterli sayan "yaklaşık ispat"tır.

Tam ispatta, hâkimin, iddia edilen olayın gerçekleşip gerçekleşmediğine tam olarak inanması, bu konuda makul ve kabul edilebilir bir şüphenin olmaması gerekir. Ancak hâkimi inandırma faaliyeti, mutlak bir kesinlik olmayıp; hâkimin vicdanen tam kanaate ulaşmasıdır.

Bazı durumlarda tam ispat yerine, hakikate yakın gösterme (inanılır kılma) şeklinde bir ispat söz konusudur. Bu halde, talepte hakkı olma ihtimalinin bulunması yeterli kabul edilmektedir. Yaklaşık ispatta hâkim, ispat edilmek istenen olayı muhtemel görmelidir. Diğer bir ifadeyle, iddia edilen olayın doğru olma ihtimali, doğru olmama ihtimaline göre ağır basmalıdır. Ancak iddia edilen olayın yanlış olma ihtimali de, göz ardı edilmemelidir.

Kanaatimize göre de, insani bilginin doğası gereği hâkimin kesin kanaatinden bahsedilememesi; daha çok ihtimal değerlerine ilişkin objektif bilgilerin hâkim tarafından bilinmesi; bu bilginin ölçüsünün, aynı zamanda

"gerçek" ölçüsüne de uygun olması gerekeceği için, kural ispat ölçüsü olarak hâkimin kesin kanaati yerine yasal ifade olan vicdani kanaati esas alınmalıdır. Ancak belirtmek gerekir ki, hâkimin vicdani kanaati, objektif bir kesinlik içermez. Bu anlamda ispat ölçüsünün yüksek olarak adlandırılabildiği durumlarda da hâkimin vicdani kanaatinden bahsedilebilir. Bu nedenle Alman hukukunda, ispat ölçüsü olarak "yüksek ihtimal (hohe Wahrscheinlichkeit)"in Alman yargı kararlarına yansıdığı biçimi olan "kesinlik sınırında ihtimal (an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit)"in esas alınacağına yönelik düşünceler kesin delillerle ispat kuralları istisna bırakılarak Türk hukuku bakımından da geçerli olmalıdır. Diğer taraftan, yaklaşık ispatın yeterli olacağı durumlarda da, "ağır basan ihtimal (überwegende Wahrscheinlichkeit)" yaklaşık ispat ölçüsü olarak kabul görmelidir.

Bu açıklamalara paralel olarak Yargıtay, 6100 sayılı HMK'nın 390. maddesinin 3. fıkrası ile pozitif düzenlemeye kavuşturulan madde metnini hemen hemen tüm kararlarında tekraren belirtmiş; ihtiyati tedbir talep eden tarafın, "*davanın esası yönünden kendisinin haklılığını yaklaşık olarak ispat etmek zorunda*" olduğunu kararlarında önemle vurgulamıştır. Yargıtay'ın yaklaşık ispat ölçüsüne haklı olarak dikkatle vurgu yapması, uygulama birliğinin sağlanması bakımından önem arz etmektedir. Kanunun açık düzenlemesi gereği de, kanun koyucu, ihtiyati tedbir talep eden tarafın haklılığının "*yaklaşık ispat ölçüsü"* ile ispatını aramaktadır. HMK'nın 390/3. maddesinin gerekçesi de yaklaşık ispat ölçüsünün aranacağı noktasında açıktır.

Gerçeğe mutlak şekilde ulaşmanın sınırlılıkları nedeniyle ispatlanmış sayılan her olay, gerçekte ihtimale dayalı bir ispat olarak kabul görür. Bu nedenle, Yargıtayın ihtiyati tedbir karar örneklerinde sıklıkla "*kuvvetle muhtemel"* kavramı ile zikrettiği "*ihtimal kavramı*" üzerinde de durulmuştur. İhtimal kavramı, Türk yargı kararlarında olduğu gibi, Alman yargı kararlarında ve doktrinde sürekli kendisine başvurulan sihirli kavramlardandır.

Aralarında farklılıklar olmasına rağmen (objektif, sübjektif ya da mantıki) tüm ihtimal teorilerinde ortak olan nokta, deneme yanılma yöntemiyle ya da istatistikî verilerle elde edilen temel materyallerden ihtimali bir sonuca ulaşmaktır. Bu sonuç ise, ortaya çıkan olayların sıklığına bakarak belirli bir varsayımın (ihtimalin) doğruluğunun kabulüne dayanır. Ayrıca ihtimal kavramının, somut olaya dayalı ihtimal içeren hükmün kesinliğiyle

de karıştırılmamalıdır. İhtimale ilişkin düşünceler, her somut olayda yüzde olarak belirtilen oranlara dayanmamakta; aksine, çoğu durumlarda soyut izlenimlere dayalı deneme yanılma yöntemine, mantıkî ya da istatistikî gözlemlere dayanmakta; tekrarlanan olayların sıklığına bakılarak bir sonuç çıkarılmaktadır. İhtimalin kesinliği (doğruluğu), elde edilen verilerin de doğruluğuna bağlıdır. Verilerin doğruluğu ise, ihtimale dayalı bir hükmün muhtemel olmasından ziyade, verilen hükmün kalitesiyle ilişkilidir.

Hâkim, güvenceli bilimsel bilgiye ulaşması durumunda, onu değerlendirerek kararına temel yapabilir. Karar, ihtimali sonuçları içeren bilgilere dayalı olduğu için hâkim, kararında bunları da değerlendirmelidir. Çünkü ihtimal kavramının objektif, saf mantıksal ya da matematiksel anlamını göz önüne alarak hâkimin delillerin takdirinden kaçınması da düşünülemez. Her bir somut olay bakımından verilen ihtimale dayalı hüküm, hâkim tarafından (gerekçeleriyle) açıklanmak zorundadır. Hâkim, tecrübe kurallarının da yardımıyla önüne sunulan olayları değerlendirmelidir. Ayrıca değerlendirme sırasında istatistiğin ve mantığın metotları da tatbik edilebilir. Bu şekilde tam olarak ölçülebilir bir değere ulaşma sağlanamayabilir. Ancak hâkim, delilleri değerlendirme ilkesine göre (m. 198), objektif bir temele dayalı sınırlar içerisinde kalmak üzere sonuca yönelik sübjektif tahminler yapabilir. Hâkimin ihtimal hesaplarına bağlı kalarak kişisel inanma faaliyetini yerine getirmemesi, ihtimal ile diğer nedenleri tartışmaması doğru olmaz. Hâkim, kendisine sunulan ispat araçlarını tam olarak değerlendirerek sonuca ulaşmalıdır.

Özetlemek gerekirse, salt hukuki anlamda ihtimal kavramının mümkün olmadığı; aksine hukuki ihtimalin, bilimsel ihtimal teorilerinin ortak nüvelerine bakılarak oluşturulduğu açıktır. İleri sürülen olayın gerçekte gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespitine yönelik karar, gerçekte, yeterli derecede ulaşılan ihtimalden elde edilen kanaatin beyanıdır. Diğer taraftan, hâkimin ulaştığı sübjektif kanaat ile ihtimallerin belirli derecelerinin kombinasyonlarından, ispat ortaya çıkar. İhtimal, başkası tarafından gerçekleştirilemeyen, sadece hâkimin kanaati temeline dayanır.

İhtimal değerlerinin belirli oranlarla ve/veya kavramlarla sınırlandırılarak ifade edilmesi, olayların değerlendirilmesinde hâkime yol gösterebilirse de, ihtimale dayalı kavramların yargı kararlarına dayandığı ve bu yargı kararları çıkış noktası alınarak ihtimal kavramının açıklanmaya çalışıldığı unutulmamalıdır.

Yaklaşık ispat ölçüsü çerçevesinde ihtimal kavramı ile ilgili olarak yapılan bu açıklamalar neticesinde, Yargıtay, az sayıda örneği olan ihtiyati tedbir kararlarında yaklaşık ispat ölçüsünü tespit ederken, ihtimal kavramını da kararlarında vurgulayarak kullanmıştır. Bu kararlarda ihtimal, yukarıda çerçevesi çizilmeye çalışıldığı üzere, "*zayıf bir ihtimal de olsa aksinin mümkün olduğu ihtimalinin gözetilmesi"dir.*

Yargıtay'ın HMK'nın yürürlüğe girmesinden sonraki ihtiyati tedbir taleplerinde ispata yönelik çoğu kararlarına baktığımızda "yaklaşık ispat ölçüsü"nün kabul gördüğü, tam ispatın aranmadığı; ancak davanın esası bakımından haklılığın yaklaşık ispat ölçüsünün tespitinde, o dava bakımından geçerli olan delil sisteminin geçerli olup olmayacağı hususunda, kanaatimizce de, ihtiyati tedbirlerde mahkemenin önüne gelen uyuşmazlık bakımından kesin delille ispatı öngörülen hususların kesin delillerle ispat edilmesidir. Ancak özellikle belirtmek gerekir ki, kesin delille ispat kuralları çerçevesinde bir senedin dosyaya ibrazı ile senedin hükme esas alınması her zaman örtüşmeyebilir. Zira yargılama sırasında tespit edilebileceği üzere senet irade fesadı ile elde edilmiş olabilir, sahte olabilir, geçersiz olabilir. Bunlar genellikle yargılama aşamasında gerçekleştirilebilecek detaylı incelemelerle ortaya çıkabilecek hususlardır. Dolayısıyla mahkemenin ihtiyati tedbire karar verebilmesi için, kesin delille ispat kuralı gereği ihtiyati tedbir talep eden tarafın kesin delille ispata ilişkin senedini dosyaya sunması aranmalı; ancak, o senedin tüm özellikleri bakımından geçerli bir senet olduğunun ispatı da şimdilik aranmamalıdır. Hakim tarafından senedin geçersizliğine yönelik eksiklikler tespit edilememişse, hakim bu senedi ilk bakışta şimdilik doğru kabul etmeli; bu senede dayalı olarak ihtiyati tedbir kararı verebilmelidir. Zira ağır basan ihtimalde bölümlenme, dava konusu olayın sunulan senet çerçevesinde "ihtimal dâhilinde" ya da "ihtimal dışı" olduğu şeklindedir. Yaklaşık ispatı ifade eden ağır basan ihtimal, ispat edilen olaya uygun ise, olay şimdilik ispat edilmiş sayılmalıdır.

Yine kesin delille ispat çerçevesinde mahkemece HMK'nın 202. maddesinde düzenlenen delil başlangıcı gibi genel anlamda kesin delille ispat kuralının istisnaları söz konusu olduğunda ve bu durum mahkemeye aksettirildiğinde, hakim tarafından sıkı şekilde kesin delille ispat kuralı aranmamalı; delil başlangıcı çerçevesinde ispat ölçüsü yaklaşık ispata düşürülmelidir.

Doktrinde de haklı olarak belirtildiği üzere, hem davanın esası hakkında haklılığı konusunda hem de ortaya çıkabilecek muhtemel zararlar konusunda ihtiyati tedbir taleplerinde yemin deliline başvurulması da mümkün olmamalıdır.

Az sayıda Yargıtay kararlarına bakıldığında, yerel mahkemece ihtiyati tedbir talep eden tarafın zarar görebilme ihtimalini değerlendirildiği, fakat *davanın esası yönünden kendisinin haklılığını yaklaşık olarak ispat edebilecek belge sunamadığı açık olmasına rağmen* yine de tedbir kararı verilmesi gerektiğine hükmetmiştir.

Benzer bir diğer kararında da, Yüksek Mahkeme, *"...her ne kadar davacının iddiasında haklı olup olmadığı yargılama sonunda tüm deliller toplandıktan ve incelendikten sonra ortaya çıkacak ise de, davaya konu taşınmazın başkalarına devri halinde verilecek hükmün infaz kabiliyeti ortadan kalkabileceği gibi, üzerine binalar yapıldıktan sonra tapunun iptali halinde telafisi güç ya da imkansız durumlar ortaya çıkacağı gibi yeni uyuşmazlıklar doğacağı kuşkusuzdur..."* şeklindeki açıklamasından, *davanın esası hakkında haklılık koşulunun* gözardı edildiği ya da diğer bir ifade ile davanın muhtemel sonuçlarına yönelik başlangıçta hiç bir kanaatin oluşmadığı durumlarda bile muhtemel zarar görme tehlikesine dayalı olarak ihtiyati tedbire karar verilmesi gerektiği ifade edilmiştir.

Bu bakış açısı kanaatimize göre, yukarıda yapılan açıklamalar çerçevesinde Anayasa'nın 138. maddesi ile HMK'nın 200-202. maddelerinin hem lafzına hem de amacına aykırılık teşkil eder. Zira Yargıtay'ın bu kararı yerel mahkemelerde de süreklilik arzedecek olursa, ihtiyati tedbir kararının verilmemesiyle zararın ortaya çıkabileceği ihtimali nedeniyle, her dava bakımından ihtiyati tedbir kararı verilmesi bir gereklilik olarak karşımıza çıkmaktadır. Yargıtay tarafından buna gerekçe olarak da, teminat şartı nedeniyle diğer tarafın zararı olmadığı hususu gösterilmiştir.

Kaynakça

Alangoya, Yavuz/**Yıldırım,** M. Kâmil/**Deren-Yıldırım,** Nevhis; Medenî Usûl Hukuku Esasları, İstanbul 2009.

Albayrak, Hakan; Medeni Usul ve İcra İflas Hukukunda Yaklaşık İspat, Ankara 2013.

Ankermann, Ernst; "Schwerwiegende Zweifel" in BGB § 1600 Abs. 2, Satz 2, (NJW 1974, 584 ff).

Arens, Peter; Zivilprozerecht, München 1982.

Atalay, Oğuz; Emare İspatı, (Manisa Barosu Dergisi, Sayı 70, 1999, s. 7-22).

Atalay, Oğuz; Medenî Usûl Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı, İzmir 2001.

Başözen, Ahmet; İlk görünüş İspatı, Ankara 2010.

Başpınar, Veysel; Vekilin Özen Borcundan Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara 2004.

Baumgärtel, Gottfried; Beweisrechtliche Studien, Beweiswürdigung - Abgrenzung zur Beweislast- Beweismaß (Festschrift der rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600 Jahrfeier der Universität Köln, 165 ff.), Köln 1989.

Baur, Fritz/**Grunsky,** Wolfgang; Zivilprozeßrecht, Frankfurt am Main 1991.

Bender, Rolf; Das Beweismaß, (Festschrift für Fritz Baur, 242 ff.), Tübingen 1981.

Bolding, Per Olof; Schaufklärung und Überzeugungsbildung im schwedischen Zivilprozeß (Freiheit und Bindung des Zivilrichters in der Schaufklärung, 1966, 59 ff.)

Bruns, Rudolf; Beweiswert, (ZZP 91, 1978, 64 ff.).

Döhring, Erich; Die Erforschung des Sachverhalts im Prozeß, Berlin 1964.

Ekelöf, Per Olof; Beweiswert, (Festschrift für Fritz Baur, Tübingen 1981, 343 ff.).

Engels, Gudrun; Der Anscheinsbeweis der Kausalität unter Besonderer Berücksichtigung der neueren Rechtsprechung, Frankfurt-Berlin-Bern-New York-Paris-Wien 1994.

Erişir, Evrim; Geçici Hukuki Korumanın Temelleri ve İhtiyati Tedbir Türleri, İstanbul 2013.

Feyzioğlu, Metin; Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat, Ankara 2002.

Gottwald, Peter; Schadenszurechnung und Schadenszuschätzung, München 1979.

Greger, Reinhard; Beweis und Wahrscheinlichkeit, Köln-Berlin-Bonn-München 1978.

Grunsky, Wolfgang; Besprechung von Nell, Wahrscheinlichkeitsurteile in juristischen Entscheidungen und Motsch, Vom rechtsgenügenden Beweis, (NJW 1984, 859 ff.).

Habscheid, Walther J.; Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganizationsrecht, Basel-Frankfurt am Main 1990.

Hainmüller, Dietmar; Besprechung von Massen, Beweisprobleme im Schadenersatzprozeβ, (ZZP 90, 1977, 326 ff.).

Huber, Michael; Das Beweismaß im Zivilprozeß, Köln/Berlin/Bonn/ München 1983.

Huber, Michael; Strukturen richterlicher Überzeugungsbildung im Zivilprozeß, dargestelt am Beweis des Zugangs einer Willenserklärung, (JR 1985, 177 ff.).

Karslı, Abdurrahim; Medeni Muhakeme Hukuku, İstanbul 2013.

Kegel, Gerhard; Der Individualanscheinsbeweis und die Verteilung der Beweislast nach überwiegender Wahrscheilichkeit, (Festgabe für Heinrich Kronstein, Karlsruhe 1967, 321 ff.).

Keskin, Serap; Ceza Muhakemesi Hukukunda Temyiz Nedeni Olarak Hukuka Aykırılık, İstanbul 1997.

Koch, Hans-Joachim/**Rüβman,** Helmut; Juristische Begründungslehre, München 1982.

Kollhosser, Helmut; Besprechung von Gottwald, Schadenszurechnung und Schadenzuschätzung und Walter, Freie Beweiswürdigung, (ZZP 96, 1983, 270 ff.).

Konuralp, Haluk; Medenî Usûl Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları, Ankara 2009.

Konuralp, Haluk; Yazılı Delil Başlangıcı, Ankara 2009.

Koussoulis, Stelios; Beweisprobleme im Zivilprrozeßrecht, (Festschrift für Karl H. Schwab, München 1990, 451 ff.).

Kuru/Arslan/Yılmaz; Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2012.

Leipold, Dieter; Beweismaß und Beweislast im Zivilprozeß, Berlin 1985.

Lenk, Petra; Der Anscheinsbeweis im deutschen und österreichischen Strassenverkehrshaftpflichtprozess, Diss., Salzburg 2002.

Maassen, Bernhard M.; Beweismaßprobleme im Schadensersatzprozeß, Köln/Berlin/Bonn/München 1975.

Marum, Clara; Der prima-facie-Beweis in Schadensersatzprozessen wegen Röntgenschaedigungen, Sobernheim 1935.

Motsch, Richard; Vom Prozeß als Beweis zum Überwiegensprinzip, (Gedächnistschrift für Röding, Berlin-Heidelberg 1978, 334 ff.).

Motsch, Richard; Vom Rechtsgenügend Beweis, Berlin 1983.

Mummenhoff, Winfried; Zum Beweismaß im Berufskrenkheitenrecht (ZZP 100, 1987, 128 ff.).

Musielak, Hans-Joachim; Grundfragen des Beweisrechts-Beweiswürdigung, (Juristische Schulung 1980, 427 ff.).

Musielak, Hans-Joachim; Das Överviktsprinzip, Zum Verhältnis von richterlicher Überzeugung und Wahrscheinlichkeit, (Festschrift für Kegel, Frankfurt 1977, 451 ff.).

Musielak, Hans/**Städler,** Max; Grundfragen des Beweisrechts, München 1984.

Nell, Ernst-Ludwig; Wahrscheinlichkeitsurteilen juristischen Entscheidungen, Berlin 1983.

Odersky, Walter; Anmerkung zu BGH NJW 1976, (NJW 1976, 369 ff.).

Olzen, Dirk; Das Verhältnis von Richter und Sachverständigen im Zivilprozeß unter besonderer Berücksichtigung des Grundsatzes der freien Beweiswürdigung, (ZZP 93, 1980, 66 ff.).

Özekes, Muhammet; İcra ve İflas Hukukunda İhtiyati Haciz, Ankara 1999.

Pawlowski, Enka; Der Prima-facie-Beweis bei Schadenersatzansprüchen aus Delikt und Vertrag, Göttingen 1966.

Pekcanıtez, Hakan/**Atalay,** Oğuz/**Özekes,** Muhammet; Medenî Usûl Hukuku, Ankara 2013.

Peters, Casjen; Die Beweislast, (MDR 1949, 66 ff.)

Peters, Frank; Zum Problem Drittschadensliqidation, (AcP 1980, 527 ff.).

Prütting, Hans; Besprechung Walter, Freie Beweiswürdigung, (Wertpapiere Mitteilungen 1980, 815 ff.), (Prütting- Freie Beweiswürdigung).

Prütting, Hanns; Gegenwartsprobleme der Beweistlast, München 1983.

Reinecke, Gerhard; Die Beweislastverteilung im Bürgerlichhen Recht und im Arbeitsrecht als rechtspolitische Regelungsaufgabe, Berlin 1975.

Rommé, Von Oliver; Der Anscheinbeweis im Gefüge von Beweiswürdigung, Beweismaβ und Beweislast, Saarbrücken 1988.

Schreiber, Rupert; Theorie des Beweiswertes für Beweismittel im Zivilprozeß, Berlin-Heidelberg-New York 1968.

Schwab, Karl-Heinz; Das Beweismaß im Zivilprozeß**,** (Festschrift für Fasching, München 1988, 451 ff.).

Taşpınar, Sema; Fiilî Karinelerin İspat Yükünün Dağılımındaki Rolü, (AÜHFD 1996/1-4, s. 533-572).

Walter, Gerhard; Freie Beweiswürdigung, Eine Untersuchung zur Bedeutung, Bedingungen und Grenzender freien richterlichen Überzeugung, Tübingen 1979.

Wassermeyer, Heinz; Der prima facie Beweis und die benachbarten Erscheinungen, Münster 1954.

Wassermeyer, Heinz; Referat zum Gutachten von Professor Dr. Blomeyer, (Verhandlungen des sechsundvierzigsten Deutschen Juristentages, Band II, München/Berlin 1967, 7 ff).

Weitnauer, Hermann; Wahrscheinlichkeit und Tatsachenfeststellung, (Karlsruher Forum 1966, Karlsruhe 1968, 3 ff.).

Wichmann, Dietrich; Über satatischtiche Verfahren im erbbiologischen Vaterschaftsnachweis, (NJW 1963, 383 ff.).

Yıldırım, Kamil M.; Medenî Usûl Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, İstanbul 1990.

Yılmaz, Ejder; Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2012.

Yılmaz, Ejder; Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri, Cilt I-II, Ankara 2001.

[H]HMK. m.57/1, c HÜKMÜ ÇERÇEVESİNDE İHTİYARİ DAVA ARKADAŞLIĞININ MÜMKÜN OLDUĞU HALLER

Doç. Dr. Güray ERDÖNMEZ*[*]

I. GİRİŞ

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu yargılama hukuku kurallarında önemli değişiklikler yapmış ve Türk hukukuna yeni kurumlar kazandırmıştır. Bununla birlikte, kanun koyucu 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu zamanında edinilen birikimlerden yararlanmayı da ihmal etmemiş ve yeni bir yargılama sistemi öngörmek yerine mevcut hükümlerin aksayan yönlerini tespit etmek suretiyle ihtiyacı karşılamayan kurumların yenilenmesi yolunu tercih etmiştir[1]. Bu bağlamda, ihtiyari dava arkadaşlığıyla ilgili getirilen değişiklikler de ağırlıklı olarak 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu döneminde doktrinde ileri sürülen görüşlere ve Yargıtay içtihatlarına paraleldir. Fakat, kanun koyucu HUMK. m.43, b.2 hükmüyle ilgili tartışmalara son vermek amacıyla ihtiyari dava arkadaşlığına müracaat edilebilecek halleri yeniden düzenlemiştir. Gerçekten, 1086 sayılı HUMK. m.43, b.2 hükmü uyarınca, "*Davanın, her biri hakkında aynı sebepten neşet etmesi*" halinde ihtiyari dava arkadaşlığı doğmakta iken, HMK. m.57/1, c hükmünde "*vakıaların ve hukuki sebeplerin aynı veya birbirine benzer olması"* halinde birden fazla kişinin birlikte dava açabileceği veya

---

H Hakem incelemesinden geçmiştir.

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

1 Hukuk Muhakemeleri Kanunu Genel Gerekçesi (Hakan **Pekcanıtez**/Hülya **Taş Korkmaz**/Nedim **Meriç**, Gerekçeli Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Ankara 2014, s. 40 vd.)

birden fazla kişiye karşı birlikte dava açılabileceği kabul edilmiştir. Ancak, anılan hükümle ilgili doktrinde yeni bir tartışmanın başladığı; Yargıtay'ın yeni tarihli kararlarında bu hükmü dar yorumladığı ve neticede HMK. m.57/1, c hükmüyle getirilen değişikliklerin tatbikatta geniş bir yer bulamadığı görülmektedir. İhtiyari dava arkadaşlığının bir taraftan yargılamanın usul ekonomisine uygun şekilde yürütülmesine, diğer taraftan da çelişkili kararlar verilmesinin önlenmesine hizmet ettiği göz önüne alınırsa, anılan Kanun değişikliğinin incelenmesinde fayda olduğu açıktır. Bu çalışmada önce Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu döneminde doktrinde ileri sürülen görüşler ve Yargıtay'ın konuyla ilgili içtihatları hakkında kısaca bilgi verilecek, akabinde ise HMK. m.57/1, c hükmünün uygulama alanı belirlenmeye gayret edilecektir.

II. 1086 SAYILI HUKUK USULÜ MUHAKEMELERİ KANUNU DÖNEMİNDEKİ DURUM

1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda ihtiyari dava arkadaşlığının doğduğu haller tahdidi olarak iki bent halinde sayılmıştı (HUMK. m.43). Bunlardan HUMK. m.43/1, b.1 hükmü "*Müddeiler veya müddeaaleyhler arasında müddeabih olan hak veya borcun iştirak halinde bulunması veyahut müşterek bir muamele ile hepsinin lehine bir hak taahhüt edilmiş olması veya kendilerinin bu suretle taahhüt altına girmeleri*" ifadesini içermekte idi. Bu çalışmanın da konusunu teşkil eden HUMK. 43/1, b.2 hükmü ise : "*Davanın, her biri hakkında aynı sebepten neşet etmesi*" şeklinde idi. Doktrinde ağırlıklı olarak, HUMK. 43/1, b.2 hükmünde geçen "davanın sebebi" ifadesinin "maddi vakıalar karışımı" olarak anlaşılması gerektiği kabul ediliyordu. Birlikte açılan davalar aynı vakıalara ve hukuki sebeplere dayandığı takdirde ihtiyari dava arkadaşlığının doğacağı konusunda herhangi bir tereddüt yoktu[2]. Buna karşılık, birlikte açılan davaların "aynı vakıalara ve

---

[2] Baki **Kuru**, Hukuk Muhakemeleri Usulü, İstanbul 2001, C.III, s. 3342; Saim **Üstündağ**, Medeni Yargılama Hukuku, İstanbul 2000, s. 300; Hakan **Pekcanıtez**/Oğuz **Atalay**/ Muhamet **Özekes**, Medeni Usul Hukuku, Ankara 2010, s. 212-213; Ömer Ulukapı, Medeni Usul Hukukunda Dava Arkadaşlığı, Konya 1991, s. 125; A. **Bayram**, Birlikte Dava Açılmasında Davaların Aynı Sebepten Doğmuş Olmasının Anlamı, Adalet Dergisi, 1977, S. 3-4, s. 282.

farklı hukuki sebeplere" dayandığı hallerde ihtiyari dava arkadaşlığının doğup doğmayacağı tartışmalı idi. Yargıtay çoğunlukta kalan kararlarında mezkûr hükmü dar yorumlamış ve sadece aynı vakıalara ve hukuki sebeplere dayanıldığı takdirde ihtiyari dava arkadaşlığının doğacağını kabul etmiştir[3]. Doktrinde ise, aksi yönde bir eğilim oluşmuş ve anılan hükmün yanlış tercüme edildiği; yargılamanın usul ekonomisine uygun şekilde yürütülebilmesi için sözü geçen hükmün geniş yorumlanması gerektiği; bu bağlamda, davaların aynı vakıalara ve fakat farklı hukuki sebeplere dayandığı hallerde de ihtiyari dava arkadaşlığının doğacağı savunulmuştur[4].

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu döneminde asıl tartışma, davanın birden fazla kişi hakkında benzer sebeplerden doğduğu hallerde ihtiyari dava arkadaşlığının doğup doğmayacağı noktasında toplanmıştır. Kanunda pozitif bir düzenleme olmamasına rağmen, doktrinde anılan durumda ihtiyari dava arkadaşlığının doğacağı görüşü hâkim olmuştur. Bu görüşü savunan yazarlar, bilhassa mehaz Neuchâtel Usul Kanununun 37a maddesinin yanlış tercüme edildiğini; HUMK. m.43/1 hükmünde "aynı sebep" ifadesine yer verildiğine göre, kanun koyucunun aynı hususu HUMK. m.43/2'de tekrar düzenlemesinin bir anlamı olmadığını; HUMK. m.45/3 gereğince aynı sebep kavramına dâhil olmayan benzer nitelikteki davaların daha sona birleştirilebildiğini; dolayısıyla, davalardan biri hakkında verilecek hüküm diğerini etkileyecekse bu davalar arasında uzaktan da olsa bağlantı olduğu kabul edilerek ihtiyari dava arkadaşlığının doğması gerektiğini; yargılamanın usul ekonomisine uygun yürütülmesi ve çelişik hükümler verilmesinin önlenmesi için benzer sebeplerin varlığı halinde de ihtiyari dava arkadaşlığının doğmasının isabetli olacağını ileri sürmüşlerdir[5]. Yargıtay'ın konuyla ilgili içtiha-

---

3 Bu yönde bkz. **Ulukapı**, s. 126, dn. 505.

4 **Kuru**, Usul, C.III, s. 3342; **Üstündağ**, s. 300; **Ulukapı**, s. 125. HUMK. m.43/1, b.2'nin metninin yanlış tercüme edildiğini kabul etmekle birlikte, Kanunda açıkça ayniyet arandığı için benzer vakıalara dayanan davalarda ihtiyari dava arkadaşlığının gerçekleşmeyeceği yönünde bkz. Necip **Bilge**/Ergun **Önen**, Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, Ankara 1978, s. 249.

5 Yavuz **Alangoya**, Medeni Usul Hukukunda Dava Ortaklığı (Tarafların Taahhüdü), İstanbul 1965 (Tıpkıbasım 1999), s. 84 vd.; **Kuru**, Usul, C.III, s. 3345 vd.; Yavuz **Alangoya**/Kamil **Yıldırım**/Nevhis **Deren-Yıldırım**, Medeni Usul Hukuku Esasları,

dının yeknesak olduğundan söz etmek mümkün değildir. Yargıtay kimi kararlarında "aynı sebep" ifadesini dar yorumlamış ve benzer vakıaların varlığı halinde birlikte dava açılmasına cevaz vermemiş[6]; buna karşılık, bazı kararlarında davaların benzer sebeplerden doğduğu hallerde de ihtiyari dava arkadaşlığının gerçekleşeceğini kabul etmiştir[7]. Özetle, HUMK.43/1, b.2'de "aynı sebep" ifadesine yer verilmesi benzer vakıalara dayanılan hallerde ihtiyari dava arkadaşlığının doğup doğmayacağı sorununu ortaya çıkarmış ve neticede ihtiyari dava arkadaşlığının uygulama alanını daraltmıştır.

III. HMK. m.57/1, c HÜKMÜ ÇERÇEVESİNDE İHTİYARİ DAVA ARKADAŞLIĞININ MÜMKÜN OLDUĞU HALLER

A. Genel Olarak

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununda ihtiyari dava arkadaşlığının mümkün olduğu haller düzenlenirken getirilen en önemli değişiklik, HUMK. 43/1, b.2 hükmündeki "aynı sebep" ifadesi terk edilerek "*vakıaların ve hukuki sebeplerin aynı veya birbirine benzer olması"* deyiminin kabulüdür (HMK. m.57/1, c). Böylece, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun mehazını teşkil eden Neuchatel Usul Kanununun 37a hükmüne paralel bir hüküm sevk edilmiştir. HMK. m.57/1, c hükmü çerçevesinde ihtiyari dava arkadaşlığının gerçekleşebileceği halleri 3 başlıkta toplamak mümkündür; bunlardan ilki, davaların temelini oluşturan vakıaların ve hukuki sebeplerin aynı olması, ikincisi vakıaların ve hukuki sebeplerin benzer olması, sonuncusu ise vakıaların aynı veya benzer hukuki sebeplerin farklı olmasıdır. Bu çalışmada, anılan ihtimallerin her biri ayrı ayrı incelenerek değerlendirilecektir. Hemen belirtmek gerekir ki, Hukuk Muhakemeleri Kanununun ihtiyari dava arkadaşlığının doğduğu halleri düzenleyen hükmü İsviçre Federal Usul Kanunuyla değil, Alman Usul Kanunu'yla paralellik arz etmektedir. O yüzden, bu hükmün ne şekilde anlaşılıp yorumlanacağı araştırılırken Alman doktrinindeki görüşleri ve mahkeme içtihatlarını incelemekte fayda

---

İstanbul 2009, s. 136; **Ulukapı**, s. 131; Baki **Kuru** /Ramazan **Arslan**/Ejder **Yılmaz**, Medeni Usul Hukuku, Ankara 2010, s. 519.

6 Örneğin bkz. **Kuru**, Usul, C.III, s. 3349, dn. 218 vd.

7 Bu yöndeki kararlar için bkz. **Kuru**, Usul, C.III, s. 3346, dn. 212 vd.

vardır. İsviçre Federal Usul Kanunu ile Avusturya Usul Kanunundaki düzenlemelere değinilmesi ise farklı ülkelerin konuya bakış açısının ortaya konulması bakımından önemlidir.

B. Davaların Temelini Oluşturan Vakıaların ve Hukuki Sebeplerin Aynı Olması

HMK. m.57/1, c hükmünde ihtiyari dava arkadaşlığının öngörüldüğü ilk hâl birlikte açılan davaların dayanağını oluşturan vakıa ve sebeplerin aynı olmasıdır. Yukarıda zikredildiği gibi bu hüküm Türk Hukuku bakımından yeni olmayıp, 1086 sayılı HUMK. 43/1, b.2'de birden fazla davanın aynı vakıaya ve hukuki sebebe dayandığı hallerde ihtiyari dava arkadaşlığının doğacağı kabul edilmekte idi. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda aynı ihtimal "***Davaların temelini oluşturan vakıaların ve hukuki sebeplerin aynı olması***" ifadesine yer verilerek yeniden düzenlemiştir. İhtiyari dava arkadaşlığı kurumunun temelinde usul ekonomisine uygun bir yargılama yapılması ve çelişik hükümler verilmesinin önlenmesi düşüncesinin olduğu göz önüne alındığında, aynı vakıalara ve hukuki sebeplere dayanan davaların birlikte görülmesi doğal karşılanmalıdır. Nitekim, doktrinde, aynı haksız fiil nedeniyle birden fazla kişiye karşı dava açılması halinde dava sebebi aynı olduğu için davalılar arasında HMK. m.57/1, c hükmü icabı ihtiyari dava arkadaşlığının doğacağı kabul edilmektedir[8].

Yargıtay'ın da "aynı vakıaya ve hukuki sebebe" dayanan davaların birlikte açılabileceğine dair çok sayıda kararı vardır. Yargıtay bir kararında birden fazla pay sahibinin anonim şirket genel kurul kararının iptali için birlikte dava açabileceklerini kabul ederken[9]; bir başka kararında annenin çocuklarına karşı birlikte nafaka davası açabileceğine hükmetmiştir[10]. Hukuk

---

8 Hakan **Pekcanıtez**/Oğuz **Atalay**/Muhammet **Özekes**, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2014, s. 198; Ejder **Yılmaz**, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Ankara 2013, s. 588-589; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 482.

9 Yargıtay 23.Hukuk Dairesi 2011/4841 2012/2972 19.04.2012 (***www.legalbank.net***). Aynı yönde bkz. Bilge **Umar**, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Ankara 2014, s. 218; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 482.

10 Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 26.7.1977 tarih 5684/5811 sayılı karar (**Kuru**, Usul, C. III, s. 3344). Aynı yönde bkz. **Umar**, s. 218; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 482.

Muhakemeleri Kanunu yürürlüğe girdikten sonra da Yargıtay müstakar içtihadını devam ettirmiş; iş kazası nedeniyle açılan maddi ve manevi tazminat davasında mirasçıların aynı vakıaya ve hukuki sebebe dayandıklarını belirterek, davacılar arasında ihtiyari dava arkadaşlığının doğduğunu kabul etmiştir[11]. Yargıtay bir başka kararında ise, miras bırakanın taşınmazlarını mal kaçırmak için sağlığında kızına devrettiği iddiasıyla açılan tapu iptali davasında, diğer mirasçılar arasında ihtiyari dava arkadaşlığı olduğunu kabul etmiştir[12]. Yargıtay'ın kararına konu olan bir başka olayda ise, işçiler toplu iş sözleşmesi hükümleri gereğince alacak haklarının doğduğunu ileri sürerek aynı işverene karşı Toplu İş ve Grev Lokavt Kanununa göre talepte bulunmuşlardır. Yargıtay anılan olayda, üçyüzseksen davacının toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan alacaklarının hüküm altına alınması için birlikte dava açabileceklerini kabul etmekle birlikte, çok sayıda ihtiyari dava arkadaşının birlikte dava açmasının yargılamanın sağlıklı şekilde yürütülmesini engelleyeceği hallerde incelemenin sağlıklı yürütülmesi bakımından davaların ayrılmasına karar verilebileceğine hükmetmiştir[13].

---

11 Yargıtay 21. Hukuk Dairesi E. 2013/21137 K. 2014/3560 T. 3.3.2014 (Kazancı İçtihat Bankası). Davacıların kişilik haklarına zarar verildiği gerekçesiyle birlikte açtıkları davalarda, davacılar arasında ihtiyari dava arkadaşlığının doğduğunu belirten Yargıtay kararları için bkz. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi Esas Numarası: 2012/14214 Karar Numarası: 2012/17039 Karar Tarihi: 15.11.2012 (www.legalbank.net). Davacıların iş kazası nedeniyle maddi ve manevi tazminat talep ettikleri davalarda davacılar arasında ihtiyari dava arkadaşlığının gerçekleştiğini belirten bir başka karar için bkz. Yargıtay 21. Hukuk Dairesi Esas Numarası: 2011/4493 Karar Numarası: 2011/8480 Karar Tarihi: 24.10.2011 (www.legalbank.net).

12 Yargıtay 1. Hukuk Dairesi Esas Numarası: 2012/1936 Karar Numarası: 2012/4248 Karar Tarihi: 12.04.2012 (www.legalbank.net).

13 Yargıtay 22. Hukuk Dairesi E. 2013/15676 K. 2013/15329 T. 24.6.2013 (Kazancı İçtihat Bankası).Yargıtay bir başka kararında da aynı vakıaya dayanan davalarda ihtiyari dava arkadaşlığının doğacağını teyit etmiştir. Yargıtay'ın anılan kararı şu şekildedir : "*Davacı ve 7 arkadaşı davalı işveren aleyhine tek bir dava dilekçesi ile işe iade istemi ile dava açılmıştır. Mahkemece, davalı savunmasına itibar edilerek, davalı işverenin yeni işçi almadığı, personel fazlalığı olduğu ve ekonomik sıkıntı içinde olduğu, feshin geçerli nedene dayandığı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir. Davacıların iş sözleşmelerinin fesih sebebi aynı olup, aralarında ihtiyari dava arkadaşlığı olduğu açıktır*…" (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 6.3.2006 tarih 1999/5479; Ejder **Yılmaz**, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2013, s. 591).

Aynı vakıaya ve hukuki sebebe dayanan davaların birlikte görüleceğini düzenleyen bu hükmün bir benzerine Alman Usul Kanununun 59. paragrafında da tesadüf edilmektedir. Anılan düzenlemede birden fazla kişinin aynı maddi vakıalar ve hukuki sebepler nedeniyle bir hakkın sahibi veya bir borcun mükellefi olduğu hallerde aralarında ihtiyari dava arkadaşlığının doğacağı kabul edilmiştir (dZPO§ 59). Alman doktrininde dava konusunun aynı sözleşme ilişkisine dayanmasının bu hükmün en sık uygulama alanını oluşturduğu; dava arkadaşlarının farklı edimleri yerine getirecek olmalarının bu sonucu değiştirmeyeceği belirtilmektedir[14]. Buna göre, aynı sözleşmeye taraf olan birden fazla kişiden talepte bulunulduğunda davalılar arasında ihtiyari dava arkadaşlığı doğacaktır[15]. Örneğin birden fazla yapı malikine karşı aynı inşaat sözleşmesine dayanarak açılan davada Kanundaki şartın gerçekleştiği kabul edilmektedir. Nitekim bir olayda, davacı, davalıların ortak bir inşaat sitesi kurmaya karar verdiklerini; davalılar arasında müteselsil borçluluk ilişkisi olmamakla birlikte Alman Usul Kanununun 59. paragrafı anlamında ihtiyari dava arkadaşlığı bulunduğunu; hukuki uyuşmazlığın büyük ölçüde aynı vakıa ve hukuki sebebe dayandığını; anılan durumda delillerin birlikte toplanmasının ve yargılama sonunda birlikte karar verilmesinin, ortak yargılama yapılmasındaki amaca uygun olduğunu belirtmiş; davaya bakan mahkeme de davacının talebini kabul etmiştir[16]. Buna muka-

---

14 Beck'scher Online Kommentar, Hrsg. **Vorwerk/Wolf**, 2014, (**Dressler)**, § 59, Rdnr. 13; Thomas **Rauscher/**Peter **Wax/**Joachim **Wenzel**, Münchener Kommentar zur ZPO, 4. Auflage, 2013, (www.beck-online.beck.de), (**Schultes**), § 59 Rdnr. 9; Hans-Joachim **Musielak**, Zivilprosessordnung, ZPO mit Gerichtsverfassungsgesetz Kommentar 11. Auflage, 2013, (**Weth**), (www.beck-online.beck.de) § 59, 60 Rdnr. 9. Türk hukukunda ise, Hukuk Muhakemeleri Kanununda "ortak işlem" ifadesine yer verildiği için sözleşmeden kaynaklanan hak ve yükümlülükler HMK. m.57/1, b bendi çerçevesinde değerlendirilmektedir (**Kuru**, Usul, C.III, s. 3341; **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, 14. Bası, s. 198; **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, DersKitabı, s. 198; Umar, s. 217; Abdurrahim **Karslı**, Medeni Usul Hukuku, İstanbul 2014, s. 369; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 481).

15 Musielak, (**Weth**), § 60, Rdnr. 9, 34 civarı; Hanns **Prütting/**Markus **Gehrlein**, ZPO Kommentar, 2. Auflage, 2010, (**Gehrlein**), 59, 60, Rdnr. 7. Münchener Kommentar (**Schultes**), www.beck-online.beck.de, § 59 Rdnr. 9; Zöller (**Vollkommer**), § 59, 60 Rdnr. 6.

16 BayObLG (1.ZS), *Beschluß* vom 10. 3. 1983 - Allg. Reg. 9/83**.** (Karar metni için bkz. www.beck-online.beck.de).

bil, Alman doktrininde davalar aynı vakıaya ve fakat farklı hukuki sebebe dayandığı takdirde, Alman Usul Kanununun 59. paragrafı uyarınca ihtiyari dava arkadaşlığının doğmayacağı; zira,bu hükmün uygulanabilmesi için hem vakıaların hem de hukuki sebeplerin mutlaka aynı olması gerektiği belirtilmektedir[17]. Bu bağlamda, bir sözleşme gereğince kısmi alacaklı ya da borçlu olunması durumunda Kanunda aranan şart gerçekleşirken, birden fazla kişinin farklı türdeki sözleşmelere dayanmaları halinde anılan hükme müracaat edilemeyecektir. Alacaklının mirasçılarının gerek mirasın taksiminden önce gerekse mirasın taksiminden sonra açacakları davalarda mirasçılar arasında ihtiyari dava arkadaşlığı doğmaktadır[18]. Bunun gibi, aynı haksız fiile dayanarak açılan davalarda Alman Usul Kanununun 59. paragrafında öngörülen ayniyet şartının gerçekleştiği kabul edilmekte ve maddenin bilhassa trafik kazaları nedeniyle açılan davalarda gündeme geldiği belirtilmektedir. Buna göre birlikte zarar verenler[19] veya bir haksız fiil nedeniyle birlikte zarar görenler ihtiyari dava arkadaşı konumundadırlar. Birden fazla kişinin aynı haksız fiile dayanan tazminat talepleri veya birden fazla kişiye karşı aynı haksız fiile istinaden yöneltilen talepler bu kapsamdadır[20]. Haksız fiilden kaynaklanan davalarda davalılardan farklı tutarlarda tazminat talep edilmesi ihtiyari dava arkadaşlığının doğmasına engel olmaz. Çünkü, ihtiyari dava arkadaşlarına yöneltilen talebin aynı olması zorunlu değildir[21]. Ortaklığın verdiği kararın iptali için açılan davada pay sahipleri arasındaki dava arkadaşlığı bu hükmün uygulamasına bir başka örnektir. Bunun gibi, alacaklının birden çok halefi arasında da ihtiyari dava arkadaşlığı mevcuttur. Bu kişiler alacaklıya farklı hukuki işlemler nedeniyle halef olabilecekleri gibi, kısmen

---

17 Prütting/Gehrlein, (**Gehrlein**), § 59, 60, Rdnr. 7; Musielak (**Weth**), § **60** Rdnr. **9**; Ingo **Saenger**, Zivilprozessordnung, 5. Auflage 2013, (Ralf **Bendtsen**), (www.beck-online. beck.de), (Ralf **Bendtsen**), § 60 Rdnr. 8; MünchenerKommentar, (**Schultes**), § 59 Rdnr. 9; Stein/Jonas, (Reinhard **Bork**), § 59, Rdnr. 4.

18 Stein/Jonas,(Reinhard **Bork**), § 59, Rdnr. 4.

19 Türk hukuku bakımından aynı yönde bkz. **Kuru**, Usul, C.III, s. 3344; **Pekcanıtez/ Atalay/Özekes**, 14. Bası, s. 325.

20 Musielak, (**Weth**), § 60, Rdnr. 8, 9, 36 civarı; MünchenerKommentarzur ZPO, 4. Auflage, 2013, (**Schultes**), § 59 Rdnr. 9; F**. Stein/**M. **Jonas**, ZPO Kommentarzur Zivilprozessordnung, Band.2, Tübingen 2005, (Reinhard **Bork**), § 61, Rdnr. 3.

21 Beck'scher Online Kommentar, (**Dressler)**, § 59 Rdnr. 13.

bir hukuki işlem kısmen ise miras yoluyla alacaklı sıfatını kazanmış olabilirler[22]. Annenin ve evlilik birliği dışında dünyaya gelen çocuğun birlikte babaya karşı ileri sürdükleri talepleri konu alan davada ise, davacılar arasında ihtiyari dava arkadaşlığı mevcuttur[23].

İsviçre hukukunda ise, "vakıaların ve hukuki sebeplerin aynı olması" halinde ihtiyari dava arkadaşlığının doğacağını öngören açık bir kanun hükmü yoktur. İsviçre Federal Usul Kanununun 71. maddesinde "benzer vakıa **veya** hukuki sebeplerin varlığı halinde" birden fazla kişinin birlikte dava açabileceği veya aleyhlerinde birlikte dava açılabileceği belirtilmekle yetinilmiştir. İsviçre doktrininde, maddi anlamda (gerçek) ve şekli anlamda (gerekli olmayan) ihtiyari dava arkadaşlığı olmak üzere ikili bir ayırım yapılmakta; dava arkadaşlarının ileri sürdükleri taleplerin aynı hukuki ilişkiye dayandığı hallerde maddi (gerçek) anlamda ihtiyari dava arkadaşlığının; buna mukabil, dava arkadaşlarının taleplerininaynı veya benzer vakıa ve hukuki sebeplere dayandığı hallerde ise şekli (gerçek olmayan) anlamda ihtiyari dava arkadaşlığının doğduğu; İsviçre Federal Usul Kanununun her iki tür dava arkadaşlığına da imkân tanıdığı (sZPO.m.71); ancak birlikte açılan davalarda ileri sürülen taleplerin içerikleri arasında bağlantı olması gerektiği belirtilmektedir[24]. Bu bağlamda, birden fazla kişinin müşterek bir hakkın sahibi veya bir borcun yükümlüsü olduğu veya tarafların sahip oldukları hakların veya üstlendikleri yükümlülüklerin benzer bir temele dayandığı hallerde ihtiyari dava arkadaşlığının gerçekleşeceği kabul edilmekte; bu

---

22 Stein/Jonas, (Reinhard **Bork**), § 59, Rdnr. 4.

23 Beck'scherOnline Kommentar, (**Dressler)**, § 59, Rdnr. 13; Prütting/Gehrlein, (**Gehrlein**), § 59, 60, Rdnr. 7; Münchener Kommentar, (**Schultes**), § 59 Rdnr. 9. Bu ihtimalde, anne ve çocuğun dayandıkları hukuki sebepler aynı olmamakla birlikte, anılan davalar büyük ölçüde benzer fiili ve hukuki sebeplere dayanmaktadır. Stein/Jonas, (Reinhard **Bork**), § 60, Rdnr. 3; Richard **Zöller**, Zivilprozessordnung, Köln 2007, (**Vollkommer**), § 59, 60Rndr. 7. Türk hukuku bakımından aynı yönde bkz. **Pekcanıtez/ Atalay/Özekes**, 14. Bası, s. 221; **Kuru**, Usul, C.III, s. 3344.

24 **Berner Kommentar**, Schweizerische Zivilprozessordnung, Art. 1-352 und Art. 400-406 ZPO, Bern, 2013, (Balz **Gross**/Roger **Zuber**), Art. 71, Rdnr. 5; Adrian **Staehelin**/Daniel **Staehelin**/Pascal **Grolimund**, Zivilprozessrecht, Zürich Basel Genf 2013, s. 193; Karl **Spühler**/Luca **Tenchio**/Dominik **Infanger**, Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Auflage, Basel 2013, (Peter **Ruggle**), Art. 71, Rdnr. 4.

duruma müşterek mülkiyet ilişkisi, müteselsil alacak veya borç ilişkisi ile birden fazla kişiye zarar veren bir haksız fiilin varlığı örnek olarak gösterilmektedir[25]. Dolayısıyla, İsviçre hukukunda da birlikte açılan davaların dayandıkları vakıaların ve hukuki sebeplerin aynı olduğu hallerde ihtiyari dava arkadaşlığının doğacağı kabul edilmektedir.

Avusturya hukukundaki durum İsviçre hukukuna benzemektedir. Avusturya Usul Kanununda "vakıaların ve hukuki sebeplerin aynı olması" halinde ihtiyari dava arkadaşlığının doğacağını düzenleyen açık bir kanun hükmü yoktur. Ancak, Avusturya doktrininde maddi ve şekli anlamda ihtiyari dava arkadaşlığı ayırımı yapılmakta; uyuşmazlığın konusunu oluşturan taleplerin benzer vakıalara dayanması halinde şekli anlamda ihtiyari dava arkadaşlığının doğacağı, birden fazla kişi aynı vakıa sebebiyle hak sahibi veya bir borcun mükellefi olduğunda ise maddi anlamda dava arkadaşlığının gerçekleşeceği kabul edilmektedir[26]. Buna göre, bütün dava arkadaşları için müşterek hak veya borç doğuran bir olayın varlığı halinde, aynı vakıaya dayanan ihtiyari dava arkadaşlığından söz etmek mümkündür. Doktrinde, birden fazla kişinin aynı trafik kazasına sebebiyet vermesi veya aynı trafik kazası nedeniyle birden fazla kişinin zarara uğraması halinde maddi (gerçek) anlamda ihtiyari dava arkadaşlığının doğacağı kabul edilmektedir[27]. Bunun gibi, mal birliğini benimsemiş eşlerin ortak borç ve alacakları hakkında açılan davalarda da maddi anlamda (gerçek) dava arkadaşlığının doğduğu kabul edilmektedir[28]. Birden fazla kambiyo borçlusuna karşı açılan davada maddi (gerçek) anlamda dava arkadaşlığı mevcuttur[29]. Yukarıda verilen

---

25 Alexander **Brunner**/Dominik **Gasser**/Ivo **Schwander**, ZPO Schweizeriche Zivilprozessordnung Kommantar, Zürich/St. Gallen, 2011, (Eva **Borla-Geier**), Art. 71, Rdnr. 13-14.

26 Walter H. **Rechberger**/Daphne-Ariane **Simotta**, Grundrissdesösterreichhischen Zivilprozessrechts, Wien 2010, s. 168 vd. Diğer ihtimaller ise, birden fazla kişinin dava konusu üzerinde ortak olması (miras ortaklığı, elbirliğiyle mülkiyet hali gibi) ve birden fazla kişinin müteselsilen hak sahibi veya borçlu olması halidir (öZPO 11/1).

27 H. W. **Fasching,** H. W.: Kommentarzu den Zivilprozessgesetzen, 2. Band, 1. Teilband, Wien 2002, (**Schubert**), § 11, Rdnr. 6, 10, 11; Walter H. **Rechberger**, Grundrissdesösterreichischen zivilprozessrechts; erkenntnisverfahren, Wien 2003, Rdnr. 196; **Rechberger/Simotta**, s. 168.

28 Fasching, (**Schubert**), § 11, Rdnr. 10.

29 **Rechberger/Simotta**, s. 168.

örnekler Avusturya hukukunda da aynı vakıaya ve hukuki sebebe dayanılan hallerde ihtiyari dava arkadaşlığının gerçekleştiğini göstermektedir.

Görüldüğü gibi, birlikte açılan davaların dayandığı vakıaların ve hukuki sebeplerin aynı olması yukarıda zikredilen ülkelerin tamamında ihtiyari dava arkadaşlığının doğması için yeterli kabul edilmektedir. Bunlardan Alman Usul Kanununun 59. paragrafı Türk hukukundaki düzenlemeye çok benzer bir hüküm içermektedir. Her ne kadar İsviçre ve Avusturya Usul Kanunlarında bu yönde açık bir hüküm yok ise de anılan ülkelerin doktrinlerinde ileri sürülen görüşler ve mahkemelerince verilen kararlar Türk hukukuyla paraleldir. O itibarla, HMK. m.57/1, c hükmünde yer alan "aynı vakıa ve hukuki sebeplerin" varlığı halinde ihtiyari dava arkadaşlığının doğacağını öngören hükmün, Alman, İsviçre ve Avusturya hukukuyla paralellik arz ettiği söylenebilir.

C. Davaların Temelini Oluşturan Vakıalardan veya Hukuki Sebeplerden Birinin Farklı Olması

HMK. m.57/1, c hükmü incelendiğinde, birlikte açılan davalarda dayanılan"vakıaların aynı (veya benzer) hukuki sebeplerin farklı olduğu" veya "vakıaların farklı hukuki sebeplerin aynı (veya benzer) olduğu" durumda ihtiyari dava arkadaşlığının doğup doğmayacağı sorusu akla gelebilir. Anılan ihtimaller bünyesinde farklı unsurları barındırdığı ve farklı sonuçlara ulaşılmasına neden olabileceği için ayrı ayrı incelenmelidir.

1. Davaların Temelini Oluşturan Vakıaların Aynı (veya Benzer) Hukuki Sebeplerin İse Farklı Olması

Birlikte açılan davalar aynı (veya benzer) vakıalara ve farklı hukuki sebeplere dayandığı takdirde ihtiyari dava arkadaşlığının doğup doğmayacağı 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu zamanında tartışma konusu olmuştur. HUMK. 43/1, b.2 bu konuda açık bir düzenleme içermemesine rağmen, doktrinde usul ekonomisine uygun davranılması, çelişik hükümlerin önüne geçilmesi ve tahkikatın kolaylaştırılması için anılan durumda ihtiyari dava arkadaşlığının doğması gerektiği savunulmuştur[30].

---

[30] **Kuru**, Usul, C.III, s. 3342; **Üstündağ**, s. 300; **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, 14. Bası, s. 325; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 482; Mustafa Reşit **Belgesay**, Hukuk Usulü Muhake-

Yargıtay da meseleye olumlu yaklaşmış ve muhtelif kararlarında aynı vakıalara ve farklı hukuki sebeplere dayanarak birden fazla kişiye karşı birlikte dava açılabileceğine hükmetmiştir[31]. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununda her ne kadar ihtiyari dava arkadaşlığının doğacağı haller yeniden düzenlenmişse de, bu tartışma yeniden gündeme gelmiştir. Doktrinde HMK. m.57/1, c hükmünde "ve" bağlacına yer verildiği için ihtiyari dava arkadaşlığının gerçekleşebileceği hallerin sınırlandığı; trafik kazasını yapan kişi ile aynı aracı sigorta eden sigorta şirketine karşı birlikte dava açmak istendiğinde, vakıaların aynı ve fakat davalıların sorumluluğunun dayanağını teşkil eden hukuki sebeplerin farklı olduğu; HMK. m.57/1, c hükmünde yer alan "ve" bağlacının "veya", "yahut", "ya da" bağlaçlarından biriyle değiştirilmesi gerektiği; anılan bendin "*vakıaların farklı hukuki sebeplerin aynı*" ve "*vakıaların aynı hukuki sebeplerin farklı olduğ*u" durumları kapsamadığı ileri sürülmüştür[32]. Bu görüşün kabulü halinde, HMK. m.57/1, c hükmü çerçevesinde sadece vakıaların ve hukuki sebeplerin aynı veya benzer olduğu durumlarda ihtiyari dava arkadaşlığı mümkün olabilecektir. Aksi görüşteki yazarlar ise, aynı vakıalara ve fakat farklı hukuki sebeplere dayanarak açılan davalarında HMK. m.57/1, c hükmü içinde düşünülmesi gerektiğini ve sebep birliğinin dar anlaşılmaması icap ettiğini savunmuşlardır[33]. Hemen belirtmek gerekir ki, Kanunda "aynı veya benzer" ifadesine yer verildiği için burada iki farklı ihtimalden söz edilebilir. Bunlardan ilki, birlikte açılan davaların dayandıkları vakıaların aynı hukuki sebeplerin farklı olması; ikincisi ise, davaların dayandıkları vakıaların benzer hukuki sebeplerin farklı olmasıdır. Bu başlık altında ulaşılan sonuçlar her iki ihtimali de kapsamaktadır. Ancak, bundan önce Türk medeni usul hukuku üzerinde etkileri olan ülkelerin usul kanunlarının anılan meseleye nasıl yaklaştıklarına kısaca değinmekte fayda vardır.

Bu bağlamda, ilk olarak Hukuk Muhakemeleri Kanununun hazırlık çalışmaları sırasında da göz önünde bulundurulan İsviçre hukukuna değinile-

---

meleri Kanunu Şerhi, İstanbul 1939, s. 136; **Ulukapı**, s. 128-129. Aksi yönde bkz. **Postacıoğlu**, Usul, s. 286 vd.

31 Yargıtay'ın bu yöndeki kararları için bkz. **Kuru**, Usul, C.III, s. 3342-3343.

32 **Karslı**, s. 368.

33 **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, 14. Bası, s. 267; **Umar**, s. 218; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 482.

bilir. İsviçre Federal Usul Kanununun 71. maddesinde "*benzer vakıa **veya** hukuki sebeplerin varlığı halinde*" ihtiyari dava arkadaşlığının doğacağı kabul edilmiştir. Buna göre, birden fazla davanın birlikte açılabilmesi için vakıaların aynı olması yeterli olup, hukuki sebeplerin örtüşmesine gerek yoktur. O yüzden, Türk doktrinindeki mezkûr tartışma İsviçre hukukunda gündeme gelmemektedir. Nitekim, doktrinde birden fazla kişinin aynı zarar nedeniyle birbiriyle yarışan, farklı hukuki sebeplere dayanarak sorumlu olduğu hallerde ihtiyari dava arkadaşlığının doğacağı kabul edilmektedir[34]. Avusturya Usul Kanununda da "vakıaların ve hukuki sebeplerin aynı olması" halinde ihtiyari dava arkadaşlığının doğacağını öngören açık bir hüküm yoktur. Ancak, dava sebeplerinin benzer olması ihtiyari dava arkadaşlığının doğması için tek başına yeterli kabul edildiğinden (öZPO§ 11), mezkûr sorun Avusturya hukukunda da gündeme gelmeyecektir. Buna mukabil, Alman Usul Kanununda "vakıaların **ve** hukuki sebeplerin aynı veya benzer olması halinde" ihtiyari dava arkadaşlığının doğacağı kabul edildiği için, aynı vakıalara ve farklı hukuki sebeplere dayanılan hallerde ihtiyari dava arkadaşlığının doğup doğmayacağı sorusu gündeme gelmektedir. Alman doktrininde bu soruya olumlu cevap verilmekte ve Alman Usul Kanununun 60. paragrafı uyarınca vakıalar aynı veya benzer ise, birlikte açılan davalarda farklı hukuki sebeplere dayanılsa bile ihtiyari dava arkadaşlığının doğacağı kabul edilmektedir[35].

Kanaatimizce, bu mesele hakkında görüş bildirirken ihtiyari dava arkadaşlığı kurumunun sevk ediliş amacı dikkate alınmalıdır. İhtiyari dava arkadaşlığı hukuken birbirinden bağımsız ancak konu bakımından aralarında bağlantı bulunan davaların ortak bir yargılama çatısı altında bir araya getirilmelerini sağlamaktadır[36]. Böylece, aynı dava malzemesi birden fazla davanın konusunu teşkil edebilecek iken tek bir yargılamada ele alınmakta; bu suretle, usul ekonomisine uygun hareket edilmekte, ihtilaflı konular daha isabetli şekilde karara bağlanmakta, yargılama masraflarından tasarruf edilmekte ve hukuki güvenliğin artırılmasına katkıda bulunulmaktadır. Dava

---

34 Basler Kommentar (Peter **Ruggle**), Art. 71.

35 Stein/Jonas, (Reinhard **Bork**), s. 140.

36 Paul **Oberhammer**, (Herausgeber): Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2010, (Tanja **Domej**), § 71, Rdnr. 1.

arkadaşlığının temelinde sadece usul ekonomisi ilkesi olmayıp, yargılamanın yürütülmesini sadeleştirme ve kolaylaştırma amacı da vardır[37]. Dava arkadaşlığı kurumu sevk edilmese idi, birden fazla kişinin davacı veya davalı olduğu hallerde çok sayıda dava açılması gerekecekti. Birbiriyle bağlantılı birden çok davanın ayrı ayrı görülmesinin yargılama hukuku bakımından olumsuz sonuçlar doğuracağı ise aşikârdır. Bir kere, birbirinden bağımsız yargılama yapılması aynı dava malzemesinin her davada ayrı ayrı incelenmesini ve delillerin her defasında yeniden toplanmasını gerektirir. Bunun yanında, ayrı görülen davaların sonunda birbirine aykırı hükümler tesis edilebileceği gibi yargılama masrafları da gereksiz yere artacaktır. O yüzden, dava malzemesini birlikte incelemek ve yargılama masraflarından tasarruf etmek için dava arkadaşlığı kurumu sevk edilmiş, bu sayede maddi vakıalar ve hukuki sebepler yönünden birbiriyle bağlantısı olan bağımsız usuli ilişkilerin bir dava çatısı altında birleştirilmesi sağlanmıştır[38]. İhtiyari dava arkadaşlığı kurumunun sevk edilmesindeki bu sebepler, aralarında irtibat olan davaların mümkün olduğunca birlikte görülmesi gerektiğine işaret etmektedir. Bu bağlamda, birlikte açılan davaların temelini oluşturan vakıaların aynı veya benzer olduğu hallerde, salt hukuki sebeplerin farklı olması bu davalar arasındaki irtibatı ortadan kaldırmayacaktır.

Öte yandan, Hukuk Muhakemeleri Kanununun davaların birleştirilmesine ilişkin hükümleri de aynı vakıaya ve fakat farklı hukuki sebebe dayanan davalarda ihtiyari dava arkadaşlığının doğacağına işaret etmektedir. Gerçekten, HMK. m.166/4 hükmünde ayrı açılan davaların ne zaman birleştirileceği hususunda iki kritere yer verilmiştir. Kanun koyucu bir taraftan HMK. m.57/1, c hükmünü teyit eden bir hüküm sevk ederek "*davaların aynı veya birbirine benzer sebeplerden doğması*" halinde davaların birleştirileceğini kabul ederken, diğer taraftan "*biri hakkında verilecek hükmün diğerini etkileyecek nitelikte bulunması durumunda*" davaların birleştirilebileceğini öngörmüştür. Bu kriterlerden ilki HMK. m.57/1, c hükmünü teyit etmektedir. Diğer kriter ise, ayrı açılan davalardan birisi hakkında verilecek hükmün diğerini etkileyeceği hallerde davaların birleştirilmesini öngörmek-

---

37 Münchener Kommentar, (**Schultes**), § 59 Rdnr. 1; Basler Kommentar (**Peter Ruggle**), Art. 71, Rdnr. 4; Aynı yönde bkz. **Umar**, s. 218; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 483.

38 Prütting/Gehrlein, (**Gehrlein**), § 59, 60, Rdnr. 1; Oberhammer, (Tanja **Domej**), § 71, Rdnr. 1.

tedir. Böylece, HMK. m.57/1, c kapsamına girmese bile aralarında irtibat olan bütün davaların birleştirilebileceği kabul edilmiştir. Buna göre, aynı vakıaya ve farklı hukuki sebebe dayanan davalar birlikte açılmasa bile, bu davaların yargılama sırasında birleştirilmeleri mümkündür. Örneğin, aynı olay nedeniyle haksız fiil hükümlerine göre sorumlu olan kişiye ve sigorta şirketine karşı ayrı davalar açılsa bile bu davaların sonradan birleştirilmesi mümkündür. Çünkü, anılan davalar arasında HMK. m.166/4 hükmünde zikredilen türden bir irtibat vardır. Buna göre, sonradan birleştirilmeleri mümkün olan davaların baştan birlikte açılmalarına da engel olunmamalıdır. Diğer yandan, kanun koyucunun yargılamanın usul ekonomisine uygun yürütülmesi ve çelişkili kararlar verilmesinin önlenmesi düşüncesiyle davaların birleştirilmesi kurumunun uygulama alanının genişletildiği göz önüne alınırsa (HMK. m.166/4), aynı vakalara ve farklı hukuki sebeplere dayanan davaların birlikte açabileceğinin kabulü kanunun genel sistematiğine de uygun olacaktır.

Öte yandan, ihtiyari dava arkadaşlığı kurumundan beklenen faydanın elde edilmesi esas itibariyle davaların temelini oluşturan vakıaların aynı veya benzer olmasına bağlıdır. Birbirinden tamamen bağımsız vakıalara dayanan davaların birlikte görülmesinde hiçbir hukuki (ve dolayısıyla usuli) menfaat yoktur. Buna karşılık, davaların dayandıkları hukuki sebeplerin aynı (veya benzer) olup olmaması ihtiyari dava arkadaşlığının mevcudiyeti bakımından tek başına belirleyici değildir. Gerçekten, hukuki sebepler aynı olsa bile, aynı veya benzer vakıalara dayanmayan birden çok davanın birlikte görülmesinde hiçbir hukuki menfaat yoktur. Birlikte açılan davaların dayandıkları vakıalar aynı veya benzer olduğunda ise, hukuki sebeplerin farklı olması yargılamanın yürütülmesine doğrudan etki etmez. Zira, farklı hükümlere dayansalar bile, birlikte açılan davaların dayandıkları koşul vakıaların aynı veya benzer olması gerektiği için (HMK. m.57/1, c), mahkeme tahkikatı aynı (veya benzer) vakıalar üzerinden yürütecek ve altlama faaliyetini de o vakıaları dikkate alarak yapacaktır. Vakıalar arasındaki bu irtibat ise mahkemenin tahkikatı müşterek dava malzemesi üzerinden yürütmesini sağlamaya yeterli olacaktır. Dolayısıyla, salt hukuki sebeplerin farklı olması tahkikat işlemlerinin yürütülmesini olumsuz yönde etkilememektedir. Kaldı ki, farklı hukuki sebeplere dayanan davaların birlikte görülmesi yargılamanın gidişatını olumsuz şekilde etkilediği takdirde, davaya bakan mahkemenin her zaman dava-

ların ayrılmasına karar vermesi mümkündür[39]. Bütün bu nedenlerle, HMK. m.57/1, c hükmündeki "*benzer vakıa ve hukuki sebepler*" ifadesinin "*benzer vakıa ve farklı hukuki sebeplere*" dayanarak açılan davaları da kapsadığı ve anılan durumda ihtiyari dava arkadaşlığının doğacağı kanaatindeyiz.

Yargıtay da 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu yürürlükte iken verdiği kararlarda vakıaların aynı ancak hukuki sebeplerin farklı olduğu durumlarda ihtiyari dava arkadaşlığının doğacağını kabul etmiş; örneğin, aynı trafik kazası nedeniyle sözleşmeye ve haksız fiil hükümlerine göre sorumlu olanlara birlikte dava açılabileceğine hükmetmiştir[40]. Yargıtay 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu yürürlüğe girdikten sonra ise bu konuda bazı kararlarında olumlu bazı kararlarında ise olumsuz görüş bildirmiştir. Yargıtay konuyla ilgili bir kararında : "… *Davanın, birden fazla kişi hakkında aynı veya benzer sebepten doğması haline gelince; aynı sebepten maksat, yalnız hukuki sebep olmayıp, bir olaya, yani aynı vakıaya ve fakat farklı hukuki sebeplere dayanılarak da birden fazla kişinin dava açması veya dava edilmesi olanaklıdır. Örneğin, sebepsiz iktisap hükümlerine göre sorumlu olan kişilere karşı ve haksız fiili birlikte işleyen kişilere karşı birlikte dava açılabilir. Burada da ihtiyari dava arkadaşlığı söz konusudur*…" demek suretiyle vakıaların aynı hukuki sebeplerin farklı olduğu durumlarda ihtiyari dava arkadaşlığının doğacağını açıkça belirtmiştir[41]. Yargıtay'ın bir başka kararına konu olayda, iş kazası geçiren işçinin mirasçıları işverene ve taşerona karşı birlikte dava açarak miras bırakanın ölümü nedeniyle uğradıkları zararın tazminini istemişlerdir. Yargıtay, anılan olayda miras bırakan ile işveren arasındaki ilişkinin istisna akdine, buna karşılık miras bırakan ile taşeron şirket arasındaki ilişkinin hizmet akdine dayandığını vurgulamakla birlikte, bu durumu davalılar arasında ihtiyari dava arkadaşlığının doğmasına engel görmemiştir[42].

---

39 **Kuru**, Usul, C.III, s. 3401 vd.; **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, 14. Bası, s. 639; **Karslı**, s. 725; **Üstündağ**, s. 360; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 488.

40 Yargıtay TD'nin 18.9.1962 tarihli kararı (**Kuru**, Usul, C.III, s. 3343, dn. 198).

41 Yargıtay 10. Hukuk Dairesi E.2013/12317 K. 2013/17764 T. 30.9.2013 (Kazancı İçtihat Bankası).

42 Yargıtay'ın söz konusu kararındaki : "… *Eldeki dava, iş kazası nedeniyle davalı işveren ile birlikte genel hükümlere göre sorumlu bulunduğu iddia edilen davalı İ. İ.'ye karşı birlikte açılmış olup, davalılar arasında ihtiyari dava arkadaşlığı bulunmaktadır...*

Buna karşılık, Yargıtay'ın vakıaların aynı ve fakat hukuki sebeplerin farklı olduğu durumlarda ihtiyari dava arkadaşlığının gerçekleşmeyeceğini kabul eden kararları da yok değildir. Yargıtay bir kararında, işçinin maddi ve manevi tazminat talebinin tahsili için işverene karşı açtığı davayla, aynı iş kazası nedeniyle Sosyal Güvenlik Kurumu'nun işverene yönelttiği sürekli iş göremezlik ödeneğinin iadesine ilişkin davanın birlikte görülemeyeceğine hükmetmiştir. Yargıtay'ın anılan kararı şöyledir : *"…Yapılan açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde; davacılar arasında zorunlu dava arkadaşlığı şartları bulunmadığı gibi, H.M.K. nın 57. maddesinde belirtilen ihtiyari dava arkadaşlığı şartlarının da bulunmadığı açık olup, iş kazası sonucu maddi ve manevi tazminat istemine yönelik açılan davalarla Kurumun rücu tazminatı istemine yönelik açtığı davaların temyiz incelemesinin de Yargıtay'ın farklı Dairelerinde yapılması karşısında, yargılamanın sağlıklı olarak yürütülebilmesi ve uyuşmazlığın kolaylıkla çözüme ulaştırılabilmesi için davacılar tarafından açılan davaların ayrılarak karar verilmesi gerekir…"* [43]. Yargıtay'ın bu olayda HMK.m.57/1, c hükmünü lafzî yorumlayarak ihtiyari dava arkadaşlığının koşullarının bulunmadığı sonucuna ulaştığı anlaşılmaktadır. Somut olayda, her ne kadar ayrı açılan davaların sonradan birleştirilmesi talep edilmişse de, Yargıtay'ın davacılar arasında ihtiyari dava arkadaşlığının bulunmadığını belirtmesi önemlidir. Anılan olayda, davacı işçinin tazminat talebinin dayanağını iş kazası oluşturmaktadır. Ancak, Sosyal Güvenlik Kurumu'nun işverene karşı açtığı rücu davasının da işçinin açtığı tazminat davasıyla bağlantılı olduğu açıktır. Çünkü, gerek işçinin gerekse SGK'nın açtığı davanın temelinde işçinin uğradığı iş kazası ve bu kazanın meydana gelmesinde işverenin kusurlu olup olmadığı bulunmaktadır. Her ne kadar davacı işçi talebini İş Kanununa diğer davacı SGK ise Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununa dayandırmakta ise de, yukarıda zikredildiği gibi vakıaların aynı hukuki sebeplerin

---

İhtiyari dava arkadaşlığı durumunda, davalılardan biri hakkındaki dava genel mahkemenin, diğeri hakkındaki dava özel bir mahkemenin görevine giriyorsa, özel nitelikteki mahkemede davanın görülmesi gereklidir…" ifadeleri bu durumu yansıtmaktadır. Yargıtay 21. Hukuk Dairesi Esas Numarası: 2013/1188 Karar Numarası: 2013/7623 Karar Tarihi: 16.04.2013 (Kazancı İçtihat Bankası).

43 Yargıtay 10. Hukuk Dairesi E. 2013/12317 K. 2013/17764 T. 30.09.2013 (Kazancı İçtihat Bankası).

farklı olduğu hallerde de ihtiyari dava arkadaşlığı doğmaktadır. Kaldı ki, her iki davanın tahkikat safhasının müşterek yürütüleceği; tahkikat aşamasında iş kazasının meydana gelmesinde işçinin kusurlu olup olmadığı ve işverenin gerekli önlemleri alıp almadığının tartışılacağı; bu bağlamda, her iki davada da keşif yapılacağı ve bilirkişi incelemesine başvurulacağı açıktır. Ayrıca, anılan davalardan birinde verilen karar diğeri için delil teşkil edecek ve diğer davada verilen hükmü etkileyebilecektir. Nitekim, Yargıtay bir kararında : "*Dava, rücuen tazminat istemine ilişkindir. Dava ve Karar: Dava, rücuen tazminat istemine ilişkindir. 506 sayılı Yasanın 26. maddesinde düzenlenmiş bulunan rücu davaları, sigortalının alacağından bağımsız, kanundan doğan basit rücu hakkına dayalı olup; sigortalı veya hak sahipleri tarafından tazmin sorumluları aleyhine açılan tazminat davalarında alınan kusur tespitine ilişkin bilirkişi raporuyla ulaşılan sonuçlar, rücu davasında bağlayıcı nitelikte bulunmamakta; 506 sayılı Yasanın 26. Maddesi çerçevesinde, işçi sağlığı ve iş güvenliği kuralları yönünden ayrıntılı irdeleme içermesi halinde, güçlü delil olarak kabul edilebilmektedir. (Hukuk Genel Kurulu 27.01.2010 tarih 2010/10-10 Esas, 2010/14 Karar sayılı Kararı) Ancak, Mahkemece her hangi bir kusur raporu aldırılmaksızın sigortalının açtığı ve henüz kesinleşmeyen tazminat davasında aldırılan kusur raporu esas alınarak karar verilmiş olması isabetsiz bulunmuştur…*"[44] demek suretiyle, SGK'nun işverene karşı açtığı rücu davasında alınan bilirkişi raporunun, işçinin işverene karşı açtığı tazminat davasında kullanılabileceğini belirtmiştir. Bütün bu veriler karşısında, işçi tarafından açılan tazminat davası ile SGK tarafından açılan sürekli iş göremezlik ödeneğinin iadesine ilişkin davanın talep sonuçları arasında bağlantı olduğu aşikâr olup, bu davaların birlikte görülmesi usul ekonomisine uygun olduğu gibi; çelişkili hükümler verilmesini de önleyecektir. Bütün bu nedenlerle, anılan olayda davacılar arasında ihtiyari dava arkadaşlığının mevcut olduğunun kabul edilmesi ve anılan davaların birlikte görülmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Bu mesele bağlamında, Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 6 ve 79.maddelerine dayanan hizmet tespiti talebi ile İş Kanunu'na dayanan tazminat ve alacak haklarının birlikte dava konusu yapılıp yapılamayacağı da tartışma

---

[44] Yargıtay 10. Hukuk Dairesi Esas Numarası: 2013/20123 Karar Numarası: 2014/14470 Karar Tarihi: 11.06.2014 (www.legalbank.net).

konusu olmuştur. Anılan durumda davacının açtığı davalar aynı vakıaya (işveren nezdindeki çalışma olgusuna) dayanmakla birlikte, davalardan birisi İş Kanununa diğeri Sosyal Sigortalar Kanunu hükümlerine dayandığı için, aynı vakıaya ve fakat farklı hukuki sebeplere dayanan davalar söz konusudur. Doktrinde bu davaların birlikte açılabilmesi gerektiği savunulduğu gibi[45], aksi yönde de görüş bildirilmiştir[46]. Yargıtay ise 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu döneminde verdiği bir kararda, hizmet tespiti davasının kime karşı açılacağı konusunda Sosyal Sigortalar Kanunu'nda düzenleme olmamakla birlikte, bu davanın işveren ve SGK'na birlikte yöneltilebilmesi gerektiğini; işçinin sigortalı hizmetinin tespitinin çoğu zaman işçilik haklarını etkilediği gibi, işçilik haklarının tespit edilmesinin de hizmet tespiti davalarında kesin delil teşkil ettiğini; bu nedenle, sigortalı hizmetin tespiti davası ile işçilik haklarından kaynaklanan tazminat ve alacak davalarının birbirleriyle bağlantılı olduğunu ve birlikte açılıp karara bağlanabileceğini belirtmiştir[47]. Doktrinde de haklı olarak bu kararın isabetli olduğu; birlikte açılan davalardan birinde yapılan vakıa tespitlerinin diğer dava bakımından kesin delil etkisine sahip olduğu; bu etkinin doğduğu iki dava arasında HUMK. m.45 anlamında bağlantı bulunduğu; anılan davaların birlikte görülmesinin ayrı ayrı görülmelerine göre usuli bakımdan daha fazla yarar sağlayacağı; anılan davaların temyiz mercilerinin farklı olmasının ve farklı ispat kurallarına tâbi olmalarının ise ayırma kararı verilmesi için yeterli gerekçe teşkil etmeyeceği belirtilmiştir[48]. Buna mukabil, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu yürürlüğe girdikten sonra bu görüşünden dönerek, hizmet tespitine ilişkin davalar sosyal güvenlik hakkı ve kamu düzeniyle ilgili olduğu için hâkimin kendiliğinden araştırma yapma yetkisine sahip olduğunu; işçilik haklarına ilişkin davalarda kişi iradesinin önemli olduğunu; bu nedenle, hâkimin kendiliğinden araş-

---

45 Muhammet **Özekes**, Medeni Usul Hukuku Bakımından Hizmet Tespit ve İşçilik Haklarına İlişkin Davaların Birlikte Açılması, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2004/4, s. 1392-1393.

46 Can **Tuncay**/Ömer **Ekmekçi**, Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri İstanbul 2013, s. 248-249.

47 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 2003/21-571 K. 2003/575 T. 15.10.2003 (Kazancı İçtihat Bankası).

48 **Özekes**, s. 1389 vd.

tırma yapamayacağını ve tarafların bildirdikleri dışında delil toplayamayacağını; iki davanın türleri, tarafların statüsü, hâkimin delil araştırma yetkisi, taraf iradelerine atfedilen rol, dava konusu edilen haktan vazgeçilip vazgeçilememesi gibi yönlerden birbirinden tamamen farklı olduğunu; anılan davaların birlikte görülmesi halinde aynı dava dosyasında çelişkili kararlar verilebileceğini; temyiz inceleme mercileri farklı olan bu davaların birbirinden bağımsız görülerek sonuçlandırılması gerektiğini belirtmiştir[49]. Ancak, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun anılan kararının artık herhangi bir kanuni dayanağının kalmadığı söylenebilir. Zira, 6552 sayılı Kanunla, İş Mahkemeleri Kanununun 7. maddesinde değişiklik yapılmış ve "(Ek fıkra: 6552 - 10.9.2014 / *m.64*) Hizmet akdine *tabi çalışmaları nedeniyle zorunlu sigortalılık sürelerinin tespiti talebi ile işveren aleyhine açılan davalarda, dava Kuruma resen ihbar edilir. İhbar üzerine davaya davalı yanında ferî müdahil olarak katılan Kurum, yanında katıldığı taraf başvurmasa dâhi kanun yoluna başvurabilir. Kurum, yargılama sonucu verilecek kararı kesinleştikten sonra uygulamakla yükümlüdür*" hükmü eklenmiştir. Görüldüğü gibi, söz konusu değişiklikle hizmet tespiti davalarının sadece işverene karşı açılacağı; Sosyal Sigortalar Kurumu'nun ise bu davaya fer'i müdahil sıfatıyla katılacağı kabul edilmiştir. Bundan böyle, işçinin işverene yönelttiği tazminat ve alacak talebini, hizmet tespiti talebiyle birlikte tek bir davaya konu yaptığı hallerde, her iki davada da sadece işveren davalı konumunda olacaktır. Dolayısıyla, işçinin tazminat ve alacak talebi ile hizmet tespit talebini birlikte talep ettiği (aynı vakıaya ve farklı hukuki sebebe dayanarak açtığı) davada, davalılar arasında ihtiyari dava arkadaşlığının mevcut olup olmadığına dair tartışma önemini yitirmiştir. Burada, davacı işçinin birden fazla talebini (alacak ve hizmet tespiti) aynı davalıya (işverene) karşı birlikte ileri sürdüğü bu davada objektif dava birleşmesinden söz edilip edilemeyeceği sorulabilir. Bilindiği gibi, objektif dava birleşmesinin varlığını kabul edebilmek için Hukuk Muhakemeleri Kanununda öngörülen şartların gerçekleşmesi gerekmektedir (HMK. m.110)[50]. Bu bağlamda, öncelikle davacının

---

[49] Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 2012/21-746 K. 2013/215 T. 6.2.2013 Kazancı İçtihat Bankası. Yargıtay'ın aynı yöndeki bir başka kararı için bkz. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Esas Numarası: 2012/19552 Karar Numarası: 2012/20827 Karar Tarihi: 12.06.2012, (www.legalbank.net).

[50] **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, 14. Bası, s. 476 vd.

aynı davalıya karşı ileri sürebileceği birden fazla talebinin olması gerekir. Yukarıda zikredilen durumda işçi gerek "tazminat ve alacak talebinde" gerekse "hizmet tespiti talebinde" bulunduğuna göre, davalıya karşı birden fazla talep yöneltmektedir. Objektif dava birleşmesinin ikinci şartı, talepler arasında aslilik fer'ilik ilişkisinin kurulmamış olmasıdır. Anılan ihtimalde, işçinin mezkur talepleri birbirinden bağımsızdır ve her ikisinin de hüküm altına alınması istenmektedir. Bunun haricinde, birlikte ileri sürülen taleplerin tümünün aynı yargı çeşidi içinde yer alması gerekmektedir. İncelenen olayda, davacı işçinin her iki talebi de medeni yargıya ve basit yargılama usulüne tâbidir. Son olarak, davacının ileri sürdüğü talepler bakımından ortak bir yetkili mahkeme bulunmalıdır[51]. Bu bağlamda, işçinin tazminat ve alacak talebi İş Kanunundan kaynaklandığı için yetkili mahkeme İş Mahkemeleri Kanununa göre belirlenecektir. İş Mahkemeleri Kanununun 5. maddesinde, davalı işverenin yerleşim yeri mahkemesi ile işçinin yerleşim yeri mahkemesi yetkili kabul edilmiştir. Benzer şekilde, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun 101. maddesi gereğince hizmet tespiti davaları iş mahkemelerinde görülmekte ve yetkili mahkeme 5521 İş Mahkemeleri Kanununun 7. maddesine göre belirlenmektedir[52]. Buna göre, işçinin işverene karşı açacağı hizmet tespiti davalarında yetkili mahkeme davalı işverenin yerleşim yeri mahkemesi ile işçinin yerleşim yeri mahkemesi olacaktır. Dolayısıyla, işçinin objektif dava birleşmesine konu yaptığı talepleri karara bağlamaya ortak yetkili bir mahkeme de vardır. Bu durumda, 6552 sayılı Kanunla İş Mahkemeleri Kanununun 7. maddesinde yapılan değişiklikten sonra, işçinin işverene karşı aynı davada hem tazminat ve alacak talebinde hem de hizmet tespiti talebinde bulunduğu davalarda objektif dava birleşmesi (objede yığılma) söz konusu olacaktır[53]. Bunun bir

---

51 **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, 14. Bası, s. 477-478.

52 Cevdet İlhan **Günay**, İş Davaları, Ankara 2008, s. 1684.

53 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 2013 yılında verdiği kararın karşı oy yazısında, davalılara karşı davanın birlikte açılabilmesi gerektiği savunulmuşsa da, İş Mahkemeleri Kanununun 7. maddesinde değişiklik yapılmadan önce hizmet tespit davası gerek işverene gerekse Sosyal Güvenlik Kurumuna karşı birlikte açıldığı için, tazminat ve alacak davasındaki davalı ile hizmet tespiti davasındaki davalı örtüşmüyordu. Dolayısıyla, anılan karşı oy yazısına katılmak mümkün değildir. Ancak, 6552 sayılı Kanunla İş Mahkemeleri Kanununun 7. maddesinde yapılan değişiklik sonucunda, karşı oy yazısındaki düşünce kanuni bir zemin bulmuştur.

sonucu olarak da, anılan davada davalılar arasında ihtiyari dava arkadaşlığı söz konusu olmayacaktır. Zira, ihtiyari dava arkadaşlığının doğması için davanın aynı tarafında birden fazla kişinin bulunması gerekir. İncelenen ihtimalde ise, davacı tarafta sadece işçi bulunurken gerek tazminat davasında gerekse hizmet tespiti davasında davalı olarak sadece işveren yer alacaktır. Sosyal Güvenlik Kurumu hizmet tespiti davasına işveren yanında fer'i müdahil sıfatıyla katılabileceği için bu davada taraf sıfatını kazanamayacak (İMK. m.7)[54] ve dolayısıyla davalılar arasında ihtiyari dava arkadaşlığı doğmayacaktır.

2. Davaların Temelini Oluşturan Vakıaların Farklı, Hukuki Sebeplerin Aynı (veya Benzer) Olması

Birlikte açılan davaların dayanağını oluşturan vakıalar farklı buna mukabil hukuki sebeplerin aynı veya benzer olduğu durumlarda ihtiyari dava arkadaşlığının doğup doğmayacağı akla gelebilecek bir başka sorudur. Bu mesele hakkında bir görüş bildirmeden önce, Alman ve İsviçre hukukunda soruna nasıl yaklaşıldığına değinmekte fayda vardır. Yukarıda zikredildiği gibi, İsviçre Federal Usul Kanununda ihtiyari dava arkadaşlığının doğması için "hukuki sebeplerin **veya** vakıaların aynı veya benzer olması" aranmaktadır (sZPO.m.71).Buna göre, Kanunun lafzı esas alınırsa birlikte açılan davaların dayandıkları hukuki sebeplerin örtüşmesi ihtiyari dava arkadaşlığının doğması için tek başına yeterli olacaktır[55]. Hemen belirtmek gerekir ki, İsviçre Federal Usul Kanununun anılan hükmü İsviçre doktrininde eleştirilmektedir. Hatta meclis görüşmeleri sırasında "veya" kelimesinin kanundan çıkarılması için önerge verilmişse de, bu çabalar sonuçsuz kalmıştır[56]. İsviçre Federal Mahkemesi anılan maddenin nasıl uygulanması gerektiğine dair bugüne kadar görüş bildirmemiştir. Ancak, İsviçre doktrininde ihtiyari dava arkadaşlığının doğması için birlikte açılan davalar arasında bağlantı

---

54 Fer'i müdahilin davadaki durumu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Hakan **Pekcanıtez**, Medeni Usul Hukukunda Fer'i Müdahale, Ankara 1992, s. 137 vd.

55 Berner Kommentar ZPO, (Balz **Gross**/Roger **Zuber**), Art. 71, Rdnr. 9.

56 Berner Kommentar ZPO, (Balz **Gross**/Roger **Zuber**), Art. 71, Rdnr. 9; Thomas **Sutter-Somm**/Franz **Hasenbohler**/Christoph **Leuenberger**, Kommentar zur Zivilprozessordnung (ZPO), 2.Auflage, Zürich Bern Genf 2013, (E. **Staehelin/ Schweizer**), Art. 71, Rdnr. 5-8.

arandığı göz önüne alınırsa[57], mezkûr hükmün dar yorumlanması gerektiği ve hukuki sebepler aynı olsa bile, ancak vakıalar arasında irtibat olan hallerde ihtiyari dava arkadaşlığının doğacağı söylenebilir.

Alman Usul Kanununda ise Türk Hukukundakine benzer bir hüküm mevcut olup, ihtiyari dava arkadaşlığının doğması için birlikte açılan davaların temelini teşkil eden vakıaların **ve** hukuki sebeplerin aynı veya benzer olması aranmaktadır (dZPO§ 60). Alman doktrininde sadece vakıaların aynı olmasının Alman Usul Kanununun 59.paragrafı uyarınca birden fazla davacı veya davalı arasında ihtiyari dava arkadaşlığının doğması için yeterli olmayacağı belirtilmektedir[58]. Doktrindeki bu düşünce karşısında, davaların dayandıkları vakıaların farklı olduğu hallerde sadece hukuki sebeplerin örtüşmesinin ihtiyari dava arkadaşlığının gerçekleşmesine yeterli olmayacağı söylenebilir. Nitekim, Alman Celle İstinaf Mahkemesi bir kararında farklı vakıalara dayanan davalarda ihtiyari dava arkadaşlığının doğmayacağına hükmetmiştir. Sözü geçen olayda, davacı trafik kazası geçirdikten bir yıl sonra farklı bir yerde yeni bir kazaya maruz kalmış; bunu takiben, trafik kazalarına neden olan muhatapları ve onların sigorta şirketlerini ihtiyari dava arkadaşı olarak göstererek dava açmıştır. Bu olayda davacının talep sonucunun dayanağını iki ayrı trafik kazası teşkil etmektedir. Davacı ilk kaza sonrası omuz bölgesinde bir travma yaşamış ve 12 gün işinden uzak kalmıştır. Bundan yaklaşık 10 ay sonra yaşadığı ikinci trafik kazası sonrasında ise hastaneye sevk edilerek ayakta tedavi edilmiştir. İkinci kaza sonrasında davacının boyun bölgesinde travma tanısı konulmuş; akabinde, davacının çektiği ağrılar nedeniyle eğitimine devam etmesi neredeyse imkânsız hale gelmiştir. Davacı açtığı davada hangi kazanın hangi yaralanmaya sebebiyet verdiğini açıklayamamakta ise de, ilk kazanın sona erdiğini düşündüğü tıbbi sonuçlarına katlandıktan sonra, ilk kazada yaşadığı travmanın bedensel zararın genel görünümünü etkilemiş olabileceği iddiasında bulunmuş; doktorlar ise davacının çektiği ağrıların geçirdiği kazalara bağlı olduğunu bildirmişlerdir. Alman Celle İstinaf Mahkemesi ise, müşterek bir yargılama yapılmasının ve karar verilmesinin amaca uygun olduğu hallerde dava arkadaş-

---

57 Berner Kommentar ZPO, (Balz **Gross**/Roger **Zuber**), Art. 71, Rdnr. 5; **Staehelin/ Staehelin/Grolimund**, s. 193.

58 Musielak, (**Weth**), 60, Rdnr. 9; Saenger, (Ralf **Bendtsen**),§ 60, Rdnr. 8.

lığının mümkün olduğunu; bunun için vakıaların en azından bir bölümünün aynı olması gerektiğini; buna göre, somut olayda birbirinden bağımsız olayların büyük bölümü arasında davalı yönünden en azından dâhili bir bağlantı olması gerektiğini; halbuki, dava konusu olayda böyle bir bağlantının bulunmadığını; davacının gerek yer gerekse zaman itibariyle örtüşmeyen ve bu bağlamda, birbiriyle en ufak ilgisi olmayan iki farklı kazada bedensel zarara uğradığını; kaldı ki, kazaya karışan davalılar ile onların sigorta şirketleri arasında da hiçbir bağlantı olmadığını; davacının ilk kazanın etkilerinin 12 gün sonra geçtiğini beyan ettiğini ve ikinci kazanın olduğu tarihe kadar bu etkilerin devam ettiğine dair bir iddiada da bulunmadığını; dolayısıyla, sözü geçen dâhili bağlantının davalılar yönünden bulunmadığını belirterek, davalılara karşı birlikte dava açılamayacağına hükmetmiştir. Görüldüğü gibi, Alman Celle İstinaf Mahkemesi'nin kararına konu olayda, davacı ayrı vakıalara ve fakat aynı (veya benzer) hukuki sebeplere dayanarak dava açmışsa da, hukuki sebeplerin örtüşmesi mahkemece yeterli görülmemiş; birlikte açılan davaların farklı vakıalara dayanması ve bu vakıalar arasında da herhangi bir irtibatın bulunmaması gerekçe gösterilerek ihtiyari dava arkadaşlığının doğmadığı sonucuna ulaşılmıştır. Buna ilaveten, Alman Celle İstinaf Mahkemesi davacının iddia ettiği gibi ilk kazada uğranılan bedensel zarar ikinci kazanın neden olduğu sonuçları bir şekilde etkilese idi bile, ihtiyari dava arkadaşlığından söz edilemeyeceğini; zira, bu varsayımda davalar arasındaki bağlantının sadece davacı yönünden ortaya çıktığını; halbuki, ihtiyari dava arkadaşlığının gerçekleşmesi için aranan dâhili bağlantının (irtibatın) birlikte davalı gösterilen kişiler bakımından doğması gerektiğini belirtmiştir[59].

Türk hukukunda ise, gerek 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu döneminde gerekse Hukuk Muhakemeleri Kanunu yürürlüğe girdikten sonra meseleye olumsuz yaklaşılmış ve salt hukuki sebeplerin aynı (veya benzer) olmasının ihtiyari dava arkadaşlığının doğması için yeterli olmayacağı belirtilmiştir[60]. Gerçekten, en başta Kanunun lafzı böyle bir yoruma engeldir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu açıkça hem vakıaların hem de hukuki sebeplerin aynı veya benzer olmasını aramaktadır (HMK. m.57/1, c).

---

59 OLG Celle, *Beschluss* vom 08.07.2005 - 4 AR 68/05 (www.beck-online.beck.de).

60 **Ulukapı**, s. 129; **Bayram**, s. 284.

Kaldı ki, ihtiyari dava arkadaşlığının sevk edilmesindeki gerekçeler de bu sonuca ulaşılmasını haklı kılmaktadır. Bir kere, farklı vakıalara dayanan davalarda ispat faaliyeti birbirinden tamamen bağımsız çekişmeli vakıalar üzerinden yürütülecektir. Dolayısıyla, tarafların yargılama sırasında gösterecekleri deliller birbirinden farklı olacak; tahkikat işlemlerinin birlikte yürütülmesi mümkün olmayacak; delillerin ayrı ayrı toplanması ve değerlendirilmesi davaya bakan mahkemeye ilave külfet getirecektir. Bunun bir sonucu olarak, birlikte açılan davaların çabuk, kolay ve az masraf yapılarak görülmesi mümkün olmayacaktır. Öte yandan, dayanılan vakıaların farklı olması davaların temelini de farklılaştıracağı için, birbirinden bağımsız vakıalara dayanan davaların birlikte görülmesi çelişkili hükümler verilmesini önlemeye de hizmet etmeyecektir. Bütün bu nedenlerle, farklı vakıalara ancak aynı (veya benzer) hukuki sebeplere dayanan davaların birlikte görülerek karara bağlanması, ihtiyari dava arkadaşlığı kurumunun sevk edilmesindeki amaçlarla bağdaşmamaktadır.

HMK. m.57/1, c hükmünün ifadesi açık olmasına rağmen, bu meselenin çok sayıda Yargıtay kararına konu olduğu tespit edilmektedir. Yargıtay bu kararlarında "*farklı vakıalara ve aynı (veya) hukuki sebebe*" dayanan davalarda ihtiyari dava arkadaşlığının doğmayacağına hükmetmektedir. Yargıtay'ın konuyla ilgili bir kararı şöyledir:"… *davacı işçi ayrı işyerlerinde, ayrı dönemlerde ve ayrı hizmet akitlerine dayanan çalışmalarının tespiti için iki farklı işverene karşı dava açmıştır. Davacının dayandığı her iki davanın dayanağını da farklı hizmet sözleşmeleri oluşturduğu için dayanılan vakıalar farklıdır. Her ne kadar, davacı işçi anılan davaları birlikte açarak birden fazla işveren nezdindeki toplam çalışma süresinin tespit edilmesini amaçlamakta ise de, birlikte açılan bu davalar arasında bir bağlantı bulunmamaktadır…"*[61]. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da yeni tarihli bir

[61] Yargıtay 21. Hukuk Dairesi E. 2013/1230 K. 2014/4069 T. 6.3.2014 (*www.kazancı.com.tr*). Doktrinde de Yargıtay'ın anılan kararının isabetli olduğu belirtilmiştir (**Yılmaz**, s. 590-591). Yargıtay istihkak davalarıyla ilgili verdiği bir başka kararda ise, 3. kişilerin evlerinde ayrı ayrı gerçekleştirilen hacizlere karşı ileri sürülen istihkak iddialarının ancak ayrı davalara konu olabileceğini belirtmiştir (Yargıtay 21. Hukuk Dairesi 26.9.2005, E. 9785/K.8284, **Yılmaz**, s. 591). Anılan olayda, alacaklı borçludan olan alacağını tahsil edebilmek için üçüncü kişilerin adresinde borçluya ait malvarlığı değerlerinin haczedilmesini istemiştir. Üçüncü kişilerin istihkak iddiası kendi adreslerinde gerçekleşen

kararında aynı yönde görüş bildirmiştir : "… *Dava, hizmet tespiti istemli olup, yasal dayanağını 5510 sayılı Kanun'un Geçici* 7*. maddesi yollamasıyla 506 sayılı Kanun'nun*79*. maddesinden almakta olup, birden fazla ve farklı işverenlere ait işyerlerinde geçen hizmetlerin tespitine ilişkin bu davanın, birden fazla işveren birlikte hasım gösterilerek açılması gereğini ortaya koyan herhangi bir yasal düzenleme de bulunmamaktadır. O halde, davalı işverenler arasında maddi ya da şekli anlamda zorunlu dava arkadaşlığının varlığından söz edilemeyeceği gibi, davalılar arasında ihtiyari dava arkadaşlığının varlığını kabule olanak sağlayan unsurlar da mevcut değildir. Öte yandan, her işveren kendi işyerinde çalışılan dönemden sorumlu olacağından talepler arasında da hukuki veya fiili bir irtibat bulunmamaktadır…*[62]. Yargıtay'ın yukarıda zikredilen kararına konu olayda, davacının talep sonucunu dayandırdığı vakıalar farklı (her işveren nezdindeki çalışma olgusu), buna mukabil dayandığı hukuki sebep *(5510 sayılı Kanun'un Geçici* **7***. maddesi yollamasıyla 506 sayılı Kanun'nun* 79*.maddesi)* aynıdır. Davacının, davalı işverenlere yönelttiği talep sonuçları arasında herhangi bir bağlantı ise bulunmamaktadır. Davacının dayandığı vakıalar arasında benzerlik olması, aralarında başkaca irtibat olmayan birden fazla davanın birlikte görülmesi için yeterli değildir. O yüzden, bu davada davacı işçi, davalı işverenler nezdindeki çalışma olgusunu ispat etmek için her davalı yönünden ayrı ispat faaliyeti yürütecek; davalılarda şahsi savunma sebeplerini ileri sürecek ve delillerini göstereceklerdir. Bunun doğal bir sonucu olarak, davalı işverenlerin yaptığı savunma ve sunduğu deliller birbirinden farklı olacaktır. Örneğin davalı işverenler nezdindeki çalışma olgusunun ispatı için farklı tanıklar dinlenecek ve davalı işverenlerden davacı işçiyle ilgili kayıtların gönderilmesi ayrı ayrı talep edilecektir. Davalı işverenlerin davaya verdikleri cevaba ve sundukları delillere göre ise, her davada yargılama süreci birbirinden bağımsız yürüyecektir. Bu davaların birlikte görülmesinin çelişkili kararlar verilmesini önlemeye bir faydasının olmadığı açıktır. Çünkü, işçi davalı

bağımsız (ayrı) haciz vakıasına dayanmaktadır. Dolayısıyla, istihkak davalarının dayandığı hukuki sebepler aynı olsa da, davaların temelini teşkil eden vakıalar farklıdır. O yüzden, Yargıtay'ın verdiği karar isabetli olup, bu davaların birlikte görülmesi mümkün değildir.

62 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 2012/21-1699 K. 2013/1029 T. 3.7.2013 (Kazancı İçtihat Bankası).

işverenlerden her birine karşı ayrı ayrı dava açsa ve bu davalardan birinde işçinin talebinin haklı olduğuna, diğerinde ise işveren nezdinde hiç veya iddia edilen süre kadar çalışılmadığı sonucuna varılsa, bu durum davacı işçi yönünden çelişkili karar verildiği anlamına gelmeyecektir. Zira, davaların temelini teşkil eden vakıalar arasında hiçbir bağlantı yoktur.

D. Davaların Temelini Oluşturan Vakıaların ve Hukuki Sebeplerin Benzer Olması

1. Genel Olarak

Hukuk Muhakemeleri Kanununun 57/1, c hükmünün ihtiyari dava arkadaşlığı kurumuyla ilgili getirdiği en önemli değişiklik, davanın temelini teşkil eden vakıaların ve hukuki sebeplerin "benzer" olduğu hallerde ihtiyari dava arkadaşlığının doğacağının açıkça öngörülmesidir. 1086 sayılı HUMK. m.43, b.2 hükmü uyarınca sadece "*Davanın, her biri hakkında aynı sebepten neşet etmesi*" halinde ihtiyari dava arkadaşlığı mümkün iken, yeni sevk edilen hükümle "*vakıaların ve hukuki sebeplerin birbirine benzer olması"* halinde de ihtiyari dava arkadaşlığının gerçekleşeceği kabul edilmiştir. Böylece, davaların "aynı sebepten doğması" olgusuna, davaların birbirine "benzer vakıalardan ve hukuki sebeplerden" doğması olgusu da ilave edilmiştir[63]. Anılan Kanun değişikliğinin Türk medeni usul hukuku doktrinine ve içtihatlarına yabancı olduğunu söylemek mümkün değildir. Zira, 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde de bazı yazarlar davaların temelini oluşturan vakıaların birbirine benzer olması halinde ihtiyari dava arkadaşlığının gerçekleşmesi gerektiğini ileri sürmüşlerdir[64]. Yargıtay'ın da aynı yönde kararları olmakla birlikte[65], müsta-

---

63 Süha **Tanrıver**, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nın 1 ilâ 122. Maddelerinde Yeralan Temel Düzenlemeler ve Bunların Genel Çerçevede Değerlendirilmesi, AÜHFD, 2008/3, s. 648.

64 **Kuru**, Usul, C.III, s. 3345 vd.; **Üstündağ**, s. 356; **Ulukapı**, s. 130 vd.; **Bilge/Önen**, s. 249 vd.; **Bayram**, s. 286-287.

65 Yargıtay 2. Hukuk Dairesi 9.3.1971 tarih ve E.1284/K.1571 sayılı kararı; Yargıtay 6. Hukuk Dairesi'nin 27.10.1975 tarih ve E.5488/K.6629 sayılı kararı; Yargıtay 6. Hukuk Dairesi'nin 9.10.1973 tarih ve E.4588/K.3802 sayılı kararı; Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 11.2.1981 tarih ve E.149/K.874 sayılı kararı; Yargıtay 13. Hukuk

kar bir içtihattan söz etmek mümkün değildir. Yargıtay bazı kararlarında birlikte açılan davaların temelini oluşturan vakıalar benzer olduğu halde ihtiyari dava arkadaşlığının varlığını kabul etmemiştir[66]. O itibarla, HMK. m.57/1, c hükmüyle doktrindeki görüşlere ve Yargıtay'ın kimi kararlarına uygun bir kanun değişikliği gerçekleştirildiği ve 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu dönemindeki tereddütlere son verildiği söylenebilir[67]. HMK. m.57/1, c hükmü çerçevesinde ihtiyari dava arkadaşlığının doğması için her zaman "vakıaların ve hukuki sebeplerin ikisinin birden benzer olması" aranmayacaktır. Bu ihtimal dışında, "vakıaların aynı hukuki sebeplerin benzer" veya "vakıaların benzer hukuki sebeplerin aynı" olduğu hallerde de ihtiyari dava arkadaşlığı doğacaktır. Görüldüğü gibi, anılan kanun değişikliği ihtiyari dava arkadaşlığının uygulama alanı genişletecek ve daha fazla davada usul ekonomisine uygun yargılama yapılmasını ve çelişkili kararların verilmesini önleyecek niteliktedir. Hemen belirtmek gerekir ki, vakıaların ve hukuki sebeplerin aynı veya benzer olması, Hukuk Muhakemeleri Kanununun ihtiyari dava arkadaşlığına bağladığı hüküm ve sonuçları değiştirmez. Her iki durumda da ihtiyari dava arkadaşları Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun tanıdığı hak ve yetkilere sahip olacaklardır[68].

HMK. m.57/1, c hükmü çerçevesinde ihtiyari dava arkadaşlığının doğduğu haller hakkında bir görüş bildirmeden önce, Türk medeni usul hukuku üzerinde önemli etkileri olan Alman, İsviçre ve Avusturya Usul Kanunlarındaki hükümlere değinmekte fayda vardır. Yukarıda belirtildiği gibi, Alman Usul Kanununda birlikte açılan davalarda ileri sürülen talepler "benzer veya önemli ölçüde benzer vakıalara **ve** hukuki sebeplere" dayandığı takdirde ihtiyari dava arkadaşlığının doğacağı öngörülmüştür (Alm UK § 60)[69]. Alman doktrininde ihtiyari dava arkadaşlığının çerçevesinin usul ekonomisi ilkesinin sevk ediliş amacına uygun biçimde geniş çizildiği belirtil-

---

Dairesi'nin 31.5.1982 tarih ve E.2350/K.3931 sayılı kararı (Karar metinlerinin tamamı için bkz. **Kuru**, Usul, C.III, s. 3346 vd.).

66 Hukuk Genel Kurulu 1.2.1969 tarih ve 3/591-89; Hukuk Genel Kurulu 18.4.1956 tarih T/36-29; Yargıtay TD 20.4.1961 tarih ve E.1166/1278 sayılı kararı (Kararların içeriğiyle ilgili bkz. **Kuru**, Usul, C.III, s. 3349 vd.).

67 **Yılmaz**, s. 590; **Karslı**, s. 368.

68 Aynı yönde bkz. Beck'scher Online Kommentar, (**Dressler)**, § 60, Rdnr. 1.

69 Münchener Kommentar, (**Schultes**), § 60 Rdnr. 2.

mektedir[70]. Alman Usul Kanununun 60. paragrafında vakıaların ve hukuki sebeplerin benzer olmasının yeterli görülmesi bu düşüncenin temelini teşkil etmektedir[71]. İsviçre hukukunda ise, Türk ve Alman Usul Kanunlarından farklı bir düzenleme mevcut olup, birlikte açılan davaların temelini oluşturan vakıalardan **veya** hukuki sebeplerden birinin benzer olması ihtiyari dava arkadaşlığının doğması için yeterli kabul edilmiştir. İsviçre Federal Usul Kanununun anılan hükmü doktrinde ihtiyari dava arkadaşlığının gerçekleşmesi için aranan şartların çok geniş formüle edildiği eleştirilerine neden olmuştur[72]. Doktrinde, Kanunun mezkûr ifadesinin İsviçre Federal Mahkemesi'nin bugüne kadarki içtihatlarına da aykırı olduğu belirtilmektedir[73]. Gerçekten, İsviçre Federal Mahkemesi önceki kararlarında davalılara karşı ileri sürülen talep sonuçları arasında dâhili ve harici bir bağlantı olması gerektiğini belirtmiş ve davalılara karşı ileri sürülen talepler büyük ölçüde benzer vakıa ve hukuki sebeplere dayandığı takdirde anılan bağlantının mevcut olduğunu kabul etmiştir[74]. Bu bağlamda, bazı yazarlar "vakıaların **veya** hukuki sebeplerin benzer" olması ifadesinin açık ve tereddütsüz şekilde anlaşılabilecek bir kavram olmadığını ve mahkemeye önemli bir takdir yetkisi verdiğini; bu yüzden birlikte açılan davalarda ileri sürülen talepler arasında önemli ölçüde dâhili bağlantı aranmasının zorunlu olduğunu belirtmektedirler. İsviçre Federal Usul Kanununun kabulünden önce, doktrinde davaların müşterek noktaları usul ekonomisi yararına ortak bir yargılama

---

70 Leo **Rosenberg**/Schwab**, Karl Heinz**/Peter **Gottwald**: Zivilprozessrecht, München 2004, § 48, Rdnr. 8; Münchener Kommentar, (**Schultes**), § 60 Rdnr. 1; Musielak, (**Weth**), § 60, N.1.

71 Prütting/Gehrlein, (**Gehrlein**), § 59, 60, Rdnr. 8.

72 Berner Kommentar ZPO, (Balz **Gross**/Roger **Zuber**), Art. 71, Rdnr. 5; Basler Kommentar (Peter **Ruggle**), Art. 71, Rdnr. 14; Sutter- Somm, (**E. Staehelin/Schweizer**), Art. 71, Rdnr.4. Doktrinde, yürürlükten kalkan kanton usul kanunları çok daha sınırlayıcı hükümler içerdiği için önceki literatürü ve Federal Mahkeme kararlarını incelenmeden Federal Usul Kanununun uygulanamayacağı belirtilmektedir. Kanun komisyonu raporunda "benzer vakıa ve hukuki sebepler" ifadesindeki "veya" bağlacının "ve" olarak değiştirilmesini istemişse de, bu değişiklik önerisi dikkate alınmamıştır (Berner Kommentar ZPO, (Balz **Gross**/Roger **Zuber**), Art. 71, Rdnr. 9).

73 Berner Kommentar ZPO, (Balz **Gross**/Roger **Zuber**), Art. 71, Rdnr. 9; Basler Kommentar (Peter **Ruggle**), Art. 71, Rdnr. 14.

74 BGE 129 III 80 E. 2.2; Basler Kommentar (Peter **Ruggle**), Art. 71, Rdnr. 14.

yapılmasını anlamlı kılıyorsa ve davada bir karmaşaya sebebiyet vermeyecekse, davaların birlikte görülmesi için aranan benzerlik şartının yerine geldiği belirtilmekte idi. Bu görüşe göre, birden fazla tarafın bir araya gelmesi usul ekonomisi açısından amaca uygunsa bu kişiler arasında ihtiyari dava arkadaşlığı doğacaktır[75]. Nitekim, doktrinde davaların birlikte açılmasının "amaca uygun olduğu hallerde" ihtiyari dava arkadaşlığının kabulünün İsviçre hukukuna yabancı olmadığı; Federal Usul Kanununun hazırlık çalışmaları sırasında tasarıdan "benzer" ifadesinin çıkarılarak "amaca uygunluk" kriterinin konulması teklif edilmekle birlikte, bu teklifin kabul edilmediği; halbuki, İsviçre Federal Usul Kanununun kabulünden önce Luzern ve Uri Kantonları Usul Kanunlarında bu yönde bir hüküm bulunduğu[76]; usul kanununu federal hale getirirken pratik olmayan "benzer" ifadesi terk edilerek, "amaca uygunluk" gibi yerleşmiş bir kriter sevk edilebilecek iken bu fırsatın kaçırıldığı; İsviçre Federal Usul Kanununun 71. maddesinin gerekçesinde amaca uygun olduğu takdirde birden fazla davanın aynı yargılama çatısı altında görülebileceği ifade edildiği halde, Kanunda "benzerlik" ifadesine yer verilmesinin şaşırtıcı olduğu ifade edilmektedir. Bu görüşteki yazarlar, Kanunda "amaca uygunluk" kriter olarak sevk edildiği takdirde, ihtiyari dava arkadaşlığının doğması için çok sıkı koşullar aranmayacağı gibi, davaya bakan mahkemenin de davaların birlikte görülmesinin amaca hizmet etmediği hallerde her zaman ayırma kararı verebileceğini belirtmektedirler[77].

Avusturya hukukunda ise, dava konusu üzerinde hak ortaklığı varsa, aynı **vakıa** nedeniyle veya müteselsil alacaklılık ya da borçluluk ilişkisi nedeniyle birden fazla kişi hak sahibi olur veya yükümlülük altına girerse ihtiyari dava arkadaşlığının gerçekleşeceği kabul edilmektedir (öZPO§11)[78]. Bu bağlamda, dava arkadaşlarından birinin eda diğerinin tespit talebinde bulunması mümkündür. Örneğin dava arkadaşlarından birisi kısmi alacağın

---

75 Sutter- Somm, (**E. Staehelin/Schweizer**), Art. 71, Rdnr. 5.

76 Nitekim, Luzern Kantonu Usul Kanununun 50/1 hükmünde, aynı hakimin yetkili olduğu, aynı yargılama usulünün uygulandığı ve davaların birlikte karara bağlanmasının amaca uygun olduğu hallerde, birden fazla kişinin birlikte dava açabileceği ve aleyhlerine birlikte dava açılabileceği öngörülmüştü. Benzer bir hüküm Uri Kantonu Usul Kanunu m.43/1 hükmünde de yer almakta idi.

77 Sutter- Somm, (**E. Staehelin/Schweizer**), Art. 71, Rdnr. 6, 8.

78 Fasching, (**Schubert**), § vor 11- 15, Rdnr. 3; **Rechberger/Simotta**, s. 169.

ödenmesini talep ederken, diğer dava arkadaşının alacağın kalan kesiminin tespitini istemesi halinde böyle bir durum vardır[79]. Avusturya hukukunda, birden fazla kişinin akrabalık veya aile hukuku ilişkileri nedeniyle nafaka isteme hakkının veya nafaka ödeme yükümlülüğünün bulunması; birden çok işçinin ücret alacaklarını birlikte dava konusu yapmaları; farklı zamanlarda akdedilen birbirine benzer çıraklık sözleşmelerinden kaynaklanan alacakların talep edilmesi; mahfuz hisse sahibi mirasçıların terekeye karşı birlikte dava açmaları durumunda "benzer vakıalara dayanan" şekli anlamda ihtiyari dava arkadaşlığının doğduğu kabul edilmektedir[80].

Görüldüğü gibi, farklı şekilde formüle edilmekle birlikte Alman, Avusturya ve İsviçre Usul Kanunlarında, vakıaların benzer olması halinde ihtiyari dava arkadaşlığının doğacağı kabul edilmektedir. Bu çerçevede, HMK. m.57/1, c hükmündeki "benzer vakıa ve hukuki sebep" ifadesinin ne şekilde anlaşılması gerektiği araştırılırken, anılan düzenlemelere ve bu ülkelerde verilen mahkeme kararlarına değinmekte fayda vardır.

2. Davaların Temelini Teşkil Eden Vakıaların Benzer Olması

HMK. m.57/1, c hükmünün uygulama alanı belirlenirken üzerinde durulması gereken ilk husus, vakıalar arasındaki benzerlikten ne anlaşılması gerektiği; bir diğer ifadeyle, hangi durumda birlikte açılan davaların dayandıkları vakıaların benzer kabul edilebileceğidir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, kanun koyucu açıkça "vakıa" deyimine yer verdiği için, burada kast edilen birlikte açılan davaların dayandığı hayat olayının örtüşmesi değildir. Doktrinde hayat olayı "*talebin dayandığı hayat olayıdır. Hayat olayı birden fazla, birbiri ile irtibatlı vakıanın meydana getirdiği bir komplekstir ve talep bu bütüne dayanmaktadır. Bu bütünü meydana getiren vakıalar arasında önemli-önemsiz ayrımı da yapılamaz. Zira kompleksi oluşturan her vakıa bu bakımından önem taşır ve onsuz bütün eksik kalır*"[81] şeklinde tanımlanmaktadır. Hayat olayını meydana getiren ve birbiriyle ilişkili vakıaların tamamı

---

79 Fasching, (**Schubert**), § 11, Rdnr. 15.

80 Fasching,(**Schubert**), § 11, Rdnr. 17; **Rechberger/Simotta**, s. 169.

81 **Alangoya**, Dava Ortaklığı, s. 106. Hayat olayı kavramı ve vakıadan farkı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Nedim **Meriç**, Medeni Yargılama Hukukunda Tasarruf İlkesi, Ankara 2011, s. 99 vd.

benzer olduğu takdirde HMK. m.57/1, c hükmünde aranan "benzerlik" şartının gerçekleşeceği aşikârdır. Burada hayat olayını oluşturan vakıaların bir bölümünün benzer olması halinde Kanunda aranan benzerlik şartının gerçekleşip gerçekleşmeyeceği sorulabilir. Doktrinde haklı olarak belirtildiği gibi hayat olayını meydana getiren bütün vakıaların dava dosyasına getirilmesi gerekmez[82]; davada ileri sürülen talebin dayandığı olayın tespit edilmesine yarayacak ve bu olayı benzer durumlardan ayıracak ölçüde o vakıaya dâhil olan maddi vakıaların belirtilmesi yeterlidir[83]. Bu çerçevede, ihtiyari dava arkadaşlığının doğması içinde hayat olayını teşkil eden bütün vakıalar arasında benzerlik olması zorunlu olmayıp, davada ileri sürülen talebi yeteri kadar belirleyen vakıaların benzer olması davaların birlikte açılarak görülmesi için yeterlidir. Örneğin haksız fiil nedeniyle açılan bir davada talebin dayanağını teşkil eden kaza olayının açık şekilde belirtilmesi gerekirken, davalının ihmalini ortaya koyan bütün vakıaların belirtilmesi aranmaz[84]. Anılan örnekte, trafik kazasına birden fazla kişi karıştığı takdirde, davanın temelini teşkil eden ve dava dosyasına getirilmesi gereken vakıaların davalılar yönünden benzer olduğunun ortaya konulması yeterli olacaktır. Kanundaki " vakıa" deyimi "hayat olayı" şeklinde yorumlanır ve hayat olayını meydana getiren bütün vakıaların benzer olması aranırsa, HMK. m.57/1, c hükmünün uygulama alanı daralır ve dava arkadaşlığının mümkün olduğu halleri genişleten kanun değişikliğinin pratik bir anlamı kalmaz.

Kanaatimizce, ihtiyari dava arkadaşlığı kurumunun sevkedilmesindeki gerekçeler de Kanundaki "benzer vakıalar" deyiminin geniş yorumlanmasını haklı kılar. Gerçekten, yargılamanın usul ekonomisine uygun şekilde yürütülmesinin ihtiyari dava arkadaşlığının temel amaçları arasında olması bu

---

82 Talep sonucunun dayanağını teşkil eden vakıaların tamamının mahkemeye getirilmesinin gerekip gerekmediği tartışmalı bir konu olup, dava dosyasına getirilmek zorunda olunan vakıaların kapsamı konusunda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bu konuda ileri sürülen görüşler hakkında bkz. Yavuz **Alangoya**, Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler, İstanbul 1979, s. 102 vd; **Kuru**, s. 1589 vd.; Baki **Kuru**, Medeni Usul Hukukunda Dava Sebebi, (AD 1967/4, s. 239-268), s. 239 vd.; İlhan **Postacıoğlu**, Davanın Unsuru Olarak Hukuki Sebep ve Kesin Hüküm, Recai Seçkin'e Armağan, Ankara 1974, s. 109; **Postacıoğlu**, Usul, s. 387.

83 **Alangoya**, Dava Ortaklığı, s. 106; **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 223.

84 Örnek için bkz. **Alangoya**, Dava Ortaklığı, s. 103.

düşünceyi desteklemektedir. Alman doktrininde de Alman Usul Kanununun 60. paragrafının usul ekonomisi ilkesi gereğince geniş yorumlanması gerektiği kabul edilmekte[85]; hatta bazı yazarlar birden fazla dava hakkında ortak bir yargılama yapılarak karar verilmesinin amaca uygun olduğu bütün durumlarda ihtiyari dava arkadaşlığının gerçekleşeceğini savunmaktadırlar[86]. Bu düşüncedeki yazarlar, davaların birlikte görülmesi yargılamayı basitleştiriyorsa ve doğru karar verilmesi yönünde önemli bir güvence teşkil ediyorsa, davaların birlikte görülmesinin amaca uygun olduğunu; çok sayıda kişinin birlikte dava açması veya birden fazla kişi aleyhine dava açılması nedeniyle süjede meydana gelen yığılmanın sadece harici bir bağlantı meydana getirdiğini; davaya bakan mahkemenin birden fazla davanın birlikte görülmesini ihtiyari dava arkadaşlığı kurumunun sevk ediliş amacına aykırı gördüğü hallerde davaların ayrılmasına karar verebileceğini, bu bağlamda, dava arkadaşlığının gerçekleşebileceği hallere Kanunda sınır getirilmesinin dahi tereddüt uyandırdığını[87]; davaların usul ekonomisi ilkesi gereğince sonradan birleştirilmesi isabetli kabul edildiğine göre ihtiyari dava arkadaşlığının doğması için Kanunda aranan koşullarında geniş yorumlanması gerektiğini belirtmektedirler[88]. Bu çerçevede, doktrinde "benzer vakıadan" söz edebilmek için birbirine benzer çok sayıda vakıa arasında yakın bir ilişki olması gerektiği ifade edilmiş ve kiralayanın aynı binada oturan birden fazla kiracıya karşı aynı gerekçeyle dava açması halinde vakıalar arasında benzerlik olduğu ifade edilmiştir. Buna göre, kiralayanın içerik olarak birbirine yakın

---

85 **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, § 48, Rdnr. 8; Münchener Kommentar, (**Schultes**), § 60 Rdnr. 1; Musielak, (**Weth**), § 60, N.1.

86 **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, § 48, Rdnr. 8; Musielak (**Weth**), § 60, Rdnr. 7.

87 Stein/Jonas,(Reinhard **Bork**), § 59, Rdnr. 2. Aksi yönde, Münchener Kommentar, (**Schultes**), § 59, Rdnr. 3.

88 Prütting/Gehrlein, (**Gehrlein**), §59, 60, Rdnr. 5. Ancak, bu görüşe doktrinde karşı çıkılmaktadır. Aksi görüşe göre, dava arkadaşlığının varlığı için aranan şartlar bir kenara bırakılarak, dava arkadaşlığının doğduğu haller sadece amaca uygunluk kriteri esas alınarak belirlenemez. Kanunun ihtiyari dava arkadaşlığının gerçekleştiği halleri genişleten hükümleri de böyle bir yorum yapılmasını zorunlu kılmaz. Alman Usul Kanununun 59 ve 60. paragrafları genel bir kural niteliğinde olmayıp, dava arkadaşlığının doğabilmesi için gerekli somut şartları düzenlemektedir. Anılan hükümlerin geniş yorumlanması mümkün olmakla birlikte, tümüyle bir kenara konulmaları mümkün değildir (Beck'scher Online Kommentar, (**Dressler**), § 60, Rdnr. 4).

talepler ileri sürerek, aynı binada veya komşu taşınmazlarda yaşayan birden fazla kiracıya karşı büyük ölçüde benzer içeriğe sahip kira sözleşmelerine dayanması halinde ihtiyari dava arkadaşlığı doğacaktır[89]. Aynı şekilde, birden fazla kiracının ortak kiralayana karşı birlikte dava açmaları halinde de "vakıalar arasında benzerlik" vardır[90].

İsviçre hukukunda ise, birlikte açılan davaların müşterek yönleri usul ekonomisine uygun ortak bir yargılama yapılmasını manalı kılıyor, usuli bir belirsizliğe yol açmıyor, ortak dava malzemesi göz önüne alındığında dava arkadaşlığının doğması "amaca uygun" görülüyorsa "benzerlik" şartının gerçekleştiği ifade edilmektedir. Bu bağlamda, tarafların müşterek yargılamada bir araya gelmeleri usul ekonomisine uygunsa ihtiyari dava arkadaşlığını doğuracak nitelikte bağlantının var olduğu kabul edilmektedir[91]. Görüldüğü gibi, İsviçre hukukunda da vakıaların ve hukuki sebeplerin benzer olmasından ne anlaşılması gerektiği araştırılırken, ihtiyari dava arkadaşlığını düzenleyen kanun hükmünün sevk ediliş amacı göz önüne alınmaktadır. O yüzden de, ihtiyari dava arkadaşlığının doğması için ağır şartların aranmaması ve tereddüt halinde ihtiyari dava arkadaşlığının mevcut olduğunun kabul edilmesi gerektiği savunulmaktadır[92]. Alman ve İsviçre doktrininde ileri sürülen bu görüşler haklı bir temele dayanmaktadır. Zira, dava arkadaşlığı kurumu sayesinde çelişkili kararların verilmesi önlendiği gibi, zamandan ve emekten tasarruf edilerek usul ekonomisi ilkesine de uygun hareket edilmektedir. İhtiyari dava arkadaşlığı birden fazla davanın birlikte görülmesini sağlayarak yargılamanın yürütülmesini basitleştirmekte; hukuk kurallarının dava arkadaşlarına eşit şekilde uygulanmasını ve delillerin bütün dava arkadaşları için güvence altına alınmasını sağlamakta; neticede ise, çelişkili hükümlerin verilmesi önlenmektedir[93].

---

89 Beck'scher Online Kommentar, (**Dressler)**, § 60, Rdnr. 3; Saenger, (Ralf **Bendtsen**),§ 60, Rdnr. 9.

90 Beck'scher Online Kommentar, (**Dressler)**, § 60, Rdnr. 3. Bunun yanında yapı malikinin binada ortaya çıkan kusurlar nedeniyle müteahhide, mimara ve yapı mühendisine karşı birlikte dava açması halinde de davalılar arasında ihtiyari dava arkadaşlığının doğacağı kabul edilmektedir (Saenger, (Ralf **Bendtsen**),§ 60, Rdnr. 9).

91 Sutter- Somm, (**E. Staehelin/Schweizer**), Art. 71, Rdnr.5.

92 Berner Kommentar ZPO, (Balz **Gross**/Roger **Zuber**), Art. 71, Rdnr. 9.

93 Berner Kommentar ZPO, (Balz **Gross**/Roger **Zuber**), Art. 71, Rdnr. 1-2.

Kanaatimizce, Alman ve İsviçre hukukunda ihtiyari dava arkadaşlığını doğuran hallerin geniş yorumlanması gerektiğini savunan görüş Türk hukuku için de geçerlidir. Zira, 6100 sayılı Kanunla yapılan değişikliklerle davanın aynı tarafında birden fazla kişinin bulunduğu haller (tarafların taahhüdü) genişletilmiştir. Bir kere, kanun koyucu 6100 sayılı Kanunla "aynı vakıa ve hukuki sebepler" ifadesi yerine "benzer vakıa ve hukuki sebeplerin" varlığını ihtiyari dava arkadaşlığının doğması için yeterli kabul ederek, birlikte açılabilecek davaların kapsamını genişletmiştir. Bunun yanında, Hukuk Muhakemeleri Kanununda davaların birleştirilmesi kolaylaştırılmış; davaların birleştirilebileceği hallere "benzer sebepler" de eklenmiş (HMK. m.166/4); davaların talep üzerine veya re'sen her zaman birleştirilmesi mümkün hale getirilmiş (HMK. m.166/1) ve aynı yargı çevresinde görülen davalarda mahkemenin resen birleştirme kararı verebileceği kabul edilmiştir (HMK. m.166/1). Böylece, aralarında irtibat olan davaların sonradan birleştirilerek görülmesi kolaylaştırılmıştır. O yüzden, Kanundaki "benzer vakıalar" ifadesinin ihtiyari dava arkadaşlığı kurumunun uygulama alanını genişletecek şekilde yorumlanması; birlikte açılan davalarda ileri sürülen taleplerin dayandığı hayat olayının tespit edilmesine yarayacak ve bu olayı benzer durumlardan ayıracak ölçüde maddi vakıalar arasındaki benzerliğin ortaya konulması, Kanunda aranan benzerlik şartının yerine gelmesi için yeterli kabul edilmelidir. Hemen belirtmek gerekir ki, Kanundaki "ve" ifadesinin "veya" şeklinde anlaşılması isabetli olmayacak; hatta başka sorunları beraberinde getirecektir. Zira, bu görüşün kabulü halinde birlikte açılan davaların dayandıkları vakıalar **veya** hukuki sebeplerden birisi arasındaki benzerlik ihtiyari dava arkadaşlığının doğmasına yeterli olacak; böylece, benzer hukuki sebeplere ancak birbirinden tamamen ayrı vakıalara dayanan davaların birlikte açılmasının yolu açılacaktır. Birbirinden tamamen bağımsız vakıalara dayanan davaların birlikte görülmesinde hiçbir usuli yarar olmadığı ise aşikârdır.

Yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde, vakıalar arasında ne zaman benzerlik olduğuna işaret eden mahkeme kararlarına da değinmekte fayda vardır. Alman Federal Mahkemesi bir kararında babanın farklı eşlerden dünyaya gelen çocuklarına karşı nafaka miktarının indirilmesi için dava açması halinde davalılar arasında ihtiyari dava arkadaşlığının bulunduğunu kabul etmiştir. Anılan olayda, baba gerek evlilik dışı gerekse evlilik içi

çocuğuna nafaka ödemekle yükümlü iken, ekonomik şartlarının kötüleştiği gerekçesiyle ödediği nafakanın indirilmesi talebiyle her iki çocuğuna karşı dava açmıştır. Federal Mahkeme davalılar arasında ihtiyari dava arkadaşlığı bulunduğunu; Alman Usul Kanununun ihtiyari dava arkadaşlığına ilişkin hükümlerinin geniş yorumlanması gerektiğini; somut olayda akrabalık ve evlilik gibi niteliği gereği benzer vakıa ve hukuki sebeplere dayanan taleplerin söz konusu olduğunu; hükmedilecek nafaka tutarının davacı babanın diğer kanuni nafaka yükümlülüklerinin mevcut olup olmadığına bağlı olduğunu; zira, nafaka yükümlüsünün diğer nafaka alacaklılarına olan sorumluluğunun ödeme gücünü etkileyeceğini; bu bağlamda, ihtilafın tek bir dava çatısı altında incelenerek taleplerin birlikte karara bağlanmasının tüm nafaka alacaklılarının ihtiyaçlarının dikkate alınmasını sağlayacağı için amaca uygun olduğunu belirtmiştir[94]. Görüldüğü gibi, Alman Federal Mahkemesi bu kararında ihtiyari dava arkadaşlığının şartlarının mevcut olup olmadığını tartışırken "amaca uygunluk" kriterini esas almıştır. Bu açıdan, Alman Federal Mahkemesi'nin anılan kararında esas aldığı kriterin İsviçre Federal Usul Kanununun 71. maddesinin gerekçesiyle paralellik arz ettiği görülmektedir.

Bayern İstinaf Mahkemesi'nin kararına konu olan bir başka olayda ise, davacı inşa ettirdiği evin balkon ve teraslarındaki ayıplar nedeniyle, inşaatın onay ve iş planını hazırlayan mimar ile binanın yapı denetimini yapmakla görevli olup hatalı planlamayı tespit edebilecek durumdaki diğer mimarlara karşı birlikte dava açmıştır. Bayern İstinaf Mahkemesi somut olayda davalıların inşa edilen evdeki eksiklikler nedeniyle birlikte dava edildiğini; davaların dayandığı vakıaların ve hukuki sebeplerin büyük ölçüde birbirine benzer olduğunu; zira, davalı mimarlardan birisi binanın planlamasından diğerlerinin ise inşaatın denetlenmesinden sorumlu olduğunu; bu durumda, davalılar arasında ihtiyari dava arkadaşlığının doğacağını belirtmiştir[95].

Yukarıda zikredilenler dışında, benzer veya büyük ölçüde benzer vakıalara dayanan ihtiyari dava arkadaşlığına Alman hukukundan başka örnekler verilebilir. Alman doktrininde borçlunun mal kaçırmaya yönelik tasarrufuna

---

94 BGH, *Beschluß* vom 26.11.1997 - XII ARZ 20/97 (www.beck-online.beck.de).

95 BayObLG NJW-RR 1998, 814. BayObLG, *Beschluß* vom 3.3.1998 - 1Z AR 9-98. Musielak, (**Weth**), § 60, Rdnr. 10; Prütting/Gehrlin, (**Gehrlein**), § 59, 60, Rdnr. 10.

karşı birden fazla alacaklının tasarrufun iptali davası açması halinde davaların dayanağını teşkil eden vakıalar benzer olduğu için davacılar arasında ihtiyari dava arkadaşlığının doğacağı belirtilmektedir[96]. Bunun gibi, aynı zarardan mağdur olan birden fazla kişi zarar verene karşı birlikte dava açtıklarında da"benzerlik" şartının gerçekleşeceği kabul edilmektedir[97].Bir kambiyo senedini elinde bulunduran kişinin kambiyo yükümlülerine karşı açacağı davada davalılar arasında ihtiyari dava arkadaşlığı vardır[98]. Benzer içeriğe sahip birden fazla satım sözleşmesine dayanarak teslim talebiyle dava açıldığında da durum bu merkezdedir[99].Sigorta şirketinin üzerinde uzlaşılan sigorta sözleşmesini ihlal eden çok sayıda sigortalıya karşı açtığı davada benzer hukuki sebeplere ve vakıalara dayanıldığı için davalılar arasında ihtiyari dava arkadaşlığı vardır[100]. Buna ilaveten, birbiriyle örtüşen çok sayıda sigorta sözleşmesine[101] ve birden fazla yapı malikinin akdettiği inşaat sözleşmesine[102] ve finansal kiralama sözleşmesi nedeniyle müştereken sorumlu olanlara[103] karşı birlikte dava açılması bu konuda verilebilecek diğer örneklerdir[104].

Türk hukukunda da benzer vakıalara dayandıkları için birden fazla davanın birlikte açılabileceğini kabul eden Yargıtay kararlarına rastlamak mümkündür. Nitekim, 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu yürürlükte iken Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bir kararında "*Ayrı ayrı akitlere müstenit ayrı ayrı kimselere ait iki davanın bir arzuhal ile açılması doğru değilse de, aynı evin alt katı birine üst katı diğerine kiralanmış olup, kiracıların ev sahibine verdikleri fazla kira bedelinin istirdadı davasını bir arzuhal ile ikame etmelerine kanuni bir engel yoktur*" demek suretiyle bu

---

96 Stein/Jonas, (Reinhard **Bork**), § 60, Rdnr. 3; **Alangoya**, Dava Ortaklığı, s. 83.

97 Saenger, (Ralf **Bendtsen**), § 60, Rdnr. 9.

98 Stein/Jonas, (Reinhard **Bork**), § 60, Rdnr. 3; Münchener Kommentar, (**Schultes**), § 60 Rdnr. 2.

99 Beck'scher Online Kommentar, **(Dressler)**, § 60, Rdnr. 3. Türk hukukunda aynı yönde bkz. **Ulukapı**, s. 133.

100 **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, § 48, Rdnr. 7.

101 Münchener Kommentar, (**Schultes**), § 60 Rdnr. 2.

102 BayObLG (1.ZS), 10. 3. 1983tarihlikararı - Allg. Reg. 9/83 (www.beck-online.beck.de).

103 BGH, 22-10-1986tarihlikararı - VIII ZB 40/86 (Düsseldorf) (www.beck-online.beck.de).

104 Münchener Kommentar, (**Schultes**), § 60 Rdnr. 2.

yönde görüş bildirmiştir[105]. HUMK.m.43, b.2 hükmünde benzer vakıaların varlığı halinde birlikte dava açılabileceğine dair açık bir ifade yer almadığı ve anılan olayda talep sonucu (fazla kira bedelinin istirdadı) benzer vakıalara (içerikleri birbirine yakın kira sözleşmelerine) dayandığı halde Yargıtay isabetli şekilde davacılar arasında ihtiyari dava arkadaşlığının doğacağına hükmetmiştir. Doktrinde de, işçiler bir işverenle aynı nitelikte sözleşmeler akdetmiş ve benzer talepler ileri sürerek işverene karşı dava açmışlarsa, işçiler arasında ihtiyari dava arkadaşlığı doğacağı ifade edilmiştir[106].

Yargıtay 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu yürürlüğe girdikten sonra verdiği bir kararda ise benzer vakıalara dayanan davaların birlikte açılamayacağına hükmetmiştir. Anılan olayda, çok sayıda işçinin sendika üyeliğinin tespiti için sendikaya karşı açtığı bir dava söz konusudur. Yargıtay'ın söz konusu kararı şöyledir : "… *Taraflar arasındaki uyuşmazlık, davacıların davalı sendika üyesi olup olmadıkları noktasında toplanmaktadır… Somut olayda, davacıların taleplerinin davalı sendikaya üye olmadıklarının tespitine ilişkin olduğu anlaşılmaktadır. Sendika üyeliği, sendika ile üye arasındaki hukuki ilişkiyi ifade eden bir kavram olduğundan davacılar arasında zorunlu ya da ihtiyari dava arkadaşlığı bulunmamaktadır. Bu sebeple öncelikle davacıların taleplerinin tek bir davada görülmesi hatalıdır*…[107]. Yukarıda zikredilen Yargıtay kararında işçilerden her biri kendi sendika üyeliğinin mahkeme kararıyla tespit edilmesini istediği ve her birinin sendikayla olan üyelik ilişkisi birbirinden bağımsız olduğu için taleplerin aynı vakıaya dayandığından söz edilemez. Ancak, davacı işçiler aynı sendikayla olan üyelik ilişkilerinin tespiti için dava açmış olup, her birinin üyelik başvurusu yapıp yapmadığı benzer vakıa teşkil etmektedir. İşçiler sendika üyeliğinin tespiti için birlikte dava açtıklarında, ihtilaf davalı sendikadan ve Bölge Çalışma Müdürlüğü'nden[108] gelecek bilgi ve belgeler

---

105 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2.5.1951 Tarih E. 269, K. 94 sayılı kararı. Aynı yönde bkz. **Umar**, Şerh, s. 201- 202; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 483.

106 İlhan **Postacıoğlu**, Medeni Usul Hukuku Dersleri, İstanbul 1975, s. 286; İsviçre hukukunda aynı yönde bkz. Basler Kommentar (Peter **Ruggle**), Art. 71, Rdnr. 26.

107 Yargıtay 22. Hukuk Dairesi Esas Numarası: 2012/13802 Karar Numarası: 2012/16713 Karar Tarihi: 12.07.2012, www.legalbank.net.

108 Zira, üye kayıt fişinin bir nüshası Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı ile işyerinin bağlı olduğu Bölge Çalışma Müdürlüğü'ne gönderilmektedir (Sendikalar Kanunu, m.22, son).

dikkate alınarak çözümlenecektir. Bu tespitin müşterek bir yargılama yapılarak daha az masrafla ve daha kısa sürede gerçekleştirilmesi mümkündür. Zira, davaya bakan mahkeme yargılama sırasında dava dosyasına ibraz edilen üyelik başvuru formlarını ve varsa işveren nezdindeki kayıtları inceleyerek bir karara varacaktır. Mahkemenin tahkikat aşamasında toplayacağı ve değerlendireceği deliller birbiriyle örtüştüğüne göre, bu davaların birlikte görülerek karara bağlanması usul ekonomisine uygun olacaktır. O itibarla, Yargıtay'ın yukarıda zikredilen kararının aksine davacı işçiler arasında ihtiyari dava arkadaşlığının gerçekleşeceği kabul edilmelidir.

Yargıtay bir başka kararında da bu konuda olumsuz görüş bildirmiştir. Yargıtay'ın anılan kararı şöyledir: "… **Dava davacıların davalı Belediyede çalıştıkları sürelerin tespiti istemine ilişkindir**… *Davalar arasında Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 57. veya 166/4. maddesi anlamında bağlantı bulunmadığı halde, mahkemenin dava dosyalarını birleştirme kararı verip, yargılamayı iyi bir şekilde yürüterek sonuçlandırması imkanı yoktur. Böyle bir durum yargılamanın iyi bir şekilde yürütülmesine engel olduğu gibi, isabetli bir karar verilememesi sonucuna yol açar. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 06.10.2010 gün ve 10-429, 2010/449 sayılı vb. kararlarında da vurgulandığı üzere****, her davanın kendine özgü koşullar içereceği gözetilip, davadaki iddiaların ve her bir davacı sigortalının durumu irdelenip, toplanan delillerin bireyselleştirilmesi zorunludur. Bağlantı bulunmadan yapılan bir birleştirme kararı sonuca etkili bir önemli bir usul yanlışlığı olduğundan Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 30. Maddesinde yer alan ve "Hakim, yargılamanın makul süre içinde ve düzenli bir biçimde yürütülmesini ve gereksiz gider sağlamakla yükümlüdür" şeklinde ifadesini bulan usul ekonomisi ilkesinin de böyle bir durumda uygulanma yeri yoktur***…"[109]. Görüldüğü gibi, Yargıtay bu kararında davacıların hizmet tespitine dair taleplerinin ayrı ayrı incelenmesi gerektiğinden hareketle, davacılar arasında ihtiyari dava arkadaşlığının bulunmadığı sonucuna varmıştır. Öncelikle belirtmek gerekir ki, anılan olayda davaların dayandıkları vakıalar arasında HMK.m.57/1,c hükmü anlamında benzerlik vardır. Her ne kadar davacı işçiler ile davalı Belediye arasında ayrı hizmet sözleşmeleri akdedil-

---

[109] Yargıtay 10. Hukuk Dairesi 2010/3109, K. 2011/13005 04.10.2011 tarihli karar (MIHDER, 2012/1, s. 125-126).

mişse de, bu sözleşmelerin içeriğinin benzer olduğu söylenebilir. Çünkü, anılan hizmet sözleşmelerinin hepsi davacı işçiler ile davalı Belediye arasındaki hukuki ilişkiyi ve bu bağlamda, davacıların davalı nezdinde hangi konumda çalışacaklarını, görevlerini, yetki ve sorumluluklarını ve alacakları ücreti düzenlemektedir. Bu durumda, benzer içeriğe sahip hizmet sözleşmelerine dayanarak açılan davalar arasında benzerlik olduğu kabul edilmelidir. Davacı işçiler davalı işveren nezdindeki hizmetlerinin tespitini istediklerine göre, işverene yöneltilen talep sonuçları arasında bağlantı olduğu açıktır. Öte yandan, Yargıtay mezkur kararında "***davadaki iddiaların ve her bir davacı sigortalının durumu irdelenip, toplanan delillerin bireyselleştirilmesi zorunludur"*** gerekçesine dayanmakta ise de, sigortalı hizmet süresi tespit edilirken birbirinden bağımsız bir yargılama yürütülmesine gerek yoktur. Davacı işçilerin davalı nezdinde çalışıp çalışmadıkları araştırılırken başvurulacak deliller büyük ölçüde örtüşecektir. Mahkeme davacı işçilerin kayıtlarını Sosyal Güvenlik Kurumu'ndan talep edecek, davalı işverenden davacı işçilerin işe giriş ve çıkış kayıtlarını isteyecek, böyle bir kayıt yoksa işveren nezdindeki kayıtları keşif yapmak ve gerekirse bilirkişi atamak suretiyle inceleyecek ve ayrıca tarafların gösterdikleri tanıkları dinleyecektir. Görüldüğü gibi, birden fazla kişi birlikte hizmet tespiti davası açtığında tahkikat aşamasında müracaat edilecek deliller büyük ölçüde örtüşmekte olup, sadece gösterilecek tanıklar farklı olabilecektir. Ancak, kanaatimizce tanık delilini de mutlak bir istisna olarak görmemek gerekir. Çünkü, davacı işçiler çalışma olgusunu ispatlamak için aynı işyerindeki diğer çalışanları tanık olarak gösterdikleri takdirde, mahkemece dinlenecek tanıklar da örtüşecek, tanıklar birden fazla dava hakkında tanıklık yapabilecektir. Bütün bu sebepler karşısında, Yargıtay'ın yukarıdaki kararının aksine, birden fazla işçinin aynı işverene karşı birlikte açtıkları hizmet tespiti davasında davacılar arasında ihtiyari dava arkadaşlığının mevcut olduğu kabul edilmelidir. Aksi düşüncenin kabulü, yerel mahkeme benzer vakıalara dayanan çok sayıda davayı ayrı ayrı görmek zorunda kalacak; bu davalarda verilen kararlar Yargıtay nezdinde yine ayrı temyiz incelemesine konu olacak ve neticede usul ekonomisine aykırı davranılmış olacaktır (HMK. m.30).

Öte yandan, Kanundaki "benzer vakıaların ve hukuki sebepler" ifadesinin "benzer vakıalara ve aynı hukuki sebebe" dayanan davalar için de uygulanacağı konusunda tereddüt etmemek gerekir. Kanun koyucu "benzer

vakıalar ve hukuki sebeplerin" varlığı halinde davalar arasında bağlantı olduğunu kabul ettiğine göre, davaların dayandıkları hukuki sebeplerin aynı olduğu hallerde sözü geçen irtibat evleviyetle mevcuttur. Yargıtay'ın konuyla ilgili bir kararı da aynı yöndedir : "… *Davacı şirketler birlikte iflasın ertelenmesi talebinde bulunmuşlar,* ***mahkemece birlikte açılan dava ile iflasın ertelenmesine ilişkin talep usule aykırı bulunmayarak birlikte sonuçlandırılmıştır****… İhtiyari dava arkadaşlığı davaların birleştirilmesi yoluyla da mümkün olduğundan (Alangoya Yavuz: Medeni Usul Hakkında Dava Ortaklığı, İstanbul 1965, s. 62) birbiri ile ilgisi olan davaların benzer sebep kavramı içerisinde değerlendirilerek bağlantının varlığı kabul edilmeli ve bu davalar birlikte görülebilmelidir. Zira bu durum yargılamayı çabuklaştıracağından, yargılama giderini azaltacağından ve çelişkili kararların önüne geçeceğinden usul ekonomisine de uygun düşmektedir, iflasın ertelenmesi talebinde bulunan birden fazla sermaye şirketinin talebi ayrı ayrı değerlendirileceğinden ve erteleme koşullarının talepte bulunan her şirketin kendi mali yapısı içinde gerçekleşip gerçekleşmediği aranacağından talep HUMK'nun 43. maddesine uygundur…*"[110]. Yargıtay yukarıdaki kararında her ne kadar davacıların benzer vakıalara ve hukuki sebeplere dayandıklarını ifade etmekte ise de, gerçekte borçlu şirketler benzer vakıalara fakat aynı hukuki sebebe dayanmaktadırlar. Zira, borçlu şirketler borca batıklık nedeniyle (benzer vakıa) zorunlu olarak iflas isteminde bulunmakta, ancak mali durumlarının iyileştirilebileceğini iddia ederek iflasın ertelenmesine (aynı hukuki sebep) karar verilmesini istemektedirler (İİK. m.179). Birlikte açılan davaların dayandıkları vakıaların benzer, hukuki sebeplerin aynı olduğu hallerde HMK. m.57/1, c hükmü çerçevesinde ihtiyari dava arkadaşlığının doğacağı ise izahtan varestedir.

3. Davanın Temelini Teşkil Eden Hukuki Sebeplerin Benzer Olması

HMK. m.57/1, c hükmünü incelerken üzerinde durulması gereken bir diğer husus ise, "hukuki sebepler" arasındaki benzerlikten ne anlaşılması gerektiğidir. Hukuki sebepler davacının ileri sürdüğü talebe uygun karar

---

[110] Yargıtay 23. Hukuk Dairesi Esas Numarası: 2013/7061 Karar Numarası: 2014/1234 Karar Tarihi: 21.02.2014, (www.legalbank.net).

verilebilmesi için dava sebebine uygulanacak soyut hukuk kurallarıdır[111]. Davacı talep sonucunu haklı göstermek için dava dilekçesinde ileri sürdüğü vakıaların hukuki nitelendirilmesini yapar. Örneğin davacı dava dilekçesinde dayandığı bir vakıayı haksız fiil, sebepsiz zenginleşme veya belirli bir sözleşme tipiyle nitelendirebilir[112]. İhtiyari dava arkadaşlığı kurumu bakımından hukuki sebeplerin benzer olması, talep edilen hakkın veya üstlenilen yükümlülüğün hukuki niteliğiyle ilişkilidir[113]. Buna göre, ihtiyari dava arkadaşlığının doğabilmesi için, birlikte açılan davalarda dayanılan vakıaların aynı sözleşmeye dayanması, haksız fiil teşkil etmesi veya sebepsiz zenginleşme hükümlerine tabi olması gibi bir benzerlik aranır[114].

Hukuki sebeplerin benzer olması, mahkemeye yöneltilen talep sonucu veya davada yerine getirilmesi gereken yükümlülüklerle ilişkilidir. Örneğin ileri sürülen talepler birden fazla sözleşmeye dayansa bile, taleplerden her biri satım, kira veya hâsılat kirası gibi aynı sözleşme tipine dayandığı takdirde hukuki sebebin benzer olduğu kabul edilmektedir. Ancak, birden fazla sözleşmenin bulunduğu hallerde, davanın bir tarafında yer alan kişiler arasında dava arkadaşlığının gerçekleştiğini kabul edebilmek için basit bir ekonomik benzerliği aşan dâhili bir bağlantı olmalı, bu bağlantı büyük ölçüde sözleşmelerin birbirine benzer içeriğine dayanmalıdır[115]. Demek ki, birlikte açılan davaların dayanağını teşkil eden vakıaların gelişiminin veya ekonomik temelinin benzer olması yeterli olmayıp, dâhili bir bağlantının varlığı gerekmektedir. Yargılamanın yürütülmesinde belirsizlik yaratacaksa, birden fazla davanın birlikte görülmesi amaca uygun değildir[116]. Alman Federal Mahkemesinin kararına konu olan bir olayda, emlak komisyoncusu alıcı ve satıcı ile ayrı komisyonculuk sözleşmeleri yapmış ve alıcı ve satıcıdan ayrı ayrı komisyon alacağı talep etmiştir. Federal Mahkeme bu davada satıcı ve alıcının ihtiyari dava arkadaşı gösterilmesini haklı bulmuş; vakıa-

---

111 **Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım**, s. 227.

112 **Kuru**, Dava sebebi, s. 219.

113 Beck'scher Online Kommentar, (**Dressler)**, § 60, Rdnr. 1.

114 Prütting/Gehrlin, (**Gehrlein**), § 59, 60, Rdnr. 10, 11. Türk hukukunda aynı yönde bkz. **Umar**, s. 218.

115 BGH, Beschlußvom 23-05-1990 - I ARZ 186/90 (www.beck-online.beck.de).

116 Saenger, (Ralf **Bendtsen**), § 60, N. 10.

ların ve hukuki sebeplerin aynı olmadığı hallerde talepler arasında esasa dair bir bağlantı varsa, bu bağlantının işin doğası icabı taleplerin benzer kabul edilmesini sağlayacağını belirtmiştir. Federal Mahkeme somut olayda satıcı ve alıcıyla ayrı ayrı yapılan komisyonculuk sözleşmeleri ve bu sözleşmelerden kaynaklanan komisyon ücretlerinin fiilen ve hukuken birbirine bağlı olduğunu; anılan taleplerin geçerli şekilde ileri sürülebilmesi için emlak komisyoncusunun akdedilmesine çaba gösterdiği satım sözleşmesinin hukuken geçerli şekilde kurulması gerektiğini; komisyoncunun ileri sürdüğü alacak talebinin, doğal olarak komisyoncunun faaliyeti ile satım sözleşmesinin kurulması arasında illiyet bağı olup olmadığı veya talep edilen komisyon miktarının uygun olup olmadığı meselesini doğuracağını; bu nedenle, satıcı ve alıcının dava arkadaşı olarak gösterilmesinin mantıklı olacağını belirtmiştir[117]. Bu karar doktrinde de destek bulmuş ve anılan olayda içerikleri benzer sözleşmelere dayanan bir talep olduğu ve Alman Usul Kanununun 60. paragrafının uygulanması gerektiği belirtilmiştir[118].

Alman doktrininde, birlikte açılan davaların dayanağını oluşturan sözleşme türünün örtüşmediği hallerde de (satım, kira gibi) dayanılan hukuki sebep yine sözleşme olduğu için Kanunda aranan benzerlik şartının yerine geldiği kabul edilmektedir[119]. Hukuki sebeplerin benzer olduğu durumlara, birlikte açılan davalarda ileri sürülen taleplerin benzer sözleşme tipine dayanması, sözleşme bulunmayan hallerde ise sebepsiz zenginleşme hükümlerine, haksız fiil veya nafaka yükümlülüğüne dayanılması örnek gösterilmektedir[120]. Bunun yanında, finansal kiralama sözleşmesi nedeniyle müşterek sorumlu olanlara karşı birlikte dava açılarak tazminat talep edildiğinde veya bir taşınmaz malikinin gürültü yapıldığı gerekçesiyle diğer (komşu)

---

117 BGH, Beschlußvom 23-05-1990 - I ARZ 186/90 (www.beck-online.beck.de).

118 Stein/Jonas, (Reinhard **Bork**), § 60, Rdnr. 3; Prütting/Gehrlin, (**Gehrlein**), § 59, 60, Rdnr. 11.

119 Beck'scher Online Kommentar, (**Dressler)**, § 60, Rdnr. 1.Saenger, (Ralf **Bendtsen**),§ 60, N. 6.

120 Beck'scher Online Kommentar, (**Dressler)**, § 60, Rdnr. 1. Saenger, (Ralf **Bendtsen**), § 60, N. 6. Örneğin bir trafik kazası nedeniyle sürücüye ve mali sorumluluk sigortası yapana karşı dava açıldığı takdirde, davalılar arasında ihtiyari dava arkadaşlığı vardır (Saenger, (Ralf **Bendtsen**), § 60, N. 6). OLG Z weibrücken MDR 1983, 495 (**www.beck-online.beck.de**).Beck'scher Online Kommentar, (**Dressler)**, § 60, Rdnr. 3.

taşınmaz malikine ve onun kiracısına karşı birlikte dava açtığında vakıalar ve hukuki sebepler arasındaki benzerlik nedeniyle ihtiyari dava arkadaşlığı gerçekleşecektir[121]. Öte yandan, aynı hacze karşı üçüncü kişilerin birlikte istihkak davası açmaları halinde de hukuki sebepler benzerdir[122]. Türk hukukunda ise farklı kişilerin aynı mahcuz mal hakkında ayrı ayrı istihkak davası açabilecekleri; bu durumda, şartları varsa davacılar arasında ihtiyari dava arkadaşlığının doğacağı belirtilmektedir[123]. Gerçekten, borçlunun elinde iken haczedilen bir mal hakkında üçüncü kişiler ayrı ayrı istihkak iddiasında bulunur ve akabinde birlikte istihkak davası açarlarsa, davacılar arasında ihtiyari dava arkadaşlığı meydana gelir. Bu ihtimalde, üçüncü kişilerin dayandıkları hukuki sebepler aynı olabileceği gibi, benzer de olabilir. Örneğin üçüncü kişilerden bazıları mülkiyet diğerleri sınırlı bir ayni hakka dayanıyorsa, davacıların talepleri benzer hukuki sebeplere dayandığı için aralarında ihtiyari dava arkadaşlığı gerçekleşecektir.

4. Benzer Vakıalara ve Hukuki Sebeplere Dayanan Davaların Talep Sonuçları Arasında Bağlantı Olması Gerekir mi?

Hukuk Muhakemeleri Kanununda "vakıalar ve hukuki sebepler arasında benzerlik olması" halinde ihtiyari dava arkadaşlığının doğacağı belirtilmekle yetinilmiş olup (HMK. m.57/1, c); başkaca bir munzam şart aranmamıştır. Burada birlikte açılan davalarda ileri sürülen talepler arasında bağlantı olmasının gerekli olup olmadığı sorulabilir. Gerçekten, kimi durumlarda davaların dayandıkları vakıalar ve hukuki sebepler benzer olsa bile, ileri sürülen talep sonuçları arasında bağlantı olmadığı için bu davaların birlikte görülmesinde fayda olmayabilir. Nitekim, İsviçre hukukunda vakıaların veya hukuki sebeplerin benzer olması halinde ihtiyari dava arkadaşlığının doğacağı kabul edildiği halde (sZPO.m.71), birlikte açılan davalarda ileri sürülen talepler arasında konu (esas)bakımından bağlantı aranıp aranmayacağı tartışmalıdır. İsviçre Federal Mahkemesi bugüne kadar verdiği kararlarında, davalılara karşı ileri sürülen talepler arasında mutlaka harici ve dâhili bir bağlantı bulunması gerektiğine işaret etmiş; dava arkadaşlarına

---

121 Prütting/Gehrlin, (**Gehrlein**), § 59, 60, Rdnr. 10, 11.

122 Musielak, (**Weth**), § 60, Rdnr. 10.

123 **Kudret Aslan**, Hacizde İstihkak Davası, Ankara 2005, s. 362.

yöneltilen talepler önemli ölçüde benzer vakıa ve hukuki sebeplere dayandığı takdirde ise bu bağlantının mevcut olduğunu kabul etmiştir[124]. Doktrinde ise, İsviçre Federal Usul Kanununun bugünkü ifadesi karşısında "benzer vakıaların **veya** hukuki sebeplerin" varlığının ihtiyari dava arkadaşlığının doğması için yeterli olduğu ileri sürüldüğü gibi (sZPO.m.71)[125], dava konusu hak veya yükümlülükler arasında dahili veya harici kesin bir bağlantı olması gerektiği de savunulmaktadır[126].

Alman Usul Kanununda da ihtiyari dava arkadaşlığının doğması için davaların dayandığı vakıalar ve hukuki sebepler arasında benzerlik olması yeterli kabul edildiği halde[127] gerek doktrindeki yazarlar gerekse Alman Federal Mahkemesi, birlikte açılan davaların talep sonuçları arasında bağlantı olması gerektiğini vurgulamaktadır[128]. Alman Federal Mahkemesi taleplerin soyut içeriklerinin uyuşması (birbirini tutması) halinde bu benzerliğin mevcut olduğunu kabul etmektedir[129]. Doktrinde de dava arkadaşları tarafından ileri sürülen veya onlara yöneltilen talepler arasında mutlaka esas bakımından dâhili bir bağlantı aranmaktadır[130]. Davaların dayandıkları olayların gelişiminin esas (konu) bakımından birbirine benzemesi ve iktisadi temellerinin örtüşmesi yeterli değildir. Taleplerin soyut içeriği örtüştüğü takdirde talepler arasında benzerlik olduğundan söz edilebilir. Bilhassa talepler arasında esas (konu, içerik) bakımından bağlantı olan hallerde bu şart gerçekleşmiş olur[131]. Talepler arasında irtibat bulunan davalara, bir satım sözleşmesine istinaden çok sayıda teslim talebinde bulunulması, aynı haksız fiile dayanarak birden çok tazminat talebinde bulunulması, birden fazla

---

124 BGE 129 III 80 E. 2.2.

125 Berner Kommentar ZPO, (Balz **Gross**/Roger **Zuber**), Art. 71, Rdnr. 5, 9; **Staehelin/ Staehelin/Grolimund**, s. 193.

126 Brunner/Gasser/Schwander, (**Eva Borla - Geier**), Art. 71, Rdnr. 12.

127 Beck'scher's Online Kommentar, (**Dressler)**, § 60, Rdnr. 1.

128 Berner Kommentar ZPO, (Balz **Gross**/Roger **Zuber**), Art. 71, Rdnr. 5; **Staehelin/ Staehelin/Grolimund**, s. 193.

129 Musielak, (**Weth**), § 60, Rdnr. 10. Tazminat talebine örnek olarak bkz. BGH, Urteil vom 21.2.1975 - V ZR 148/73 (Frankfurt)

130 Saenger, (Ralf **Bendtsen**), § 60, N. 5.

131 Musielak, (**Weth**), § 60, Rdnr. 10. Tazminat talebine örnek BGH, Urteilvom 21. 2. 1975 - V ZR 148/73 (beck-online.beck.de).

nafaka talebinde bulunulması ve kıymetli evrak hukukundan kaynaklanan talebin birden çok kambiyo borçlusuna karşı ileri sürülmesi örnek gösterilebilir[132]. Alman doktrininde birden fazla müşterinin[133] veya sigortalının bir sözleşmeyi benzer koşullarla imzalamaları halinde, ilerde o sözleşmeden kaynaklanan davalarda ileri sürülen talepler arasında dâhili bağlantının var olduğu kabul edilmektedir. Birden fazla nafaka alacaklısının (eşin ve evlilik içi doğan çocuğun) aynı nafaka yükümlüsüne (babaya) karşı birlikte dava açmaları halinde de talepler arasında bağlantı vardır. Nafaka yükümlüsünün birden çok nafaka alacaklısına karşı açtığı davada ise davalılar arasında ihtiyari dava arkadaşlığı doğacaktır (dZPO 323)[134]. Benzer şekilde, nafaka borcundan kısmen yükümlü olan birden fazla kişiye karşı açılan davada ileri sürülen talepler arasında anılan bağlantı vardır[135]. Alman Federal Mahkemesi bir kararında, hastanın kendisini birbiri ardına ve fakat farklı zamanlarda tedavi eden iki ayrı hekime birlikte dava açabileceğini kabul etmiştir. Federal Mahkeme bu olayda davacının ileri sürdüğü talepler arasındaki dâhili bağlantıyı doktorların tedavi hatalarının tazminat ödeme yükümlülüğü doğuran sonuca birlikte etki ettikleri iddiasına dayandırmıştır[136].

Alman Federal Mahkemesi'nin kararına konu olan bir başka olayda ise, davacı bir bölümünü davalı karı kocayla imzaladığı, kalanını ise sadece davalı kocayla akdettiği çok sayıda sözleşmeyle ticari işletmesinin üretim alanlarını ve fabrikasını çevreleyen taşınmazları davalılara satmıştır. Davacı açtığı davada satış parasının ödenmeyen bölümünü ve yaptığı masrafları istemiş aynı zamanda ecrimisil talebinde bulunmuştur. Davalılar ise bir

---

132 Münchener Kommentar, (**Schultes**), § 60 Rdnr. 2; Prütting/Gehrlin, (**Gehrlein**), § 59, 60, Rdnr. 10; Stein/Jonas, (Reinhard **Bork**), § 60, Rdnr. 3. Kambiyo hukukundan kaynaklanan çok sayıda talep bu konuda verilebilecek bir diğer örnektir (Prütting/ Gehrlin, (**Gehrlein)**, § 59, 60, Rdnr. 9).

133 Bu ihtimalde, müşteriler malları birbiriyle örtüşen koşullarla satın almışlardır (Stein/ Jonas, (Reinhard **Bork**), § 60, Rdnr. 3).

134 Prütting/Gehrlin, (**Gehrlein**), § 59, 60, Rdnr. 10; Stein/Jonas, (Reinhard **Bork**), § 60, Rdnr. 3. BGH NJW 98, 685.

135 Stein/Jonas, (Reinhard **Bork**), § 60, Rdnr. 3.

136 Musielak, (**Weth**), § 60, Rdnr. 10. KG Berlin, Beschluss vom 27.06.2000 - *20000627 Aktenzeichen 28 AR 171/99* (www.beck-online.beck.de). Beck'scher Online Kommentar, (**Dressler**), § 60, Rdnr. 1.

taraftan davanın reddini isterken, diğer taraftan karşı dava açmışlardır. Davalılar açtıkları karşı davada beş karşı davalıdan 100.000 Alman Markının faiziyle birlikte ödenmesini, davacıya yönelttikleri karşı davada ise ilave olarak uğradıkları zararın tespitini de istemişlerdir. Davalılar asıl davanın davacısına yönelttikleri karşı davada 1971 tarihli sözleşmenin ifa edilmemesi sebebine dayanırken, diğer karşı davalılar hakkında yanlış teminatlar vermek ve hileli şekilde susmak suretiyle kendilerini zarara uğrattıkları iddiasına dayanmışlar; iki numaralı karşı davalının ise yetkisiz temsilci tarafından temsil edildiğini ve bu yüzden 1971 tarihli sözleşmenin onun bakımından geçersiz olduğunu iddia etmişlerdir. Alman Federal Mahkemesi yaptığı inceleme neticesinde, İstinaf Mahkemesi'nin karşı davada ileri sürülen bütün taleplerin davacının fabrikası üzerindeki satış pazarlığı vakıasına dayandığını kabul ettiğini; ancak, İstinaf Mahkemesi'nin asıl davanın davacısı hakkında sözleşme hükümlerine, diğer karşı davalılar hakkında haksız fiil hükümlerine ve bir karşı davalı için ise yetkisiz temsil hükümlerine dayanıldığını tespit ettiğini ve karşı davada dayanılan hukuki sebeplerin farklı olduğunu gerekçe göstererek davayı reddettiğini; halbuki, Alman Usul Kanununun 60. paragrafı gereğince birlikte açılan davada talep sonucunun aynı olmasının gerekmediğini; talep sonucunun benzer veya büyük ölçüde benzer vakıa ve hukuki sebeplere dayanmasının yeterli olduğunu; mezkur hükmün amaca uygun şekilde geniş yorumlanması gerektiğini; bu bağlamda, karşı dava bakımından Kanunda aranan "önemli ölçüde benzerlik" kriterinin gerçekleştiğini ve karşı davalılar arasında ihtiyari dava arkadaşlığının doğduğunu belirtmiştir[137].

Bayern İstinaf Mahkemesi'nin kararına konu olan bir başka olayda ise, davacı portföy yatırımı nedeniyle kendisini zarara uğrattığını iddia ettiği aracı şirkete, komisyoncuya ve bilançoyu denetlemekle yükümlü şirkete aracılık faaliyetindeki hukuka aykırılık nedeniyle dava açmıştır. Davacı açtığı davada değerli kağıtların satışı ile dolaşıma sokulmasını düzenleyen

---

[137] BGH, *Urteil* vom 21.2.1975 - V ZR 148/73 (Frankfurt) *(**www.beck-online.beck.de**)*. Alman Federal Mahkemesi'nin "talep sonucunun büyük ölçüde benzer vakıalara ve hukuki sebeplere dayanmasını yeterli" kabul eden bu kararı, İsviçre Federal Mahkemesi'nin Federal Usul Kanununun yürürlüğe girmesinden önce verdiği kararlarıyla paraleldir. (BGE 129 III 80 E.2.2)

kuralların hatalı olduğu gibi, sermaye yatırımına dair iş modelinin de Kredi İşleri Kanununa aykırı olduğunu; davalı denetim şirketinin bu durumu fark edebilecek konumda olduğunu; kaldı ki, bu tespitin yapılmasının anılan şirket bakımından aynı zamanda bir yükümlülük olduğunu iddia etmiştir. Bayern İstinaf Mahkemesi davacının talebini her davalı yönünden farklı sözleşmeye dayandırmasının ve bu sözleşmeler arasında doğrudan hukuki bağlantı bulunmamasının, birlikte açılan davaların esası arasındaki bağlantıyı ortadan kaldırmadığını belirtmiş; ayrıca ihlâl edildiği ileri sürülen yükümlülüklerin içeriklerinin farklı olmasının ve bu yükümlülüklerin sadece potansiyel yatırımcıları korumaya yönelik olmasının da önemli olmadığını; anılan farklılıklara rağmen davacının ileri sürdüğü taleplerin nitelik itibariyle benzer olduğunu belirterek, davalılara yöneltilen talepler arasında dahili bağlantı bulunduğuna hükmetmiştir[138].

Alman doktrininde birlikte açılan davalar arasında yukarıda zikredilen türden bir bağlantı yoksa, ihtiyari dava arkadaşlığının varlığından söz edilemeyeceği kabul edilmektedir[139]. Örneğin birbirinden bağımsız gerçekleşen ve haksız fiil teşkil eden davranışlardan dolayı birden fazla kişiye karşı dava açıldığı takdirde, davalılar arasında ihtiyari dava arkadaşlığı doğmayacaktır. Nitekim, Alman Celle İstinaf Mahkemesi'nin kararına konu olan bir olayda, davacı sahip olduğu film ve televizyon eserleri üzerindeki telif hakkının davalıların benzer fiilleriyle ihlal edildiğini; davalıların telif hakları hukuken koruma altında olan bir filmin bant kaydını birbirlerinden bağımsız olarak ve yasaya aykırı şekilde kullandıklarını iddia ederek dava açmıştır. Ancak, Celle İstinaf Mahkemesi birlikte açılan davaların dayanağını teşkil eden olayların (vakıaların) akışının benzer olmasının ihtiyari dava arkadaşlığının doğması için yeterli olmadığını; talep sonuçları arasında dâhili bağlantı olması gerektiği halde somut olayda böyle bir bağlantının bulunmadığını; davacının, davalıların davranışlarının birbiriyle bağlantılı olduğunu iddia etmediğini, birden çok kişinin haksız fiil veya haksız fiil benzeri sonuç doğuracak davranışta bulunmalarının taleplerin dayanağının aynı veya benzer olduğunu kabul etmek için yeterli olmadığını; sübjektif hakkın benzer

---

138 Prütting/Gehrlin, (**Gehrlein**), § 59, 60, Rdnr. 10; Musielak, (**Weth**), § 60, Rdnr. 10.

139 Prütting/Gehrlin, (**Gehrlein**), § 59, 60, Rdnr. 10. KG Berlin, Beschlussvom 27.06.2000 - 20000627 Aktenzeichen 28 AR 171/99 (www.beck-online.beck.de).

şekilde ihlal edilmesi halinde dava masraflarından tasarruf etmek için bütün iddiaların aynı davada ileri sürülmek istenmesinin anlaşılabileceğini; ancak, davalının benzer bir fiil işlemek dışında kendisiyle hiçbir ilişkisi olmayan kişilerle birlikte ve yetkisiz bir mahkemede savunma yapmak istememesindeki menfaatinin de göz ardı edilemeyeceğini belirterek, davalılar arasında ihtiyari dava arkadaşlığı olmadığına hükmetmiştir[140]. Görüldüğü gibi, birden fazla benzer vakıaya dayanılan hallerde sadece vakıaların gelişiminin ve iktisadi temellerinin benzer olması ihtiyari dava arkadaşlığının doğması için yeterli olmayıp, ileri sürülen talepler arasında dahili bir bağlantı aranmaktadır[141].

Bunun yanında, Alman hukuku doktrininde ihtiyari dava arkadaşlığının doğması için dava arkadaşı olarak gösterilen kişilerin karşısında müşterek bir muhatap bulunması gerektiği de ifade edilmektedir. Buna göre, kendisinden talepte bulunulan kişilerin karşısında aynı vakıa dolayısıyla hak sahibi olan ortak bir muhatap bulunması gerekir[142]. İhtiyari dava arkadaşlarının karşısında farklı muhataplar bulunuyorsa sözü geçen dâhili bağlantı gerçekleşmemiş demektir[143]. Bir diğer deyimle, dava arkadaşı olarak gösterilen kişilerin karşısında müşterek bir muhatap yoksa, birlikte açılan davaların dayandıkları vakıaların ve hukuki sebeplerin benzer olması ihtiyari dava arkadaşlığının doğması için yeterli değildir. Örneğin farklı hukuki sebeplerle önceden yapılan ödemelerin sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre birden fazla kişiden istenmesi halinde durum böyledir[144].

Nitekim, Alman hukukunda meydana gelen bir olayda 19 kişi yatırım dolandırıcılığı nedeniyle zarara uğradıklarını ileri sürerek 18 ayrı kişiye karşı dava açmışlar ve uğradıkları zararın tazminini istemişlerdir. Ancak, Alman

---

140 Prütting/Gehrlin, (**Gehrlein**), § 59, 60, Rdnr. 10**.**OLG Celle, Beschluss vom 08.07.2005 - 4 AR 68/05 *(**www.beck-online.beck.de**)*.

141 Prütting/Gehrlin, (**Gehrlein**), § 59, 60, Rdnr. 10.

142 Münchener Kommentar, (**Schultes**), § 59 Rdnr. 9. BGH, *Beschluß* vom 19-11-1991 - X ARZ 10/91 (www.beck-online.beck.de). Bu bağlamda, Alman Federal Mahkemesi'nin bir kararında zikrettiği gibi, farklı yatırımcıların ortak bir muhataba karşı talepte bulunmaları halinde ihtiyari dava arkadaşlığı doğacaktır (Prütting/Gehrlin, (**Gehrlein**),§ 59, 60, Rdnr. 10).

143 Prütting/Gehrlin, (**Gehrlein**), § 59, 60, Rdnr. 10.

144 Stein/Jonas, (**ReinhardBork**), § 60, Rdnr. 2.

Federal Mahkemesi ihtiyari dava arkadaşlığının doğabilmesi için Kanunda açıkça zikredilmeyen bir şartın daha gerçekleşmesi gerektiğini; bu çerçevede, kendilerinden talepte bulunulan kişilerin karşısında en azından ortak bir muhatap bulunması gerektiğini bildirmiştir. Halbuki, anılan olayda 19 davacıdan hiçbirisi davalıların büyük bölümüne veya hepsine karşı talepte bulunmamıştır. Federal Mahkeme de bu durumu dikkate alarak davalıların belli bir davacıyla dava arkadaşlığı ilişkisi içinde olmadığını; sadece olayların gelişiminin esas (konu) bakımından benzer olmasının ve davaların iktisadi temellerini oluşturan vakıaların içerdiği unsurların örtüşmesinin Alman Usul Kanununun 60.paragrafının uygulanması için yeterli olmadığını belirtmiştir. Federal Mahkeme ayrıca somut olayda birden çok talebin birlikte ileri sürülmesinin, davaya çok sayıda kişinin katılmasının ve olayların akışındaki farklılıkların davanın yürütülmesinde karışıklığa ve hak kayıplarına neden olabileceğini belirterek, davalılar arasında ihtiyari dava arkadaşlığı bulunmadığı sonucuna ulaşmıştır[145].

Türk hukukunda birlikte açılan davalarda ileri sürülen talepler arasında bağlantı olması Kanunda ayrı bir şart olarak öngörülmemiştir (HMK. m.57/1, c). Doktrinde ise birlikte açılan davalarda taleplerin aynı veya benzer olmasının aranmasına ihtiyaç olmadığı belirtilmektedir. Örneğin aynı haksız fiil nedeniyle zarara uğrayan kişilerden birinin maddi tazminat diğerinin manevi tazminat istemesine herhangi bir engel yoktur[146]. Kanaatimizce de talepler arasında benzerlik olması şart olmamakla birlikte, talepler arasında hiçbir irtibatın olmadığı; hüküm altına alınması istenen taleplerin birbirinden tamamen bağımsız olduğu hallerde davaların birlikte görülmesinde usuli menfaat mevcut değildir. Aksi takdirde, birbirine benzer vakıalara ve hukuki sebeplere dayanmaları dışında hiçbir ortak noktası bulunmayan davalar birlikte açılıp görülebilecektir. Bu durum yargılamanın sekteye uğramasına ve karmaşıklaşmasına neden olacak; neticede ise yargılamanın usul ekonomisine uygun şekilde yürütülmesi mümkün olmayacaktır.

Yargıtay da Hukuk Muhakemeleri Kanunu yürürlüğe girdikten sonra verdiği bir kararda : *"... Davacı işçi ayrı işyerlerinde, ayrı dönemlerde ve*

---

145 Münchener Kommentar, (**Schultes**), § 59 Rdnr. 9. BGH, *Beschluß* vom 19-11-1991 - X ARZ 10/91 (www.beck-online.beck.de).

146 **Alangoya**, Dava Ortaklığı, s. 78.

ayrı hizmet akitlerine dayanan çalışmalarının tespiti için iki farklı işverene karşı dava açmıştır. ***Davacının dayandığı her iki davanın dayanağını da farklı hizmet sözleşmeleri oluşturduğu için dayanılan vakıalar farklıdır. Her ne kadar, davacı işçi anılan davaları birlikte açarak birden fazla işveren nezdindeki toplam çalışma süresinin tespit edilmesini amaçlamakta ise de, birlikte açılan bu davalar arasında bir bağlantı bulunmamaktadır****...*"[147] demek suretiyle, birlikte açılan davalar arasında bağlantı olması gerektiğini vurgulamıştır. Yargıtay her ne kadar bozma kararını davaların dayanağını teşkil eden vakıaların farklı olmasına dayandırmışsa da, bu olayda davacının ileri sürdüğü talep sonuçları arasında da herhangi bir bağlantı yoktur. Zira, davalı işverenlere yöneltilen taleplerin her biri diğerinden bağımsız olup, davalılardan biri hakkında verilecek hükmün diğerini etkileme ihtimali bulunmamaktadır. Böyle bir durumda, davalılar arasında ihtiyari dava arkadaşlığının gerçekleşmeyeceği ise açıktır. Yargıtay'ın bazı kararlarında ise "talepler arasında bağlantı olması" gerektiğini açıkça zikretmemekle birlikte, ihtiyari dava arkadaşlığının doğması için davalar arasında irtibat aradığı görülmektedir[148].

Bu bağlamda, birlikte açılan davalarda ileri sürülen talep sonuçları arasındaki irtibatın nasıl tespit edileceği sorulabilir. Doktrinde haklı olarak belirtildiği gibi, iki veya daha fazla davanın birlikte görülmesi halinde ayrı ayrı görülmelerine nazaran daha esaslı usuli menfaatler elde edilebiliyorsa medeni usul hukuku anlamında irtibatın varlığından söz edilebilir[149]. Bu bağlamda, talep sonuçları arasındaki bağlantıyı tespit etmek kimi zaman kolaydır. Bilhassa davacının benzer içerikteki birden fazla sözleşmeye dayanarak karşı akidlere karşı açtığı davalarda talep sonuçları arasında bağlantı

---

147 Yargıtay 21. Hukuk Dairesi E. 2013/2739 K. 2014/4069 T. 6.3.2014 (www.kazancı.com.tr).

148 Yargıtay'ın bu yöndeki bir kararı şu şekildedir : "… Davacılar alacaklarının miktarını ayrı ayrı göstermek suretiyle bir dava dilekçesi ile bu davayı açmışlardır. *Davacılardan yalnız Hüseyin'in alacak miktarı 500.000 liranın üzerinde olup, bu davayı görmek Asliye Hukuk Mahkemesinin görevi içindedir.* ***Öte yandan, Sulh Hukuk Mahkemesinin görevli olduğu diğer davacıların davasıyla bu dava arasında irtibat bulunmaktadır. Bu bakımdan bütün davacıların açtıkları davanın Asliye Hukuk Mahkemesinde görülerek sonuçlandırılması gerekir****…*" (Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 14.4.1987 E.1316/K.2248 (**Kuru**, Usul, C.III, s. 3352).

149 **Alangoya**, Dava Ortaklığı, s. 87.

olduğu açıktır. Yargıtay'ın 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu döneminde isabetle belirttiği gibi, kiralayanın aynı işyerindeki birden fazla kiracıya karşı açtığı tahliye davasında davalılar arasında ihtiyari dava arkadaşlığı doğacaktır[150]. Anılan olayda davalıların her biriyle ayrı sözleşme akdedilmiş olsa da, davalılara yöneltilen talep sonucu (tahliye) arasında irtibat (bağlantı) bulunduğu aşikârdır. Talep sonuçları arasındaki bağlantının bu kadar açık olmadığı hallerde ise, İsviçre Federal Mahkemesi'nin kabul ettiği kriterden yararlanılabilir. Federal Mahkeme davaların temelini teşkil eden vakıaların ve hukuki sebeplerin "önemli ölçüde" benzer olmasının talep sonuçları arasındaki bağlantının kurulmasına yeterli görmüştür. Gerçekten, vakıaların ve hukuki sebeplerin "önemli ölçüde birbirine benzer olması" talep sonuçlarının birbirine yakın ve ilişkili olması sonucunu doğuracaktır. Örneğin birden çok işçinin sendikalı olduklarının tespiti için sendikaya karşı birlikte dava açmaları halinde, davacıların dayandıkları vakıalar (her birinin sendikayla olan üyelik ilişkisi) büyük ölçüde benzer, talep sonucunun dayanağını teşkil eden hukuki sebep (Sendikalar Kanunu) ise aynıdır. Böyle bir olayda, davacıların talep sonuçları (üyeliğin tespiti) arasında irtibat olduğu aşikardır. Buna mukabil, birden fazla işçinin farklı işverenlere karşı birlikte açtıkları hizmet tespiti ve alacak davasında, davacıların ileri sürdüğü talep sonuçları arasında bağlantı olduğundan söz etmek mümkün değildir[151]. Kaldı ki, bu durumda ihtiyari dava arkadaşı olarak gösterilen işverenlerin karşısında ortak bir muhatap da bulunmamaktadır. Doktrinde de aynı mahiyetteki satım sözleşmelerine dayanan alıcılardan birisi sözleşmede kararlaştırılan şekilde borcun ifasını isterken, diğeri satım bedelinin indirilmesini talep ederse davaların dayandıkları vakıalar ve hukuki sebepler aynı çeşit olmakla birlikte, talepler benzer çekişmeli probleme ilişkin olmadığından ihtiyari dava arkadaşlığının doğmayacağı belirtilmektedir[152].

Buna ilaveten, birlikte açılan davalarda talep sonuçları arasında irtibat olup olmadığı araştırılırken, Hukuk Muhakemeleri Kanununun davaların

---

150 Yargıtay 6. Hukuk Dairesi'nin 27.10.1975 tarih ve E.5488/K.6629 sayılı kararı (**Kuru**, Usul, C.III, s. 3346 vd.).

151 Kararın özeti için yukarıda bkz. dn. 111.

152 Hans **Matti**, Überdie Streitgenossenschaftnach dem Gesetzbetreffend die Zivilprozessordnungfür den Kanton Bern vom 7. Juli 1919, Bern 1924, 46-47 (**Alangoya**, Dava Ortaklığı, s. 82'den naklen).

birleştirilmesi için sevk ettiği kriterden de yararlanılabilir. Bilindiği gibi, süjede yığılma davanın başında ihtiyari dava arkadaşlığı yoluyla gerçekleşebileceği gibi (HMK. m.57/1, c), yargılama devam ederken ayrı açılan davaların birleştirilmesi yoluyla da meydana gelebilir (HMK. m. 166/4)[153]. Bu bağlamda, Türk hukukunda gerek 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu döneminde gerekse 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu döneminde davaların sonradan birleştirilmesinde kullanılan "bağlantı" kriterinden, talep sonuçları arasındaki bağlantının varlığı araştırılırken de yararlanılabilir. HMK. m.166/4 hükmünde "*Davaların aynı veya birbirine benzer sebeplerden doğması"* ve "*biri hakkında verilecek hükmün diğerini etkileyecek nitelikte bulunması durumunda"* ayrı açılan davalar arasında "*bağlantı*" olduğu kabul edilmiştir. Bu kriterlerden ilki zaten ihtiyari dava arkadaşlığının şartlarıyla örtüşmektedir. Kanaatimizce, ayrı açılan davalardan "*biri hakkında verilecek hükmün diğerini etkileyecek nitelikte bulunması* kriterinden birlikte açılan davaların talep sonuçları arasında bağlantı olup olmadığı araştırılırken de yararlanılabilir. Zira, ayrı açılan davalardan birinde verilecek hükmün diğerini etkilediği hallerde, talep sonuçları arasında bağlantı olduğu aşikardır.

IV. SONUÇ

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunuyla ihtiyari dava arkadaşlığının doğduğu haller yeniden düzenlenmiş ve bu bağlamda, "*vakıaların ve hukuki sebeplerin aynı veya birbirine benzer olması"* halinde birden fazla kişinin birlikte dava açabileceği ve birden fazla kişi aleyhine dava açılabileceği kabul edilmiştir (HMK. m.57/1, c).1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu yürürlükte iken ileri sürülen görüşlerin bir yansıması olan bu yeni düzenleme birbirinden farklı ihtimalleri barındırmaktadır. Bunlardan ilki, birlikte açılan davaların dayandıkları vakıaların ve hukuki sebeplerin aynı olmasıdır. Anılan ihtimal 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda da açıkça düzenlenmiş olup, Türk hukuku bakımından yeni bir durum arz etmemektedir. Gerçekten, dayandıkları vakıalar ve hukuki sebepler aynı olan davaların ayrı görülmesinde hiçbir usuli menfaat yoktur. Nitekim, Alman Usul Kanunda bu ihtimal açıkça düzenlenmiştir (dZPO

---

153 **Ulukapı**, s. 134.

§59). İsviçre Federal Usul Kanununda (sZPO.m.71) ve Avusturya Usul Kanununda (öZPO§ 11) açık bir düzenleme bulunmamakla birlikte, gerek doktrindeki yazarlar gerekse mahkemeler anılan durumda ihtiyari dava arkadaşlığının doğacağını kabul etmektedirler. Dolayısıyla, birlikte açılan davaların dayandıkları vakıaların ve hukuki sebeplerin aynı olduğu hallerde dava arkadaşlığının doğacağına dair ortak bir kabul vardır.

İkinci olarak, birlikte açılan davaların temelini oluşturan vakıaların aynı (veya benzer), buna karşılık hukuki sebeplerin farklı olması halinde ihtiyari dava arkadaşlığının doğup doğmayacağı sorulabilir. HMK. m.57/1, c hükmünde "*vakıaların ve hukuki sebeplerin aynı veya birbirine benzer olması"* halinde dava arkadaşlığının doğacağı öngörülmekle birlikte, Kanunun ifadesini amaçsal yorumlamak ve "vakıaların aynı hukuki sebeplerin farklı olduğu durumlarda" da birlikte dava açılabileceğini kabul etmek gerekir. Aksi takdirde, davaların usul ekonomisine uygun şekilde yürütülmesine set çekildiği gibi, çelişkili kararlar verilmesinin de önü açılmış olur. Hemen belirtmek gerekir ki, anılan sonucun doğmasını engellemek için Kanundaki "ve" ifadesinin "veya" şeklinde anlaşılması gerektiğini savunmak isabetli olmayacak; hatta başka sorunları beraberinde getirecektir. Zira, bu görüşün kabulü halinde birlikte açılan davaların dayandıkları vakıalar **veya** hukuki sebeplerden birisi arasındaki benzerlik ihtiyari dava arkadaşlığının doğmasına yeterli olacak ve böylece benzer hukuki sebeplere ancak birbirinden tamamen ayrı vakıalara dayanan davaların birlikte açılmasının yolu açılacaktır. Halbuki, birlikte açılan davaların dayandıkları vakıaların birbirinden tamamen bağımsız olduğu hallerde, bu davaların birlikte görülmesinde gerek usul ekonomisi bakımından gerekse çelişkili kararların önlenmesi bakımından hiçbir hukuki menfaat yoktur. Nitekim, İsviçre Federal Usul Kanununda yer alan "veya" kelimesi İsviçre doktrininde eleştirilmekte ve yukarıda zikrettiğimiz türden olumsuz sonuçları bertaraf edebilmek için talep sonuçları arasında bağlantı olması gerektiği savunulmaktadır. İsviçre Federal Mahkemesi de Federal Usul Kanununun kabulünden önce verdiği kararlarda farklı davalılara karşı ileri sürülen talepler arasında bağlantı olması gerektiğini belirtmiş; davalılara karşı ileri sürülen talepler büyük ölçüde benzer vakıa ve

hukuki sebeplere dayandığı takdirde anılan bağlantının mevcut olduğunu kabul etmiştir[154].

HMK. m.57/1, c hükmü çerçevesinde düşünülmesi gereken bir diğer ihtimal ise, birlikte açılan davaların temelini oluşturan vakıaların farklı, buna mukabil hukuki sebeplerin aynı olmasıdır. Kanunda bu durumda ihtiyari dava arkadaşlığının doğacağına dair pozitif bir dayanak yoktur. Bu ihtimalde, davaların dayandıkları vakıalar birbirinden tamamen bağımsız olduğu için dava arkadaşlarının ileri sürecekleri iddia ve savunmalar ile ihtilaflı vakıaları ispat etmek amacıyla gösterilecekleri deliller birbirinden tamamen farklı olacaktır. Kabul edilmelidir ki, temelleri tamamen farklı olan bu davaların birlikte görülmesi ihtiyari dava arkadaşlığından beklenen faydalardan hiçbirini sağlamayacaktır. Zira, davaya bakan mahkeme tahkikat işlemlerini birlikte yürütemeyeceği için yargılamanın çabuk, kolay ve az masraf yapılarak yürütülmesi mümkün olmayacaktır. Öte yandan, birbirinden bağımsız vakıalara dayanan davaların birlikte görülmesinin çelişkili hükümler verilmesini önlemeye bir katkısının olmayacağı da aşikârdır.

Hukuk Muhakemeleri Kanununun getirdiği en önemli değişiklik ise, birlikte açılan davalarda dayanılan vakıaların ve hukuki sebeplerin "benzer" olması halinde ihtiyari dava arkadaşlığının doğacağının kabul edilmesidir. Anılan değişiklik Türk hukukuna yabancı olmayıp, 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu yürürlükte iken doktrindeki bazı yazarlar anılan durumda ihtiyari dava arkadaşlığının doğması gerektiğini savunmuşlardır. Ancak, Yargıtay'ın bu meseleyle ilgili içtihatları yeknesak olmadığı için açık bir kanun hükmünün sevk edilmesi yerinde olmuştur. HMK. m.57/1, c hükmünün kapsamına sadece "vakıaların ve hukuki sebeplerin benzer olması" değil, "vakıaların aynı hukuki sebeplerin benzer" ve "vakıaların benzer hukuki sebeplerin aynı" olduğu haller de girecektir. Dolayısıyla, mezkûr hükümle birlikte ihtiyari dava arkadaşlığının uygulama alanı genişlemiş olup, bundan böyle birden fazla kişi tarafından açılan veya birden fazla kişiye karşı yöneltilen dava sayısı artacaktır. İsviçre doktrininde birden fazla davanın birlikte görülmesinin "amaca uygun" olduğu bütün hallerde ihtiyari dava arkadaşlığının doğması ve bu konudaki takdir yetkisinin ise davaya bakan hakime bırakılması önerilmektedir. Bu öneriye Türk hukuku bakımın-

---

154 BGE 129 III 80 E. 2.2.

dan şüpheyle yaklaşmak gerekir. Zira, gerek 1086 sayılı HUMK döneminde gerekse 6100 sayılı HMK döneminde ihtiyari dava arkadaşlığının gerçekleşeceği haller Kanunda açıkça belirtildiği halde çok sayıda sorunun ortaya çıktığı göz önüne alınırsa, Kanunda herhangi bir somut kriter öngörmeksizin "ihtiyari dava arkadaşlığı kurumunun amacına uygun olduğu hallerde" birden fazla davanın birlikte açılabileceğinin kabulü içinden çıkılması zor problemler yaratabilecektir. Bu durum ise, ihtiyari dava arkadaşlığı kurumunun uygulama alanının daralmasına neden olabilecektir. Nitekim, Alman, Avusturya ve İsviçre Usul Kanunlarında da ihtiyari dava arkadaşlığının doğacağı haller somut kriterlere bağlanmıştır.

Öte yandan, HMK. m.57/1, c hükmü çerçevesinde ihtiyari dava arkadaşlığının kapsamını belirleyebilmek için "vakıalar ve hukuki sebepler" arasındaki benzerlikten ne anlaşılması gerektiğini açıklığa kavuşturmak zorunludur. Hayat olayını meydana getiren birbiriyle ilişkili vakıaların tamamının benzer olduğu durumlarda Kanunda aranan "benzerlik" şartının yerine geleceği ortadadır. Ancak, ihtiyari dava arkadaşlığının gerçekleşmesi için hayat olayını oluşturan bütün vakıalar arasında benzerlik olması aranmamalıdır. Davada ileri sürülen talebi yeteri kadar belirleyen vakıaların benzer olması davaların birlikte açılarak görülmesi için yeterli kabul edilmelidir. Aksi takdirde, HMK. m.57/1, c hükmünün uygulama alanı daralır ve dava arkadaşlığının doğduğu halleri genişleten Kanun değişikliğinin bir anlamı kalmaz. Halbuki, 6100 sayılı Kanunla "benzer vakıa ve hukuki sebeplerin" ihtiyari dava arkadaşlığının doğması için yeterli görülmesi, birlikte açılabilecek davaların kapsamının genişletilmek istendiğini göstermektedir[155]. O yüzden, ihtiyari dava arkadaşlığının gerçekleşeceği halleri düzenleyen hükümler geniş yorumlanmalıdır. Kaldı ki Hukuk Muhakemeleri Kanununda birleştirme talebinin ilk itiraz olmaktan çıkarılması ve aynı yargı çevresinde görülen davalarda mahkemece resen birleştirme kararı verilebileceğinin kabulüyle birlikte, ayrı açılan davaların sonradan birleştirilmesi de kolaylaştırılmıştır. Bu durumda, davaların sonradan birleştirilerek görülmesinin önü açılırken, Kanundaki "benzer vakıalar" ifadesi dar yorumlanarak ihtiyari dava arkadaşlığının kapsamının daraltılması hem kanunun sistematiğiyle

---

155 Berner Kommentar ZPO, (**BalzGross/RogerZuber**), Art. 71, Rdnr. 3.

hem de ihtiyari dava arkadaşlığı kurumuyla ilgili getirilen değişikliklerle bağdaşmayacaktır.

HMK. m.57/1, c hükmünde birlikte açılan davalarda dayanılan" hukuki sebepler" arasında da benzerlik aranmaktadır. Birlikte açılan davalarda, hukuki sebeplerin benzerliği talep edilen bir hakkın veya üstlenilen yükümlülüğün hukuki niteliğiyle ilişkilidir[156]. Buna göre, birlikte açılan davalarda dayanılan pozitif hükümler ihtilaflı vakıalar hakkında benzer bir hukuki dayanak teşkil etmelidir. Örneğin davaların benzer sözleşme tipine dayanması halinde bu şart gerçekleşecektir. Ancak, davaların birbirinden farklı sözleşme tipine (ve dolayısıyla hukuki sebeplere) dayandığı hallerde ihtiyari dava arkadaşlığının doğması için basit bir ekonomik benzerlik durumunu aşan bağlantı olması ve bu bağlantının büyük ölçüde sözleşmelerin birbirine benzer içeriğine dayanması gerekir[157]. Nitekim, gerek Alman gerekse İsviçre doktrininde, Usul Kanununda açık hüküm olmadığı halde, dava arkadaşları tarafından ileri sürülen veya onlara yöneltilen talepler arasında mutlaka esas bakımından bağlantı aranmaktadır. Gerçekten, aksi düşüncenin kabulü halinde birbiriyle bağlantısı olmayan (ilgisiz) davaların birlikte görülmesi yargılamayı karmaşık hale getirecek ve davanın sonuçlanmasını uzatacaktır. Bu sonucun ise, ihtiyari dava arkadaşlığı kurumunun sevk ediliş amacıyla bağdaşmadığı aşikârdır. Bir diğer ifadeyle, talep sonuçları arasında bağlantı olmayan hallerde davaların birlikte görülmesinde hukuki yarar yoktur. Birlikte açılan davalarda talep sonuçları arasındaki bağlantıyı tespit etmek kimi zaman kolaydır. Bilhassa benzer içerikteki birden fazla sözleşmeye dayanarak açılan davaların talep sonuçları arasında bağlantı olduğu açıktır. Buna ilaveten, talep sonuçları arasında ne zaman bağlantı olduğu araştırılırken İsviçre Federal Mahkemesi'nin ihdas ettiği kriterden de yararlanılabilir. Federal Mahkeme davaların temelini teşkil eden vakıaların ve hukuki sebeplerin "önemli ölçüde" benzer olduğu hallerde talep sonuçları arasında bağlantı olduğunu kabul etmektedir. Gerçekten, dayanılan vakıalar ve hukuki sebepler arasında "önemli ölçüde" benzerlik bulunuyorsa ister istemez talep sonuçları arasında da doğrudan veya dolaylı bir bağlantı kurulacaktır. Örneğin işçilerin işverenle içerikleri aynı sözleşmeler akdetmeleri ve akabinde, o

---

156 Beck'scher Online Kommentar, (**Dressler)**, § 60, Rdnr. 1.

157 **Alangoya**, Dava Ortaklığı, s. 106; **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 223.

sözleşmelerden kaynaklanan bir borcun ifası için işverene karşı birlikte dava açmaları halinde talep sonuçları arasında bağlantı olduğu açıktır. Bunun yanında, ayrı açılan davaların "*biri hakkında verilecek hükmün diğerini etkileyecek nitelikte bulunması durumunda"* davaların birleştirilebileceğini öngören hüküm de (HMK. m.166/4) talep sonuçları arasında ne zaman bağlantı olduğu sorusuna cevap teşkil edebilir. Zira, ayrı açılan davalardan birinde verilecek hükmün diğerine etkili olduğu hallerde, talep sonuçları arasında bağlantı olduğu aşikârdır. Aksi düşünce kabul edilirse, aralarında bağlantı olduğu için sonradan birleştirilmelerine imkan tanınan davaların baştan birlikte açılmalarının önü kapanmış olur.

Son olarak, ihtiyari dava arkadaşı olarak gösterilen kişilerin karşısında ortak bir muhatap bulunması gerekir. Dava arkadaşlarından her biri taraf olduğu davayı ayrı muhataba karşı yürütmek zorunda kaldığı takdirde, ileri sürülen talepler arasında bağlantı olduğundan söz edilemeyecektir. Örneğin birden fazla işçinin farklı işverenleri ihtiyari dava arkadaşı olarak göstererek açtığı hizmet tespiti ve alacak davasında davalı işverenlerin karşısında ortak bir muhatap yoktur. O nedenle, ihtiyari dava arkadaşlarının karşısında müşterek bir muhatabın bulunması, birlikte açılan davalar arasındaki bağlantıyı tamamlayan bir unsur olarak kabul edilmelidir.

Kaynakça

Alangoya, Yavuz; Medeni Usul Hukukunda Dava Ortaklığı (Tarafların Taahhüdü), İstanbul 1965 (Tıpkıbasım 1999), *(Alangoya, Dava Ortaklığı)*.

Alangoya, Yavuz; Medenî Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler, İstanbul 1979.

Alangoya, Yavuz/**Yıldırım,** Kâmil/**Deren-Yıldırım,** Nevhis; Medeni Usul Hukuku Esasları, İstanbul 2009.

Kudret, Aslan; Hacizde İstihkak Davası, Ankara 2005.

Bayram, A.; Birlikte Dava Açılmasında Davaların Aynı Sebepten Doğmuş Olmasının Anlamı, Adalet Dergisi, 1977, S. 3-4, s. 282 vd.

Beck'scher Online Kommentar; Hrsg. Vorwerk/Wolf, 2014.

Berner Kommentar; Schweizerische Zivilprozessordnung, Art. 1-352 und Art. 400-406 ZPO, Bern 2013.

Belgesay, Mustafa Reşit; Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi, İstanbul 1939.

Bilge, Necip/**Önen,** Ergun; Medeni Yargılama Hukuku, İstanbul 1978.

Brunner, Alexander/**Gasser,** Dominik/**Schwander,** Ivo; ZPO Schweizeriche Zivilprozessordnung Kommantar, Zürich/St. Gallen, 2011.

Fasching, H. W., H. W.: Kommentarzu den Zivilprozessgesetzen, 2. Band, 1. Teilband, Wien 2002.

Günay, Cevdet İlhan; İş Davaları, Ankara 2008.

Karslı, Abdurrahim; Medeni Usul Hukuku, İstanbul 2014.

Kuru, Baki; Medeni Usul Hukukunda Dava Sebebi, AD 1967/4,s.239 vd.

Kuru, Baki; Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.III, İstanbul 2001, *(Kuru, Usul, C.III)*.

Kuru, Baki/**Arslan,** Ramazan/**Yılmaz,** Ejder; Medeni Usul Hukuku, Ankara 2014.

Meriç, Nedim; Medeni Yargılama Hukukunda Tasarruf İlkesi, Ankara 2011.

Musielak, Hans-Joachim; Zivilprosessordnung, ZPO mit Gerichtsverfassungsgesetz Kommentar, 11. Auflage, 2013.

Oberhammer, Paul; (Herausgeber): Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2010.

Özekes, Muhammet; Medeni Usul Hukuku Bakımından Hizmet Tespit ve İşçilik Haklarına İlişkin Davaların Birlikte Açılması, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2004/4, s. 1382 vd.

Pekcanıtez, Hakan; Medenî Usul Hukukunda Fer'i Müdahale, Ankara 1992.

Pekcanıtez, Hakan/**Atalay,** Oğuz/**Özekes,** Muhammet; Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 9. Baskı, Ankara 2010, *(Pekcanıtez/Atalay/Özekes, 9. Baskı)*.

Pekcanıtez, Hakan/**Atalay,** Oğuz/**Özekes,** Muhammet; Medeni Usul Hukuku, 14. Bası, Ankara 2013.

Pekcanıtez, Hakan/**Atalay,** Oğuz/**Özekes,** Muhammet; Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2014, *(Pekcanıtez/Atalay/Özekes, Ders Kitabı)*.

Pekcanıtez, Hakan/**Taş Korkmaz,** Hülya/**Meriç,** Nedim; Gerekçeli Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Ankara 2014.

Postacıoğlu, İlhan E.; Davanın ve Kaziyei Muhkemenin Unsuru Olarak Hukukî Sebep, Dr. A. Recaî Seçkin'e Armağan, Ankara 1974, s. 497 vd.

Postacıoğlu, İlhan E.; Medeni Usul Hukuku Dersleri, 6. Bası, İstanbul 1975, *(Postacıoğlu, Usul)*.

Prütting, Hanns/**Gehrlein,** Markus; ZPO Kommentar, 2. Auflage, 2010.

Rauscher, Thomas/**Wax,** Peter/**Wenzel,** Joachim; Münchener Kommentar zur ZPO, 4. Auflage, 2013.

Rechberger, Walter H.; Grundrissdesösterreichischenzivilprozessrechts; erkenntnisverfahren, Wien 2003.

Rechberger, Walter H./**Simotta,** Daphne-Ariane; Grundrissdesösterreichischen Zivilprozessrechts, Wien 2010.

Rosenberg, Leo/**Schwab,** Karl Heinz/**Gottwald,** Peter; Zivilprozessrecht, München 2004.

Saenger, Ingo; Zivilprozessordnung, 5. Auflage, 2013.

Spühler, Karl/**Tenchio,** Luca/**Infanger,** Dominik; Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Auflage, Basel 2013.

Staehelin, Adrian/**Staehelin,** Daniel/**Grolimund,** Pascal; Zivilprozessrecht, Zürich Basel Genf 2013.

Stein, F./**Jonas,** M.; ZPO Kommentarzur Zivilprozessordnung, Band. 2, Tübingen 2005.

Sutter-Somm, Thomas/**Hasenbohler,** Franz/**Leuenberger,** Christoph; Kommentarzur Zivilprozessordnung (ZPO), 2. Auflage, Zürich Bern Genf 2013.

Tanrıver, Süha; Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nın 1 ilâ 122. Maddelerinde Yer Alan Temel Düzenlemeler ve Bunların Genel Çerçevede Değerlendirilmesi, AÜHFD, 2008/3, s. 665 vd.

Tuncay, Can/**Ekmekçi,** Ömer; Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri İstanbul 2013.

Ulukapı, Ömer; Medeni Usul Hukukunda Dava Arkadaşlığı, Konya 1991.

Umar, Bilge; Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Ankara 2014.

Üstündağ, Saim; Medeni Yargılama Hukuku, İstanbul 2000.

Yılmaz, Ejder; Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Ankara 2013.

Zöller, Richard; Zivilprozessordnung, Köln 2007.

AMERİKAN KURALI: ASLAN PAYINI ALIR*

Assoc. Prof. Dr. James R. MAXEINER**

(Çev.) Arş. Gör. Nefise Gökçen GÜRCAN***

(Çev.) Arş. Gör. Mehmet Akif GÜL****

1. Kurallar, Uygulamalar ve Sebepler

1.1. Temel Özellikler

Amerika Birleşik Devletleri'nde avukatlık ücreti sisteminin iki tipik özelliği vardır: (1) ücretin kaybeden tarafa yükletilmesi kuralının olmaması *(Amerikan Kuralı*) ve (2) kanunî bir kısıtlama olmaksızın avukat ve müvekkil arasındaki anlaşma ile belirlenen ücret (*resmî düzenlemeye tabi kılınmamış ücret anlaşmaları*).

Amerikan tazmin etmeme uygulaması: Amerika'daki uygulama her bir tarafın kendi avukatının ücretini kendisinin ödemesidir. Sonuç olarak kaybeden tarafların kazananların da avukatlık ücretini ödeyerek tam bir tazmin sağlamaları söz konusu değildir. Kazanan taraflar avukatlık ücretini ödedikten sonra davada talep ettiklerinin tamamından daha azını tazmin ettirmiş

---

* Bu çalışma 2010 yılında Washington D.C.'de düzenlenen XVIII. Dünya Karşılaştırmalı Hukuk Kongresi'nde sunulmuş ulusal raporlardan Amerika Birleşik Devletleri'ne ilişkin olan rapordur. Çalışmanın asıl metni için bknz. **James R. Maxeiner** (2012). "The American Rule": Assuring the Lion His Share. In Mathias Reimann (Ed.), *Cost and Fee Allocation in Civil Procedure*, s. 287-303, Springer

** Associate Professor of Law and Associate Director, Center for International and Comparative Law, University of Baltimore School of Law

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

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

olurlar. *Amerikan Kuralı* denilse de bunu Amerikan uygulaması olarak adlandırmak daha doğrudur, zira bu nadiren kanunla yahut içtihatla zorunlu kılınmıştır. Bu kural, Amerika'da dahi kural olarak kaybeden taraflara yüklenen mahkeme masrafları bakımından uygulanmaz.

Resmî düzenlemeye tabi kılınmamış ücret anlaşmaları: Avukatlık ücretleri avukatlarla müvekkillerin aralarındaki sözleşmelerle belirlenir. Bunlar genellikle ücret tarifesi veya yargı kararlarıyla düzenlenmemiştir. Birleşik Devletler'de en yaygın uygulamalar saatlik ücret, şarta bağlı ücret[1] ve belli işler için alınan sabit ücrettir. Ancak, avukatlar ve müvekkiller, ücreti bu üç uygulamayı diledikleri gibi birleştirerek de belirleyebilirler.

1.2. Amerikan İstisnacılığı

Genel Rapor[2]'a göre "*kaybeden-öder kuralını açıkça reddeden ve davaların büyük çoğunluğunda yargılama giderlerindeki aslan payını kaybeden tarafa yüklemeyi kabul etmeyen*" Amerikan uygulaması "*Birleşik Devletler'i diğer sistemlerden ayırmaktadır*". [1.2.1.3] Sistemlerin büyük çoğunluğunun *kaybeden-öder kuralını* benimsemesi ... temel bir hakkaniyet fikrini yansıtır: Kaybedenin, kazananın zararını tazmin etmesi haklı görünmektedir. [1.2.3.1] Genel Rapor ücret kurallarına ilişkin öne sürülen gerekçede Birleşik Devletler'in ayrı durmasını öğütlemektedir: Amerika "*yargılama giderlerine ilişkin ana kuralı yalnızca araçsalcı temellere dayandıran tek ülkedir*." [1.2.3.3][3] Ücret sözleşmeleri söz konusu olduğunda ise Genel Rapor'a göre

---

1 Ç.N. *contingent / contingency fee.* Şarta bağlı ücret olarak çevirdiğimiz bu ücret türünde avukatlar ancak davayı kazandıklarında veya müvekkillerinin lehine olacak şekilde anlaşma ile sonlandırdıklarında ücret almaya hak kazanırlar. Şarta bağlı ücretler genellikle müvekkilin dava sonunda almaya hak kazandığı net miktarın yüzdesi olarak hesaplanır. *Black's Law Dictionary* (9th ed. 2009) at Westlaw BLACKS.

2 Ç.N. Genel Rapor için bknz. **Mathias Reimann** (2012). Cost an Fee Allocation in Civil Procedure: A Synthesis. In Mathias Reimann (Ed.), *Cost and Fee Allocation in Civil Procedure*, s. 3-56, Springer.

3 Genel Rapor, Amerikan tazmin etmeme kuralını savunmak adına hakkaniyet savlarının ortaya atılabileceğini gözlemlemekte ve yargı kararlarının öngörülemezliğini dile getirmek bakımından ayrı tutmaktadır. [1.2.3.3, Not 71] Bu sav ücret geçişinin, hukukun etkin biçimde belirli olduğuna ilişkin bir temel varsayımı reddetmektedir. Bu tartışmanın Birleşik Devletler'de gördüğü ilgi Amerikan hukukundaki belirsizliğe atfedilebilir. Bu anlayışa göre, hukukî süreç, hukukun somut olaylara uygulanmasından çok, bağlayıcı

Birleşik Devletler yalnız değildir. Diğer sistemler avukatlar ve müvekkillerin kaybedene yükletilen ücretten daha fazla bir miktar üzerinde anlaşmalarına izin vermektedir. Zorunlu ücret tarifeleri "düşüşte"dir. [1.3.2.2] Genel Rapor "*dünyanın pek çok yerinde yeni bir hukuk 'Amerikalılaşması'*"ndan bahsetmektedir. [1.3.2.2] Genel Rapor ücretleri herhangi bir düzenlemeden muaf tutmanın üç bedeli olduğunu gözlemlemektedir: Bu, tam ücret geçişiyle bağdaşmamakta; öngörülebilirlik ve hakkaniyetle ilgili sorunlar yaratmakta ve makul ücretin ne olması gerektiği konusunda yeni bir yargılamaya davetiye çıkarmaktadır. [1.3.2.2]

Birleşik Devletler Ulusal Raporuna göre, bir zamanlar New York'un da dâhil olduğu pek çok eyalet bugün dünya genelinde yaygın olan kurallara tabiydi. Ücret geçişi ve ücret tarifeleri Amerikan hukukunun birer parçasıydı[4]. Büyük bir reformcu ve hukukçu olan David Dudley Field Jr.'a göre, 1842'de kaybeden tarafın davada diğer tarafın zararlarını gücü yettiğince tazmin etmesi gerekliliği, neredeyse hiç kimsenin itiraz etmeyeceği bir öneriydi[5]. Tazmin etmeme, ancak on dokuzuncu yüzyılın ikinci yarısında ulusal bir kaide hâline gelmiştir ve ücret düzenlemeleri ve ücret geçişi ortadan kalkmıştır.

---

bir kararı tahmin etmek için bir yöntemdir. Belirlilik ve belirsizlik üzerine bknz. **James R. Maxeiner**, *Legal Certainity and Legal Methods: A European Alternative to American Legal Indeterminacy?*, 15 TULANE J. INT'L & COMP. L. 541 (2007); **James R. Maxeiner**, *Legal Indeterminacy Made in America: American Legal Methods and the Rule of Law*, 41 VALPARAISO U. L. REV. 517 (2006).

4 **James R. Maxeiner**, *Cost and Fee Allocation in Civil Procedure*, 58 AM J. COMP. L. SUPP. 195, 216-219 (2010). Bknz. **John Leubsdorf**, *Toward a History of the American Rule on Attorney Fee Recovery*, 47 LAW & CONTEMP. PROBLEMS 9 (1984). Profesör Leubsdorf'un makalesi hâlen Birleşik Devletler'deki ücret ve masraf geçişine ilişkin en bilgilendirici incelemelerden biridir. Özellikle Amerika'nın ilk dönemlerinde ücret tarifeleri bulunması ile ilgili, bknz. **Anton-Hermann Chroust**, THE RISE OF THE LEGAL PROFESSION IN AMERICA 85-89, 129-132, 159-160, 317-319 (1965). Düşüş ve ara sıra görülen yükseliş için, bkz. **William G. Ross**, THE HONEST HOUR: THE ETHICS OF TIME-BASED BILLING BY ATTORNEYS 9-17 (1996).

5 **David Dudley Field**, *Letter, printed as Appendix to the report of the Committee on the Judiciary, in relation to the more simple and speedy administration of justice*, STATE OF NEW-YORK, REPORT IN PART OF THE COMMITTEE ON THE JUDICIARY, IN RELATION TO THE ADMINISTRATION OF JUSTICE, DOCUMENT NO. 81 (1942), s. 55 *collected in* 5 DOCUMENTS OF THE ASSEMBLY OF THE STATE OF NEW-YORK SIXTY-FOURTH [SIC, 65TH] SESSION (1842).

Genel Raportör, Ulusal Raportörü Birleşik Devletler'in *kaybeden-öder kuralı*nı ve bunun altında yatan yalın adaleti neden reddettiğini açıklamaya davet etmektedir. Ben bu daveti kabul ediyorum. Açıklamam öznel ve deneme amaçlı olacaktır.

1.3. Hukuk Yargılamasını Avukatlar Yönetir

> Adaletin işlendiği düzenek her zaman mesleğin yaradılışı olmuştur ve sonsuza dek böyle kalmalıdır. … Kimse, Baro'nun hayatın en temel meselelerini etkileyen çözüm yollarına hâkim olacak yöntemleri belirleme hakkına karşı çıkmayı düşünemez.
>
> Charles M. Wilds
>
> Vermont Eyalet Barosu Önündeki Konuşmadan (1894)[6]

Avukatların hukuk yargılamasının arkasındaki yönlendirici güç olmaları Amerikan tazmin etmeme uygulamasını ve ücret sözleşmelerinin düzenlenmemesini açıklamaktadır. Avukatların kendi düzenlemelerini kendilerinin yapması bu uygulamaların neden devam ettiğini açıklamaktadır. Avukatların yargılamanın gidişatını kontrol etmeleri bu uygulamanın Birleşik Devletler'de sahip olduğu büyük etkiyi açıklamaktadır.

Ücret düzenlemelerine tabi olmama: Birleşik Devletler'deki avukatlar ücret düzenlemelerine tabi değillerdir. Ücretler bakımından, denetleyici kanunlar veya otoriteler tarafından, hatta kendi oluşturdukları tarafından bile, çok az kısıtlanmış durumdalardır[7]. Ayrıca, hukuk yargılamasından genel olarak sorumlu olan bir hükümet organı da bulunmamaktadır[8].

---

6 AN ADDRESS ON COMMON LAW PLEADINGS, BEFORE THE VERMONT BAR ASSOCIATION, OCTOBER 9, 1894 (1894).

7 Bknz. **Lester Brickman**, LAWYER BARONS: WHAT THEIR CONTINGENCY FEES REALLY COST AMERICA 468-469 (2011) ("hiçbir meslek toplumsal denetimden hukuk mesleği kadar muaf değildir. …Avukatların ücretlerini hiçbir düzenlemeye tabi olmadan belirleme yetkileri çoğunlukla… kanun koyucuyu avukatlık ücretlerini düzenleme konusundaki tarihi yetkisinden alıkoyan… hâkimlerin hukuk uygulamasına ilişkin kontrolü elde tutmalarından kaynaklanmaktadır. …").

8 Birleşik Devletler Adalet Bakanlığı ve birçok eyaletteki başsavcılığın, Alman yahut diğer adalet bakanlıklarıyla kıyaslanınca herhangi bir sorumluluğu bulunmamaktadır. Tam aksine bu kişiler devletin avukatıymışçasına hareket etmektedir. Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi ve birçok eyaletin yüksek mahkemesinin medeni yargılamanın

Avukatlar yargılamayı kontrol etmektedir. Birleşik Devletler'de hukuk yargılamasının gidişatını avukatlar kontrol etmektedirler. Hâkimler genellikle pasif gözlemci konumundadırlar. Davalarda hukuki sorunları hâkimler değil, avukatlar tanımlamaktadırlar. Hangi delillerin toplanacağına onlar karar vermektedirler. Tanıkları onlar çağırmakta ve sorgulamaktadırlar. Hatta hâkimlerin jürilere verdiği talimatların ve jürisiz görülen davalarda karar vermek için gerekli olan maddi gerçeklerin ve hukuk düzeninin bunlara bağladığı sonuçların bulunduğu ilk taslakları dahi avukatlar kaleme almaktadırlar[9].

Amerikan Kuralı hiçbir zaman kanunlaştırılmamış, uygulama ile gelişmiştir. Ortada bir kural değil, bir kural boşluğu vardır. Kuralların yokluğunda uygulamalar zorunlu olan istikamete doğru yönlendirilmezler. Birleşik Devletler'in *kaybeden-öder kuralı*nı reddettiğini söylemek tam olarak doğru değildir; zira reddetme bilinçli bir seçim yapmayı gerektirir. Amerika mahkemelerinin bu kuralı uygulamadığını söylemek daha doğrudur[10].

Uygulamaların gerekçelendirilmesi gerekmez. Profesör Leubsdorf'un göstermiş olduğu gibi, Amerikan tazmin etmeme uygulaması da gerekçesiz şekilde ortaya çıkmıştır. Ona göre, "on dokuzuncu yüzyılda *Amerikan Kuralı'*nın en çok merak uyandıran yönlerinden biri, onun temelden neredeyse tamamen yoksun oluşudur."[11]. Bugünkü gerekçeler, uygulamaların

---

gidişatı ve avukatlığa ilişkin düzenlemeler üzerinde sadece sınırlı bir gözetim rolü bulunmaktadır. Bunlar, Kore Yüksek Mahkemesi'nde örneği görülen idari role sahip bir yüksek mahkemenin taşıyacağı karakterde sorumluluklara sahip değillerdir. Bunlar esasen eski avukatlardan oluşmaktalardır. Bu bakımdan Amerika'daki hâkimlerin, hâkim gömleği giymiş avukatlar olduğunu gözden kaçırmamak gerekir. *Genel Olarak Bknz,* **Benjamin H. Barton**, THE LAWYER-JUDGE BIAS IN THE AMERİCAN LEGAL SYSTEM (2010).

9 Genel olarak bknz. **James R. Maxeiner**, GYOHOO LEE & ARMIN WEBER, FAILURES OF AMERICAN CIVIL JUSTICE IN INTERNATIONAL PERSPECTIVE (2011).

10 Karş. Acrambel v. Wiseman, 3 U.S. (Dall.) 306 (1796) ("Birleşik Devletler'deki yaygın uygulama [avukatlık ücretlerine izin verilmesi]nin aksinedir ve bu uygulama kural olarak tam anlamıyla doğru olmasa bile bir kanunla kaldırılmadığı yahut değiştirilmediği müddetçe mahkeme bunu göz önünde bulundurmak durumundadır.")

11 **Leubsdorf**, s. 28.

ortaya çıkmasından sonraki döneme aittir. Bunlar aslında mazeretlerdir. Uygulamalar devamlılığını sürdürmektedir, çünkü bunlar avukatların ihtiyaçlarına uygundur ve henüz aksine kanun çıkarılmamıştır. Avukatlar kendi dünyalarında çalışmaktalardır ve onların dünyasında ücretlerini kendi müvekkillerinden almak "doğal"dır[12]. Ücretlerinin kaybeden tarafından ödendiği bir sistem yaratmak için kendi dünyalarının dışına çıkmaları gerekir. Elbette avukatların kendi dünyalarında kalmaya devam etmeleri onları habis kılmaz, yalnızca sıradan kılar.

Aksini ima eden nüktelere rağmen, avukatlar da insandır. Tarih boyunca ve bugün de hâlâ avukatlar bağımsız ve küçük çaplı iş adamları olmuşlardır. Varoluşları her yerde işlerine bağlı olan küçük çaplı iş adamları gibi, iki ilgi alanına sahiplerdir: (1) yeterince müşteriye sahip olmak ve (2) bu müşterilerin zamanında ve iyi ödeme yapmaları. Bu gözlemde küçümseyici hiçbir yan yoktur: Kişisel varoluş söz konusu olduğunda fedakârlığın da sınırları vardır. Diğer seçenek aç kalmaksa kim ekmek çalmaz ki?[13]

Amerikan tazmin etmeme uygulaması avukatların iş adamları olarak ilk endişelerine cevap vermektedir: müşteri bulmak. Bu uygulama onların müvekkil bulmalarına yardım etmektedir. Avukatların müvekkilleri için de dava açmanın getirdiği riskleri neredeyse yarıya indirir. Kaybetmeleri durumunda yalnızca kendi avukatlarına ödemek yapmak durumundalardır ve karşı tarafın avukatlarına ödeme yapmazlar. Avukatlar için ücretlerini kendi müvekkillerinden veya şarta bağlı ücrete tabi hükümlerde dava konusu üzerinden tahsil etmek, isteksiz ve muhtemelen âciz durumda olan yenik taraflardan koparmaktan daha kolaydır. Kaybettikleri zaman da müvekkil-

---

12 **Leubsdorf**, s. 28.

13 12 Maaşlı çalışan avukatlar da serbest çalışan avukatlardan farklı değillerdir; sadece içinde bulundukları farklı durum sebebiyle farklı endişeler taşırlar. Bu bakımdan maaşlı çalışan avukatlar iki şeyi önemserler: (1) İşverenlerinin sağlıklı olup olmadığını ve (2) İşverenlerinin yanında çalıştıkları pozisyonda çalışmaya devam edip etmeyeceklerini. Aynısı politikacılar için de geçerlidir. Politikacıların da iki şeyi önemsediği söylenebilir: (1) Hükümetlerinin gücü elinde bulundurup bulundurmadığını ve (2) Kendilerinin o hükümetin bir parçası olarak kalmaya devam edip etmediklerini. Unutmamalıyız ki aynı durum hukuk profesörleri için de geçerlidir. Onların endişeleri de maaşlı çalışan avukatlardan farklı değildir.

lerine bir başka avukatın daha ücretini ödemek zorunda olduklarını açıklamak durumda kalmazlar[14].

Düzenlenmemiş ücret anlaşmaları avukatların finansal geleceklerini kontrol etmelerine imkân sağlamaktadır. Avukatlar sadece müvekkil seçiminin doğasında bulunan müvekkilin ödeme gücüne ilişkin riskleri değil, aynı zamanda bu risklerin güvenilirlik, zamanlama ve ödeme miktarı olarak adlandırılabilecek unsurlarının sorumluluğunu da taşımaktalardır. Yargılama giderlerine ilişkin mahkeme kararları ya da yenik tarafların ödeme konusundaki isteklilikleri veya güçleri gibi dış kısıtlamalarla karşı karşıya gelmezler. Dava sürecinin başlangıcında yatırımlarını müvekkilleriyle anlaşarak güvence altına alabilmektedirler.

Baro'nun bu uygulamaları hoş karşılaması 1938 tarihli Federal Medenî Usûl Kuralları'nda ve bu kurallara ilişkin görüşmelerde bu uygulamalardan söz edilmemiş olmasına dayandırılmaktadır[15]. Baro'nun planlı şekilde sessiz kalması ne 1938 öncesinde ne de bu tarihten sonra bozulmuştur. Başlıca üç ulusal hukuk reformu kuruluşlarının hiçbiri, ne Amerikan Hukuk Enstitüsü, ne Birleştirilmiş Hukuk Komisyonu, ne de Amerikan Yargıçlar Topluluğu tazmin etmeme kuralının üzerine esaslı şekilde gitmemiştir. Bu tarz öneriler Baro dışındaki hukuk reformcularından gelmiştir.

1938 tarihli Federal Kurallar'da Baro uzun zamandır ulaşılmak istenen bir amacı gerçekleştirmiştir: hukuk yargılamasında sorumluluğun yasa koyucudan yargıçlara aktarılması. Bu, uygulamada sorumluluğun avukatlara aktarılması anlamına gelmiştir. Yine de kurallar yargılama giderleri veya avukatlık ücreti hakkında pek az şey söylerken, ücret düzenlemeleri veya ücret yükletilmesi hakkında hiçbir şey söylememekteydi. Eğer Baro uygula-

---

14 **Leubsdorf**, s. 17.

15 Her iki husus da 1938 Kuralları'nın hazırlanması safhasında esaslı bir şekilde gündeme gelmiş gözükmemektedir. Yapılması gereken bir teklif bulunmaktaydı: **Philip M. Payne**, *Costs in Common Law Actions in the Federal Courts*, 21 VA. L. REV. 397, 430 (1934). Hukuk reformu süreci başlatılırken bu uygulamaların ciddi bir şekilde tartışıldığı hiçbir örnekten haberdar değilim. Konuya ilişkin ciddiye alınabilecek önerilerin tümü Baro dışından gelmiştir. Örnek için bknz. **Marie Gryphon**, MANHATTAN INSTITUTE FOR POLICY RESEARCH, GREATER JUSTICE, LOWER COST: HOW A "LOSER PAYS" RULE WOULD IMPROVE THE AMERICAN LEGAL SYSTEM, CIVIL JUSTICE REPORT NO. 11 (December 2008).

malardan memnun olmasaydı bunlar görüşmelerde de dile getirilmiş olurdu. New York 1848'de Amerikan yargılama hukuku tarihinin bir diğer simgesini, 1848 tarihli New York Medenî Usul Kanunu'nu kabul ettiğinde ise bunları dikkate almıştır.

1848 tarihli New York Medenî Usul Kanunu hem ücretlerin düzenlenmesi hem de ücret yükletilmesine doğrudan değinmiştir. Kanun ücret düzenlemelerinin tamamını ilga etmiş ancak ücret yükletilmesi kuralını muhafaza etmiştir. Field'a göre o dönemde herkes ücret yükletilmesi kuralının yerindeliğine inanırken Baro ücret düzenlemelerinin ilgasını uzun zaman gerçekleştirmeye çalışmıştır. Field'ın önderliğinde 1848 Kanununu hazırlayanlar özel hukuk kişileri arasındaki sözleşme serbestîsini korumak için ücret düzenlemelerinin kaldırılmasının gerekli olduğunu savunmuşlardır. Kanunu hazırlayanlar avukatların kamu görevlisi olduğu, kamu görevi icra etmek için seçildikleri ve bu nedenle ücretlerinin düzenlenebilir olduğu fikrini reddetmişlerdir[16]. Kanunu hazırlayanlar ücret yükletilmesi kuralını adalet adına savunmuşlardır. Fakat 40'lı yıllarda Field'ın daha önce yapmış olduğu teklife kıyasla, 1848 tarihli kanunun ücret yükletilmesine ilişkin hükümlerinin etkisi hem üç üyeden oluşan hazırlama komitesince sunulmuş hâlinde, hem de ve daha da fazla yasama tarafından kabul edilmiş hâlinde azaltılmıştır[17]. Leubsdorf bir taviz verildiğini sezmektedir ancak nasıl ve kim

---

16 FIRST REPORT OF THE COMMISSIONERS ON PRACTICE AND PLEADING, CODE OF PROCEDURE 205 (1848). *Accord*, **Field**, Letter, s. 55. Field'ın bu konudaki tavrı kışkırtıcı bulunabilecekse de avukatların mahkeme memuru olarak konumlandırılmasının reddedilmesi Birleşik Devletler açısından yanlış değildir. Bknz. **Eugene R. Gaetke**, *Lawyers as Officers of the Court*, 42 VANDERBILT L. REV. 39 (1989) ("Söz konusu konumlandırma anlamsız ve gereğinden fazla övünme içermekte. Bu durum avukatların kafasını karıştırır ve toplumu yanlış yönlendirir.")

17 Field'ın 1842 tarihli teklifi zorunlu ücret yükletilmesini hüküm altına alınan miktara uygulanacak sabit bir oran olarak belirlemekteydi. Komisyon'un hazırladığı 1848 tarihli taslak kanun "-meli, -malı" yerine "-abilir, -ebilir" ekini kullanarak ücret yükletilmesini keyfi bir uygulama haline getirmiş ve uygulanacak oran kısmını da yasa koyucunun doldurması için boş bırakmıştır. Yasa koyucu tarafından kanunlaştırılan metin mahkemenin takdir hakkını görünür hale getirmiş ve kendi uygulamasını "zor ve pek sık görülmeyecek davalarla" sınırlamıştır. Field'ın 1842 tarihli teklifi için bknz. **Field**, *Letter*. The Commission's 1848 Report on costs is FIRST REPORT, s. 204-12 (1848). Kanunlaşan metin için Bknz: An act to Simplfy And Abridge the Practice, Pleadings and

tarafından verildiği bilinmemektedir[18]. Ücret yükletilmesine ilişkin hüküm çok geçmeden amacını gerçekleştirmekte "açıkça başarısız olduğu" gerekçesiyle eleştirilmiştir[19]. Sonraki gelişmeler her ne kadar anlatılmış olsa da bu, ücret yükletilmesinin ihmâl edildiği hâllerden biridir.

1.4. Amerikan Uygulamalarının Zararlı Sonuçları

Yargılamanın avukat kontrolünde oluşu tazmin etmeme uygulamasının etkisini artırmakta ve geçerli taleplerin değerindeki azalmanın da ötesine geçirmektedir. Haklı talepleri yok etmekte, asılsız olanları ise teşvik etmektedir. Avukatlar yargılamayı kontrol etmeleri sayesinde karşı tarafları, kaynaklarını yargılama için harcamaya zorlayabilmektedirler; tazmin etmeme uygulaması nedeniyle de o kaynaklar sonsuza dek kaybedilmiş olur. Çoğu durumda avukatların böyle büyük bir hasara yol açmalarının önündeki tek önemli dış engel karşı tarafların misilleme yapma ihtimalidir. Taraflar attıkları her adımda işlem masraflarını göz önünde bulundurmak zorundadırlar. Masraf çıkarma kastının olmadığı durumlarda dahi "davada büyük bir miktar para söz konusu değilse avukat[ın] faturasının, eğer elde edilmişse, hükmedilen miktarı tamamen tüketmesi" öteden beri var olan bir gerçektir[20]. Her avukat bilir ki, çoğu durumda diğer taraf, eğer böyle bir amacı varsa, kaza-

---

Proceedings of the Courts of this State, ch. 379, 1848 N.Y. LAWS 544, § 258. [Bibliyografik notlar: 1842 tarihli *Letter*: Bu belge bazı zamanlar tüm komite raporundan ve dokümanların sayılarından ayrı olarak dağıtılmıştır. Komite raporu ek bölümleriyle birlikte bir seri halinde toplu ve yazılı şekilde Google kitap formatında ulaşılabilir haldedir. 1848 tarihli İlk Rapor: Uygulama ve Dava Komisyonlarının İlk Raporu'nun bazı elektronik ve istek üzerine çıktısı alınabilecek nüshaları günümüz kullanıcılarından birinin kanunlaşan metnin burada bahsedilen bölümlerinden §§ 262-263 kısımlarını birbirine yapıştırdığı New York Halk Kütüphanesi'nde çıktı halinde bulunmaktadır.

18 **Leubsdorf**, s. 20.

19 **Henry Whitaker**, PRACTICE AND PLEADING UNDER THE CODES, ORIGINAL AND AMENDED WITH AN APPENDIX OF FORMS 600 (1852).

20 D.C., Letter to the Editor, The Constitutional Convention, the Judiciary and the Bar, NEW YORK TIMES, June 5, 1867. Genel Rapor, Amerikan sisteminin uyuşmazlık konusu miktarın 100.000 doları aştığı durumlarda, bu miktarın yarısından fazlasını tükettiğini söyleyerek yanlış bir yönlendirmede bulunmaktadır. Şahsen benim de içinde bulunduğum 10.000 dolarlık ikinci aşamasındaki bir davada avukatlık ücretinin tutarı 100.000 doları aşmaktaydı!

nılan bir davayı bir Pirus zaferine dönüştürebilir. Para harcamaya hazır durumdaki bir taraf zaferi satın alamayabilir, ancak karşı tarafı da bundan mahrum bırakabilir[21]. Elbette, taraflar her zaman kitle imha silahlarına başvurmazlar. Uygulamadaki durum, iki tarafın da birbirine nihaî bir misilleme korkusuyla saldırmaktan çekindiği Soğuk Savaş günlerinin "Karşılıklı Kesin İmha doktirini"ni (MAD)[22] hatırlatmaktadır. Silahlara başvurma konusundaki bu çekingenlik içeridekilerce fazlaca iyi bilinen bir gerçeği dışarıdan gözlemleyenlerin görüşünü bulandırmaktadır.

Kamu, haklı taleplerin yok edilmesini kabullenmiş görünmektedir; yargılama masraflarının kaçınılmaz olduğu kabul görmektedir. Ancak, tazmin etmeme kuralı ve avukatların yargılama üzerindeki kontrolü ile imkân tanınan asılsız talepler kamunun dikkatini çok daha fazla çekmektedir[23]. Bu kombinasyon zayıf taleplere sahip zayıf tarafların güçlü savunmaları olan güçlü taraflardan bile bir anlaşma koparabilmelerine olanak sağlamaktadır[24]. Yine bu kombinasyon zayıf taleplere sahip güçlü tarafların güçlü savunmaları olan zayıf tarafları taleplerine tamamen razı olmaya zorlamalarına imkân tanımaktadır[25]. Doktrinde ortaya çıkan bu çarpıklıkların kapsamı, etkilerinin toplam büyüklüğü veya ortada telâfi edici faydaların olup olmadığı üzerine

---

21 Karş. 21. dipnot. "Kolunun altında koca bir tomar kâğıtla ve çıplak bir şekilde resmedilen bir adam şöyle demekteydi, 'Davayı kazanan bendim ve şimdi dımdızlak ortada kaldım. Siz şimdi bir de kaybedenin halini düşünün!' Bu habis ile ilgili konuyu daha da derinleştirmenin bir gereği yok özellikle de hukuk yargılamasıyla uğraşan herkes tarafından konunun unutulması bu kadar tutkulu bir şekilde istenirken.")

22 Ç.N. *Massive Assured Destruction doctrine.*

23 Konuyla ilgili kötü üne sahip bir örnek için bknz: Pearson v. Chung, 961 A.2d 1067 (D.C. Ct. App. 2008) (Kaybolan bir pantolon dolayısıyla 67 milyon dolar zarara uğrandığı iddiasıyla bir kuru temizlemeciye karşı açılan davadır) Yeni bir belgesel film, *Hot Coffee (Sıcak Kahve),* bir diğer kötü üne sahip davaya meydan okumaktadır, Liebeck v. McDonald's Restaurants, P.T.S., Inc., No. D-202 CV-93-02419, 1995 WL 360309 (Bernalillo Country, N.M. Dist. Ct. August 18, 1994), Söz konusu dava sistemin açıklarından faydalanan temelsiz bir davadır.

24 Genel Rapor'a göre, "Birleşik Devletler'i dünyanın geri kalanının neredeyse tamamından ayıran kuralı getiren, zayıf davaların üstü kapalı şekilde teşvik edilmesidir (genellikle salt davalıyı anlaşmaya zorlayabilmek amacıyla)." [1.2.3.3]

25 2010 Kongresinde Patent ve Marka Ofisi marka hakkının kötüye kullanılması sorununu ele almaya karar vermiştir. 2010 tarihli Marka Tekniği ve Uygunluğu Hakkında Değişiklik Yapan Kanun, Pub. L. No. 111-146, 124 Stat. 66 (2010).

tartışma yapılabilirken, dava uygulaması üzerinde az da olsa zaman harcamış olan hiç kimse bu çarpıklıkların Amerikan hukuk yargılamasının rutin birer parçası olduğunu makûl gerekçelerle inkâr edemeyecektir.

2. İstisnalar ve Çeşitler: Ortak Payda

Genel Rapor Amerikan tazmin etmeme uygulamasındaki istisnalara ve çeşitliliklere işaret etmektedir. Ortada bunları destekleyen hiçbir müşterek kuram yoktur[26]. Ancak, bir ortak payda vardır: avukatların iyi kazanç getiren müvekkiller edinmelerine yardımcı olmak. Üç çeşit -şarta bağlı ücret, tek yönlü ücret yükletilmesi ve grup davası yargılaması- avukatların, hizmetlerini başka türlü karşılayamayacak müşterileri kazanmalarına yardım etmektedir. İki çeşit -davada kendini temsil etme ve adlî yardım- avukatların istenmeyen müvekkilleri, örneğin başkasının üstünden geçinen, tam ya da hiç ödeme yapmayacak kişileri, kabul etmelerine yönelik baskılardan kurtulmalarına yardım etmektedir. Son olarak, ücret yükletilmesinin istisnası -masrafların tazmin edilmesi- masrafları cüz'i hâle getirerek müvekkilleri caydırabilecek bir unsur olarak etkisiz hâle getirilmiştir. Burada masrafların istisnaî durumu ile başlayıp (2.1), daha sonra arzu edilen tarzda müvekkilleri cesaretlendiren çeşitlere, örneğin meslekî gelişime geçeceğiz (2.2) ve avukatlara istenmeyen müvekkilleri başka alternatiflere yönlendirme konusunda, örneğin başkasının sırtından geçinenlerden uzak durma konusunda yardımcı olan diğer çeşitlerle konuyu tamamlayacağız (2.3).

2.1. Yargılama Giderleri: Kaybeden-Öder (Teorik Olarak)

Diğer yerlerde olduğu gibi Birleşik Devletler'de de mahkeme masraflarını kural olarak (istisnaî bir uygulama olarak değil) kaybeden taraf üstlenir. Bu kural avukatların çok az olduğu ve ücret düzenlemelerine tâbi oldukları sömürge zamanlarına kadar dayanmaktadır. Maliyetler müvekkilleri caydırıcı niteliktedir. Hiç yürürlükten kaldırılmamış olmalarına rağmen avukatlar bu maliyetleri düşük tutmaktadırlar[27].

---

[26] Leubsdorf , "prensip analizinin tamamen keyfi ve yönlendirmelere açık olduğu görüşünü savunmaya kadar giden garip bir görüş çeşitliliği"nin olduğunu gözlemlemektedir. **Leubsdorf**, s. 28.

[27] Bknz. **Leubsdorf**, s. 14.

Birleşik Devletler'de yargılama giderleri, diğer birçok ülkenin aksine, dava konusunun değeri göz önüne alınmaksızın kararlaştırılmaktadır. Örneğin, dava konusunun 100.000$ olduğu bir davanın Federal Mahkeme'de açılması için, davacının 350$ ödemesi gerekmektedir[28]. Diğer yandan Almanya'da, hemen aynı durumda, dava konusu 75.000€ ise davacı 1968€ (yaklaşık 2.500$) ödemek zorundadır[29]. Dava konusu on katına çıkartıldığında dosya masrafı, Almanya'da 11.118€ (yaklaşık 15.000$) tutarına yükselmekte iken Birleşik Devletler'de hâlen 350$ tutmaktadır. Dahası enflasyonun etkisiyle bir zamanlar çok yüksek olan bu masraflar şu an önemsiz denilebilecek düzeye gelmiştir[30]. Dava masraflarının düşük olmasına rağmen bazen mahkemece atanmış bilirkişi masrafı gibi (nadiren kullanılmaktadır), davaya bağlı fer'i masraflar yüksek olabilmektedir.

Dava sonrası kaybeden tarafın masrafları üstleneceği kuralının uygulaması nadiren görülmektedir. Nitekim çok az uyuşmazlık dava ile neticelenmektedir. Uyuşmazlıkların yalnızca %2'si dava konusu olmaktadır. Daha yaygın olarak bu kural davaya hazırlık safhası sonrasında ortaya çıkmaktadır. Diğer yerlerden farklı olarak, hâkim masrafları kendiliğinden hesaplayıp kararında belirtmez. Bunun yerine kazanan taraf masraflar ve tüm sıralanmış talepleri için başvuruda bulunmalıdır. Toplam masraf düşük olduğu için sıkça uygulanması davacı için bir külfet oluşturmaktadır. Gönüllü ödemeye teşvik etmek maksadıyla, masrafların kabaca hesaplanıp bir indirim yapılması daha basit bir yoldur.

Masrafların yükletilmesinin dayandığı meşruiyet temeli avukatlık ücreti konusunda da aynen geçerliliğini korumaktaydı. Bu meşruiyet haklı olan tarafın dava nedeniyle yapmış olduğu masrafların tam anlamıyla tazmin edilmesi düşüncesiyle temellenmektedir. Avukatlık ücretlerinin de dava masraflarına dâhil olduğu düşünülmekteydi. Bugün tüm bu masraflar değerlendirildiğinde, bu masrafların kaybeden tarafa yükletilmesinin meşruiyetini aynı zamanda özel hukuk uyuşmazlıklarının mahkemeye taşınması husu-

---

28 28 U.S.C. § 1914(a).

29 http://www.prozesskostenrechner.de/.

30 Örneğin, 1853 yılında Federal Mahkeme'de dava harcı 20$ tutarındaydı. Bu miktar o zamanlar avukatlık ücretine tekabül etmekteydi. Bugün hâlâ Federal Mahkeme'de dava harcı 20$ tutarındadır.

sunda bir caydırma yaklaşımından aldığı söylenebilir. Diğer yandan bu masrafların düşük tutulmasının meşruiyeti de bu uyuşmazlıkların mahkeme yolu ile çözümlenmesini teşvik eden bir yaklaşım ile kurulmaktadır.

2.2. Mesleki Gelişim

Amerikan tazmin etmeme uygulaması, dava açma konusundaki isteksizliği ortadan kaldırmak için yeterli bir çözüm değildir. Amerika'da davalar maliyetlidir. Genel Rapor araştırma sonuçları, Birleşik Devletler'deki delil toplama maliyetinin dünyadaki diğer her yerden daha fazla olduğunu ortaya koymaktadır. Araştırma sonuçlarına göre; *"Kanıt toplama maliyeti olarak (Bilirkişi ücreti de dâhil), aslan payının kaybeden tarafa yükletilmemesinin uygulamadaki etkileri muazzamdır. Bu durum davayı kazanan tarafa büyük bir yük getirmekle birlikte, davayı kaybeden taraf içinse aynı derecede bir rahatlamaya sebep olmaktadır. Esasen delil toplama maliyetinin kaybeden tarafa yükletilmemesi, belki de Birleşik Devletler sistemini burada bahsedilen diğer tüm yargılama sistemlerinden ayıran karakteristik bir özellik olarak tanımlanabilir".* Mutat gelir düzeyindeki insanlar böylesi büyük bir yükü karşılayamazlar[31]. Nitekim bu insanlar davanın henüz başında avukatlarına ücretlerinin azımsanmayacak bir bölümünü, davanın sonuna geldiğimizde ise lehlerine hükmedilen miktarın önemli bir kısmını ödemek zorundadırlar.

Avukatlar müvekkilleri ile anlaşmak konusunda serbestîye kavuştuklarında, sözleşme ile ya da başka çözüm yolları bularak mutat gelir düzeyinde olan insanların üzerlerindeki yükü kaldırıp, bu insanları iyi kazanç getiren birer müvekkil hâline getirebilmişlerdir. Avukat tarafından düzenlenen ve bu insanları iyi kazanç getiren birer müvekkil hâline getiren yenilikçi anlaşmalar bakımından kapı her zaman açık olmuştur. İlk olarak alacağı belirsiz olan müvekkiller için şarta bağlı ücretlendirme sistemi oluşturulmuştur. Akabinde bu insanlar için tek yönlü yükletilme sistemi kabul edilmiştir. Son olarak ise bu insanların açtığı olağan davalar tek başına kâr getirmeyecek kadar küçük olduğu için grup davası sistemi getirilmiştir.

---

[31] Bknz. **Leubsdorf**, s. 31.

2.2.1. Şarta Bağlı Ücretlendirme

Genel Rapor, şarta bağlı ücretlendirme sisteminin, *"Birleşik Devletler hukuk sisteminin karakteristik bir özelliği"* olduğunu ortaya koymaktadır. Şarta bağlı ücret anlaşmasının esas özelliği, avukatlık ücretinin yalnızca avukatın davayı kazanması durumunda söz konusu olmasıdır. Bu ücret dava sonunda hükmedilen miktarın belirli bir yüzdelik dilimini oluşturmaktadır. Genellikle bu oran %33 olarak belirlenmektedir[32]. Şarta bağlı ücret anlaşması avukatın, mahkeme masrafları ve diğer giderleri, müvekkili ile aralarındaki anlaşmaya bağlı olarak daha sonra ödenmek veya ödenmemek üzere, temin etmesini sağlayabilmektedir.

Mutat gelir düzeyinde olan insanlar bu şekilde açılacak bir davadan her durumda yarar sağlamaktadırlar. Başlangıçta zaten karşılayamayacakları ücretleri ödemek durumunda kalmayacaklardır. Hüküm verildikten sonra ise eğer davayı kaybetmişlerse yine de bir ücret ödemek durumunda değillerdir. Eğer davayı kazanırlar ise bu kez de lehe hükmedilen miktarın üzerinde bir ödeme yapmak durumunda olmayacaktırlar. Burada yükün fazlasını ve riski taşıyanlar ise avukatlardır. Müvekkiller için işin olumsuz olan tarafı ise avukatın yüzdesinin çok yüksek olması durumudur. Bu durum özellikle de yüksek yargılama giderlerine maruz kalınmayan davalarda belirginleşmektedir.

Avukatlar da şarta bağlı ücret anlaşmalarından, başka türlü sahip olamayacakları müvekkilleri edinerek yarar sağlamaktadırlar. Lehe hükmedilen miktardan paylarını alarak, dava ile üzerlerinde taşıdıkları riskleri de telafi edebilmektedirler. İyi tahlil edilerek seçilmiş davalarda bu telafinin miktarı, sağlanan hizmete ayrılan bütçenin oldukça üzerine çıkabilmektedir. Diğer yandan daha kesin ve kolay bir şekilde ücretlerini, kazanan ya da kaybeden taraftan ziyade hükmedilen miktar üzerinden tahsil edebilmektedirler.

Avukatların müvekkilleri ile anlaşma yapma serbestîsine sahip olduğu 19.yüzyıl ikinci yarısından sonra, şarta bağlı ücretlendirme yaygın bir

---

32 **Jeffrey D. Swett**, *Determining a Reasonable Percentage in Establishing a Contingency Fee: A New Tool to Remedy and Old Problem*, 77 TENN. L. REV. 653, 655 (2010); Genel olarak bknz. **Herbert M. Kritzer**, RISKS, REPUTATIONS, AND REWARDS: CONTINGENCY FEE LEGAL PRACTICE IN THE UNITED STATES 9-10 (2004).

kullanım alanına sahip olmuştur. Şarta bağlı ücretlendirme uygulaması şu an olduğu gibi o zamanlarda da tartışma konusudur. Nitekim bu sistem avukatların gördükleri davalarda maddi bir çıkar taşımalarına neden olmuştur[33]. Bu durum tarafların haklarını tespit ederek uyuşmazlığı çözüme kavuşturmak amacını taşıyan hukuk yargılamasını kâr-zarar risk analizine dayalı bir sisteme dönüştürdüğü için olumsuz karşılanmaktadır[34]. Diğer yandan dava konusunun yüksek olduğu durumlarda, harcanan zaman ve risk edilen paranın oranına bakılmaksızın muazzam ücretlere neden olabileceği için sorunlu görülmektedir (40.000.000$'a kadar ulaştığı görülmüştür)[35]. Şarta bağlı ücretlendirme sistemindeki bu tatminsizlik gelişigüzel uygulamalara ve rastlantısal düzenlemelere neden olmuştur[36].

Şarta bağlı ücretlendirmenin meşruiyeti mutat gelir düzeyinde olan insanların medenî yargılama bakımından adalet sistemine erişimini sağlamakla kurulmaktadır. Ancak şarta bağlı ücretlendirme adalete erişim bakımından yalnızca kısmi bir çözüm olabilir. Bu sistem müvekkillerin tamamını kapsayıcı nitelikte değildir. Bu sistemden faydalanabilen müvekkiller, yalnızca finansal bir rahatlama amacını taşıyan davacılar ile yüksek yahut belirsiz bir alacağa sahip olanlar olabilmektedir[37]. Şarta bağlı sözleşmenin maliyetini öngörülebilir ve şeffaf kılmaları nedeniyle miktarı belirli olan alacaklar, avukatlar için daha az aranılır niteliktedir. Dava konusunun belirsiz bir alacak olması durumu ise anlaşmayı kayda değer bir servetin payla-

---

33 Karş. **Edwin Countryman**, THE ETHICS OF COMPENSATION FOR PROFESSIONAL SERVICES: AN ADDRESS BEFORE THE ALBANY LAW SCHOOL AND AN ANSWER TO HOSTILE CRITIQUES (1882) with LESTER BRICKMAN, LAWYER BARONS: WHAT THEIR CONTINGENCY FEES REALLY COST AMERICA (2011). Genel olarak bknz. **Peter Karsten**, *Enabling the Poor to Have Their Day in Court: The Sanctioning of Contingency Fee Contracts, A History to 1940*, 47 DEPAUL L. REV. 231 (1997). Şarta bağlı ücretlendirmenin kabulü, avukatların baktıkları davalarda maddi çıkar taşımamalarına yönelik tarihsel sınırlandırmaların çözülmesini ya da sona ermesini gerektirmektedir.

34 **John A. Day**, *Should you risk taking the case?*, TRIAL, January 2008, s. 20.

35 Bknz. e.g., Lawrence v. Miller, 48 A.D.3d 1, 853 N.Y.S.2d 1(2007) (40.000.000$'lık miktar üzerinden, %40 oranında hesaplanan şarta bağlı ücret, neredeyse ihtilaflı meblağın tamamına tekabül etmektedir).

36 Bknz. **Swett**, 659 vd.

37 Bknz. **Maxeiner**, s. 207-209.

şımına dönüştürmektedir. Bu durum şarta bağlı ücret anlaşmalarının neredeyse tamamının dayanağını oluşturan hukukî sebebin neden sözleşme değil de haksız fiil olduğunu ortaya koymaktadır.

Dava konusunun yeterli gelir elde edilemeyecek kadar düşük olduğu durumlarda şarta bağlı ücretlendirme, avukatla temsil edilmeye olanak tanımamaktadır. Ancak Amerika'nın yenilikçi avukatları bu davalarda da avukatla temsil edilebilmenin ve aynı zamanda da kâr elde edebilmenin çözümünü bulmuşlardır. Bu bağlamda aşağıda ilk olarak tek yönlü yükletilme düzenlemesini, sonrasında ise grup davalarını inceleme konusu yapacağız.

2.2.2. Sadece Amerika'da: Tek Yönlü Yükletilme[38]

Avukatların maddi anlamda geri kazanım sağlamayan ya da ücretlerini karşılamaya yetmeyecek kadar az kazanım sağlayan davalarla ne işleri olur? Bu durumda tek yol Amerikan tazmin etmeme uygulamasını bir kenara bırakmak ve *kaybeden-öder* yönündeki küresel yaklaşımı benimsemek olacaktır. Ancak bu şekilde de ortaya çıkan riski kabul edemeyecek olan müvekkiller uzaklaştırılmış olacaktır.

Amerikan hukuk sistemi böylesi durumlar için zekice bir çözüm önermektedir: Tek yönlü yükletilme. Buna göre eğer avukatlar müvekkilleri adına açtıkları davayı kazanırlarsa, karşı taraf onların avukatlık ücretlerini ödemek durumunda kalacaktır. Diğer yandan eğer davayı kaybederlerse, kendilerine bir şey ödenmemesine rağmen, en azından müvekkilleri karşı tarafın avukatının ücretini ödemek zorunda kalmayacaktır. İlk olarak 19. yüzyıl son çeyreğinde rekabet hukukuna özgü kuralların uygulanmasını kolaylaştırmak için kullanılan fikir[39] başarı sağlamıştır. Yüzlerce kanun, kazanan davalının kendi avukatının ücretini ödemesini bir kenara bırakarak, kaybeden davalının, kazanan davacının avukatının ücretini ödemesini emretmektedir[40]. Tek yönlü yükletilme kamu hukuku kurallarına özgü özel cebrî

---

38 Aslında yalnızca Amerika'da değildir; Genel Rapor Japonya'da ferdi kaza davalarında da tek yönlü yükletilmenin uygulandığını belirtmektedir. [1.2.2.1]

39 Bknz. **Leubsdorf**, s. 25.

40 Bknz. **Harold J. Krent**, *Explaining One-Way Fee Shifting*, 79 VA. L. REV. 2039, 2051.

icraya odaklanmayı sürdürmekle birlikte özel hukuk uygulamalarına kadar uzanmamaktadır.

Tek yönlü yükletilmenin özel hukuk taraflarını, kamu hukuku kurallarının cebrî icrasında "özel hukuk savcıları[41]" gibi davranmaya gönüllü kıldığı söylenmektedir[42]. Kendisine eşit muamele ilkesine adamış bir toplumda ve silahların eşitliği ilkesini teşvik eden bir meslekte "yazı gelirse kaybedersin tura gelirse kazanırım" benzeri kuralların getirdiği zorlukların hakkaniyetsizliği ortaya çıkaracağı açıktır. Bu zorluklar yadsınmamakta aksine doğrulanmakta ve yardımcı gerekçelendirmeler ile önüne geçilmektedir. Bu noktadaki eleştiriler ise tutarlığı ve yardımcı gerekçelendirmenin sağlayacağı adaleti sorgulamaktadırlar.

2.2.3. Grup Davaları: Uzlaşı Noktası

Çoğu dava tek yönlü yükletilme sisteminin uygulanması bakımından elverişli değildir. Birçok alacak yalnız başına Amerikan yargılama sisteminin yüksek masraflarını karşılayamayacak kadar yetersiz kalmaktadır. Amerikan avukatların elbette buna da getirdikleri bir çözüm bulunmaktadır: Grup davaları. Burada avukat onlarca, yüzlerce ve hatta binlerce kişiden oluşan tarafın alacağını temsil etmektedir. Bazen alacaklar büyüktür ancak bu alacakların teker teker dava konusu olması çok yüksek yargılama giderlerine neden olabilir. Bazense alacaklar öyle küçüktür ki her biri sadece birkaç dolar tutarında bile olabilir. Her bir davanın somut olaya göre kendi içerisinde değerlendirilmesini yücelten bir hukuk sisteminde grup davaları alışılmadık şekilde yadırganabilir görünmektedir. Düzenlenmemiş ücret anlaşmalarının söz konusu olduğu bir ücretlendirme sisteminde, bir avukat ve her birinin alacağı birkaç dolar olan yüzlerce ya da binlerce müvekkil arasında yapılan geçerli bir anlaşma bulmak son derece zordur. 2003 yılından bu yana Federal Medenî Usûl Kuralları, mahkemelerin grup davası

---

41 Ç.N. *private-attorney-general doctrine*. Bu kavram Amerikan hukukunda önemli sayıda kişinin yararına olan, cebrî icra gerektiren ve toplumun geneli için önemli olan bir özel hukuk davası açan tarafın avukatlık ücretinin karşılanmasını sağlayan bir hakkaniyet ilkesidir. *Black's Law Dictionary* (9th ed. 2009) at Westlaw BLACKS.

42 Alyeska Pipeline Service Co. v. The Wilderness Society, 421 U.S. 240, 261-263 (1975).

anlaşmalarını onaylamasının bir uzantısı mahiyetinde, makûl bir avukatlık ücretine karar verebileceklerini düzenleme konusu yapmış bulunmaktadır[43].

2.3. İstenilmeyen Müvekkile Yönelik Alternatifler

2.3.1. Davada Kendini Temsil Etme

Federal Mahkemelerin var olduğu günden bu yana davada kendini temsil edebilme imkânı mevcuttur. İlk olarak 1789 yılında kabul edilen[44] Federal Kanun, tarafların Federal Mahkeme önünde "*kendi davalarını açmalarına ve yürütmelerine*" izin vermektedir[45]. Gerçekte ise davaların en basitinde bile çok az insan bunu tatmin edici şekilde gerçekleştirebilmiştir. Mahkemede temsil edilebilme imkânı bulunmayan insanlara bir alternatif oluşturabilmenin ötesinde bu hakkın neredeyse hiçbir anlamı bulunmamaktadır[46]. Kendini temsil etme durumu bazı küçük uyuşmazlıklara bakan mahkemelerde söz konusu olabilmektedir. Bu mahkemeler önündeki bir uyuşmazlığa yönelik ihtilaflı meblağın üst sınıra yükseltilmesi yönünde bir teklif yapıldığında, avukatlar genellikle bu duruma itiraz etmektedirler.

Buna karşın davada kendini temsil edebilme imkânı, bugünkü sistemin sürdürülebilmesi açısından gerekli bulunmaktadır. Eğer avukatla temsil zorunluluğu bulunuyor olsa idi, avukatlık ücretini karşılayamayacak olan kişiler bakımından mahkemenin davaya bakmaktan imtina etmesi hususu açıkça ve aksi iddia edilemez şekilde söz konusu olurdu. Bu durumda Amerikan hukuk sistemi adlî yardımı bir hak olarak sunmak mecburiyetinde

---

43 Rule 23(h). Genel olarak bknz. **Jonathan R. Macey & Geoffrey P. Miller**, *Judicial Settlement of Class Actions*, 1. J. LEGAL ANALYSIS 167 (2009).

44 § 35 of the Judiciary Act of 1789.

45 28 U.S.C. §1654.

46 Genel olarak bknz. THE FUTURE OF SELF-REPRESENTED LITIGATION: REPORT FROM THE MARCH 2005 SUMMIT (National Center for State Courts, 2005), www.ncsc.org; **Tiffany Buxton**, *Foreign Solutions to the U.S. Pro Se Phenomenon*, 34 CASE W. RES. J. INT'L L. 103 (2002); **Drew Swank**, *Note and Comment: The Pro Se Phenomenon*, 19 BYU J. PUB. L. 373 (2005); **Nina Ingwer Van Wormer**, *Note: Help at Your Fingertips: A Twenty-First Century Response to the Pro Se Phenomenon*, 60 VAND. L. REV. 983 (2007).

kalırdı. Almanya'da avukatlık ücretini karşılayamayan kişiler için ücretsiz olarak bir vekil temin edilmesi sağlanmaktadır[47].

2.3.2. Adlî Yardım

Karşı tarafın avukatla temsil edildiği bir davada kendi kendini temsil edebilmek için az sayıda insanın sahip olduğu niteliklere sahip olmak gerekmektedir. Şarta bağlı ücretlendirme yahut tek yönlü yükletilme sistemleri için uygun olmayan bir davada bu denli niteliklere sahip olmayan birisi ne yapmalıdır? Hak taleplerinin büyük bir çoğunluğunu bu tür davalar oluşturmaktadır. Davalı olarak kendini savunma durumunda kalınan durumlar, dava konusunun maddi olarak nitelendirilemediği davalar ve yine dava konusunun 100.000$ altında olduğu davalar, bu kapsamda değerlendirilmektedir. Birleşik Devletler'de böyle bir dava açmak isteyen kişiler yardım için yalvarmalıdırlar. Diğer hukuk sistemlerinin aksine bu kişiler adlî yardımdan yararlanamamaktadırlar[48]. Birçok kişi maddi imkânları yetersiz olduğu için basit bir şekilde yasal haklarından feragat etmektedir.

Birleşik Devletler'de adlî yardım, ya da daha ziyade adlî yardımın yokluğu, Amerikan yargılama giderleri sisteminin avukatların tahakkümünde olduğunu ispatlar niteliktedir. Avukatları kim suçlayabilir? Neden küçük bir iş adamının ürünlerinin bedelini karşılayamayan bir müşteriyi istemesi gerekli olsun? Modern ekonomilerde mal ya da hizmetlerini başkasına ücretsiz olarak sağlayan birisi var mıdır?

19. yüzyıl başlarında Birleşik Devletler ve Almanya'nın her ikisinde de avukatlar ücretsiz olarak fakir insanları temsil etmekteydiler (Birleşik Devletler'de, *in forma pauperis*). Birleşik Devletler'de meslektaşlarının ücretsiz çalışma zorunluluğuna direnen avukatlar ve hâkimler sistemi ele geçirdiler. Hukukî olarak temsil edilme talebinin yükselişini Baro görmezden geldi. Hukuk sisteminin dışarısında bulunan özel kişiler yoksullara

---

47 Bknz. **Heinrich Dittenberger**, *Fünfzig Jahre Deutscher Anwaltverein 1871/1921, aus JW 1921, reprinted in* 125 JAHRE DEUTSCHER ANWALTVEREIN: EIN ÜBERBLICK (Deutscher Anwaltverein, ca. 1996); **James R. Maxeiner**, *A Right to Legal Aid: The ABA Model Access Act in International Perspective* (March 17, 2011), http://ssrn.com/abstract=1791209.

48 Lassiter v. Dept. of Social Services, 452 U.S. 18 (1981).

avukatlık hizmeti sunmak zorunda kaldılar. Almanya'da ise sistemi ele geçiren hükümet yetkilileri, avukatları, çalışmalarına izin verilmesinin karşılığı olarak, ücretsiz hukukî temsil sağlamak için görevlendirmişlerdir. Hukukî olarak temsil edilme talebi yükselişe geçtiğinde ise Baro'nun talep ettiği destek hükümet tarafından karşılık bulmuştur[49].

3. Shakespeareyen Şüphe: Field, Nast ve Shakespeare Yaklaşımları

Genel Rapor ilk bağımsız bölümüne "*Shakespeareyen şüphe*" olarak adlandırılan sorunla başlar: "*Yükletilmek ya da yükletilmemek*" [1.2.1] ve politik bir cevapla sonlandırır: *"İçtihat hukukları arasında her şeye karşın Birleşik Devletler'in başarılı olduğu söylenebilir. Eğer avukatlık ücretleri düzenlenmemiş, tahmin edilemez ve oldukça yüksek düzeyde ise, bu ücretlerin davayı kaybeden tarafa yükletilmesi oldukça endişe verici düzeyde sorunludur ve bu durumda hiç yükletilmemesi daha iyidir"*. [1.5.2] Bu cevap avukatlık ücretlerinin düzenlenmemiş, tahmin edilemez ve oldukça yüksek düzeyde olduğunu varsaymakta haklıdır ancak bu durum zaten sorunun kendisini oluşturmaktadır.

Birleşik Devletler'in başarılı olduğu söylenemez. Tazmin etmeme, düzenlenmemiş ücret anlaşmaları ve avukatların dava üzerindeki hâkimiyetleri, Amerikan hukuk yargılamasını zehirleyen ölümcül bir kokteyl misali bütünleşmişlerdir. Hukuk yargılaması, *"her davada adil, hızlı ve masrafsız hüküm"*[50] olarak belirtilen amacına ulaşmakta başarısız olmuştur. Kanunu somut olaya uygulamak ve uyuşmazlıkları adilâne bir şekilde çözüme kavuşturmak bakımından güvenilir bir araç görevi görmemektedir. Birçok davada hukuk ve adalet kavramlarından ziyade, tarafların maddi durumları ve dava açma koşulları belirleyici olmaktadır.

David Dudley Field, Jr. bu durumu öngörerek 1842 yılında avukatlık ücretinin yükletilmesi konusundaki görüşünü şu şekilde ifade etmiştir:

> "*Kaybeden taraf, karşı tarafın dava yüzünden malvarlığında oluşan kayıpları olabildiğince tazmin etmelidir. Bir taraf haklı diğer taraf ise haksızdır. Bir kişi başka bir kişinin haksızlığı yüzünden kayba uğrama-*

---

49 Bknz. **James R. Maxeiner**, *A Right to Legal Aid.*

50 FED. R. CIV. P. 1. Genel olarak bknz. **Maxeiner** ET AL.

malıdır. Hepimiz eşit haklara olduğumuz inancını paylaşıyoruz. İnsanların, davalarını kendi malvarlıkları kadar yürütme imkânına sahip olmaları eşitlikçi değildir. Haksız olan tarafa, karşı tarafın yapmış olduğu masraflar ödetilmediği takdirde, aynı oranda zengin olan fakir olan üzerinde üstünlük kurmuş olur ve fakir olanın hakları, hakkaniyete aykırı bir şekilde korunmamış olur. Haksız davalardan insanları alıkoymak istiyorsanız, haksız olan davacıya karşı tarafın masraflarını yüklemek zorundasınız".[51]

Taraflardan birisinin maddi imkânları ile üstünlük kurmasına izin verilmesinin ne kadar tehlikeli olduğunu Nast de anlamıştı. Shakespeare'de bulduğu yaklaşımla Field'ın anısını canlandırmaktaydı:

"Günahını altın kaplat, adaletin kudretli kılıcı bir şey yapamadan kırılır; paçavralara sar, bir cücenin saman çöpü bile onu deler geçer".

4. Sonuç

Amerikan tecrübesi, avukatlık ücretinin kaybeden tarafa yükletilmemesi ve düzenlenmemiş ücret anlaşmalarını içeren Amerikan modelini düşünen ülkeler bakımından hem bir ders hem de bir uyarı niteliğindedir.

Cevaplandırılması gereken nihaî soru "*yükletilmek ya da yükletilmemek*" değildir. Asıl soru, avukatlık ücretinin yükletilmesinin ve avukatlık ücreti düzenlemesinin ne şekilde uzlaştırılabileceğidir.

Genel Rapor'da belirtildiği gibi, avukatlık ücretlerine ilişkin düzenlemelerin kaldırılması, bu ücretlerin yükletilmesi ile çok yakından ilgilidir. Tazmin edilebilen avukatlık ücretlerine yönelik bazı düzenlemeler, *kaybeden-öder kuralı* için bir gerekliliktir. Aksi takdirde, daha zengin olan taraflar, fakir olan karşı taraftan daha fazla harcama yaparak davayı kazanabilirler ve avukatlık ücretini zayıf ve yenik olan tarafa ödeterek, kazanmalarındaki haksızlıkları katlayabilirler. 1840 yılında, New York'ta, Field'ın ortağı olan Theodore Secgwick, kendi *kaybeden-öder* sisteminde, ücret yükletilmesini her türlü imkâna sahip varlıklı kimselerin avukatlarına ödenen ücretler için değil, fakat haklı olan tarafı temsil eden avukatlara ödenen ücretler için

---

[51] **Field**, *Letter*, s. 56.

tasarlamıştır[52]. Field ise lehe hükmedilen miktardan yüzdelik bir pay almayı tercih etmekteydi[53].

Bununla birlikte eğer avukatlık ücreti davayı kaybeden tarafa yükletilirse, müvekkiller bu ücretlerin tamamının yükletilmesini ve kazandıkları zaman tam bir tazmin temin etmiş olmayı beklemektedirler. Virginia Yasama Meclisi bu durumu 1778 tarihli bir kanunla güvence altına almış durumdadır: *"Kazanan tarafın kaybeden taraf aleyhine hükmedilen tazminat miktarından daha yüksek bir avukatlık ücreti ödemek durumunda kalması makûl görülemez"*[54]. Bu anlayış, yüksek nitelikli veya daha açık söylemek gerekirse daha varlıklı müvekkillere hitap eden bir avukat için doğrudan bir tehdittir. Amerika'da Baro kendi çalışma standartlarını kendi belirler ve Baro'yu yöneten avukatlar, varlıklı müvekkillere sahip olan yüksek nitelikli kişilerdir. Bu nedenle de bu avukatların ücretlerinin kaybeden tarafa yükletilmesi sistemi yerine, ücretler konusunda pazar yaklaşımını savunmaları hiç de şaşırılacak bir şey değildir.

Amerikan tecrübesi dünya için bir uyarı niteliğinde olsa da, diğer devletlerdeki avukatlık masrafları bu denli tahmin edilemez ve aynı zamanda yüksek miktarda olmadığından bu devletler, Birleşik Devletler kadar tehlike altında değillerdir. Amerika'daki avukatlık ücretlerinin bu denli yüksek olması, kısmen avukatların ücret düzenlemelerine tabi olmamalarından kaynaklanmaktadır. Daha da önemli olan ise bu ücretlerin avukatların davalar üzerindeki tahakkümlerine göre belirleniyor olmasıdır. Hukuk sistemi avukatlar tarafından kontrol edildiği sürece avukatlık ücretlerinin böylesine yüksek kalması muhtemeldir.

---

52 **Theodore Sedgwick**, HOW SHALL THE LAWYERS BE PAID? OR SOME REMARKS UPON TWO ACTS RECENTLY PASSED ON THE SUBJECT OF THE COSTS OF LEGAL PROCEEDINGS IN A LETTER TO JOHN ANTHON (1840).

53 **Field**, *Letter*, s. 57.

54 1778 Va. Acts, ch. 14, § 5, Bu şekildeki tüm genel kanunların derlemesinde… bugün yürürlükte olduğu şekilde 84 (Richmond 1785), reprinted in THE FIRST LAWS OF THE STATE OF VIRGINIA 84.

YARGITAY'IN SON KARARLARI IŞIĞINDA HAKEM KARARLARINA KARŞI AÇILACAK İPTAL DAVASINA İLİŞKİN HMK m. 439 HÜKMÜNÜN ZAMAN BAKIMINDAN UYGULANMASI

Doç. Dr. İbrahim ÖZBAY*

I. GİRİŞ

Tahkim, tarafların aralarındaki mevcut veya muhtemel bir uyuşmazlığın hakem veya hakemlerce çözümlenmesi için yaptıkları anlaşma çerçevesinde, devlet tarafından denetlenen, kararları kesin hüküm teşkil eden ve mahkeme kararları gibi icra edilebilen özel bir yargı faaliyeti olarak tanımlanabilir[1]**.** Tahkim, ülkemizde ilk kabul edildiği tarih olan 1856 yılından bu yana etkin olarak kullanılamamaktadır. Tahkim kurumunu etkin kılmak için, yani özü var olan tahkim kültürünü ülkemizde geliştirmek amacıyla yapılması gereken ilk iş şüphesiz iç tahkim yani millî tahkime ilişkin usul ve esasları düzenleyen hükümleri, günümüz tahkim yaklaşımına uygun hâle getirmektir. HMK'nın tahkime ilişkin hükümleri düzenlenirken, 4686 sayılı

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

1 Bkz. **Pekcanıtez,** Hakan/**Atalay,** Oğuz/**Özekes,** Muhammet; Medeni Usul Hukuku, B. 14, Ankara 2013, s. 1064-1065.Benzer tanımlar için bkz. **Kuru,** Baki/**Arslan,** Ramazan/**Yılmaz,** Ejder; Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 6100 sayılı HMK'na Göre Yeniden Yazılmış 25. Baskı, Ankara 2014, s. 779; **Yılmaz,** Ejder; Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2013, s. 1713; **Karslı,** Abdürrahim; Medeni Muhakeme Hukuku, 6100 Sayılı HMK Hükümlerine Göre Yargıtay Kararları İşlenmiş ve Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, İstanbul 2012, s. 905; **Özbay,** İbrahim; Hakem Kararlarının Temyizi, Ankara 2004, s. 28 vd; **Kuru,** Baki; Hukuk Muhakemeleri Usulü, B. 6, C. VI, İstanbul 2001, s. 5874; **Koral,** Rabi; Yeni ve Eski Hukukumuzda Tahkim, İÜHFM, 1947, C. XIII, S. 1, s. 193; **Bilge,** Necip/**Önen,** Ergun; Medeni Yargılama Hukuku, Ankara 1978, s. 742-743.

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Özel Sayı 2014, s. 779-811 (Basım Yılı: 2015)
Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ'e Armağan

Milletlerarası Tahkim Kanunu esas alınmıştır. 4686 sayılı Kanun, bir kaç istisna dışında esas olarak 1985 tarihli UNCITRAL[2] Model Kanununu benimsemiş ancak iktibas esnasında bazı konular eksik alınmış ve yine bazı konularda tercihler Model Kanundan değişik olarak kullanılmıştır. Bu çerçevede, tahkim hakkındaki hükümlerin, Milletlerarası Tahkim Kanunundaki hükümlerin hemen hemen aynısı olduğu görülmektedir. Böylece yeni Kanun ile 4686 sayılı Kanundaki hükümlerin kabulü ile millî ve milletlerarası tahkim hükümleri arasındaki fark önlenmek istenmiştir. Ayrıca dünyada pek çok ülkenin milletlerarası ve millî tahkim için esas aldığı UNCITRAL Tahkim kuralları iç tahkim bakımından da benimsenmiş olmaktadır[3].

1 Ekim 2011 tarihinde yürürlüğe giren Hukuk Muhakemeleri Kanununa bakıldığında, tahkime ilişkin olarak önemli ve yeni düzenlemeler getirildiği görülmektedir. Ancak tahkime ilişkin hükümlerin ve özellikle iptal davasına ilişkin HMK m. 439 hükmünün zaman bakımından uygulanması[4] bakımından HMK'da bir geçiş (intikal) hükmü bulunmadığından, eski Kanun (HUMK) döneminde yapılan bir tahkim şartı/sözleşmesi veya eski Kanun döneminde başlayan bir tahkim yargılamasında eski Kanun hükümlerinin mi yoksa yeni Kanun hükümlerinin mi uygulanacağı, özellikle eski kanun yollarının (temyiz) mı yoksa yeni kanun yolunun (iptal davası) mu uygulanacağı konusunda tereddütler yaşanabilmektedir. Esasen buradaki sorun da, Hukuk Muhakemeleri Kanununun, yürürlüğe girmesinden önce yapılan ve tahkime tabi tutulan sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklar ile Hukuk Muhakemeleri Kanununun yürürlüğe girmesinden önce başlayan ve devam eden

---

2 United Nations Commission on International Trade Law (Birleşmiş Milletler Milletlerarası Ticaret Hukuku Komisyonu).

3 Bkz. HMK'nın Genel Gerekçesi.

4 Geniş anlamda kanunların zaman bakımından uygulanması "hukuk düzeninin geneli bakımından ya da belli bir hukuk dalı için öngörülen ve sırayla yürürlüğe giren normlardan hangisinin somut olaya uygulanacağını belirlemeye yönelik genel ya da özel hükümler bütünü" olarak tanımlanmaktadır [**Taşpınar Ayvaz,** Sema; Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) Zaman Bakımından Uygulanması, Ankara 2013, s. 41]. Usul kurallarının zaman bakımından uygulanması ise, yeni yürürlüğe giren hükümlerin mevcut uyuşmazlıklara uygulanıp uygulanmayacağı sorusuna cevap vermektedir (**Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 67). Geniş bilgi ve açıklamalar için bkz. **Taşpınar Ayvaz**, s. 86 vd.

tahkim yargılamaları üzerindeki etkisinin ne olacağına ilişkin olarak ortaya çıkmaktadır[5].

Çalışmamızda bu konuda HMK'nın yürürlüğe girmesinden sonra yayınlanmış Yargıtay kararları çerçevesinde iptal davasına ilişkin HMK m. 439 hükmünün zaman bakımından uygulanması ele alınacaktır.

II. HUKUK MUHAKEMELERİ KANUNUNUN TAHKİME İLİŞKİN HÜKÜMLERİNİN ZAMAN BAKIMINDAN UYGULANMASINA GENEL BAKIŞ

Yürürlükteki kanunlarda bir değişiklik olduğunda (veya yeni Kanun yürürlüğe girdiğinde) mevcut uyuşmazlıklara eski Kanunun mu yoksa yeni Kanunun mu uygulanacağı, kanunların zaman bakımından uygulanması sorununu ortaya çıkarmaktadır[6]. Maddi hukuk bakımından, yeni kanun bir istisna öngörmedikçe, kural olarak davada, uyuşmazlık konusu hukuki fiil veya işlemin vuku bulduğu tarihte yürürlükte bulunan (eski) kanunların uygulanacağı bilinmektedir. Buna karşılık, usul hukukunda yapılan değişiklikler, maddi hukuktakinden farklı olarak, yürürlüğe girdiği andan itibaren devam eden yargılamalarda derhal uygulanır[7]. Buna göre eski tarihte gerçekleşmiş fiil ve işlemlerle ilgili olarak devam eden yargılamalarda yeni kanunun uygulanacağı belirtilebilir. Bunun nedeni ise, yargılama (usul) hukukunun nitelik itibariyle ülkedeki yargılama düzeni ile ilgili olması nedeniyle kamu düzenini ilgilendirmesidir. Gerçekten de usul kanunlarında

---

5 Aynı durum MTK bakımından da söz konusudur (Bkz. **Ekşi**, Nuray; Yargıtay Kararlarında Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun Zaman Bakımından Uygulanması, Prof. Dr. Ali Güzel'e Armağan, İstanbul 2010, C. II, s. 1376) (Zaman İtibariyle Uygulanma).

6 **Şanlı**, Cemal; 4686 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununun Yürürlük Tarihinden Evvel Yapılmış Sözleşmelerden Doğan Tahkimlere Uygulanıp Uygulanamayacağı Sorunu, MHB, Yıl: 23, 2003, s. 687 (Yürürlük Tarihi).

7 **Özekes,** Muhammet; Özel Hukuk-Kamu Hukuku ve Yargılama Hukuku Bakımından Kanunların Zaman İtibariyle Uygulanması, Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan, C. II, Ankara 2010, s. 2871; **Şanlı**, Yürürlük Tarihi, s. 688; **Katoğlu,** Tuğrul; Ceza Kanunlarının Zaman Yönünden Uygulanması, Ankara 2008, s. 287; **Budak,** Ali Cem; Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Görev, Yetki ve Yetki Sözleşmesi (HMK m. 5-19) Konularında Getirdiği Yenilikler, Türkiye Bankalar Birliği, Bankacılar Dergisi, Özel Sayı, Ocak 2013, s. 55.

değişiklik yapan devletin, kişilere ait hakların yeni hükümlerle, eski hükümlerden daha iyi ve adil himaye edileceğine inandığı için değişikliğe gittiği belirtilmektedir[8].

HMK'nın (yeni Kanunun) yürürlüğe girmesinden sonra başlayan tahkim yargılamalarının bu Kanuna tabi olacağı kuşkusuzdur. Ancak yeni Kanun (HMK) yürürlüğe girdiği sırada devam etmekte olan tahkim yargılamalarının ne olacağı konumuz bakımından önem taşımaktadır. HMK'da geçiş hükümlerinin bulunmaması, HMK'nın yürürlüğe girdiği sırada devam etmekte olan tahkim yargılamaları bakımından usul hukuku kurallarının zaman bakımından uygulanmasına ilişkin genel ilkelere başvurulmasını gerektirmektedir[9]. Kaldı ki HMK'nın bir usul hukuku düzenlemesi olduğu konusunda şüphe bulunmamaktadır.

Yeni Kanun (HMK) yürürlüğe girdiği sırada devam eden tahkim yargılamaları bakımından, geçiş hükmü bulunmayan hallerde ilgili usul işlemlerinin tamamlanıp tamamlanmadığına bakmak ve bir sonuca varmak gerekir[10]. Nitekim HMK m. 448'e göre; "*Bu Kanun hükümleri tamamlanmış işlemleri etkilememek kaydıyla derhâl uygulanır*". Burada esas olan tahkim sözleşmesinin yapıldığı tarih değil, tahkim yargılamasının başladığı tarihtir[11].

Medeni usul hukukunda yeni düzenlemelerin yürürlüğe girmesinde kabul edilen esas, bu düzenlemelerin derhal yürürlüğe girmesi yönündedir

---

8 **Bilge,** Necip/**Önen,** Ergun; Medeni Yargılama Hukuku, B. 3, Ankara 1978, s. 7 vd.; **Postacıoğlu**, İlhan E.; Medeni Usul Hukuku Dersleri, B. 6, İstanbul 1976, s. 16; **Üstündağ,** Saim; Medeni Yargılama Hukuku, B. 7, İstanbul 2000, s. 74; **Şanlı**, Yürürlük Tarihi, s. 688.

9 Karş. **Şit**, Banu; Yargıtay Kararlarında Milletlerarası Tahkim Kanununun Zaman Bakımından Uygulanması ve Hukuk Seçimi Sorunu, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Aralık 2009, C. 25, Sa. 4, s. 466.

10 Karş. **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 68- 69.

11 **Şit**, s. 466. Doktrinde ileri sürülen aynı yöndeki bir görüşe göre, sözleşmeyi yaparken yıllar sonra yürürlüğe girecek bir Kanunu hesaba katmaları taraflardan beklenmemelidir (**Akil**, Cenk; Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun Zaman Bakımından Uygulanmasına İlişkin Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 18.07.2007 tarihli Kararının Değerlendirilmesi, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Ocak 2012, Sa: 8, Yıl: 3, s. 37).

(derhal uygulanırlık)[12]. Buna göre, Türk hukuk doktrininde de kabul edildiği üzere, bir dava yeni usul hükmünün yürürlüğe girmesinden sonra açılırsa bu davaya yeni usul hükümleri uygulanır. Bu nedenle dava konusu işlemin daha önce yapıldığı ileri sürülerek o sırada geçerli usul kurallarının uygulanması istenemez[13]. Geçiş hükmü bulunmayan hallerde ilgili usul işleminin tamamlanıp tamamlanmadığına bakılması gerekeceğine göre; işlemin tamamlanmasından maksadın ne olduğu önemlidir. Tamamlanmış işlemden kasıt, önceki Kanunun hükümlerine göre yapılmış ve tamamlanmış olan işlemlerdir. Örneğin önceki Kanuna göre hazırlanan dava dilekçesi ile dava açıldıktan sonra yeni Kanun (HMK) dava dilekçesi ile ilgili yeni hükümler getirse bile, dava dilekçesinin hazırlanması ve bununla ilgili dava açılması tamamlanmış olduğu için, artık yeni Kanuna göre bir dava dilekçesi hazırlanarak mahkemeye sunulmayacaktır[14].

İşlemin tamamlanmasında her usul işleminin ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekir[15]. Bir başka deyişle dava (tahkim davası) bir bütün olarak değerlendirilip yeni kanunun etkili olmayacağı sonucuna varmak mümkün değildir. Dolayısıyla bir usul işlemi tamamlandıktan sonra yürürlüğe giren yeni düzenleme, tamamlanmış işlemleri etkilemez. Ancak henüz tamamlanmamış veya başlamamış işlemler bakımından yeni kanun (HMK) derhal etkili olur[16]. Bu genel ilke gereğince, HMK'nın yürürlüğe girdiği tarihte devam eden tahkim yargılamalarında tamamlanmış usuli işlemler bakımından eski Kanun (HUMK) hükümleri uygulanacak; henüz tamamlanmamış işlemler bakımından ise HMK hükümlerinin uygulanması gerekecektir[17].

Usul hükümlerinin zaman bakımından uygulanmasına hâkim olan ilkeden hareketle, yeni hükümlerin uygulanmasında uyuşmazlığın kaynaklandığı ve tahkim yolunun kararlaştırıldığı sözleşme tarihinin mi yoksa yargılamanın

---

12 **Şanlı**, Yürürlük Tarihi, s. 691; **Üstündağ,** s. 74; **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 70; **Şit**, s. 466; **Postacıoğlu**, s. 16.

13 **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 70.

14 **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 70.

15 Yani hakemde davanın açılması, cevap dilekçesinin verilmesi, karara karşı iptal davası açma yoluna gidilmesi gibi işlemlerin hepsi ayrı ayrı değerlendirilmelidir.

16 Bkz. **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 72; **Şit**, s. 467.

17 **Şit**, s. 467.

başladığı tarihin mi önemli olduğu sorusu akla gelebilir. Yargıtay'ın bazı kararlarında, tahkim sözleşmesinin nitelikçe usul sözleşmesi olmasına rağmen, bu sözleşmelerin kurulması ve geçerliliklerinin maddi hukuk hükümlerine tabi olduklarının genel kabul gören bir ilke olduğu, bir başka deyişle maddi hukuk sözleşmelerinin geçerliliklerinin yapıldıkları tarihteki kanuna göre belirleneceğine ilişkin zaman bakımından uygulanma hükümlerinin kıyasen usul sözleşmeleri için de uygulanması gerektiği belirtilmiştir[18]. Ancak kanımızca bu durumda yargılamanın başladığı tarihin önemli olması gerekir. Yani, dava konusu sözleşmenin veya tahkim sözleşmesinin daha önce yapıldığı gerekçesiyle önceki kanunun (HUMK) uygulanması gerektiği ileri sürülemez[19].

III. HUKUK MUHAKEMELERİ KANUNU'NUN TAHKİMİ DÜZENLEYEN HÜKÜMLERİNİN VE İPTAL DAVASINA İLİŞKİN HMK m. 439 HÜKMÜNÜN AMACI

1. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Tahkimi Düzenleyen Hükümlerinin Amacı

Konuyu düzenleyen ve yeni olan HMK m. 407'ye göre**;** "*Bu Kısımda yer alan hükümler, 21/6/2001 tarihli ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununun tanımladığı anlamda yabancılık unsuru içermeyen ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği uyuşmazlıklar hakkında uygulanır*". Böylece HMK, Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda yer alan düzenlemeyi esas almış ve mehaz UNCITRAL Model Kanunu ve tahkim hukukundaki gelişmeleri göz önünde bulundurmak suretiyle, iç tahkimi düzenlemiş bulunmaktadır[20].

---

18 Örneğin bkz. 15. HD. 16.05.2013, E. 2012/6217, K. 2013/3185 (**Gençcan**, Ömer Uğur; 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun Yorumu, Bilimsel Açıklama-Son İçtihatlar, Ankara 2013, s. 1395-1396). Yetki sözleşmeleri açısından aynı yaklaşım için bkz. **Budak,** s. 55.

19 **Şit**, s. 467; ayrıca bkz. ve karş. **Akıncı,** Ziya; Milletlerarası Tahkim, İstanbul 2007, s. 73.

20 **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 1065; **Kuru/Arslan/Yılmaz,** s. 778. Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, bu maddenin bir gerçekliğe hizmet ettiği söylenemez. Zira MTK'nun kapsamına giren işlerde bu Kanunun uygulanacağı, girmeyen işlerde ise bu

Tahkimi düzenleyen Onbirinci Kısmın (HMK m. 407-444) amacı ise, millî tahkime ilişkin usul ve esasları düzenlemektir. Dolayısıyla, Milletlerarası Tahkim Kanununun (MTK) tanımladığı anlamda yabancılık unsuru[21] taşımayan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği hâllerde HMK'nın bu Kısım hükümleri uygulanacaktır[22]. Ayrıca kanun koyucunun amacının HMK'nın tahkime ilişkin hükümlerinin derhal uygulanmasını sağlamak olduğu söylenebilir. Zira Gerekçede, özellikle tahkime ilişkin yapılan düzenlemelerin iç tahkim ile milletlerarası tahkim hükümlerini birbirine yaklaştırmak, iç tahkimi yenilemek ve tahkimi geliştirmek amacıyla yapıldığına dikkat çekilmektedir.

Kanunun uygulanmayacağı zaten açıktır (Bkz. **Umar,** Bilge; Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2011, s. 1137). Ayrıca HMK'daki tahkime ilişkin düzenlemeler sadece MTK ile değil, zorunlu tahkime ilişkin özel kurallarla da sınırlandırılmıştır. Bir başka deyişle, özel kanunlarda öngörülen zorunlu tahkim durumlarında da HMK'daki tahkime ilişkin hükümler uygulanmayacaktır (**Umar**, s. 1137, 1139).

21 Bir uyuşmazlığın hangi hallerin varlığı halinde yabancılık unsuru taşıyacağı ve buna göre tahkimin ne zaman "Milletlerarası Tahkim" niteliği kazanacağı hususu Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 2. maddesinde şu şekilde belirtilmiştir:

"Aşağıdaki hâllerden herhangi birinin varlığı, uyuşmazlığın yabancılık unsuru taşıdığını gösterir ve bu durumda tahkim, milletlerarası nitelik kazanır.

1. Tahkim anlaşmasının taraflarının yerleşim yeri veya olağan oturma yerinin ya da işyerlerinin ayrı devletlerde bulunması.

2. Tarafların yerleşim yeri veya olağan oturma yerinin ya da işyerlerinin;

a) Tahkim anlaşmasında belirtilen veya bu anlaşmaya dayanarak tespit edilen hâllerde tahkim yerinden,

b) Asıl sözleşmeden doğan yükümlülüklerin önemli bir bölümünün ifa edileceği yerden veya uyuşmazlık konusunun en çok bağlantılı olduğu yerden,

Başka bir devlette bulunması.

3. Tahkim anlaşmasının dayanağını oluşturan asıl sözleşmeye taraf olan şirket ortaklarından en az birinin yabancı sermayeyi teşvik mevzuatına göre yabancı sermaye getirmiş olması veya bu sözleşmenin uygulanabilmesi için yurt dışından sermaye sağlanması amacıyla kredi ve/veya güvence sözleşmeleri yapılmasının gerekli olması.

4. Tahkim anlaşmasının dayanağını oluşturan asıl sözleşme veya hukukî ilişkinin, bir ülkeden diğerine sermaye veya mal geçişini gerçekleştirmesi.

21.1.2000 tarihli ve 4501 sayılı Kanun hükümleri saklıdır".

22 Bkz. Madde 407'ye ilişkin Hükümet Gerekçesi.

2. İptal Davasına İlişkin HMK m. 439 Hükmünün Amacı

Tarafları tahkim yargılamasına yönelten nedenlerin en önemlisi yargılamanın çabukluğu olduğu bilinmektedir[23]. HMK'da düzenlenen iptal davasının düzenlenmesinin nedenlerinden belki de en önemlisi, tahkimde çabukluğu (hızlılığı) temin etmektir[24]. Zira yeni Kanun (HMK) ile tahkimin hızlılığını temin etmek için kanun koyucu; öncelikle hakem/hakem heyeti kararlarına karşı sadece iptal davası (HMK m. 439) açılmasını kabul etmiş; hakem kararlarına karşı iptal sebeplerini sınırlı olarak (*numerus clausus*) saymış[25]; hakem/hakem heyetinin hukuku doğru uygulayıp uygulamadığı meselesini iptal sebebi olarak düzenlememiştir (karş. HUMK m. 433). Ayrıca kanun koyucu tahkim kurumunu teşvik amacıyla[26] "*Hakem kararına karşı iptal davası açılması kararın icrasını durdurmaz* (HMK m. 439/4, cümle 3)" diyerek, hakem kararlarının icrası için kesinleşme şartını aramamış; iptal davasının öncelikle ve ivedilikle görüleceğini (HMK m. 439/1) belirtmiş; iptal davasına bakan mahkemenin aksine karar vermedikçe iptal

---

23 Bkz. **Ansay,** S. Şakir; Hukuk Yargılama Usulleri, Ankara 1960, s. 405; **Lörcher,** Gino; The German Arbitration Act, Journal of Internatoinal Arbitration, Vol. 15, No. 2, June 1998, s. 86; **Trappe,** Johannes; Arbitration Procedure in England and Germany: some comperative remarks, ADRLJ, Vol. 7, March 1997, s. 5; **Özbay**, s. 38; **Bernstein,** Ronald/**Tackabery,** John/**Marriott,** Arthur L./**Wood,** Derek; Handbook of Arbitration Practice, Third Edition, Frome and London, 1998, s. 5; **Saville**, The Rt Hon Lord Justice, An answer to some critisms of the Arbitraon Act 1996, ADRLJ, 1997, Vol. 6, 157; **Yılmaz,** Ejder; Tahkim Hukukuna Giriş ve Ülkemizdeki Gelişim, Yargı Reformu Sempozyumu, İzmir 2000, s. 270; **Deren Yıldırım,** Nevhis; Tahkimin Olumlu ve Olumsuz Yönleri, ABD, 2002/4, s. 38; **Berkin,** Necmettin M.; Tatbikatçılara Medeni Usul Hukuku Rehberi, İstanbul 1981, s. 923; **Taşkın,** Alim; Hakem Sözleşmesi, Ankara 2000, s. 9.

24 Bununla birlikte hakem kararlarına karşı hem iptal davası açılması hem de iptal üzerine verilen kararlara karşı temyiz yolunun açık olması nedeniyle, HMK'nın kanun yolu sürecinin eski Kanuna (HUMK) göre daha uzun tuttuğu da doktrinde belirtilmektedir (Bkz. **Ekşi,** Nuray; Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Tahkim, B. 1, İstanbul, Temmuz 2013, s. 195).

25 İptal nedenlerinin sınırlı olarak sayılmış olması aynı zamanda ticari sırların üçüncü kişilerce öğrenilmesini engelleyeceğinden, tahkimin gizliliği de tahkimin olumlu yönünü oluşturmaktadır (**Deren Yıldırım**, s. 41).

26 Bkz. HMK m. 439'a ilişkin Hükümet Gerekçesi.

davasını duruşma yapmaksızın dosya üzerinden incelenerek karara bağlayacağını (HMK m. 439/5) düzenlemiş; mahkemenin iptal davası hakkında verilen karara karşı temyiz yoluna gidilebileceğini (HMK m. 361 vd) ve buradaki temyizin sınırlı (dar) bir temyiz olduğunu, temyiz incelemesinin ise sadece iptal sebepleriyle sınırlı olarak yapılacağını[27], son olarak temyizin de hakem kararının icrasını durdurmayacağını (HMK m. 439/6, cümle 3) belirtmiştir.

Yukarıda belirtilen "çabukluk" unsurunun gerçekleşmesi ve zamandan tasarruf edilebilmesi, nihai olarak verilen hakem kararına tarafların rızaen uymalarına bağlıdır. Aksi takdirde uyuşmazlık yine bir devlet mahkemesine intikal edecek ve tahkimden beklenen çabukluk gerçekleşmeyecektir[28]. Ancak gerek mahkemelerin gerekse hakemlerin yapmış oldukları yargılamanın amaçlarından birisi adaletli ve doğru bir karar elde etmek olunca[29],

---

27 Bunun gerekçesi ise Yargıtay'daki incelemenin iptal sebeplerini genişletici bir şekilde yapılmasının önüne geçilmek istenmesidir. Ayrıca hakem kararına ilişkin olarak görevli mahkeme bir iptal sebebi görmemişse sonraki temyiz aşamasında kararın icra edilebilmesinin mümkün olması gerekir (Bkz. **Yılmaz**, Şerh, s. 1771).

28 **Şanlı,** Cemal; Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk, Ankara 1986, s. 23, dn. 48.

29 Yargılamanın bu amacı dışında, diğer amaçlar olarak; "sübjektif hakları temin etmek, tarafların haklarının temini ve gerçekleşmesine sağlarken aynı zamanda objektif hukukun gerçekleşmesini sağlamak", "gerçeğe ulaşma", "objektif hukukun ve hukuk barışının korunması ile hukuk güvenliğinin sağlanması", "maddi hukukun verimli hale getirilmesi" gibi amaçlar da belirtilmektedir. Konuya ilişkin bu amaçlar için bkz. **Alangoya**, Yavuz/**Yıldırım,** Kamil/**Deren Yıldırım,** Nevhis; Medeni Usul Hukuku Esasları, B. 6, İstanbul 2006, s. 29; **Alangoya,** Yavuz; Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler, İstanbul 1979, s. 86. Medeni usul hukukunun maddi gerçekliği tespit etmek amacına ilişkin görüş için bkz. **Tercan,** Erdal; Medeni Usul Hukukunda Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü, SÜHFD. Prof. Dr. Şakir Berki'ye Armağan, C. 5, S. 1-2, s. 181 vd. Doktrinde maddi gerçek- şekli gerçek ayrımının yanlış ve yapay kaldığı, bu nedenle söz konusu ayırımın artık değerini yitirdiği de belirtilmektedir (**Yılmaz,** Ejder; Usul Ekonomisi, AÜHFD, C. 57, S. 1, 2008, s. 249); **Yılmaz,** Ejder; Medeni Yargılama Hukukunda Islah, Ankara 1982, s. 7-8; **Yılmaz**, Usul Ekonomisi, s. 248. Doktrinde medeni usul hukukunun amacına ilişkin görüşler, ayrıca şu şekilde belirtilmektedir: Saf yargılama hukuku görüşü (kesin hükme ulaşmak); kendiliğinden hak almayı ikame etmek; hukuki barışı gerçekleştirmek veya korumak; maddi gerçeğe veya gerçeğe ulaşmak; adalete ulaşmak veya adaletli karar vermek; hukuk düzenini gerçekleştirmek; hakları korumak, tespit etmek veya gerçekleştirmektir (Bkz.

çabukluk unsuru uğruna tarafları ne pahasına olursa olsun karara uymaya mahkûm etmek, sakıncalı sonuçlar meydana getirmenin yanısıra, tahkimden beklenen yararları da ortadan kaldırabilir. İptal davasına ilişkin düzenlemenin bir başka amacı ise, hakemlerin verdikleri kararın haksız ve keyfi olmasının önüne geçmektir[30].

IV. HUKUK MUHAKEMELERİ KANUNU m. 439 HÜKMÜNÜN ZAMAN BAKIMINDAN UYGULANMASI

HMK m. 439 hükmünün zaman bakımından uygulanmasına ilişkin olarak Yargıtay tarafından son yıllarda önemli kararların verildiği; tahkimde tartışmaların da özellikle bu noktada toplandığı görülmektedir.

1. Konuya İlişkin Olarak HMK'da Geçiş (İntikal) Hükmünün Bulunmayışı

Öncelikle belirtmek gerekir ki, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun tahkime ilişkin hükümleri neredeyse tümüyle değişmesine rağmen, -iptal davasına ilişkin düzenleme de dâhil- hiçbir özel geçiş (intikal) hükmü öngörülmemiştir[31]. Bu durumun büyük bir eksiklik olduğu gerek MTK bakı-

---

Taşpınar, Sema; Medeni Yargılama Hukukunda Amaç Sorunu, Av. Dr. Faruk Erem Armağanı, Ankara 1999, s. 761 vd.). Söz konusu bu amaçlarla ilgili olarak ayrıca bkz. **Öztek,** Selçuk; Medeni Usul Hukukuna Genel Bir Giriş, Qafkaz Üniversitesi, Özel Hukuk Uluslararası Sempozyum, Tebliğler, 29-30 Eylül 2005, s. 25; **Lindblom,** Per-Henrik; Individiual Litigationand Mass Justice: A Swedish Perspective and Proposal on Group Actions in Civil Procedure, American Journal of Comparative Law, Vol. 45, 1997, s. 808.

30 **Özbay**, s. 81-82.

31 Buna karşılık bazı yabancı hukuk sistemlerinde geçiş (intikal) hükümlerine yer verildiği görülmektedir. Örneğin Alman Hukukunda gerek iç tahkim gerekse milletlerarası tahkim hükümleri Alman Medeni Usul Kanununun (ZPO) 10 uncu Kitabına ilişkin olup, 1998 tarihli Tahkim Reform Kanununun 4. maddesinin 2. fıkrasında "geçiş hükümleri (*transitional provisions*)" öngörülmüştür. Bu hükme göre, Tahkim Reform Kanunu yürürlüğe girdiği tarihte devam eden tahkim yargılamaları eski Kanuna tabidir. Ancak taraflarca yeni Kanunun uygulanması kararlaştırılabilir (Kanunun İngilizce metni için bkz. http://www.arbitrations.ru/userfiles/file/Law/Arbitration%20acts/German%20arbitration %20law_eng.pdf; E.T. 23.11.2014). Böylece Alman ZPO'nun tahkim reformuna ilişkin düzenlemesinin zaman bakımından uygulanmasına ilişkin olarak, devam

mından[32] gerekse HMK bakımından[33] söylenebilir. Kanun koyucunun tahkimle ilgili olarak böyle bir düzenlemeye yer vermemesi HMK'nın niteliği itibariyle usuli bir kanun olması ve bu nedenle yürürlüğe girdiği tarihten sonraki tüm tamamlanmamış tahkim işlemlerine derhal uygulanacağını varsaymış olması ile açıklanmaktadır[34]. Bununla birlikte Hukuk Muhakemeleri Kanununun yürürlük maddesine ilişkin 451 inci maddesinde Kanunun (ayrım yapılmaksızın) 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe gireceği belirtilmiştir.

Bu konuda 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununda (MTK) da bir geçiş hükmü olmaması nedeniyle Yargıtay, bu Kanunun zaman bakımından uygulanması ile ilgili birçok karar vermiş, ayrıca konuya ilişkin olarak doktrinde de birçok görüş ileri sürülmüştür[35]. Burada öncelikle HMK'nın zaman bakımından uygulanması ele alınacak, daha sonra ise Yargıtay'ın konuya ilişkin kararları çerçevesinde bir sonuca varılmaya çalışılacaktır.

---

eden yargılamalar esas alınmış; önceki tarihli sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklar için ayrı bir düzenleme getirilmemiş, yeni düzenlemenin yürürlüğe girdiği tarihte (1 Ocak 1998) devam eden tahkim yargılamalarının kural olarak bu düzenlemeye tabi olacağı öngörülmüştür. Ayrıca Alman Hukukunda taraflara devam eden yargılamada yeni Kanunun uygulanması konusunda seçme hakkı tanınmıştır (Bkz. **Bühler,** Michael; The German Arbitration Act 1997, Text and Notes, New York and Paris 1998, s. 10-11; ayrıca bkz. **Şit**, s. 463). İngiliz Hukukunda ise tahkimi düzenleyen 1996 tarihli İngiliz Tahkim Kanunu (Arbitration Act 1996)'nun geçiş hükümlerini (*transitional provisions)* düzenleyen 84. maddesine göre, "(1) Bu Kısımda yer alan hükümler, bu Kısmın yürürlüğe girdiği tarihten önce başlayan tahkim yargılamalarına uygulanmaz.(2) Bu hükümler tahkim sözleşmesi ne zaman yapılırsa yapılsın söz konusu hükümlerin yürürlüğe girdiği tarihte veya bu tarihten sonra başlayan tahkim yargılamalarına uygulanır. (3) ..." (Konuya ilişkin geniş açıklamalar için bkz. **Harris,** Bruce/**Planterose,** Rowan/**Tecks,** Jonathan; The Arbitration Act 1996, A Commentary, Fourth Edition, 2007, s. 391-392; ayrıca bkz. **Şit**, s. 463).

32 Bkz. **Ekşi**, s. 1375; **Akil**, s. 37; **Şanlı**, Yürürlük Tarihi, s. 690.

33 **Taşpınar Ayvaz**, s. 215.

34 MTK bakımından aynı yönde bkz. ve karş. **Şanlı**, Yürürlük Tarihi, s. 690.

35 Ayrıntılı bilgi için bkz. **Ekşi**, Zaman İtibariyle Uygulanma, s. 1376 vd.; **Akil,** s. 29 vd.; **Şanlı**, Yürürlük Tarihi, s. 699 vd.; **Şit**, s. 471 vd. Konuya ilişkin eski tarihli genel bir çalışma için bkz. **Berkin,** Necmettin M.; Usule İlişkin Hükümlerin Zaman ve Yer Yönünden Uygulanma Alanı, Hıfzi Timur'un Anısına Armağan, İstanbul 1979, s. 163 vd.

2. Yargıtay'ın Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 439 Hükmünün Zaman Bakımından Uygulanmasına İlişkin Olarak Verdiği Kararlar

a. Genel Olarak

İptal davasına ilişkin düzenlemelerin zaman bakımından uygulanmasına ilişkin tartışmalar esasen Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun yeni yürürlüğe girdiği tarihlerde yapıldığından, bu dönemde Yargıtay'ın yaklaşımı konumuza ışık tutacak niteliktedir.

Şöyle ki; Yargıtay'ın MTK'nun zaman bakımından uygulanmasına ilişkin verdiği kararlardan en önemlisi Yargıtay HGK'nun 18.07.2007 tarihli kararıdır[36]. HGK'nun bu kararı ile taraf iradeleri esas alınmak suretiyle, MTK'nun yürürlüğe girdiği 5.7.2001 tarihinden önce yapılan sözleşmelere ilişkin uyuşmazlıklar açısından 4686 sayılı MTK'nun seçilebileceği kabul edilmiş[37]; bunun dışında Yargıtay 15. HD'nin 13.11.2002 tarih ve E. 2002/

---

[36] Bkz. HGK. 18.7.2007, E. 2007/15-444, K. 2007/554: *"…4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu ise bu tarihten çok sonra 05.07.2001 tarihinde yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Bilindiği üzere; yargılama yetkisi kural olarak mahkemeler eliyle kullanılmakta, tahkim usulü ise yargılama hukukumuzda istisnai bir kurum olarak düzenleme alanı bulmaktadır. Bu nedenledir ki, tahkimle ilgili düzenlemelerin genel usul kuralları anlamında geniş yorumlanması ve açık bir hükme yer verilmedikçe tam anlamıyla usul hukukumuza ilişkin ilkelerin tahkim açısından da doğrudan geçerli kabul edilmesi olanaklı değildir. Eş söyleyişle; usul hükümlerinin geriye yürüme etkisinin tamamen sözleşmeyle hayat bulan ihtiyari tahkim kuralları hakkında uygulama alanı bulamayacağı açıktır. Zira temeli sözleşme olan ve taraf iradelerini baz alan tahkim sözleşmesinde - tahkim şartının konulmasında- tarafların açıkça ortaya koydukları kurallar ve belirledikleri hukuk uygulanacaktır. Yine buna ilişkin değişiklik yapılabilmesi şartları da sözleşmede belirlenen ilkeler çerçevesinde olacaktır. Tarafların sözleşme tarihinde belirledikleri usul yöntemi ise o tarihte cari olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 516 ila 526. maddeleri arasında düzenlenen hükümlerde yer alan yöntemdir. Sözleşmenin tanzim ve hayata geçişinden çok sonra 05.07.2001 tarihinde yürürlüğe giren 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda bir geçiş hükmüne de yer verilmemiş; yayımı tarihinde yürürlüğe girmiştir. Geçiş hükmü taşımayan bu kuralların; temelini, yöntemini, sınırlarını, usulünü sözleşmeden alan taraflar arasındaki uyuşmazlığın çözüm mercii durumundaki tahkim usulüne etkili olacağını kabule olanak bulunmamaktadır…"* (Kazancı)

[37] **Ekşi**, Zaman İtibariyle Uygulanma, s. 1386.

4007, K. 2003/876 sayılı; Yargıtay 15. HD'nin 10.10.2002 tarih ve E. 2002/2760, K. 2002/4558 sayılı; Yargıtay 15. HD'nin 13.11.2002 tarih ve E. 2002/4900, K. 2002/5118 sayılı kararlarında[38], istisnai bir yol olan tahkimde taraf iradelerinin asıl olduğundan söz edilmiştir.

b. Yargıtay'ın Konuya İlişkin Kararları

aa. Yargıtay 15. HD'nin 17.05.2013 Tarih ve 2013/136 E., 2013/3211 K. Sayılı Kararı

Bu karara göre; *"… Asıl ve birleşen dava, taraflar arasında imzalanan 30.06.2006 günlü İncity Projesi Mekanik Tesisat İşleri Sözleşmesi ve İdari Şartname'nin uygulanması sırasında ortaya çıkan uyuşmazlık sonucu, sözleşmenin 23. maddesindeki tahkim şartına göre oluşturulan hakem kurulu kararının iptâli istemlerine ilişkindir. Mahkemece asıl ve birleşen davanın reddine dair verilen karar, davacı birleşen dosya davalısı vekilince temyiz edilmiştir. Asıl dava 09.07.2012, birleşen dava 17.08.2012 tarihinde açılmıştır. Sözleşmenin yapıldığı tarihte yürürlükte bulunan **1086 Sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 516 ve devamı maddelerinde hakem kararlarına karşı temyiz yoluna başvurulabileceği kabul edilerek**, bozma sebepleri düzenlemiştir. 01.10.2011 günü yürürlüğe giren 6100 Sayılı Hukuk Mahkemeleri Kanunu'nun 439. maddesinde hakem kararına karşı yalnızca iptâl davası açılabileceği hükmü getirilmiş ve iptâl sebepleri sayılmıştır. Tahkim şartını düzenleyen sözleşmenin 23. maddesinde, uyuşmazlıkların hakem marifetiyle halledileceği, her iki tarafın seçeceği birer hakemin üçüncü bir hakemi seçerek konuyu çözecekleri, hakemler aralarında üçüncü hakemi seçemezlerse hakemin İstanbul Ticaret Mahkemesi'nce seçileceği, üçüncü hakemin heyetin başkanı olduğu, hakemlerin uyuşmazlığı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümleri uyarınca halledecekleri kararlaştırılmıştır. Bu düzenlemenin dışında tahkimle ilgili taraflar arasında yeni bir sözleşme ve ihtilâfın Hukuk Mahkemeleri Kanunu'na göre çözümlenmesini kabul ettiklerine dair bir anlaşmanın varlığı da ileri sürülmemiştir. Her iki tarafın da iptâl davası açmış olması nedeniyle iradelerin birleştiği düşünülebilir ise davaları açan vekillerin vekâletnamelerinde sözleşme hükümlerini*

---

[38] Söz konusu kararlar için bkz. **Şanlı**, Yürürlük Tarihi (Ekler), s. 701 vd.; **Şit**, s. 459 vd.

değiştirmek ve tahkim anlaşması yapmak konusunda özel yetkileri bulunmadığından yeni bir tahkim sözleşmesi oluşturulduğu ve sözleşmenin değiştirildiği kabul edilemez. Her ne kadar, tahkim şartı ya da sözleşmesi yargılamanın kimin tarafından yapılacağına ilişkin olduğundan usul sözleşmesi niteliğinde ise de, bu sözleşmenin kurulması ve geçerliliği maddi hukuk işlemidir. Buna göre maddi hukuk alanında yapılan yeni kanunlar yapıldığı tarihte yürürlükte bulunan kanuna göre geçerli olarak kurulan sözleşmeleri hükümsüz hale getirmez. Maddi hukuk sözleşmelerinin geçerliliklerinin yapıldıkları tarihteki kanun hükümlerine tabi olduğu doktrin ve Yargıtay İçtihatlarının kabulündedir. Bu durumda tahkim şartını da ihtiva eden yanlar arasındaki sözleşme, maddi hukuk işlemi olup taraflar uyuşmazlığın hakem heyetince ve açıkça Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'na göre çözümü kabul ettikleri ve bu sözleşme geçerli olup tarafları bağlayıcı olduğundan olayda sözleşme tarihindeki maddi ve usul hukuku kurallarının uygulanması gerektiği, somut olayda ***6100 Sayılı HMK'nn 439. maddesinde hakem kararlarına karşı sadece iptâl davası açılabileceği hükmünün uygulama olanağı bulunmadığı ve tarafların iradesi ile uygulanmasını kabul ettikleri*** *HUMK'nın 516 ve devamı maddelerinde hakem kararına karşı temyiz kanun yoluna başvurulabileceği kabul edildiğinden, mahkemece iptâl davasının bu sebeple reddi gerekirken bu husus üzerinde durulmadan işin esasına girilerek yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamış, bozulması uygun bulunmuştur*"[39].

bb. Yargıtay 15. HD'nin 09.01.2014 Tarih ve 2013/2388 E., 2014/113 K. Sayılı Kararı

Söz konusu karara göre "*Dava, yanlar arasında 04.12.2006 tarihinde imzalanıp 05.01.2007 tarihinde yürürlüğe giren Megatürk Ankara Alışveriş Merkezi PP03 AVM Yapısal İnşaat İşleri Sözleşmesi ve Ek Şartnamelerin uygulanması sırasında ortaya çıkan uyuşmazlık nedeniyle sözleşmenin 67.3 maddesindeki tahkim kaydına göre oluşturulan hakem kararının iptâli istemine ilişkindir. Mahkemece davanın kabulüne dair verilen karar, hakem davasının davalı-karşı davacısı iptâl davasının davalısı vekilince temyiz edilmiştir. Sözleşmenin yapıldığı tarihte yürürlükte bulunan 1086 Sayılı*

---

[39] 15. HD. 17.05.2013, 2013/136 E., 2013/3211 K. (Kazancı)

HUMK'nın 516 ve devamı maddelerinde bu kanuna göre verilecek hakem kararına karşı temyiz kanun yoluna başvurabileceği kabul edilerek bozma sebepleri düzenlenmiştir. 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren ***6100 Sayılı HMK'nın 439. maddesinde hakem kararına karşı yalnızca iptâl davası açılabileceği hükmü getirilmiş ve iptâl sebepleri tahdidi olarak sayılmıştır.*** *Hakem davası 13.05.2010 günü açılmıştır. Tahkim şartını düzenleyen sözleşmenin 67.3. maddesinde uyuşmazlıkların Uluslararası Ticaret Odası Uzlaştırma ve Tahkim Tüzüğü hükümlerince ve bu tüzüğe göre atanan bir veya daha çok hakemce halledileceği, sözleşme özel şartlar başlıklı bölümün 4. sayfa 5.1.b. maddesinde uygulanacak kanunların, hukuken geçerli kanunlar ve Türkiye Cumhuriyetinde yürürlükte olan kanunlar olacağı kabul edilmiştir. Bu düzenleme dışında tahkimle ilgili taraflar arasında yeni bir sözleşme ve ihtilafın HMK'ya göre çözümlenmesini kabul ettiklerine dair bir anlaşmanın varlığı da ileri sürülmemiştir. Hakem kararında 6100 Sayılı HMK'nın 448. maddesinde düzenlenen derhal uygulanır kuralı gereğince aynı Kanun'un 439. maddesinde öngörülen kanun yolu açık olmak üzere karar verildiği belirtilmiş ise de bu hakemin yorumu olup tek başına hakem kararına karşı* ***iptâl davası*** *açılabileceği sonucunu doğurmaz. Her ne kadar tahkim şartı ya da sözleşmesi yargılamanın devlet mahkemelerinde mi yoksa hakemde mi görüleceğine ilişkin olduğundan usul sözleşmesi niteliğinde ise de, bu sözleşmenin düzenlenmesi ve geçerliliği maddi hukuk işlemidir. Tahkim şartı ya da sözleşmesi yapılması maddi hukuk işlemi olduğundan sonradan çıkartılan yeni kanunlar, düzenlendiği tarihte yürürlükte bulunan kanuna göre geçerli olarak kurulan sözleşmeleri ve sözleşme hükümlerini geçersiz hale getirmez. Maddi hukuk sözleşmelerinin geçerliliklerinin yapıldığı tarihteki yasa hükümlerine tabi olduğu doktrin ve Yargıtay içtihatlarında tartışmasız kabul edilmektedir. Bu durumda tahkim şartını da ihtiva eden yanlar arasındaki sözleşme maddi hukuk işlemi olduğu, taraflar uyuşmazlığın hakemde ve açıkça geçerli kanunlar, (Türkiye Cumhuriyeti'nde yürürlükte olan kanunlar uygulanacaktır.) denilmek suretiyle, sözleşmenin yapıldığı tarihte o kanun yürürlükte ve geçerli olduğundan HUMK'ya göre çözümünü kabul ettikleri ve bu sözleşme halen geçerli ve taraflar için bağlayıcı bulunduğundan sözleşme tarihindeki maddi ve usul hukuku kurallarının uygulanması gerekir. Somut olayda 6100 Sayılı HMK'nın 439. maddesiyle getirilen hakem kararlarına karşı sadece iptâl davası açılabileceği*

hükmünün uygulanması olanağı bulunmamaktadır. ***Tarafların iradesiyle uygulanmasını kabul ettikleri Türk Kanunları arasında olan HUMK'nın 516 ve devamı maddelerinde iç tahkim davası sonucu verilen hakem kararına karşı temyiz yoluna başvurulabileceği kabul edildiğinden, iptâl davasının bu sebeple reddi gerekirken*** *belirtilen husus gözden kaçırılarak işin esası incelenip kabul kararı verilmesi doğru olmamış, bozulması uygun bulunmuştur*"[40].

c. Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi ve Görüşümüz

Yukarıda belirtilen kararlara bakıldığında, esas itibariyle tahkimde taraf iradelerinin asıl olduğunun vurgulandığı görülmektedir. Bir başka deyişle Yargıtay, taraflarca uygulanacak usul kurallarının belirlenmesi anını esas almakta ve tarafların bu seçiminin, tahkim alanında yapılan yasal değişiklikler ile yeni düzenlemelerden etkilenmediği sonucuna ulaşmaktadır[41]. Şu halde sorunun çözümünde kanaatimizce ikili bir ayrım yapmak gerekir.

İlk olarak eğer taraflar, HMK'nın yürürlüğünden önce tahkim anlaşması ile mevcut tahkim mevzuatının veya usul hükümlerinin uygulanmasını kabul etmişlerse istikrar klozu[42], bu sözleşme tarafları bağlayıcı olduğundan sözleşme tarihindeki usul hukuku kurallarının (yani eski HUMK), dolayısıyla HMK m. 439 hükmünde düzenlenen iptal davasının uygulanması gerekir. Zira bu durumda taraf iradelerine üstünlük tanımak gerekir. Bu durumda ise söz konusu kloz ile yapılan anlaşma, uygulanması kararlaş-

---

40 15. HD. 09.01.2014, 2013/2388 E., 2014/113 K. (Kazancı)

41 MTK bakımından aynı yönde bkz. **Ekşi**, Zaman Bakımından Uygulanma, s. 1386.

42 Taraflar anlaşmazlığın yapıldığı sırada, uygulanacak tahkim usulü olarak "mevcut olan Türk tahkim mevzuatını veya Türk kanunlarını" belirlemiş ve sabitleştirmişlerse istikrar klozlarından söz edilir. Bu klozlarla sözleşmenin yapıldığı sırada yürürlükteki hukukun uygulanacağının kararlaştırılması sonucunda, söz konusu hukuk kuralları sözleşme hükmü haline gelmektedir (Bkz. **Ekşi,** Nuray; Kanunlar İhtilafı Alanında "Incorporation", Prof. Dr. Aysel Çelikel'e Armağan, İstanbul 2001, s. 271; **Akil**, s. 33). Konuya ilişkin görüşler için ayrıca bkz. **Ekşi**, Zaman Bakımından Uygulanma, s. 1384 vd.; **Akil**, s. 29 vd. İstikrar klozları sayesinde uyuşmazlık halinde sözleşmenin yapıldığı andaki hukuk uygulanmakta ve hukukta sonradan meydana gelen değişiklikten taraflar etkilenmemektedir (**Şit** s. 470).

tırılan hukuk kurallarını sözleşme hükmü haline getireceğinden, burada tarafların tahkim anlaşmasındaki iradeleri belirleyici olacaktır[43].

İkinci olarak, eğer tarafların eski HUMK'nun uygulanması konusundaki iradesini gösteren bir ifade (istikrar klozu) yok ise, HMK'nın bir usul hukuku düzenlemesi olduğu dikkate alındığında, bu düzenlemelerin derhal yürürlüğe girmesi gerekecek[44]; ayrıca HMK'da bu konuda geçiş (intikal) hükmü de bulunmadığından, ilgili usul işleminin tamamlanıp tamamlanmadığına bakılması gerekecek; henüz tamamlanmamış veya başlamamış işlemler bakımından yeni kanun (HMK) derhal etkili olacak, sonuçta iptal davasına ilişkin hüküm derhal uygulanacaktır.

Taraflar eğer eski Kanunun uygulanması iradesini ortaya koymak istiyorlarsa, bunu açık bir şekilde "Hakem heyeti HUMK hükümleri uyarınca yargılama yapmak suretiyle karar verir" şeklinde belirtmeleri gerekecektir. Şu halde taraflarca böyle bir serbestînin kullanılmadığı hâllerde (örneğin, sadece "hukukun temel ilkeleri ve hakkaniyet" den söz edilmesi ihtimalinde) hakem heyetinin yedek hukuk kuralı olarak HMK hükümlerini uygulaması gerekecektir.

---

43 Tahkim yargılamasında taraf iradelerinin ön planda olduğu hususunda bkz. **Kaplan,** Yavuz; Milletlerarası Tahkimde Usule Aykırılık, Ankara 2002, s. 25; **Nomer,** Ergin/ **Ekşi,** Nuray/**Öztekin Gelgel,** Günseli; Milletlerarası Tahkim Hukuku, C. I, B. 3, İstanbul 2003, s. 16; **Özbay,** s. 37; **Akil**, , s. 35. Ayrıca "Yargılama usulünün belirlenmesi" başlıklı HMK m. 424 hükmüne göre; *"Taraflar, hakem veya hakem kurulunun uygulayacağı yargılama usulüne ilişkin kuralları, bu Kısmın emredici hükümleri saklı kalmak kaydıyla, serbestçe kararlaştırabilir ya da tahkim kurallarına yollama yaparak belirleyebilirler. Taraflar arasında böyle bir sözleşme yoksa hakem veya hakem kurulu, tahkim yargılamasını, bu Kısmın hükümlerini gözeterek uygun bulduğu bir şekilde yürütür"*. Böylece bu hükümle, tahkimde yargılama usulünün belirlenmesinde taraf serbestîsi ilkesinin kabul edilmiş olduğu bir kez daha ve açıkça belirtilmiştir. Görüldüğü üzere, taraf serbestîsi ilkesi HMK'nın Tahkim Kısmındaki emredici kurallar ile sınırlanmıştır. Taraf serbestîsinin kullanılmadığı hâller için ise bu Kısım hükümleri yedek hukuk kuralı olarak uygulanacak, ancak yine de oluşacak boşluklar, tahkimde sürati ve pratikliği temin bakımından, hakem veya hakem kurulu tarafından doldurulacaktır (Bkz. Madde 424'e ilişkin Hükümet Gerekçesi. Ayrıca karş. HUMK m. 525: "Hakemler, hilafına mukavele olmadıkça tahkikatın şeklini ve müddetlerini tayin ederler. Müddetlerin inkızasında hakemler, yalnız kendilerine tevdi olunan evrak üzerine hükmünü verirler". HMK m. 424'e benzer bir düzenleme için bkz. MTK m. 8/A.

44 Aynı durum MTK bakımından da söz konusudur (Bkz. **Şanlı**, Yürürlük Tarihi, s. 691).

d. Karar Tarihinin HMK'nın Yürürlük Tarihinden Sonraki Bir Tarih Olması Durumunda Yeni Kanunun Tahkime İlişkin Hükümlerinin Uygulanacağına İlişkin Yargıtay'ın Yaklaşımı

Eski kanun (HUMK) döneminde yapılan bir tahkim şartı/sözleşmesinin söz konusu olmasına rağmen, tahkime başlanılan tarih yeni HMK'nın yürürlük tarihinden sonraki tarih ise ne olacaktır? Kanımızca bu aşamadan sonra henüz başlamamış işlemler bakımından (iptal davası gibi) yeni kanunun (HMK) uygulanması gerekir.

Her ne kadar usul hukuku bakımından yeni hükümlerin (HMK) uygulanmasında, tahkim yargılamasının başladığı tarih önemliyse de, Yargıtay'ın bazı kararlarında, karar tarihinin HMK'nın yürürlük tarihinden sonraki bir tarih olması durumunda yeni Kanunun tahkime ilişkin hükümleri ve dolayısıyla iptal davasının (HMK m. 439) uygulanması gerektiği belirtilmektedir. Örneğin; Yargıtay 11. HD'nin 24.05.2013 tarih, 2012/9675 E. ve 2013/10830 K.sayılı kararında şu ifadelere yer verilmiştir[45]:

"*Taraflar arasında görülen davada İstanbul Yeminli Mali Müşavirler Odası Hakem Heyeti tarafından 26.09.2011 tarihinde nihai kararın verildiği anlaşılmış olup karar tarihi itibariyle yürürlükte bulunan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'na göre temyize tabi bulunmaktadır. Karar tarihinden sonra 1 Ekim 2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 439. Maddesine göre, 'Hakem kararına karşı yalnızca iptal davası açılabilir' hükmüne yer verilmiştir" hükmünü haiz olup, bu hüküm ancak Kanun'un yürürlüğe girmesinden sonra verilen kararlar hakkında uygulanabilir. Davacının kararı temyiz yerine iptal davası açması doğru olmamış davanın bu nedenle reddi gerekirken işin esasının incelenmesi doğru değil ise de anılan husus neticeye müessir bulunmadığından, sonucu itibariyle doğru kararın HUMK'nın 438/son maddesi gereğince değişik gerekçe ile onanması gerekmiştir"* ifadelerine yer verilmiştir.

Benzer şekilde Yargıtay 11. HD'nin 06.06.2013 tarih, 2013/1584 E. ve 2013/11861 K. sayılı kararında ise[46]; "*Mümeyyiz davalılar vekili tarafından temyiz edilen karar Hakem Heyeti tarafından verilen 30.11.2012 tarihli ve milli tahkime tabi karar olup, 6100 sayılı HMK'nın 451. Maddesindeki*

---

45 Karar için bkz. **Gençcan**, s. 1391.

46 Karar için bkz**. Gençcan**, s. 1391.

yürürlük tarihi hükmü ile 448, maddesindeki bu Kanun hükümleri tamamlanmış işlemleri etkilememek kaydıyla derhal uygulanacağı hükmü uyarınca yapılan değerlendirmede karar tarihi itibariyle bu Kanun'un tahkime ilişkin hükümleri yürürlüğe girmiş olup, Kanun'un 439. maddesi uyarınca hakem kararına karşı yalnızca tahkim yerindeki mahkemede iptal davası açılması mümkün olduğundan HMK'nın anılan 451 ve 448. Maddeleri de nazara alınarak mümeyyiz davalıların temyiz istemlerinin reddine karar vermek gerekmiştir".

Şu halde yukarıda sözü edilen kararlara bakıldığında, HMK'da düzenlenen iptal davasının HMK'nın yürürlüğe girmesinden sonra verilen kararlar hakkında uygulanabileceği; bir başka deyişle karar tarihi HMK'nın yürürlük tarihinden sonraki bir tarih ise yeni Kanunun tahkime ilişkin hükümleri ve dolayısıyla iptal davasının (HMK m. 439) uygulanması gerektiği öngörülmüştür. Böylece Yargıtay'ın söz konusu kararlarında, hakem heyeti kararına karşı iptal davası açılması bakımından *kararın verilme tarihi* kriter olarak kabul edilmiştir[47]. Bu durumda ise kanımızca HMK'nın yürürlüğe girmesinden sonraki bir tarihte verilen hakem/hakem heyetinin hüküm fıkrasında *"kararın tebliğinden itibaren 1 ay içerisinde Asliye Ticaret Mahkemeleri nezdinde iptal davası açma yolu açık olmak üzere*" şeklinde karar verilmesi gerekecektir.

V. HUKUK MUHAKEMELERİ KANUNU m. 439 HÜKMÜNÜN ZAMAN BAKIMINDAN UYGULANMASI BAKIMINDAN DİĞER SORUNLAR

1. Hukuk Muhakemeleri Kanununun Yürürlüğünden Önce Hakemlerde Açılan Davalarda HMK Geçici Madde 1'in Uygulanıp Uygulanamayacağı

Eski Kanun'da (HUMK'da) yer almayan HMK m. 410 hükmüne göre, **"***Tahkim yargılamasında, mahkeme tarafından yapılacağı belirtilen işlerde*

---

47 Benzer şekilde MTK bakımından doktrinde ileri sürülen bir görüş, hakem kararı verilmeden önce MTK yürürlüğe girmiş ise, bu Kanunun kapsamına giren tahkimlerde hakem kararına karşı sadece iptal davası açılabileceği, temyiz yoluna başvurulamayacağı şeklindedir (**Ekşi,** Nuray; Milletlerarası Tahkim Kanunu Hakkında Genel Bir Değerlendirme, Prof. Dr. GülörenTekinalp'e Armağan, İstanbul 2003, s. 325; **Ekşi**, Zaman İtibariyle Uygulanma, s. 1388).

görevli ve yetkili mahkeme tahkim yeri bölge adliye mahkemesidir. Tahkim yeri belirlenmemiş ise görevli ve yetkili mahkeme, davalının Türkiye'deki yerleşim yeri, oturduğu yer veya işyeri bölge adliye mahkemesidir". Böylece tahkimi düzenleyen Onbirinci Kısımda, mahkeme tarafından yapılacağı belirtilen işlerde görevli ve yetkili mahkeme, tahkimin niteliği, gerektirdiği sürat ve uzmanlık göz önünde bulundurularak tahkim yeri bölge adliye mahkemesi olarak kabul edilmiştir[48]. Bu hükme gerekçe olarak Adalet Komisyonu Değişiklik Gerekçesinde şu husus belirtilmektedir: "Tahkim hükümlerine göre, tahkim yeri taraflarca belirlenmemiş ise hakem ya da hakem kurulu tarafından belirlenmektedir. Ancak, tahkim yerinin belirtilmediği tahkim sözleşmelerinde, mahkemeye başvurmayı gerektirecek bir uyuşmazlık ortaya çıkmış ise görevli ve yetkili bir mahkemenin belirtilmesine ihtiyaç vardır. Örneğin, taraflar hakem seçiminde anlaşamazlar ise hakemi seçecek görevli ve yetkili bir mahkemeye ihtiyaç vardır. Önergeyle, bu mahkeme belirlenmiş olmaktadır"[49].

HMK'nın bölge adliye mahkemelerine görev verdiği işlerde (örnek olarak HMK m. 414, 416, 418 gibi) bölge adliye mahkemeleri göreve başlayıncaya kadar geçecek dönem içinde hangi mahkemenin görevli olacağı konusunda Kanunda bir açıklık bulunmamaktadır[50]. Gerçi aşağıda da belirtileceği gibi[51], kanun koyucu 6545 Sayılı Torba Kanun (Türk Ceza Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun)[52] ile iptal davalarında tercihini yapmış ve asliye ticaret mahkemelerini bu konuda görevli kılmıştır. Ancak HMK'nın bölge adliye mahkemelerine görev verdiği diğer işlerde tahkimde görevli mahkemenin nasıl tespit edileceği halen bir sorun teşkil etmektedir.

HMK Geçici Madde 1/1 hükmüne göre; *"Bu Kanunun yargı yolu ve göreve ilişkin hükümleri, Kanunun yürürlüğe girmesinden önceki tarihte*

---

48 Karş. MTK m. 3, I: *"Bu Kanunda mahkeme tarafından yapılacağı belirtilen işlerde, davalının yerleşim yeri veya olağan oturma yeri ya da işyerinin bulunduğu yer asliye hukuk mahkemesi; davalının Türkiye'de yerleşim yeri, olağan oturma yeri veya işyeri yoksa İstanbul Asliye Hukuk Mahkemesi görevli ve yetkilidir*".

49 Bkz. Madde 410'a ilişkin Adalet Komisyonu Değişiklik Gerekçesi.

50 **Taşpınar Ayvaz,** s. 211.

51 Bkz. aşa. VI.

52 6545 sayılı Kanun (RG. 28.06.2014, Sa. 29044).

açılmış olan davalarda uygulanmaz". Maddenin Adalet Komisyonu Değişiklik Gerekçesinde bu konuda şu önemli ifadeler yer almaktadır: "*Yargılama usulüne ilişkin hükümlerin derhal yürürlüğe girmesi ve uygulanması esastır. Bu kural, yeni düzenlemeler yürürlüğe girdiği sırada derdest bulunan davalar hakkında da uygulanacaktır. Ancak, kural bu olmakla birlikte kanun koyucu derhal yürürlüğe girme esasına istisnalar da getirebilir. Bu çerçevede, göreve ilişkin hükümlerin derhal yürürlüğe girmesi, uygulamada birçok dava hakkında görevsizlik kararı verilmesini gerektireceğinden, görevle ilgili hükümlerin uygulanması bakımından istisna getirilmesinin uygun olacağı düşünülmüştür. Göreve ilişkin hükümlerin kanunun yürürlüğe girmesiyle birlikte derhal uygulanması, davanın esasına girmiş ve dosyayı belli bir aşamaya getirmiş mahkemenin görevsizlik kararı verme zorunluluğunu gerektirecek ve bu durum yargılamanın gereksiz yere uzamasına sebebiyet verecektir. Uygulamada yaşanabilecek bu tür gereksiz zaman kayıplarının önüne geçilebilmesi bakımından, Kanunun yürürlüğe girmesinden önce açılan davaların o tarihte görevli olan mahkemelerce bakılmasına devam edilmesi yönünde bir düzenleme yapılmıştır. Bu düzenlemenin usul ekonomisi bakımından işin niteliğine daha uygun olduğu değerlendirilmiştir*".

Bu suretle HMK Geçici Madde 1/1'in asıl olarak devlet yargısı için kabul edildiği, kanun koyucunun mahkemelerin görevsizlik kararı vererek davaların uzamasına neden olunmamasını arzu ettiği anlaşılmaktadır. Hâlbuki tahkimde süreci yürüten hakemler olup, mahkemeye başvuru istisnai ve geçicidir[53]. Ayrıca HMK m. 444'de "*Bu Kısımda (tahkim kısmında) düzenlenen konularda, aksine hüküm bulunmadıkça bu Kanunun diğer hükümleri uygulanmaz*" denilmiştir. Zira tahkim, sözleşmesel bir kurum olmakla birlikte, büyük ölçüde yargılama usulünü düzenler. Ancak tahkimin amacı ve niteliği gereği, bu usul mahkemelerin tabi olduğu yargılama usulünden farklıdır ve farklı olmalıdır. İşte yeni düzenlemede bu duruma açıklık kazandırılmıştır[54].

Şu halde; kanun koyucu özellikle tahkimin yapısına mahsus çözümler üretmek amacıyla, devlet mahkemelerindeki davaya paralel düşünülmek suretiyle boşluk bulunan durumlarda HMK'nın diğer hükümlerine başvurul-

---

53 **Taşpınar Ayvaz,** s. 211.

54 Bkz. Madde 444'e ilişkin Hükümet Gerekçesi.

masını engellemek istemiştir. Bu nedenle HMK Geçici m. 1/1'de ifade edilen, 1 Ekim 2011 tarihinden önce açılmış davaların kapsamına, bu tarihten önce hakemde açılmış olan davaların girmeyeceği söylenebilir[55].

2. Hukuk Muhakemeleri Kanununun Yürürlüğünden Sonra Hakemlerde Açılan İptal Davasında Sorunun Çözümü

HMK'nın yürürlüğe girmesinden (1 Ekim 2011'den) sonra tahkime başvurulmuş ve hakemlerde dava açılmışsa, HMK'nın mahkemeye gidilmesini öngördüğü hallerde görevli mahkemenin nasıl belirleneceği de önemli bir sorundur.

Yukarıda da belirtildiği üzere[56] HMK m. 410'un ilk cümlesinde, tahkim yargılamasında, mahkeme tarafından yapılacağı belirtilen işlerde görevli ve yetkili mahkemenin tahkim yeri bölge adliye mahkemesi olduğu belirtilmiştir. Bu konuda doktrindeki baskın görüş, HMK Geçici Madde 3/3'e de yollama yaparak, genellikle yerel mahkemelerin görevli olacağını belirtmektedirler[57]. Ancak bizim de katıldığımız diğer görüşe göre[58], Geçici Madde 3/3'te yer alan *"Bu Kanunda bölge adliye mahkemelerine görev verilen hallerde bu mahkemelerin göreve başlama tarihine kadar 1086 sayılı Kanunun bu Kanuna aykırı olmayan hükümleri uygulanır*[59]*"* şeklindeki hüküm kanun yoluna (örneğin temyize) ilişkin değildir. Zira kanun yoluna (temyize) ilişkin düzenleme Geçici Madde 3/1'de[60] yer almaktadır. Şu halde

---

55 **Taşpınar Ayvaz,** s. 212.

56 Bkz. yuk. V-1.

57 Bu görüşteki yazarlardan bazıları asliye hukuk mahkemesi (**Vuraloğlu**, Mehmet Oğuz; HMK'nın Tahkim Hakkındaki Hükümleri, Prof. Dr. Erhan Adal'a Armağan, YÜHFD, 2011/2, s. 106; **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 80); bazıları asliye ticaret mahkemesi (**Yılmaz**, Şerh, s. 1717); diğer bir kısmı ise dava konusuna göre sulh veya asliye mahkemelerinin görevli olacağını (**Budak**, s. 60) belirtmektedirler.

58 **Taşpınar Ayvaz,** s. 212.

59 Geçici Madde 3 hükmümün tümü, 6217 Sayılı Yargı Hizmetlerinin Hızlandırılması Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un (RG. 14 Nisan 2011, Sa. 27905) 30. maddesi ile 6100 sayılı HMK'ya geçici 2'nci maddeden sonra gelmek üzere eklenmiştir.

60 Bkz. HMK Geçici Madde 3/1: *"Bölge adliye mahkemelerinin, 26/9/2004 tarihli ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş,*

Geçici Madde 3/3'te yer alan düzenleme, bölge adliye mahkemesine ilk defa verilen görevlerle ilgilidir. Kanun koyucu boşluk olmaması için Geçici Madde 3/3'teki düzenlemeyi getirmiş, ancak söz konusu fıkrayı açık ve anlaşılır kaleme almamıştır. Bu nedenle kanun koyucunun bölge adliye mahkemeleri faaliyete geçmese bile, yeni Kanunun (HMK) uygulanmasını istediği sonucuna varılabilir. Ayrıca kanun koyucu HMK'nın istinaf ile ilgili yeni hükümlerin uygulanmayacağını Geçici Madde 3/1 ile açıklamış olmasına rağmen, diğer hükümlerin (tahkimde mahkemelere verilen görevlerle ilgili HMK'da yer alan -kanımızca iptal davası da dâhil- hükümlerin) derhal uygulanmasını arzu etmektedir[61]. Kaldı ki aşağıda da belirtileceği üzere[62] kanun koyucunun gerçek amacı zaten iptal davasında görevli mahkemeyi düzenleyen 6545 sayılı Torba Kanun ile ortaya çıkmış bulunmaktadır.

Son olarak bu konudaki diğer bir soruna değinmek gerekir: Acaba tahkimde görevli mahkemenin belirlenmesinde, bu hususun eski Kanunda (HUMK) yer alıp almamasının ne gibi önemi vardır? Bu konuda; eğer bir husus eski Kanunda yer alıyorsa, yani yeni düzenlemenin (HMK) eski Kanun'da (HUMK) bir karşılığı varsa, HMK için de aynı görev kuralları uygulanacaktır. Örneğin eski Kanunda yer alan ve yeni Kanunda karşılığı bulunan HMK m. 415 (hakem sayısı), m. 416 (hakemlerin seçimi), m. 418 (hakemlerin reddi usulü), m. 421 (yeni hakem seçilmesi), m. 426 (dava tarihi); m. 427 (tahkim süresi), m. 432 (delillerin toplanması) ve m. 436/3 (hakem kararlarının bildirilmesi ve saklanması) hükümlerinde görevli mahkeme eski Kanun gereğince asliye hukuk, sulh hukuk, asliye ticaret veya özel mahkeme olabilecektir[63]. Buna karşılık eski Kanunda yer almayan bir hüküm ilk defa yeni Kanun'da (HMK'da) öngörülmüşse (örnek olarak ihtiyati tedbir ve delil tespitine ilişkin HMK m. 414ve konumuzla ilgili olarak **HMK m. 439** gibi) tahkimde görevli mahkeme yeni Kanuna göre belirlene-

---

Görev ve Yetkileri Hakkında Kanunun geçici 2'nci maddesi uyarınca Resmî Gazetede ilan edilecek göreve başlama tarihine kadar, 1086 sayılı Kanunun temyize ilişkin yürürlükteki hükümlerinin uygulanmasına devam olunur".

61 **Taşpınar Ayvaz,** s. 212. Bu konuda yapılması gerekenin, daha açık bir geçici madde ile tahkim bakımından özel bir hüküm getirmek olduğuna ilişkin olarak bkz. **Taşpınar Ayvaz,** s. 213.

62 Bkz. aşa. VI.

63 **Taşpınar Ayvaz**, s. 213.

cektir. Zira bu durumda HMK'da ilk defa düzenlenen bir hususta Geçici Madde 3/3'ü uygulamak suretiyle görevli mahkemenin tespitinde eski Kanuna (HUMK) göre görevli mahkemeyi belirlemenin imkânsız olduğu ortadadır[64].

3. Eski Kanun (HUMK) Döneminde Yapılan Tahkim Sözleşmesi veya Başlamış Bir Tahkim Yargılamasında Verilen Hakem/ Hakem Heyeti Kararına Karşı Hangi Kanun Yoluna Gidileceği

HMK m. 439 hükmünde, hakem kararlarına karşı yalnızca iptal davası açılabileceği belirtilmiş ve hakem kararlarının iptali sebepleri sınırlı olarak sayılmıştır[65]. HMK'nın yürürlük maddesinde (m. 451) Kanunun 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe gireceğinin belirtilmiş olması nedeniyle, tahkimi düzenleyen hükümlerin (HMK m. 407-444) ve özellikle de iptal davası yolunun yürürlük tarihinden itibaren derhal uygulanması gerekecektir. Zira eğer kanun koyucunun amacı eski Kanun zamanında yapılan tahkim sözleşmesi veya başlamış tahkim yargılamasında yargılama usulünün (ve yeni kanun yolu olan iptal davasının) uygulanmayacağı şeklinde olsaydı; tıpkı devlet mahkemelerindeki kanun yollarında olduğu gibi bir geçiş (intikal) hükmü öngörürdü. Nitekim devlet mahkemelerine karşı gidilecek kanun yolları bakımından HMK'nın Geçici 3'üncü maddesi ile bir geçiş hükmü öngörülmüştür. Bu hükme göre; *"(1) Bölge adliye mahkemelerinin, 26/9/2004 tarihli ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanunun geçici 2 nci maddesi uyarınca Resmî Gazetede ilan edilecek göreve başlama tarihine kadar, 1086 sayılı Kanunun temyize ilişkin yürürlükteki hükümlerinin uygulanmasına devam olunur. (2) Bölge adliye mahkemelerinin göreve başlama tarihinden önce aleyhine temyiz yoluna başvurulmuş olan kararlar hakkında, kesinleşinceye kadar 1086 sayılı Kanunun 26/9/2004 tarihli ve 5236 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önceki 427 ilâ 454 üncü madde hükümlerinin uygulanmasına devam olunur"* denilmektedir. Şu halde kanun koyucunun tahkim yargılamasında özel bir geçiş hükmü getirmemesi nedeniyle HMK m. 448 hükmü uygulanacak ve hakem kararına karşı iptal davası prosedürü

---

64 **Taşpınar Ayvaz**, s. 213.

65 Bkz. Madde 439'a ilişkin Hükümet Gerekçesi.

işletilecektir. O halde HMK Geçici Madde 3/1'in varlığı, hakem kararına karşı temyiz hükümlerinin uygulanacağı anlamına gelmeyecektir[66].

4. HMK m. 439 Hükmünün Zaman Bakımından Uygulanmasında HMK m. 448 Hükmünün Dikkate Alınması Gerektiği

Burada diğer önemli sorun iptal davasını (HMK m. 439) uygularken, yukarıda sözü edilen HMK m. 448 hükmünün göz ardı edilmemesidir. HMK m. 448'e göre; "Bu *Kanun hükümleri tamamlanmış işlemleri etkilememek kaydıyla derhâl uygulanır*". Bu hüküm tahkim bakımından şu şekilde anlaşılabilir:

Bu hüküm (HMK m. 448) yeni Kanun (HMK) yürürlüğe girdiği sırada devam etmekte olan tahkim yargılamaları bakımından önem arz etmektedir. Yeni kanunun yürürlüğe girmesinden sonra başlayan yargılamalar elbette yeni HMK'ya tabi olacağından, iptal davası açılacaktır. Buna karşılık burada esas olan tahkim sözleşmesinin yapıldığı tarih değil, tahkim yargılamasının başladığı tarihtir[67].Daha önce de belirtildiği gibi geçiş hükmü bulunmayan hallerde ilgili usul işleminin tamamlanıp tamamlanmadığına bakmak gerekir. Burada ise her usul işleminin ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekir[68]. Yani dava (tahkim davası) bir bütün olarak değerlendirilip yeni kanunun etkili olmayacağı sonucuna varmak hukuken mümkün değildir. Dolayısıyla bir usul işlemi tamamlandıktan sonra yürürlüğe giren yeni düzenleme, tamamlanmış işlemleri etkilemez. Ancak henüz tamamlanmamış veya başlamamış işlemler (örneğin iptal davası) bakımından yeni kanun (HMK) derhal etkili olacaktır[69].

Son olarak usul hükümlerinin zaman bakımından uygulanmasına hâkim olan ilkeden hareketle, yeni hükümlerin uygulanmasında uyuşmazlığın kaynaklandığı ve tahkim yolunun kararlaştırıldığı sözleşme tarihi değil, yargılamanın başladığı tarih önemlidir. Bir başka deyişle, dava konusu sözleşmenin

---

66 **Taşpınar Ayvaz,** s. 444.

67 **Şit**, s. 466.

68 Yani davanın açılması, cevap dilekçesinin verilmesi, karara karşı iptal davası açma yoluna gidilmesi gibi işlemlerin hepsi ayrı ayrı değerlendirilmelidir.

69 Bkz. ve karş. **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 72.

veya tahkim sözleşmesinin daha önce yapıldığı gerekçesiyle önceki kanunun (HUMK) uygulanması gerektiği ileri sürülemez[70].

5. İptal Davasına İlişkin HMK m. 439 Hükmünün Zaman Bakımından Uygulanmasında Dürüstlük Kuralına İlişkin Sorunlar

Bazı durumlarda tarafların hakem/hakem heyetince HMK hükümlerinin veya eski HUMK uygulanacağı konusunda mutabık kalmalarına rağmen, verilen karara karşı tam tersi bir tutum sergilemek suretiyle başka bir kanun yoluna başvurulması ihtimali ortaya çıkabilir. Örneğin, taraflar tahkim şartı veya sözleşmesiyle hakemlerce eski kanun (HUMK) hükümlerinin uygulanmasını kararlaştırmalarına rağmen, yeni HMK'daki iptal davası açma yolunu tercih etmişlerse *veya* taraflar tahkim şartı veya sözleşmesiyle hakemlerce daha sonraki bir aşamada yeni kanun (HMK) hükümlerinin uygulanmasını kararlaştırmalarına rağmen, eski kanundaki (HUMK'daki) temyiz kanun yolunu tercih etmişlerse, bu durum dürüstlük kuralı ile de bağdaşmayacaktır. Zira dürüstlük kuralını düzenleyen HMK m. 29'a göre *"(1) Taraflar, dürüstlük kuralına uygun davranmak zorundadırlar. (2) Taraflar, davanın dayanağı olan vakıalara ilişkin açıklamalarını gerçeğe uygun bir biçimde yapmakla yükümlüdürler*". Maddenin ilk fıkrası, TMK m. 2'deki dürüstlük kuralının medeni usul hukukundaki görünümüdür. Dürüstlük kuralı, taraf usul işlemleri alanında etkisini gösterir. Söz konusu kurala aykırı olması hâlinde işlemin hukukî sonuç doğurmasının mahkemece önlenmesi gerekir[71].

Zira dürüstlük kuralı mahkeme kararları bakımından kanun yollarına başvurmada da uygulama alanı bulmaktadır[72]. Nitekim Yargıtay'ın birçok kararında mahkeme kararları bakımından, kötüniyetle (dürüstlük kuralına aykırı olarak) kanun yoluna (örneğin temyize) başvuran tarafa cezai yaptırımların uygulanacağı, şu an itibariyle Bölge Adliye Mahkemeleri faaliyete geçmediği için hala yürürlükte olan[73] HUMK m. 444 hükmünde "*Temyiz davasının suiniyetle vukuu halinde Mahkemesi Temyiz 422 nci madde*

---

70 **Akıncı**, s.73; **Şit**, s. 467.

71 Madde 29'a ilişkin Hükümet Gerekçesi.

72 **Arslan,** Ramazan; Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı, Ankara 1989, s. 95.

73 Bkz. HMK Geçici Madde 3/f. 1 ve 2.

hükmünü tatbik eder" şeklinde belirtilmiş ve HUMK m. 422'ye yollama yapılmıştır. Dolayısıyla kötüniyetle temyiz halinde HUMK m. 422'de düzenlenen cezai yaptırım uygulanacaktır. Bu hükme göre; "*Kötüniyetli davalı veya hiçbir hakkı olmadığı hâlde dava açan taraf, yargılama giderlerinden başka, diğer tarafın vekiliyle aralarında kararlaştırılan vekâlet ücretinin tamamı veya bir kısmını ödemeye mahkûm edilebilir. Vekâlet ücretinin miktarı hakkında uyuşmazlık çıkması veya mahkemece miktarının fahiş bulunması hâlinde, bu miktar doğrudan mahkemece takdir olunur (f. 1). Kötüniyet sahibi davalı veya hiçbir hakkı olmadığı hâlde dava açan tarafa ayrıca mahkemece beşyüz Türk Lirasından beşbin Türk Lirasına kadar idarî para cezası verilir. Bu hâllere vekil sebebiyet vermiş ise idarî para cezası vekil hakkında uygulanır (f. 2)"*.

Mahkeme kararlarında söz konusu durumun aynı zamanda tahkim yargılaması sonucu verilen hakem kararının kötüniyetle temyizinde de uygulanacağı ve temyiz eden tarafın para cezasına mahkûm edileceği[74] kabul edilmektedir[75]. Bunun yanısıra, Yargıtay'ın eski tarihli bir kararında özellikle kanun yoluna (örneğin temyize) kötüniyetle başvuranın vekil (avukat) olması halinde cezai yaptırımın vekil hakkında da uygulanacağına karar verilmiştir[76].

VI. İPTAL DAVASININ AÇILACAĞI MAHKEME BAKIMINDAN DURUMUN İNCELENMESİ

1. 6545 Sayılı Torba Kanun'dan Önceki Durum

HMK m. 439/1 hükmüne göre "*Hakem kararına karşı yalnızca iptal davası açılabilir. İptal davası tahkim yerindeki mahkemede açılır; öncelikle*

---

74 Bkz. Yarg. TD. 02.07.1953, 3978/3991 (Karar için bkz. **Arslan**, s. 95, dn. 261).

75 HMK m. 351'de de ***"İstinaf başvurusunun kötüniyetle yapıldığı anlaşılırsa, bölge adliye mahkemesince, 329 uncu madde hükümleri uygulanır"*** denilmek suretiyle istinaf başvurusunun kötü niyetle yapılması durumunda bölge adliye mahkemesince HMK m. 329. hükmünün uygulanacağı belirtilerek kötü niyetle hareket eden tarafın bölge adliye mahkemesince *para cezasına mahkûm edilmesi* öngörülmüştür (Madde 351'e ilişkin Hükümet Gerekçesi).

76 Bkz. Yargıtay TD. 19.10.1962, 2961/3580: *"… davalı avukatının suiniyetle temyiz talebinde bulunduğu anlaşılmakla HUMK'nun 444 üncü maddesi uyarınca, para cezasıyla tecziyesine …"* (Karar için bkz. İlmi ve Kazai İçtihatlar Dergisi, 1963, s. 1394, No: 1374; ayrıca bkz. **Arslan**, s. 96, dn. 264).

ve ivedilikle görülür". HMK m. 410 hükmünde ise, mahkeme tarafından yapılacağı belirtilen işlerde görevli ve yetkili mahkemenin tahkim yeri bölge adliye mahkemesi olduğu kabul edildiğinden, iptal davasının HMK gereğince bu mahkemede açılması gerekecektir.

Ancak iptal davalarında görevli mahkeme konusunda 6545 Sayılı Türk Ceza Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (Torba Kanun)[77] öncesinde, doktrinde tartışmalar mevcuttu. Bu çerçevede iptal davasında görevli mahkemenin, asliye hukuk mahkemesi[78], asliye ticaret mahkemesi[79], asliye hukuk veya asliye ticaret mahkemesi[80] olabileceği şeklinde görüşlerin yanı sıra, eski kanun yolu sisteminin (temyiz) devam etmesi gerektiği yönünde[81]görüşler de ileri sürülmekteydi[82]. Ancak tüm bu görüşlerin artık bir önemi kalmamıştır. Zira henüz Bölge Adliye Mahkemeleri işlevsel hale gelmemesine rağmen, kanun koyucu öncelikle tercihini iptal davasının derhal uygulanmasından yana göstermiştir. Zira kanun koyucu istinaf hükümlerinin uygulanmasını istemediğini HMK Geçici Madde 3/1 ve 2 ile ortaya koymuş; ancak diğer hükümlerin derhal uygulanmasını istediğini ifade etmiştir. Ayrıca kanun koyucu, bölge adliye mahkemelerinin derhal faaliyete geçeceği varsayımıyla başlangıçta Geçici Madde

---

77 6545 sayılı Kanun (RG. 28.06.2014, Sa. 29044).

78 Bkz. **Vuraloğlu**, s. 1062; **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 80. Doktrinde *Taşpınar Ayvaz* da iptal davasının niteliği itibariyle bir ilk derece mahkemesi işi olması hasebiyle HMK m. 2'den hareketle asliye hukuk mahkemesine bu görevin verilmesi gerektiğini; ancak bölge adliye mahkemeleri faaliyete geçinceye kadar tahkimle ilgili olarak tahkime konu davaya bakmakla görevli olacak mahkemeye ilişkin bir düzenleme yapmanın isabetli olacağını belirtmekteydi (**Taşpınar Ayvaz**, s. 213).

79 **Yılmaz**, Şerh, s. 1769.

80 **Karadaş**, İzzet; 6100 sayılı HMK'da Düzenlenen Ulusal (İç) Tahkim, Ankara 2013, s. 215.

81 **Karslı**, s. 939. Yazar bu görüşüne dayanak olarak HMK Geçici madde 3/3 hükmünü göstermektedir. Nitekim yazar, söz konusu hükümde "Bu Kanunda bölge adliye mahkemelerine görev verilen hallerde bu mahkemelerin göreve başlama tarihine kadar 1086 sayılı Kanunun bu Kanuna aykırı olmayan hükümleri uygulanır" denildiği için, Yargıtay'da temyiz yoluna gitmek gerekeceğini belirtmekteydi (**Karslı**, s. 939).

82 Bu konuda bir başka görüş ise iptal davasında yetkili ve görevli mahkemenin tahkim yeri ilk derece mahkemesi olduğu şeklindeydi (**Muşul,** Timuçin; Medeni Usul Hukuku, B. 3, Ankara 2012, s. 654).

3'e dahi yer vermiş değildi. Bu nedenle buradaki sorun esasen bu mahkemelerin faaliyete geçememesinden kaynaklandığı için, kanun koyucu tarafından bu irade tam olarak yansıtılamamış ve bu tür sorunlar ortaya çıkmıştır[83].

2. 6545 Sayılı Torba Kanun'dan Sonraki (Mevcut) Durum

Bölge adliye mahkemeleri şu an itibariyle henüz fiilen işlevsel hale gelmediğinden, kanun koyucu iptal davasının hemen uygulanmasını da arzu ederek, 6545 sayılı Torba Kanunun 45 inci maddesiyle 5235 sayılı Adlî Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanunun 5 inci maddesinin ikinci fıkrasını değiştirmiştir. Yeni hükme göre; *Asliye ticaret mahkemesi kurulan yerlerde bu mahkemelerde bir başkan ile yeteri kadar üye bulunur. Konusu parayla ölçülebilen uyuşmazlıklarda dava değeri üç yüz bin Türk lirasının üzerinde olan dava ve işler ile dava değerine bakılmaksızın; 12/1/2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununa ve 21/6/2001 tarihli ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununa göre yapılan tahkim yargılamasında; tahkim şartına ilişkin itirazlara, iptal davalarına, hakemlerin seçimi ve reddine yönelik davalar ile yabancı hakem kararlarının tanıma ve tenfizine yönelik davalara ilişkin tüm yargılama safhaları, bir başkan ve iki üye ile toplanacak heyetçe yürütülür ve sonuçlandırılacaktır.* Yeni düzenlemenin yayımı tarihinde (28.06.2014'de) yürürlüğe gireceği ise Torba Kanunun 104 üncü maddesinde belirtilmiştir.

Görüldüğü üzere, kanun koyucu bölge adliye mahkemeleri henüz faaliyete geçmemiş olsa bile yeni Kanunun uygulanmasını istemiş[84] ve bu konuda asliye ticaret mahkemeleri görevli hale getirilmiştir.

Son olarak burada şu ihtimal ortaya çıkabilecektir: Torba Kanunun yürürlüğe girdiği (28.06.2014) tarihten önce hakem kararına karşı iptal davası örneğin asliye hukuk mahkemesinde açılmışsa, bu dava devam ederken Torba Kanun yürürlüğe girmişse (ve dolayısıyla asliye ticaret mahkemeleri görevli hale gelmişse) ne olacaktır? Burada kanımızca Torba Kanunun yürürlüğe girdiği 28.06.2014 tarihinden önce hakem kararına karşı

---

83 Bkz. **Taşpınar Ayvaz**, s. 212-213.

84 Aynı yönde bkz. **Taşpınar Ayvaz**, s. 212.

asliye hukuk mahkemesinde iptal davası açılmışsa, eski görev hükümleri uygulanmaya devam edecek ve asliye hukuk mahkemesi iptal davasını inceleyecek ve bir karar verecektir. Zira Geçici Madde 1[85] burada kıyas yoluyla uygulanabilir. Ancak bu tarihten sonra iptal davalarının asliye ticaret mahkemelerinde açılacağı konusunda tereddüt bulunmamaktadır.

VII. SONUÇ

1 Ekim 2011 tarihinde yürürlüğe giren Hukuk Muhakemeleri Kanununa bakıldığında, tahkime ilişkin olarak önemli ve yeni düzenlemeler getirildiği görülmektedir. Ancak gerek tahkime ilişkin hükümlerin zaman bakımından uygulanması, gerekse iptal davası (HMK m. 439) bakımından HMK'da bir geçiş (intikal) hükmü bulunmadığından, eski Kanun (HUMK) döneminde yapılan bir tahkim şartı/sözleşmesi veya eski Kanun döneminde başlayan bir tahkim yargılamasında eski Kanun hükümlerinin mi yoksa yeni Kanun hükümlerinin mi uygulanacağı konusunda tereddütler yaşanabilmektedir. Kanun koyucunun böyle bir geçiş hükmüne yer vermemesi HMK'nın niteliği itibariyle usuli bir kanun olması ve bu nedenle yürürlüğe girdiği tarihten sonraki tüm tamamlanmamış tahkim işlemlerine derhal uygulanacağını varsaymış olması ile açıklanmaktadır.

Bununla birlikte Hukuk Muhakemeleri Kanununun yürürlük maddesine ilişkin 451 inci maddesinde Kanunun (ayrım yapılmaksızın) 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe gireceği belirtilmiştir. Bu konuda 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununda (MTK) da bir geçiş hükmü olmaması nedeniyle Yargıtay'ın, bu Kanunun zaman bakımından uygulanması (özellikle iptal davası) ile ilgili birçok karar verdiği bilinmektedir.

HMK'nın (yeni Kanunun) yürürlüğe girmesinden sonra başlayan tahkim yargılamalarının bu Kanuna tabi olacağı kuşkusuzdur. Ancak yeni Kanun (HMK) yürürlüğe girdiği sırada devam etmekte olan tahkim yargılamalarının ne olacağı konumuz bakımından önem taşımaktadır. HMK'da geçiş hükümlerinin bulunmaması, HMK'nın yürürlüğe girdiği sırada devam etmekte olan tahkim yargılamaları bakımından usul hukuku kurallarının

---

[85] Bkz. HMK Geçici Madde 1/1: *"Bu Kanunun yargı yolu ve göreve ilişkin hükümleri, Kanunun yürürlüğe girmesinden önceki tarihte açılmış olan davalarda uygulanmaz".*

zaman bakımından uygulanmasına ilişkin genel ilkelere başvurulmasını gerektirmektedir. Kaldı ki HMK'nın bir usul hukuku düzenlemesi olduğu konusunda şüphe bulunmamaktadır.

Yeni Kanun (HMK) yürürlüğe girdiği sırada devam eden tahkim yargılamaları bakımından, geçiş hükmü bulunmayan hallerde ilgili usul işlemlerinin tamamlanıp tamamlanmadığına bakmak gerekir. Nitekim HMK m. 448'e göre; "*Bu Kanun hükümleri tamamlanmış işlemleri etkilememek kaydıyla derhâl uygulanır*". Burada esas olan tahkim sözleşmesinin yapıldığı tarih değil, tahkim yargılamasının başladığı tarihtir. İşlemin tamamlanmasında ise her usul işleminin ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekir. Bir başka deyişle bir usul işlemi tamamlandıktan sonra yürürlüğe giren yeni düzenleme, tamamlanmış işlemleri etkilemez. Ancak henüz tamamlanmamış veya başlamamış işlemler bakımından yeni kanun (HMK) derhal etkili olur. Bu genel ilke gereğince, HMK'nın yürürlüğe girdiği tarihte devam eden tahkim yargılamalarında tamamlanmış usuli işlemler bakımından eski Kanun (HUMK) hükümleri uygulanacak; henüz tamamlanmamış işlemler bakımından ise HMK hükümlerinin uygulanması gerekecektir.

HMK'nın tahkimi düzenleyen hükümlerinin zaman bakımından uygulanmasına ilişkin olarak Yargıtay'ın özellikle "**iptal davası**" bakımından verdiği kararlarında; esas itibariyle taraf iradelerinin asıl olduğunun vurgulandığı görülmektedir. Bir başka deyişle Yargıtay, taraflarca uygulanacak usul kurallarının belirlenmesi anını esas almakta ve tarafların bu seçiminin, tahkim alanında yapılan yasal değişiklikler ile yeni düzenlemelerden etkilenmediği sonucuna ulaşmaktadır. Çalışmamızla ilgili olarak sorunun çözümünde aşağıdaki sonuçlara ulaşmak mümkündür:

1. İlk olarak eğer taraflar, HMK'nın yürürlüğünden önce tahkim anlaşması ile mevcut tahkim mevzuatının veya usul hükümlerinin uygulanmasını kabul etmişlerse, bu sözleşme tarafları bağlayıcı olduğundan sözleşme tarihindeki usul hukuku kurallarının (yani eski HUMK), dolayısıyla yeni HUMK'da düzenlenen **temyiz yolunun (HUMK m. 533 vd.) uygulanması** gerekecektir. Zira bu durumda taraf iradelerine üstünlük tanımak gerekir. Bu durumda istikrar klozu adı verilmektedir. Bu durumda ise söz konusu kloz ile yapılan anlaşma, uygulanması kararlaştırılan hukuk kurallarını sözleşme

hükmü haline getireceğinden, burada tarafların tahkim anlaşmasındaki iradeleri belirleyici olacaktır.

2. İkinci olarak, eğer tarafların eski Kanunun (HUMK'nun) uygulanması konusundaki iradesini gösteren bir ifade (istikrar klozu) yok ise, HMK'nın bir usul hukuku düzenlemesi olduğu dikkate alındığında, bu düzenlemelerin derhal yürürlüğe girmesi gerekecek; ayrıca HMK'da bu konuda geçiş (intikal) hükmü de bulunmadığından, ilgili usul işleminin tamamlanıp tamamlanmadığına bakılması gerekecek; henüz tamamlanmamış veya başlamamış işlemler bakımından yeni kanun (HMK) derhal etkili olacaktır. Eğer taraflar eski Kanunun uygulanması iradesini ortaya koymak istiyorlarsa, bunu açık bir şekilde "*Hakem heyeti HUMK hükümleri uyarınca yargılama yapmak suretiyle karar verir*" şeklinde belirtmeleri gerekecektir. Şu halde taraflarca böyle bir serbestînin kullanılmadığı hâllerde (örneğin, sadece "hukukun temel ilkeleri ve hakkaniyet" den söz edilmesi ihtimalinde) hakem heyetinin yedek hukuk kuralı olarak HMK hükümlerini uygulaması gerekecek; **sonuçta ise iptal davasının uygulanması söz konusu olacaktır**.

3. Konunun bir başka yönü ise tahkimde görevli mahkemenin belirlenmesi bakımından ortaya çıkmaktadır. HMK Geçici Madde 1/1 hükmüne göre; *"Bu Kanunun yargı yolu ve göreve ilişkin hükümleri, Kanunun yürürlüğe girmesinden önceki tarihte açılmış olan davalarda uygulanmaz"*. Bu suretle HMK Geçici Madde 1/1'in asıl olarak devlet yargısı için kabul edildiği, kanun koyucunun mahkemelerin görevsizlik kararı vererek davaların uzamasına neden olunmamasını arzu ettiği; hâlbuki tahkimde süreci yürüten hakemler olup, mahkemeye başvurunun istisnai ve geçici olduğu sonucuna varılabilir. Ayrıca kanun koyucu özellikle tahkimin yapısına özgü çözümler üretmek amacıyla, devlet mahkemelerindeki davaya paralel düşünülmek suretiyle boşluk bulunan durumlarda HMK'nın diğer hükümlerine başvurulmasını engellemek istemiştir. Bu nedenle HMK Geçici m. 1/1'de ifade edilen, 1 Ekim 2011 tarihinden önce açılmış davaların kapsamına, bu tarihten önce hakemde açılmış olan davaların girmeyeceği sonucuna ulaşılabilir.

4. Burada bir başka konu ise Geçici Madde 3/3'te yer alan "Bu Kanunda bölge adliye mahkemelerine görev verilen hallerde bu mahkeme-

lerin göreve başlama tarihine kadar 1086 sayılı Kanunun bu Kanuna aykırı olmayan hükümleri uygulanır" şeklindeki hükmün nasıl yorumlanması gerektiğidir. Bu hükmün kanun yoluna (örneğin temyize) ilişkin olmadığı, zira kanun yoluna (temyize) ilişkin düzenlemenin Geçici Madde 3/1'de yer aldığı görülmektedir. Şu halde kanun koyucunun bölge adliye mahkemeleri faaliyete geçmese bile, yeni Kanunun (HMK) uygulanmasını istediği söylenebilir. **Aynı durum iptal davası (HMK m. 439) bakımından da söz konusudur. Şöyle ki:**

a) HMK m. 448 hükmü yeni Kanun (HMK) yürürlüğe girdiği sırada devam etmekte olan tahkim yargılamaları bakımından önem arz etmektedir. Yeni kanunun yürürlüğe girmesinden sonra başlayan yargılamalar elbette yeni HMK 'ya tabi olacağından, **iptal davası** (HMK m. 439) açılacaktır. Buna karşılık burada esas olan tahkim sözleşmesinin yapıldığı tarih değil, tahkim yargılamasının başladığı tarihtir.

Bununla birlikte, her ne kadar usul hukuku bakımından yeni hükümlerin (HMK) uygulanmasında, tahkim yargılamasının başladığı tarih önemliyse de, Yargıtay'ın bazı kararlarında, karar tarihinin HMK'nın yürürlük tarihinden sonraki bir tarih olması durumunda yeni Kanunun tahkime ilişkin hükümlerinin [dolayısıyla hakem kararlarına karşı kanun yolları bakımından iptal davasının (HMK m. 439)] uygulanması gerektiği belirtilmektedir. Bu çerçevede Torba Kanunun yürürlüğe girmesinden sonraki bir tarihte verilen hakem/hakem heyetinin hüküm fıkrasında "kararın tebliğinden itibaren 1 ay içerisinde Asliye Ticaret Mahkemeleri nezdinde iptal davası açma yolu açık olmak üzere" şeklinde karar verilmesi isabetli olacaktır.

b) İptal davalarında görevli mahkeme konusunda 6545 Sayılı Torba Kanun'dan (Türk Ceza Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun) ile, kanun koyucu tercihini iptal davasının derhal uygulanmasından yana göstermiştir. Zira kanun koyucu istinaf hükümlerinin uygulanmasını istemediğini HMK Geçici Madde 3/1 ve 2 ile ortaya koymuş; ancak diğer hükümlerin derhal uygulanmasını istediğini ifade etmiştir.

YENİ HUKUK MUHAKEMELERİ KANUNU'NDAKİ BELGE TERİMİ VE İSPAT HUKUKUNDAKİ YERİ*

Doç. Dr. H. Özden ÖZKAYA-FERENDECİ**,*******

I. GİRİŞ

Yeni 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu[1] 12 Ocak 2011'de kabul edilmiş ve 01 Ekim 2011'de yürürlüğe girmiştir ve böylece 18 Haziran 1927'de kabul edilen ve 04 Ekim 1927'de yürürlüğe giren 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun[2] yerine geçmiştir[3].

HMK'ya Kıta Avrupa'sı Hukuk Sistemleri örnek teşkil etmiştir. Böylece kanun koyucu iktisap prensibine sadık kalmıştır, zira 1927 tarihli HUMK da Kıta Avrupa'sı Hukuk Sistemlerinden olan İsviçre Nöşatel Kantonu Medeni Usul Kanunu (1925 tarihli Code de Procédure Civile Neuchâtel) mehaz kabul edilerek hazırlanmıştır.

---

* Bu çalışma ZZPInt 18. Band, 2013'de aynı yazar tarafından Almanca yayınlanmış olan "Der neue Dokumentenbegriff in der neuen türkischen Zivilprozessordnung und seine Stellung im Beweisrecht" adlı makalenin Türkçe çevirisidir.

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

*** Fransız Hukukuna ilişkin tercümeler ve Fransız Hukukuna ait maddelerin kontrolü bakımından Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı'nda görev yapan Arş. Gör. Dr. Nur Bolayır'a çok teşekkür ederim.

1 Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nu çalışmamızda HMK diye kısaltacağız.

2 Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nu çalışmamızda HUMK diye kısaltacağız.

3 HMK'ya ilişkin detaylı ve almanca çalışmalar için bak. **Erdönmez**, ZPO, s. 273 vd.; **Özkaya-Ferendeci**, ZPO, s. 295 vd.; **Pekcanıtez**, ZPO, s. 175 vd.

HMK birçok yönü ile HUMK'a göre daha iyi bir alternatif teşkil etmektedir. Özellikle HMK iyi bir kanun sistematiğine sahiptir, zira kanun, yargılamanın akışına göre hazırlanmıştır ve bu yönü ile teknik bakımından başarılıdır. Ayrıca kanunda kullanılan dilin modern ve sade bir dil olması da bir ihtiyaçtı ve bu yönü ile olumludur. Bunun yanı sıra HMK'da artık birçok kurumun tanımı yer almaktadır. Kıta Avrupa'sı Hukuk Sistemleri'nde (neredeyse) artık yer almayan bazı kurumlar HMK'da halen mevcut olmasına rağmen (örneğin teksif ilkesi gibi), HMK modern bir yapıya sahiptir ve diğer Kıta Avrupa'sı Medeni Usul Kanunları ile kıyas edilebilecek niteliktedir[4].

HMK birçok yeniliği ve değişikliği beraberinde getirmiştir. Örnek olarak şunları saymak mümkündür:

- Görev kurallarında değişiklik;
- Yetki sözleşmesine ilişkin kurallarda değişiklik;
- Kanunda medeni yargılama hukukuna ait ilkelerin düzenlenmesi;
- Yeni dava çeşitlerinin kanuna dahil edilmesi;
- Ön inceleme aşamasının yeni bir yargılama kesiti olarak kabul edilmesi;
- Kesin delillere ilişkin kurallarda değişiklikler;
- İstinaf derecesinin yeniden Türk Hukukuna dahil edilmesi.

HMK hakkında detaylı çalışmamızda[5] yukarıda sayılan yenilikleri ve değişiklikleri ele aldıktan sonra, bu çalışmamızda HMK'daki ispat hukukuna ilişkin incelemelerde bulunacağız ve özellikle kesin delil kurumunu değerlendireceğiz. Bu bağlamda en önemli kesin delil olan senetle ispat kuralını ve istisnalarını -özellikle belge kavramını- irdeleyeceğiz.

II. TÜRK İSPAT HUKUKU VE ÖZELLİKLERİ

Medeni yargılama hukukunda delillerin incelemesi, duruşmalı olarak yapılan tahkikat aşamasında gerçekleşmektedir. Tahkikat aşamasından önce layihalar teatisi ve ön inceleme aşaması yer almaktadır. Tahkikat aşamasından sonra sözlü yargılama aşaması ve kararın verilmesi söz konusudur.

---

4 Bu konulara ilişkin bak. **Özkaya-Ferendeci**, ZPO, s. 295 vd.

5 **Özkaya-Ferendeci**, ZPO, s. 295 vd.

Türk Hukukunda medeni yargılamada en belirgin özellik kesin delil ve takdiri delili ayrımıdır[6]. Bu iki delil kategorisi arasında en önemli fark, hakimin kesin delillerle bağlı olmasıdır, yani kesin deliller hakkında hakimin takdir yetkisi bulunmamaktadır[7]. Başka bir deyişle, dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkesinin hakim olduğu yargılamada, hakim, kesin delillerle bağlıdır ve kesin delilin sonucunu sorgulayamaz. Bu keskin sonucundan dolayı kesin deliller tahdidi olarak sayılmıştır:

1) Senet
2) Yemin
3) Kesin hüküm

Bu bağlamda ikrarın acaba bir kesin delil olup olmadığı hususuna da değinmek gerekir. Türk Hukukunda ikrarın (kesin) bir delil olup olmadığı sorusu tartışmalıdır. Fransız Hukuku'nda ikrar delillerin kraliçesi olarak adlandırılmaktadır[8], Alman Hukuku'nda ise ikrar bir delil niteliğinde değildir. Görüldüğü üzere Kıta Avrupa'sında da ikrarın delil niteliği farklı hukuk sistemlerinde farklı şekilde ele alınmaktadır ve bu tartışma Türk Hukuku'nda da mevcuttur. HUMK yürürlükteyken hakim görüşe göre ikrar kesin bir delil niteliğinde kabul ediliyordu. Bu görüşün en büyük gerekçesi de, ikrarın sistematik açıdan deliller arasında yer almasıydı. HMK'nın yürürlüğe girmesi ile bu husus değişti. İkrar, HMK'da m. 188'de ve böylece ispata ilişkin genel hükümler bölümünde yer almaktadır. Kanunda ikrara bu bölümde yer veren kanun koyucu, ikrarın bir (kesin) delil olmadığı konusundaki görüşüne vurgu yapmak istemiştir[9].

---

6 **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 296 vd.; **Belgesay**, s. 78 vd.; **Karslı**, s. 566 vd.; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, 22. Baskı, s. 380; **Nart**, s. 208 vd.; **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 712 vd.; **Yıldırım**, s. 112 vd..

7 **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 379 vd.; **Belgesay**, s. 78 vd.; **Karslı**, s. 566 vd.; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, 22. Baskı, s. 380; **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 714.

8 Bak. **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 651.

9 Bu konudaki gelişmeler ve günümüzdeki tartışma için bak. **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 651 ve **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 319 vd.; **Göksu** s. 56; HUMK zamanındaki görüş için bak. **Belgesay**, s. 128 vd..

Türk Medeni Yargılama Hukuku'ndaki takdiri deliller şunlarıdır:

1) Tanık
2) Bilirkişi
3) Keşif
4) HMK m. 192'ye göre kanunda düzenlenmemiş deliller

Deliller bakımından medeni yargılama hukukunda bu ayrım belirli bir meblağı aşan hukuki işlemlerin ispatı söz konusu olunca önem kazanmaktadır. Buna göre belirli bir değeri aşan hukuki işlemler ancak kesin delille ispat edilebilir. Bu konudaki somut düzenleme HMK m. 200 fıkra 1'de yer almaktadır.

1. HMK Madde 200'de Yer Alan Ana Kural (Kesin Delil)

Yukarıda da belirtildiği üzere HMK m. 200 ispat hukuku bakımından merkezi bir maddedir. Maddenin içeriği şu şekildedir[10]:

"(1) Bir hakkın doğumu, düşürülmesi, devri, değiştirilmesi, yenilenmesi, ertelenmesi, ikrarı ve itfası amacıyla yapılan hukuki işlemlerin, yapıldıkları zamanki miktar veya değerleri ikibinbeşyüz Türk Lirasını geçtiği takdirde senetle[11] ispat olunması gerekir. Bu hukuki işlemlerin miktar veya değeri ödeme veya borçtan kurtarma gibi bir nedenle ikibinbeşyüz Türk Lirasından aşağı düşse bile senetsiz ispat olunamaz.

---

[10] HMK m. 200'ün almanca tercümesi: "(1) Ein Rechtsgeschäft (Verfügung), welches die Entstehung, den Wegfall, die Abtretung, die Änderung, die Erneuerung, die Stundung, das Geständnis oder die Bezahlung zum Ziel hat, muß, sofern ihr Wert bei Vornahme der Verfügung 2.500 TL übersteigt, mit einer Urkunde bewiesen werden. Auch wenn der Wert dieses Rechtsgeschäftes aufgrund von einer Zahlung oder anderweitigen Schuldbefreiung unter die Grenze von 2.500 TL fallen sollte, wird dieser Grundsatz trotzdem angewandt.

(2) Nach Hinweis auf die Strengbeweisregelung in Absatz 1 kann die Gegenpartei ihre offene Zustimmung zur Vernehmung eines Zeugen geben."

[11] Kanunun lafzında sadece senet sözcüğü geçmektedir. Bu bağlamda senet en önemli kesin delil olduğundan, kanunun lafzında senede yer verilmiştir, ancak HMK m. 200'de senet sözcüğü aslında tüm kesin delilleri kapsamaktadır. Bu konu için bak. **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 724.

(2) Bu madde uyarınca senetle ispatı gereken hususlarda birinci fıkradaki düzenleme hatırlatılarak karşı tarafın açık[12] muvafakati hâlinde tanık[13] dinlenebilir."

Maddeden anlaşıldığı üzere, senet kavramının çok önemli bir yer almaktadır. Senet kavramına ilişkin kanunda bir tanım bulunmamaktadır[14]. Senedin varlığından söz edebilmek için aşağıda sayılan şartların yerine gelmesi gerekmektedir[15]:

a) Senet sayılan belgenin bir cisim bulması, yani dış aleme yansıyacak şekilde varlık kazanmış olması gerekir;

b) bunun yanı sıra senedin yazılı olması gerekir;

c) ayrıca senet bir vakıa hakkında bir irade beyanını içermelidir;

d) nihayet senedin altında imzanın bulunması gerekmektedir.

Yukarıda sayılan unsurları karşılayan her türlü belge, HMK m. 200 fıkra 1 anlamında bir senettir. Bu bağlamda resmi ve adi senet ayrımı da yapılmaktadır. İspat hukuku bakımından resmi ve adi senet arasındaki en önemli fark, resmi senetteki imzanın doğrudan doğru kabul edilmesi (aksini ispat etmek mümkündür) ve adi senetteki imzanın ikrar edildiği takdirde doğru kabul edilmesidir. Taraf, adi senetteki imzasını ikrar ettiği takdirde, resmi senet ile adi senedin ispat gücü bakımından bir farkı bulunmamaktadır[16].

2. HMK Madde 200 Fıkra 1'in Gelişimi ve Özellikleri

HMK m. 200 fıkra 1'deki düzenlemeye senetle ispat kuralı da denilmektedir. Bu düzenlemenin şartları yerine geldiğinde, hakimin takdiri delil-

---

12 Karşı tarafın muvafakati açık olmalı, zımnen verilen muvafakat yeterli değildir.

13 Kanunun lafzı ancak tanık delilini saymıştır, ancak bundan her türlü takdiri delil anlaşılması gerekmektedir.

14 **Taşpınar Ayvaz**, s. 387; **Yıldırım/Demirhan/Özkaya Ferendeci/Tunç Yücel/Kale/Gören Ülkü**, s. 229.

15 Detaylı bilgi için bak. **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 725; **Deynekl**i, s. 6 vd.; **Nart**, s. 213 vd.; **Umar**, s. 580 vd.

16 **Deynekli**, s. 32 vd. ve s. 42 vd.; **Karslı**, s. 584 vd.; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, 22. Baskı, s. 391; **Nart**, s. 227 vd.; **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 728 vd.; **Yavaş**, s. 125 vd.

leri dikkate alması mümkün değildir, yani düzenleme aynı zamanda takdiri delil yasağını içermektedir. Bu yönü ile HMK m. 200 Türk Medeni Yargılama Hukuku'nda özel bir yere sahiptir. Düzenlemenin kökeni ise Fransız Hukuku'dur[17]. HMK m. 200'e göre, ispat edilmesi gereken hukuki işlem belirli bir değeri aştığında ancak senetle ispat olunabilir. Bu durumda başka delillere başvurmak mümkün değildir. İspat yükü altındaki taraf eğer hukuki işlemi ispat edebilmek için senet ibraz edemez ise, HMK m. 200'deki kuralın somut olayda ciddi sıkıntılara yol açabileceği ortadır. Bu bağlamda özellikle borçlar hukukunun da dikkate alınması gerekmektedir, zira Türk Borçlar Kanunu (aynı Alman Borçlar Hukuku gibi) kural olarak hukuki işlemlerin geçerliliği bakımından şekil serbestisini tanımaktadır, yani hukuki işlemlerin geçerliliği için yazılı olmalarına ihtiyaç yoktur. HMK ve TBK'daki bu düzenlemeleri değerlendirdiğimizde, hukuki işlemin geçerliliği için kural olarak işlemin yazılı olmasına gerek yoktur, ancak hukuki işlemin ispatı gerektiğinde senede ihtiyaç duyulmaktadır. Demek ki, hukuki işlemin yazılı yapılması bir geçerlilik şartı değil, bir ispat şartıdır.

Bu ilginç durum HUMK zamanında problem teşkil etmekteydi, çünkü HUMK'da senetle ispatın gerek olduğu hukuki işlemin değeri (HMK'ya nazaran) çok düşüktü, ayrıca senetle ispat kuralının istisnaları da daha dardı. Hal böyle olunca, medeni yargılama hukukunda senetle ispat kuralı uygulandığı durumlarda, yargılama tıkanmaktaydı ve ispat yükü altında olan taraf senetle ispat zorunluluğunu yerine getiremediği için ve kuralın istisnaların da dar olmasından dolayı yargılama genelde bir non liquet hali ile sona ermekteydi.

Kanun koyucu bu ciddi sorunu gördü ve senetle ispat kuralını düzenlerken iki önemli değişiklik yaptı[18]/[19]:

---

17 **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 379; **Umar**, s. 584; **Yavaş**, s. 33.

18 Senetle ispat kuralının bu şekilde değiştirilmesi bazı milletvekilleri tarafından yeterli bulunmamış (bak. Budak, HMK, s. 626.) ve daha ileri giden değişiklikler ve istisnalar yapılmadığı için eleştirilmiştir. İlgili milletvekilleri eleştirilerini yaparken, Kıta Avrupa'sında geçerli olan ispat hukukuna işaret etmişler ve senetle ispat kuralının daha da esnek hale gelmesini istemişlerdir.

19 **Pekcanıtez**, ZPO, s. 184.

1) senetle ispat kuralına ilişkin hukuki işlemin değeri hissedilir şekilde arttırılmıştır ve
2) senetle ispat kuralının istisnası genişletilmiştir.

HMK m. 200'de hukuki işlemlere ilişkin değerin, HMK'daki düzenlemeye göre çok yükseltildiğine yukarıda değindik. Çalışmamızda bundan sonra özellikle senetle ispat kuralının istisnasının genişletilmesine yer vereceğiz.

a. HMK m. 200 Fıkra 1'in İstisnaları

Senetle ispat kuralının çok önemli iki şartı bulunmaktadır:

1) HMK m. 200 fıkra 1'e istinaden bir hukuki işlemin bulunması gerekir ve
2) Söz konusu bu hukuki işlemin değeri 2.500 TL'yi aşması şarttır.

Her iki şartın yerine gelmesi halinde, senetle ispat kuralı uygulanır ve takdiri delillere başvurulması mümkün değildir. Bu sert düzenlemenin muhtelif istisnaları bulunmaktadır ki, bu istisnaların en önemlilerini ele alacağız. Ancak istisnaları ele almadan önce şunu belirtelim ki, istisnaların şartları yerine geldiğinde, artık takdiri delillere de başvurulması mümkündür.

aa. HMK m. 200 Fıkra 2'nin İstisnaları

Senetle ispat kuralının ilk istisnası HMK m. 200 fıkra 2'de yer almaktadır. Bu fıkra uyarınca senetle ispatı gereken hususlarda, senetle ispat kuralı hatırlatılarak karşı tarafın açık muvafakati halinde tanık dinlenebilinmektedir. Başka bir deyişle, eğer ispat yükü altında olan taraf, senet ibraz edemiyorsa, bu durumda karşı tarafa senetle ispat kuralı hatırlatılarak ve açık muvafakati alınarak, tanık deliline başvurulabilir. Burada muvafakatin açık olması gerekmektedir, zımnen verilen muvafakat yeterli değildir. Karşı taraf açık bir şekilde muvafakat vermesi halinde, artık ilgili hukuki işlemin ispatı için tanık deliline de başvurulabilmesi mümkün hale gelmektedir[20].

---

[20] Bu istisna için bak. **Umar**, s. 593 vd.; **Göksu**, s. 55 ve s. 57.

bb. HMK Madde 203'ün İstisnaları

HMK madde 203'deki birkaç istisnaya yer verilmektedir. Bu istisnaları maddi ve manevi istisnalar olarak iki gruba ayırmak mümkündür. Somut olarak istisnalar şunlardır[21]:

a) Altsoy ve üstsoy, kardeşler, eşler, kayınbaba, kaynana ile gelin ve damat arasındaki işlemler;

b) işin niteliğine ve tarafların durumlarına göre, senede bağlanmaması teamül olarak yerleşmiş bulunan hukuki işlemler;

c) yangın, deniz kazası, deprem gibi senet alınmasında imkânsızlık veya olağanüstü güçlük bulunan hâllerde yapılan işlemler;

ç) hukuki işlemlerde irade bozukluğu ile aşırı yararlanma iddiaları;

d) hukuki işlemlere ve senetlere karşı üçüncü kişilerin muvazaa iddiaları;

e) bir senedin sahibi elinde beklenmeyen bir olay veya zorlayıcı bir nedenle yahut usulüne göre teslim edilen bir memur elinde veya noterlikte herhangi bir şekilde kaybolduğu kanısını kuvvetlendirecek delil veya emarelerin bulunması hali.

Yukarıda sayılan istisnalardan birinin varlığı halinde HMK m. 203'e göre tanık dinlenmesi artık mümkün olacaktır.

cc. HMK Madde 202'nin İstisnaları

HMK madde 202'deki istisna, senetle ispat kuralına ilişkin en önemli istisnayı teşkil etmektedir. Zaten söz konusu bu maddede kanun koyucu istisnayı düzenlemeyi genişletmiştir. HMK madde 202 şu şekildedir[22]:

---

21 Detaylı bilgi için bak. **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 754, s. 755 ve **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 387 vd.; **Göksu**, s. 61 vd.; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, 22. Baskı, s. 407 vd.; **Umar**, s. 632 ff.

22 Maddenin almanca tercümesi:

"(1) Wenn der Grundsatz des Urkundenbeweises angewandt werden muss und ein Beweisanfangsmittel (delil başlangıcı) vorliegt, darf der Zeugenbeweis angetreten werden.

(2) Ein Beweisanfangsmittel ist ein Dokument, welches zum Nachweis des konkreten Rechtsgeschäft nicht ausreicht, dieses aber wahrscheinlich erscheinen lässt und dass von

"(1) Senetle ispat zorunluluğu bulunan hâllerde delil başlangıcı bulunursa tanık dinlenebilir.

(2) Delil başlangıcı, iddia konusu hukuki işlemin tamamen ispatına yeterli olmamakla birlikte, söz konusu hukuki işlemi muhtemel gösteren ve kendisine karşı ileri sürülen kimse veya temsilcisi tarafından verilmiş veya gönderilmiş belgedir."

Kanunun lafzında anlaşıldığı üzere, HMK m. 202 fıkra 1'e göre bir delil başlangıcının bulunması halinde, tanık delili dinlenebilmektedir. Delil başlangıcının tanımı ise HMK m. 202 fıkra 2'de yer almaktadır ve buna göre delil başlangıcının varlığını kabul edebilmek için, birkaç şartın birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir. Delil başlangıcının en önemli unsuru ise, delil başlangıcının bir belge olmasıdır.

aaa. *Delil Başlangıcı*

Delil başlangıcının varlığından söz edebilmek için üç unsurun bulunması gerekmektedir:

1) Delil başlangıcı, iddia konusu hukuki işlemin tamamen ispatına yeterli olmamakla birlikte, söz konusu hukuki işlemi muhtemel gösteren ve
2) kendisine karşı ileri sürülen kimse veya temsilcisi tarafından verilmiş veya gönderilmiş
3) belgedir.

Görüldüğü üzere delil başlangıcı öncelikle bir belge olmalıdır. Bu bağlamda belge kavramı yeni geliştirildi[23] ve kanun koyucu senet kavramını kanunda tanımlamamasına karşın, belge kavramını HMK m. 199'da tanımlamıştır[24]:

---

der Partei oder dessen Vertreter, zu dessen Lasten es herangezogen wird, ausgestellt oder verschickt wurde."

23 **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 327; **Umar**, s. 607; **Yıldırım/Demirhan/Özkaya-Ferendeci/Tunç Yücel/Kale/Gören Ülkü**, s. 229.

24 Maddenin almanca tercümesi:

"Jegliche Informationsträger wie schriftliche oder gedruckte Texte, Urkunden, Skizzen, Pläne, Zeichnungen, Photografien, Filme, Video- oder Stimmaufzeichnungen,

"Uyuşmazlık konusu vakıaları ispata elverişli yazılı veya basılı metin, senet, çizim, plan, kroki, fotoğraf, film, görüntü veya ses kaydı gibi veriler ile elektronik ortamdaki veriler ve bunlara benzer bilgi taşıyıcıları bu Kanuna göre belgedir."

Kanundaki bu tanım ile kanun koyucu belge kavramını bir üst kavram olarak kabul etmiştir ve HMK anlamında belgenin yazılı olmasına gerek olmadığı vurgusunu yapmıştır[25]. Bu husus yeni ve radikal bir değişikliktir, zira HUMK'da da delil başlangıcı kurumu mevcuttu, ancak delil başlangıcının mutlak surette yazılı olması gerekiyordu. Oysa HMK'da delil başlangıcı bir belge olarak tanımlanmaktadır ve belgenin de yazılı olması zorunluluğu bulunmamaktadır. böylece HMK'daki belge kavramı geniş tutulmuş ve bu esneklik delil başlangıcı kurumu da etkilemiştir. Belge kavramının kanundaki tanımına bakınca ayrıca HMK m. 200 anlamındaki her senedin bir belge olduğu, ancak her belgenin senet olmadığı da anlaşılmaktadır. Bir belge bir senet olabilir, ancak belge senedin şartlarını gerçekleştirmiyorsa, o zaman belgenin delil başlangıcı olma ihtimali ortaya çıkmaktadır.

Buna göre senet ve belge kavramlarını mutlak surette birbirinden ayırmak gerekir. Belge kavramı kesinlikle üst bir kavramdır, zira senet niteliğini haiz her belge aynı zamanda bir senet teşkil etmektedir. Eğer bir belge, senet vasfını haiz değilse, o zaman HMK m. 202'deki şartları yerine getirmesi halinde delil başlangıcı olma ihtimali bulunmaktadır. HMK m. 202'deki şartları yerine getiren bir belge bir delil başlangıcıdır ve varlığı itibarıyla tanık dinlenmesi mümkündür. Dolayısıyla delil başlangıcı senetle ispat kuralının en önemli istisnasıdır.

bbb. *HUMK'taki İstisna Düzenlenmesi*

Yukarıda da belirtildiği üzere, yazılı delil başlangıcı kurumu HUMK'ta da mevcuttu. Ancak HUMK'ta yazılı delil başlangıcının mutlak surette (adınında anlaşıldığı gibi) yazılı olması gerekmekteydi. Senetle ispat kura-

---

elektronische Datenträger und ähnliche Daten- oder Informationsträger, die geeignet sind strittige Tatsachen zu beweisen, sind diesem Gesetz nach Dokumente."

25 **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 752 und **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 327; **Göksu**, s. 58; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, 22. Baskı, s. 412; **Yıldırım/Demirhan/Özkaya-Ferendeci/Tunç Yücel/Kale/Gören Ülkü**, s. 229.

lının istisnasını teşkil eden delil başlangıcı HUMK'un kabul edilmesi ile 1927'de Türk Hukukuna dahil olmuştur. HUMK'a büyük ölçüde İsviçre'nin 1925 tarihli Nöşatel Kantonu'nun Medeni Usul Kanunu'nu örnek teşkil etmiştir, ancak HUMK hazırlanırken kısmen de olsa bazı Fransız ve Alman düzenlemeleri de dikkate alınmıştır[26]. Bu bağlamda yazılı delil başlangıcı Fransız Hukuku'ndan iktisap edilmiştir[27]. Konuralp bu hususu şu şekilde anlatmaktadır: "…Böylece, genel olarak Neuchâtel yapısı içinde, hukuki işlemler alanında Fransız kanuni delil sitemi kabul edilmiştir. …"[28]. Ancak yazar buna rağmen Türk Hukuku ile Fransız Hukuku arasında sistematik açıdan farklılıkların olduğunu işaret etmektedir, örneğin Fransız İspat Hukukuna ilişkin düzenlemeler Medeni Usul Hukuku'nda değil, Medeni Hukuk'ta düzenlemiştir; oysa Türk kanun koyucu bu konuda farklı bir yol izlemiş ve ispat kurallarını Medeni Usul Kanunu'nda düzenlemiştir ve bu şekilde kendisine asıl örnek teşkil eden Nöşatel Medeni Usul Kanunu'ndaki sistematiği kabul etmiştir[29].

Yazılı delil başlangıcı bu şekilde Türk Hukuku'na girmiştir. HUMK'-daki yazılı delil başlangıcının en önemli unsuru yazılı olmasıydı[30]. Kanun koyucu HMK'ta yazılılık unsurundan bilinçli bir şekilde vazgeçmiştir. Bu yenilikle yazılı olmayan belgelerin de artık delil başlangıcı olabilmelerin önü açılmıştır ve aynı zamanda senetle ispat kuralının en önemli istisnası olan delil başlangıcının da uygulama alanı hissedilir şekilde genişlemiştir[31].

Yazılı delil başlangıcının senetle ispat kuralının istisnası olduğu HUMK'ta m. 292 fıkra 1'de düzenlenmişti ve aynı maddenin 2. fıkrasında da yazılı delil başlangıcının tanımı yapılmaktaydı. Buna göre sentle ispat kuralına rağmen tanık dinlenebilmesi için yazılı delil başlangıcının bulunması gerekmekteydi ve bunun da üç unsuru bulunmaktaydı[32]:

---

26 **Konuralp**, s. 19, s. 20.

27 **Konuralp**, s. 20; **Yavaş**, s. 264 vd.

28 **Konuralp**, s. 20.

29 **Konuralp**, s. 20.

30 **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 389 vd.; **Konuralp**, s. 39 vd.; **Konuralp**, İspat, s. 38 vd.; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, 21. Baskı, s. 421 vd.; **Taşpınar Ayvaz**, s. 389; **Yavaş**, s. 262 vd.

31 **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 327; **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 752 vd.

32 Eski kanundaki düzenlemeler için bak. **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 389 vd.; **Berkin**, s. 113 vd.; **Karslı**, s. 574 vd.; **Konuralp**, s. 39 vd.; **Konuralp**, İspat, s. 38 vd.;

1) yazılı bir belgenin bulunması ve
2) aleyhine ibraz edilmiş olan taraf canibinden verilmiş olması ve
3) mukaddimei beyyine müddeabihin tamamen sübutuna kafi olmamakla beraber bunun vukuuna delalet ediyor olması gerekmekteydi.

HMK'daki delil başlangıcı ile HUMK'taki yazılı delil başlangıcı kurumları kıyas edildiğinde, HUMK'taki yazılı delil başlangıcı şartlarının çok sert olduğu anlaşılmaktadır. Bu sertlik özellikle yazılılık unsurundan kaynaklanmaktaydı, zira bu unsurdan dolayı uygulama da yazılı deli başlangıcı istisnasına başvurmak pek mümkün olmamaktaydı. Bunu yanı sıra hukuki işlemin senetle ispatı için gerekli olan değerin de HUMK zamanında düşük olduğu göz önünde tutulursa, HUMK zamanında senetle ispat kuralının sert bir şekilde uygulandığını söylemek mümkündür. Bu hali ile HUMK zamanında senetle ispat kuralı ispat yükü altında bir çok taraf için çıkmaz bir yol gibiydi, zira haklı olmalarına rağmen, hukuki işlemi senetle ispat edemiyorlardı ve yazılı delil başlangıcı istisnasındaki yazılılık unsurundan dolayı bu istisnaya da başvuramıyorlardı. Bu şekilde davalar genelde non liquet olarak kaybediliyordu. Bu sonucun da kaybeden tarafça kabul edilmesi çok güçtü, zira Borçlar Kanunu'na göre sözlü olarak yapılan geçerli bir işlemin yargılama hukukunda ancak yazılı bir şekilde ispat edilebilmesi taraflarca anlaşılamıyordu. Bu durumda kalan bir taraf gerçekten çıkmaz bir sokağa sapmış gibiydi ve senetle ispat kuralının istisnasına başvurma çabası içerisindeydi. Ancak senetle ispat kuralının en önemli istisnası olan yazılı delil başlangıcının da yazılı olması şartı, tarafın bu istisnaya başvurabilmesini engelliyordu ve taraf girmiş olduğu çıkmaz sokaktan çıkamıyordu. Dolayısıyla HMK ile senetle ispat kurulanı ilişkin yapılan değişiklikler yerindedir ve senetle ispat kuralı HUMK zamanına nazaran daha esnek bir şekilde uygulanma alanı bulacaktır.

dd. HMK ile HUMK'un Bu Yönde Karşılaştırılması

Yukarıda belirtile HUMK zamanındaki sıkıntıları kanun koyucu HMK'yı hazırlarken göz önünde bulundurdu ve iki senetle ispat kuralı

Kuru/Arslan/Yılmaz, 21. Baskı, s. 421 vd.; **Taşpınar Ayvaz**, s. 387 vd.; **Yavaş**, s. 264 vd.; **Yıldırım**, s. 114 vd.

bakımından iki önemli yenilik (senetle ipsta kuralı bakımından hukuki işlemlere ilişkin değeri ciddi şekilde yükseltti ve senetle ispat kuralının istisnası olan yazılı delil başlangıcını delili başlangıcı olarak kabul etti) getirdi. Böylece ispat hukuku bakımından yeni bir dönemin başladığını söylemek mümkündür. Gerçekten de senetle ispat kuralının istisnası olan delil başlangıcı kurumundaki değişiklik, senetle ispat kuralının eski sert şekilde uygulamasına engel olacaktır. Bu bağlamda HMK'ya alınan yeni bir kavram olan belge de önem arz etmektedir. bütün bu yenilikler ispat hukuku bakımından büyük değişikliklerdir ve kanun koyucunun senetle ispat kuralının artık çok sert uygulanmasını istemediğinin bir yansımasıdır. Ayrıca delil başlangıcının artık yazılı olmaması, HMK ile TBK arasındaki geçerlilik ve ispat şartına ilişkin farklılıkları bir nebze ortadan kaldırmaktadır, zira taraflar TBK'ya güvenerek hukuki işlemlerini sözlü olarak yaptıkları takdirde, senetle ispat kuralının istisnası olan delil başlangıcının unsurlarını yerine getirme olanakları içerisindeler. Böylece senetle ispat kuralının istisnasına başvurarak, tanık dinlenmesi eski kanun zamanına göre daha rahattır, başka bir deyişle çıkmaz sokağa girmiş olan taraf artık daha rahat çıkmaz sokaktan çıkabilme imkanına sahiptir.

ee. Fransız Hukuku'nda Delil Başlangıcı

Yukarıda belirtildiği üzere, senetle ispat kuralının istisnası olan yazılı delil başlangıcı Fransız Hukuku'ndan iktisap edilmiştir ve fakat Fransız Hukuku'daki sistematik düzenlemeden farklı olarak ispata ilişkin bu düzenlemeler Türk Hukuku'nda HUMK'ta yer almıştır. HUMK zamanında iktisap edilen yazılı delil başlangıcı günümüzde HMK ile delil başlangıcına dönüştüğünden, HMK ile günümüzdeki Fransız Hukuku'nun kıyas edilmesi gerekmektedir.

Fransız Hukuku'nda kanuni sistemle serbest delil sistemi arasında uzlaştırıcı bir sistem mevcuttur[33]. 1804 yılında yürürlüğe giren Code Civil des Français borçların ve ifasının ispatı adlı başlığı altında ispat hukukunu düzenlemiştir. Senetle ispat kuralı Art. 1341'de düzenlenirken, yazılı delil başlangıcı istisnası Art. 1347'de yer almaktadır. Art. 1341 1928'de değiştirilmiş ve senetle ispat kuranla ilişkin hukuki işlemin değeri arttırılmıştır.

---

33 Bak. **Konuralp**, s. 12 ve aynı sayfada dipnot 34'de anılan yazar.

Hukuki işlemlerin ispatına ilişkin en önemli değişiklik ise 1942'de gerçekleşmiştir. Bu bağlamda Fransız Medeni Usul Kanunu'nun Art. 326 değiştirilmiş ve tarafların mahkemeye/duruşmaya gelmelerin ilişkin husus düzenlenmiştir (comparution personelle des parties). Buna göre taraflardan biri mahkemeye/duruşmaya gelmez veya geldiği takdirde cevap vermekten kaçınırsa, hakim bu durumdan gereken hukuki sonuçları çıkarmaya ve bu durumu mahkemeye gelmeyen taraf aleyhine yazılı delil başlangıcına eşdeğer bir delil olarak kabul etmeye yetkilidir. Bu değişiklikle Fransız Hukuku'nda yazılı delil başlangıcının kapsamı genişlemiştir. Ancak bu hüküm artık yürürlükte değildir; Art. 326 artık Art. 194'de yer almaktadır. Bundan sonra 1975'de Fransız Medeni Kanunu'nun yazılı delil başlangıcını düzenleyen Art. 1347'ye yeni bir fıkra eklenmiş ve Fransız Medeni Usul Kanunu'ndaki Art. 194'deki düzenleme buraya da yansıtılmıştır[34].

1980'de Fransız Medeni Kanunu'nda ispata ilişkin hükümlerde değişiklik yapılmıştır[35]. Ancak bütün bu değişikliklere rağmen Fransız Hukuku'nda yazılı delil başlangıcı kurumu halen yürürlükte ve uygulanmaktadır[36]. Dolayısıyla HMK'daki delil başlangıcı düzenlemesi Fransız Hukuku'ndaki yazılı delil başlangıcından farklılık arz etmektedir. Bu yönü ile HMK'daki söz konusu düzenlemeler -mehaz Fransız Hukuku'na nazaran- yenilik teşkil etmektedir.

b. HMK Madde 200 Fıkra 1'deki İstisnaların Değerlendirilmesi

Kanun koyucu HUMK'taki senetle ispat kuralı ve istisnalarına ilişkin değişiklik isteğini HMK'da hissedilir bir şekilde düzenlemiştir. Bu yönü ile kanun koyucu ispat hukukunda bazı değişikliklerin önünü açmış, senetle ispat kuralının uygulamada daha esnek hale getirmiştir. İspat hukuku bakımından bu isabetli yenilikler Fransız Hukuku'na nazaran ciddi farklılık beraberinde getirmekte ve ileride yapılacak olan yeniliklerin de habercisidir.

---

34 Bu konuda detaylı bilgiler için bak. **Konuralp**, s. 15 ve s. 16 ve bu sayfalarda anılan yazarlar.

35 Bak. **Konuralp**, s. 16.

36 Bak. **Konuralp**, s. 16 ve s. 17 bu sayfalarda anılan yazarlar.

III. SONUÇ

Gerçekten de HMK madde 200 fıkra 1 HUMK'a nazaran çok daha iyi bir düzenlemeye sahiptir. Tarafların senetle ispat kuralının istisnası olan delil başlangıcına başvurabilmelerinin yolu hafiflemiştir. Böylece senetle ispat kuralı eski sertliği ile uygulanmamaktadır.

İspat hukukunun yargılama prosedürü içerisinde yeri ve önemi büyüktür. Taraflardan biri ispat hukuku bakımından fazla kısıtlanırsa, yargılama sonucunda verilen karar taraflar arasındaki ihtilafı sonlandırmış olur, ancak verilen bu kararın maddi gerçeklik temeli üzerine kurulduğu konusunda şüpheler mevcut olacaktır. Medeni yargılama hukukunun amaca elbette taraflar arasındaki ihtilafın çözümlenmesidir, ancak ideal olan ihtilaf çözümlenirken aynı zamanda maddi gerçeğe de ulaşılmasıdır. Maddi gerçeğe ulaşabilmek için, hayat olayının hakim tarafından eksiksizce incelenebilmesi gerekmektedir. Türk Medeni Yargılama Hukuku'nda kural olarak dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkesi hakimdir, böylece dava malzemesi bakımından hakimim resen araştırma yetkisi bulunmamaktadır. Bu bağlamda hakim ancak bilirkişi ve keşif deliline resen başvurabilmektedir. Dolayısıyla tarafların ispat hukuku bakımından sınırlandırılmamaları gerekmektedir, aksi takdirde hayat olayının tespiti güç bir hal alacaktır. Bu düşünceler çerçevesinde HMK'daki senetle ispat kuralına ilişkin düzenlemelerin isabetli olduğunu söylemek mümkündür; söz konusu yenilikler doğru yönde atılan adımlardır.

Bibliyografya

Alangoya, Yavuz/**Yıldırım**, M. Kamil/**Deren-Yıldırım**, Nevhis; Medeni Usul Hukuku Esasları, 7. Baskı, İstanbul 2009, (Alangoya/Yıldırım/ Deren-Yıldırım).

Berkin, Necmettin M.; Usul Hukukunda Senetler ve Senetlerin İspat Kuvveti, İstanbul 1947, (Berkin).

Budak, Ali Cem; Karşılaştırmalı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, 5. Baskı, Ankara 2012, (Budak).

Deynekli, Adnan; Medeni Usul Hukukunda Senetlerin Üçüncü Kişilere Karşı İspat Şekli, Ankara 2006, (Deynekli).

Erdönmez, Güray; Grundlinien der Reform der Zivilprozessornung in der Türkei ZZPInt 16. Band 2011, S. 273 ff., (Erdönmez, ZPO).

Göksu, Mustafa; 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Senetle İspat Kuralları ve Bunların İstisnaları, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi 1 (1), 2011, s. 53-65, (Göksu).

Karslı, Abdurrahim; Medeni Muhakeme Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 2012, (Karslı).

Konuralp, Haluk; Yazılı Delil Başlangıcı, Tıpkı Basım, Ankara 2009, (Konuralp).

Konuralp, Haluk; Medeni Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları, Tıpkı Basım, Ankara 2009, (Konuralp, İspat).

Kuru, Baki/**Arslan**, Ramazan/**Yılmaz**, Ejder; Medeni Usul Hukuku, Değiştirilmiş 21. Baskı, Ankara 2010, (Kuru/Arslan/Yılmaz, 21. Baskı).

Kuru, Baki/**Arslan**, Ramazan/**Yılmaz**, Ejder; Medeni Usul Hukuku, 22. Baskı, Ankara 2011, (Kuru/Arslan/Yılmaz, 22. Baskı).

Nart, Serdar; Alman ve Türk Hukukunda Senetle İspat, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 1, 2007, s. 207-232, (Nart).

Özkaya-Ferendeci, Hamide Özden; Ein allgemeiner Überblick über die Reformierung der türkischen ZPO ZZPInt 16. Band 2011, S. 295 ff., (Özkaya-Ferendeci, ZPO).

Pekcanıtez, Hakan; Grundlinien der Reform der Zivilprozessordnung in der Türkei Ritsumeikan Law Review International Edition No. 30 June 2013, S. 175 ff., (Pekcanıtez, ZPO).

Pekcanıtez, Hakan/**Atalay**, Oğuz/**Özekes**, Muhammet; Medeni Usul Hukuku, 14. Bası, Ankara 2013, (Pekcanıtez/Atalay/Özekes).

Taşpınar Ayvaz, Sema; Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) Zaman Bakımından Uygulanması, Ankara 2013, (Taşpınar Ayvaz).

Umar, Bilge; Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2011, (Umar).

Yavaş, Murat; Senetle İspat ve Senede Karşı Senetle İspat Kuralları ile Bu Kuralların İstisnaları, Ankara 2009, (Yavaş).

Yıldırım, M. Kamil; İlkeler Işığı Altında Medeni Yargılama Hukuku'nda Senetle İspat Kuralının Tür Medeni Yargılama Hukukundaki Önemi, 6. Baskı, İstanbul 2011, (Yıldırım).

Yıldırım, M. Kamil/**Demirhan**, Gülcan/**Özkaya-Ferendeci**, H. Özden/ **Tunç Yücel**, Müjgan/**Kale**, Serdar/**Gören Ülkü**, Nazlı; Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve ilgili Mevzuat, İstanbul 2013, (Yıldırım/ Demirhan/Özkaya-Ferendeci/Tunç Yücel/Kale/Gören Ülkü).

Kısaltma Cetveli

Art.	: Artikel
bak.	: bakınız
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
m.	: madde
s.	: sayfa
TL	: Türk Lirası
vd.	: ve devamı
ZZPInt	: Zeitschrift für Zivilprozess International

[H]6502 SAYILI TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDA KANUN'UN HÜKÜMLERİ VE YARGITAY KARARLARI ÇERÇEVESİNDE TÜKETİCİ MAHKEMELERİNİN GÖREV ALANINA GİREN UYUŞMAZLIKLARA GENEL BİR BAKIŞ

Doç. Dr. Seda ÖZMUMCU*

I. GENEL OLARAK

Türk hukukunda tüketicinin korunması ile ilgili yasal düzenlemeler Avrupa'daki gelişmelere bağlı olarak ortaya çıkmıştır. Buna karşılık, cumhuriyet öncesi "*Ahilik*" adı verilen sanat, ticaret ve ekonomi gibi çeşitli meslek alanlarında günümüzün esnaf odalarına benzeyen örgütler kurulmuştur. Bu örgüte bağlı olan üyeler için öngörülmüş belirli kurallar kabul edilmiş olmasına rağmen, bu örgütlenmelerin tüketiciler ile ilgili olduğunu söylemek mümkün değildir[1].

Hukukumuzda tüketicilerin korunması ile ilgili düzenlemelerin kanuni dayanağını 1982 Anayasası'nın 172. maddesi teşkil etmektedir. "*Tüketicilerin Korunması*" üst başlığı altında yer alan bu hükme göre; "*Devlet, tüketicileri koruyucu ve aydınlatıcı tedbirler alır, tüketicilerin kendilerini koruyucu girişimlerini teşvik eder.*" denilmektedir. Doktrinde bu düzenlemenin tüketicilerin korunması kapsamında yasal anlamda ilk somut gelişme olduğu ifade edilmektedir[2]. Tüketicinin korunması ile ilgili olarak en önemli

---

H Hakem incelemesinden geçmiştir.

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

1 İlhan **Kara,** Tüketici Hukuku, Ankara, 2012, s. 33.

2 **Kara**, s. 33; Bu konuda ayrıca Bkz. Ergun **Önen,** Türk Hukukunda Tüketicinin Korunmasına İlişkin Usuli Düzenlemeler, İKÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, 2004/12, (s.

gelişme 23.02.1995 tarihinde kabul edilen ve 08.03.1995 tarihli ve 22221 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ile temin edilmiştir. Bu Kanun da aynı zamanda 06.03.2003 tarihinde kabul edilen, 14.03.2003 tarihli ve 25048 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan 4822 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile revize edilmiştir. Kanun'un izlediği sürece baktığımızda, aradan geçen yaklaşık on yıldan daha fazla bir zaman dilimi içerisinde tüketicilerin korunmasına dair yasal düzenlemelerin kapsadığı alanın genişlediği görülmektedir. Bu bağlamda gerçekleşen son gelişme, 07.11. 2013 tarihinde kabul edilen, 28.11.2013 tarihli ve 28835 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ile gerçekleşmiştir. 6502 sayılı Kanun ile ayıplı mallar, ayıplı hizmet, mesafeli sözleşmeler, tüketici kredileri, konut finansmanı sözleşmeleri, devre tatil sözleşmeleri ve diğer konularda 4077 sayılı Kanun ile karşılaştırıldığında birçok önemli değişiklikler yapılmıştır.

II. TÜKETİCİNİN KORUNMASI KAPSAMINA GİREN UYUŞMAZLIKLAR VE ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜMLERİ

Günümüzde hukuk sistemleri, mümkün olduğu ölçüde karşılıklı hukuki ilişkilerde zayıf olan tarafı, güçlü olan tarafa karşı himaye etmeyi amaçlamaktadır. Nitekim bu bağlamda 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile medeni yargılama hukuku alanında da taraflar arasında doğabilecek uyuşmazlıklarda yetkili mahkemenin neresi olacağına dair yetki sözleşmesi veya yetki şartı ile bu hususun kararlaştırılması konusunda bazı kanuni sınırlamalar öngörülmüştür. Kanun koyucu özellikle bu alanda yetki sözleşmeleri yapılmasını tacirler ve kamu tüzel kişileri arasında doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıklara hasretmek suretiyle bu imkânı 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu döneminde olduğunun aksine sınırlamıştır. Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, bu tahdidin kanuni gerekçesi,

105-112), s. 105; Gülen Sinem **Tek,** Tüketici Mahkemelerinin Görevi, Yetkisi ve Tüketici Mahkemelerinde Yapılan Yargılama Usulü, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, C.8, S. 99-100, 2012, (s. 127-171), s. 128.

tacirler veya kamu tüzel kişilerinin, gerçek kişiye göre daha güçlü konumda bulunmaları ve buna göre daha zayıf durumda bulunan gerçek kişilerin daha güçlü konumda bulunan tacir veya kamu tüzel kişilerine karşı himaye edilmesi ihtiyacıdır. Özellikle 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 17. maddesinde yer alan "*yetki sözleşmeleri*" ni düzenleyen normun Hükümet Gerekçesi bu anlamda önemlidir. Zira bu hükmün gerekçesine göre, "*Tüketiciler, satıcı veya hizmet sunucu şirketlere karşı, hiçbir pazarlık şansı olmaksızın, sadece kendilerine uzatılan sözleşmeye imza atarak, şirket veya kamu tüzel kişisi tarafından konulan şartları, bu arada yetki şartını da kabul etmek zorunda kalmaktadır….Tacirler veya kamu tüzel kişileri dışındaki diğer kişiler özellikle tacir olmayan gerçek kişi tüketiciler, tacirler veya kamu tüzel kişilerine karşı hukuken zayıf durumdadır. O nedenle bu kimselerin, daha güçlü olanlara karşı korunmaları gereklidir. Bu amaçla, tacirler veya kamu tüzel kişileri ile bu nitelikte olmayan kimseler arasındaki yetki sözleşmesine örneğin bir gerçek kişi tüketici ile tacirin, yetki sözleşmesi yapmalarına engel olunmak istenmiştir. Buna göre tacirler veya kamu tüzel kişileri ile bu nitelikte olmayan kimseler yetki sözleşmeleri yapamayacaklardır. Ayrıca bu kapsamda kabul etmek gerekir ki, tacirler veya kamu tüzel kişileri dışında diğer kimselerin kendi aralarında yetki sözleşmeleri yapmaları da kabul edilmemiştir."*

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, ekonomik ve hukuki anlamda daha güçlü olan tacir ve kamu tüzel kişilerine karşı, daha zayıf konumda bulunan gerçek kişileri, tüketicileri himaye etmeyi amaçlamaktadır. Ancak yetki sözleşmeleri bakımından öngörülen bu sınırlama, tacirler ile tüketicilerin yaptıkları tüketici işlemlerinden doğan uyuşmazlıklarda, uyuşmazlığı alternatif uyuşmazlık çözümleri bağlamında tahkim veya arabuluculuk yöntemleri ile çözüme kavuşturmaları bakımından da söz konusu edilebilir mi?

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'un 1.maddesine göre, "*Bu Kanunun amacı; kamu yararına uygun olarak tüketicinin sağlık ve güvenliği ile ekonomik çıkarlarını koruyucu, zararlarını tazmin edici, çevresel tehlikelerden korunmasını sağlayıcı, tüketiciyi aydınlatıcı ve bilinçlendirici önlemleri almak, tüketicilerin kendilerini koruyucu girişimlerini özendirmek ve bu konulardaki politikaların oluşturulmasında gönüllü örgütlenmeleri teşvik etmeye ilişkin hususları düzenlemektir*." denilmektedir.

Doktrinde bir görüşe göre, Kanun'un 1.maddesinde yer alan "*Kanunun amacı*" ifadesinden hareketle, tüketici sorunlarına ilişkin uyuşmazlıkların kamu düzeninden olduğundan bahisle, tahkime elverişli olmadıkları ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un kapsamına giren uyuşmazlıklar için yapılacak tahkim anlaşmasının hükümsüz kalacağı ileriye sürülmüştür[3]. Bu konuda 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun döneminde Yargıtay'ın yerleşmiş kararları da bu yöndedir. Nitekim Yargıtay'ın kararlarına göre[4], "*Tüketicinin korunmasını amaçlayan 4077 sayılı kanunun kamu düzeni ile ilgili özel bir kanun olması, bu yasanın 22. maddesi ile tüketici sorunları hakem heyeti olarak bir hakem heyeti oluşturulmasından, yasa koyucunun böylece zımnen özel tahkim yolunu kapadığı, 23.maddesindeki bu kanunun uygulaması ile ilgili her türlü ihtilafların tüketici mahkemelerinde görüleceği şeklindeki hükmünden, görevli mahkemenin yasa ile açıkça belirlendiği ve bu kanunun uygulanmasından çıkan ihtilafların mutlaka tüketici mahkemelerinde veya miktara göre tüketici hakem heyetlerinde bakılması gerektiği, tahkim yolu ile özel hakemler önünde görülemeyeceğinin kabulü gerekir….Somut olayda, taraflar arasındaki paket tur tatil sözleşmesinden doğan ihtilaf, 4077 sayılı kanunun 1, 2, 3/c-f ve 23.maddeleri nazara alındığına bu yasa kapsamında kalmakta ve ihtilafı çözmede tüketici mahkemeleri görevli olduğundan, sözleşmedeki tahkim şartı geçersizdir. Uyuşmazlığın hakemler vasıtası ile çözümlenme olanağı yoktur.*" denilmektedir. Yargıtay, Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'un sadece tüketiciyi himaye etmediği aynı zamanda kamu düzeninin de korunmasını hedeflediğinden bahisle, bu Kanun'un uygulanmasından kaynaklanan uyuşmazlıkların mutlaka tüketici mahkemelerinde veya miktara göre tüketici hakem heyetlerinde bakılması gerektiğine karar vermektedir.

Bu yaklaşımın yeni 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun döneminde de geçerliliğini muhafaza edeceği görülmektedir. Bununla birlikte yeni Kanun, önceki 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun döneminde sadece bir tek maddede yer alan Tüketici Hakem Heyetleri hakkındaki yasal düzenlemeleri artırmış ve yeni hükümler öngörmüştür.

---

3 **Kara**, s. 309-310; **Tek**, s. 138.

4 *Yargıtay 13. HD. 2008/6195 K. 2008/12026 T. 20.10.2008 sayılı Kararı; Yargıtay 13. HD 25.09.2008 tarihli ve E.2008/3492, K.2008/11120 sayılı Kararı (www.kazancı.com).*

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un "*Tüketici Hakem Heyetlerine Başvuru*" üst başlığı altında yer alan 66.maddesinin 5. fıkrasına göre ; "*Bu madde tüketicilerin ilgili mevzuatına göre alternatif uyuşmazlık çözüm mercilerine başvurmasına engel değildir.*" denilmektedir.

Bu yasal düzenlemeden de açık bir şekilde görüleceği üzere, kanun koyucu belirli limitlerle sınırlı tüketici uyuşmazlıkları için kabul ettiği Tüketici Hakem Heyetlerine zorunlu başvuru bakımından, başta arabuluculuk olmak üzere alternatif uyuşmazlık çözüm makamlarına da müracaat edilebilmesine yeni bir imkân getirmektedir. Ancak bu norm sadece Tüketici Hakem Heyetleri önüne getirilebilen uyuşmazlıklar bakımından öngörülmüş sınırlı bir düzenleme olup, tüketici mahkemelerinin görev alanına giren uyuşmazlıkları kapsamına almamaktadır. Çünkü tüketicilerin korunması ve kamu düzeni mülahazası ile tüketici mahkemelerinin görev alanına giren uyuşmazlıklar yönünden gerek 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu kapsamında arabuluculuk ve gerek 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu gereğince tahkim yoluna başvurulması mümkün değildir.

III. TÜKETİCİ MAHKEMELERİNİN GÖREV ALANI

A. Genel Olarak

Türk hukukunda yargılama sisteminde, özel kanunlar ile kurulmuş olan ve belirli kişiler arasında çıkan uyuşmazlıklara veya belirli nitelikteki ihtilaflara bakmak üzere görevlendirilmiş bulunan özel mahiyette mahkemeler tesis edilmiştir. Özel mahkemelerin görev alanı bakımından kişi veya konu yönünden sınırlama mevcuttur. Bu mahkemeler kendi özel kanunlarında belirtilmiş bulunan uyuşmazlıklara bakmaktadır. Bu özel mahkemelerin görev alanının dışında kalan ihtilaflara ise, yine genel mahkemelerde bakılmaktadır. Bununla birlikte özel bir mahkemenin görev alanına giren bir uyuşmazlık söz konusu olup da, davanın açıldığı yerde ayrı bir özel mahkeme kurulmuş değil ise, bu durumda o yerde mevcut olan genel mahkemenin söz konusu uyuşmazlığa özel mahkeme sıfatıyla bakması gerekmektedir[5].

---

[5] Ömer **Ulukapı,** Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Çerçevesinde Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, Prof. Dr. M. Şakir Berki'ye Armağan, Konya 1996, (s. 77-101), s. 86-

Hukukumuzda, yargı örgütü içerisinde genel mahkemelerin yanında, ilk olarak 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ile kabul edilen ve bu Kanun'un uygulanmasından doğan uyuşmazlıklara bakmak üzere tesis edilen "*Tüketici Mahkemeleri*"nin kurulmasına neden olan etkenlerin başında, tüketici sorunları ile ilgili ihtilafların mümkün olduğu ölçüde çabuk, seri ve basit bir şekilde çözümlenmesi ihtiyacı gelmektedir. Bu bağlamda tüketici mahkemeleri, genel mahkemelerin iş yükünü azaltması, tüketici sorunlarının basit ve hızlı bir şekilde çözüme kavuşturulması, yargılamanın uzamasına mani olması gibi mülahazalar ile kurulmuştur[6]. Nitekim bu mahkemelerin kurulmasının arka planında yer alan temel hareket noktası, tüketici ve tüketicinin etkin bir şekilde korunmasıdır. Zira tüketicinin korunması gerektiği anlayışı, mal ve hizmet sunan birimler karşısında, tüketicinin sosyal ve ekonomik bakımından daha elverişsiz durumda bulunması olgusundan kaynaklanmaktadır[7]. Bu esastan hareketle tüketici mahkemeleri, uzmanlık gerektiren, sosyal ve politik amaçların ağır bastığı, usul ekonomisine hizmet eden mahkemelerdir[8].

87; Abdurrahim **Karslı,** Medeni Muhakeme Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 2012; s. 131-132.

6 **Ulukapı**, s. 87-88; Aydın **Zevkliler,** Açıklamalı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, Örnek Yargıtay Kararları ve İlgili Mevzuat, 2. Bası, Ankara, 2001, s. 241; Fatma **Çağlar,** "4077 Sayılı Kanunla Ortaya Çıkan Tüketicinin Hak Arama Yolları", (Uzmanlık Tezi), T.C. Sanayi ve Ticaret Bakanlığı Tüketicinin ve rekabetin Korunması Genel Müdürlüğü, Ankara, 2002, s. 73-74; Aydın **Zevkliler/**Murat **Aydoğdu,** Tüketicinin Korunması Hukuku, Açıklamalı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, 3. Bası, Ankara 2004, s. 440. Bu konuda ayrıca Bkz. Yahya **Deryal**, Tüketici Hukuku, Ankara 2008, s. 215-216; Hakan **Pekcanıtez,** Hukuk Muhakemeleri Kanununun Tüketici Mahkemelerindeki Yargılama Usulüne Getirdiği Yenilikler, 2. Tüketici Hukuku Sempozyumu Ses Çözümleri ve Makaleleri, "Tüketici Hukuku Açıklamaları", Ankara, 2013, (s. 454-460), s. 457.

7 Hasan Seçkin **Ozanoğlu,** Mukayeseli Hukuk ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Açısından Tüketiciyi Koruyan Düzenlemelerin Kişi Bakımından Uygulanma Alanı, (Tüketici Kavramına Mukayeseli Bir Yaklaşım), Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul, 2000, (s. 663-692), s. 664-665, 666-667.

8 **Ulukapı**, 79, 87-88; Ahmet **Karakocalı,** Tüketici Kredisi Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümü, Tüketici Kredisi Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümü, Eskişehir Barosu Dergisi, 2005, S. 7, (s. 103-123), s. 117.

Bu bağlamda Türk hukukunda 4077 sayılı Kanun ile yargılama hukuku alanına dâhil olan Tüketici Mahkemeleri, tüketici işlemleri ile tüketiciye yönelik uygulamalardan doğabilecek uyuşmazlıklara ilişkin davalara bakmakla görevli ihtisas mahkemeleridir (TKHK.md.73/1). Buna paralel olarak, mahkemenin görevi olarak nitelendirilen husus, bize adli yargı içerisinde medeni yargı alanında, taraflar arasında çözülmesi gereken bir uyuşmazlığın hangi mahkeme önüne getirilmesi gerektiğinin cevabını vermektedir. Bunun dışında, özel kanunla tesis edilen tüketici mahkemeleri, özel mahkeme niteliğine sahip olduğu için, genel mahkemeler ile aralarındaki ilişki de bir görev ilişkisidir[9]. Bu sebeple mahkemeler arasındaki görev ilişkisi, kamu düzeni ile ilgili olduğundan bahisle, gerek taraflarca gerek mahkeme (ve Yargıtay) tarafından re'sen yargılamanın her safhasında göz önünde bulundurulması gereken bir dava şartı olarak karşımıza çıkmaktadır.

B. Tüketici Hakem Heyetlerinin Görev Alanına Giren İhtilaflar

Kanun koyucu, tüketici mahkemelerinin görev alanı içine giren uyuşmazlıklar açısından, diğer mahkemelerin görev alanına giren uyuşmazlıklardan farklı olarak, belirli miktardaki uyuşmazlıkların tüketici hakem heyetleri tarafından çözüme ulaştırılmasını öngörmüştür. Buna bağlı olarak belirli meblağdaki uyuşmazlıkların tüketici mahkemesine intikal etmeden önce, tüketici hakem heyetine zorunlu başvuru yoluyla çözümlenmesi amaçlanmıştır. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamında tüketici hakem heyetlerinin kurulması, tüketici ile satıcı arasında meydana gelen ve parasal değeri düşük olan uyuşmazlıkların zaman ve masraftan tasarruf edilmesini sağlamakta ve aynı zamanda da usul ekonomisine hizmet etmektedir[10].

---

[9] İlhan E. **Postacıoğlu,** Medeni Usul Hukuku Dersleri, 6. Bası, İstanbul, 1975, s. 92; Necip **Bilge**/Ergun **Önen,** Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, 3. Baskı, Ankara 1978, s. 146; Saim **Üstündağ,** Medeni Yargılama Hukuku, C.I-II, 7. Baskı İstanbul 2000, s. 49; H. Yavuz **Alangoya/**M. Kamil **Yıldırım/**Nevhis **Deren-Yıldırım,** Medeni Usul Hukuku Esasları, 7 Baskı, İstanbul 2009, 56-57; **Ulukapı**, s. 90-91; **Karslı**, s 132; **Önen**, s. 109; **Tek**, s. 128; Meral **Sungurtekin-Özkan,** Türk Medeni Yargılama Hukuku, İzmir 2013, s. 31.

[10] **Ulukapı**, s. 79.

Tüketici hakem heyetinin görev alanına giren uyuşmazlıklar bakımından 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 68.maddesinin 1. fıkrası yeni bir düzenleme içermektedir. Bu düzenlemeye göre, "*Değeri iki bin Türk Lirasının altında bulunan uyuşmazlıklarda ilçe tüketici hakem heyetlerine, üç bin Türk Lirasının altında bulunan uyuşmazlıklarda il tüketici hakem heyetlerine, büyükşehir statüsünde bulunan illerde ise iki bin Türk Lirası ile üç bin Türk Lirası arasındaki uyuşmazlıklarda il tüketici hakem heyetlerine başvuru zorunludur. Bu değerlerin üzerindeki uyuşmazlıklar için tüketici hakem heyetlerine başvuru yapılamaz.*" denilmektedir. Bununla birlikte, 27.12.2014 tarihli ve 29218 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan Gümrük ve Ticaret Bakanlığı'nın Tebliğ'i (Tebliğ No: TGM-2014/2) ile 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 68.maddesi ve Tüketici Hakem Heyetleri Yönetmeliği'nin 6.maddesinde yer alan parasal sınır, 1.01.2015 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere artırılmıştır. Bu düzenlemeye göre, "*1) 7/11/2013 tarihli ve 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 68 inci maddesinde belirtilen parasal sınırlar, 15/11/2014 tarihli ve 29176 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Vergi Usul Kanunu Genel Tebliğinde (Sıra No:441) tespit edilen 2014 yılı için yeniden değerleme oranı olan % 10,11 (yüzde on virgül on bir) artış esas alınarak, 1/1/2015 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere:*

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 68 inci maddesinin 1 inci fıkrası ve 27/11/2014 tarihli ve 29188 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan Tüketici Hakem Heyetleri Yönetmeliği'nin 6 ncı maddesi gereğince;

Tüketici hakem heyetlerinin, uyuşmazlıklara bakmakla görevli ve yetkili olmalarına ilişkin parasal sınırlar;

a) İlçe tüketici hakem heyetleri için üst parasal sınır, 2.200 Türk Lirası,

b) Büyükşehir statüsünde olan illerdeki il tüketici hakem heyetleri için parasal sınır, 2.200 Türk Lirası ile 3.300 Türk Lirası arası,

c) Büyükşehir statüsünde olmayan illerin merkezlerindeki il tüketici hakem heyetleri için üst parasal sınır, 3.300 Türk Lirası,

ç) Büyükşehir statüsünde olmayan illere bağlı ilçelerdeki il tüketici hakem heyetleri için parasal sınır, 2.200 Türk Lirası ile 3.300 Türk Lirası arası olarak tespit edilmiştir."

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'un 68.maddesinde yer alan bu düzenleme 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'un 22.maddesindeki hükümden ayrılmaktadır. Şöyle ki, 4077 sayılı Kanun'da İlçe Tüketici Hakem Heyetlerine başvuru için üst sınır: 1.272.19 TL idi. Buna karşılık, İl Tüketici Hakem Heyetlerine başvuru için ise, üst sınır: 3.321.17 TL şeklinde idi. 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun ile öngörülen kanun hükmü ve 1.01.2015 tarihinden itibaren geçerli olacak yeni parasal sınır düzenlemesi ile birlikte İlçe Tüketici Hakem Heyetleri için üst sınırı yükseltilmiş ve 2.200 TL olarak belirlenmiştir. Aynı şekilde, İl Tüketici Hakem Heyetlerine müracaat edilecek uyuşmazlıklar bakımından ise, üst sınırı indirmiş bulunmaktadır. Büyükşehir statüsünde bulunan illerde ise, 2.200 Türk Lirası ile 3.300 Türk Lirası arasındaki uyuşmazlıklarda il tüketici hakem heyetlerine başvuru zorunludur. Doktrinde **Pekcanıtez**'e göre, bu özel bir dava koşulu olarak öngörülmüştür. Bu koşulun gerçekleşip gerçekleşmediği hususunun mahkeme tarafından re'sen gözetilmesi gerekmektedir[11]. Nitekim bu değerlerin üzerindeki uyuşmazlıklar için tüketici hakem heyetlerine başvuru yapılamayacağı kabul edilmiştir. Dolayısıyla bu il ve ilçe tüketici hakem heyetleri için öngörülen bu parasal sınırları aşan miktarlardaki uyuşmazlıklar açısından başvurunun tüketici mahkemelerine yapılması gerekmektedir.

Yukarıda ifade ettiğimiz üzere belirli tutardaki uyuşmazlıkların çözümü için tüketici hakem heyetine başvuru, Kanun gereği zorunlu tutulmuş ve tüketici hakem heyetleri tarafından verilen kararların taraflar için bağlayıcı nitelikte olduğu kabul edilmiştir (TKHK.md.70/1). Uyuşmazlığın tarafları, tüketici hakem heyetinin kararlarına karşı, tebliğ tarihinden itibaren on beş gün içinde tüketici hakem heyetinin bulunduğu yerdeki tüketici mahkemesine itiraz edebilme hakkına sahiptir. Tüketici hakem heyetinin kararına karşı, taraflarca yapılabilecek itiraz, tüketici hakem heyeti kararının icrasını durdurmayacaktır. Ancak talep edilmesi koşulu ile hâkim, tüketici hakem heyeti kararının icrasını tedbir yoluyla durdurabilme yetkisine sahiptir (TKHK.md.70/3). Bu bağlamda tüketici hakem heyetlerinden verilen tarafları bağlayıcı nitelikteki karara karşı, uyuşmazlık taraflarının tüketici mahke-

---

[11] Hakan **Pekcanıtez,** Tüketici Mahkemeleri, İBD. 1996, C.LXX, S. 4-5-6, (s. 141-162), s. 145.

mesine itirazı halinde, mahkemenin inceleme sonunda vereceği karar kesindir (TKHK.md.70/5).

C. Tüketici Mahkemelerinin Görev Alanına Giren Uyuşmazlıklar

1. Kanuni Düzenleme

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un "*Tüketici Mahkemeleri*" üst başlığı altında 73.maddesinin 1. fıkrası, "*Tüketici işlemleri ile tüketiciye yönelik uygulamalardan doğabilecek uyuşmazlıklara ilişkin davalarda tüketici mahkemeleri görevlidir.*" şeklindedir. Bu düzenlemeden de görüleceği üzere, kanun koyucu tüketici mahkemelerinin görev alanına girecek olan uyuşmazlıkları, tüketici işlemleri ile tüketiciye yönelik uygulamalardan doğan ihtilaflara dair davalar olarak öngörmektedir. Bu bağlamda kanun hükmünde sözü edilen "*tüketici işlemi*" kavramına hangi tür işlemlerin dâhil olduğunun belirlenmesi gerekmektedir. 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun 3. maddesinin 1. bendinde tüketici işlemini, "*Mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlemi*" şeklinde tanımlamaktadır. Buna karşılık, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanunun 3.maddesinin (h) bendinde yer alan düzenlemede ise, tüketici işlemi, *"Mal veya hizmet piyasalarında tüketici ile satıcı-sağlayıcı arasında yapılan her türlü hukuki işlemi"* şeklinde düzenlenmiş idi.

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un da yer alan kanuni düzenleme ile 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un *tüketici işlemi* kavramı ile ilgili yasa normu birlikte mukayese edildiğinde, yeni hükmün *tüketici işlemi* kavramının kapsamını daha da geniş tuttuğu görülmektedir. Bu düzenlemeye bağlı olarak, tüketici işlemlerinin kapsamına giren sözleşme ve hukuki işlemler genişlediği için, taraflar arasında doğabilecek uyuşmazlıkların, tüketici işlemi kavramının kapsamı içine girip girmediğinin öncelikle belirlenmesi ve eğer yapılan işlem, tüketici işlemi niteliğine sahipse ve de uyuşmazlığın taraflarından biri de tüketici ise, o halde ihtilafın çözümü için tüketici mahkemelerine müracaat edilmesi

gerekmektedir. Bu anlamda 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 3. maddesinin 1. bendinde *tüketici işlemi* adı altında sayılan birçok hukuki işlem, önceden Ticaret Kanunu'nun kapsama alanı içinde iken, yeni düzenleme ile Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un uygulanma alanına dâhil olmuştur. Yeni yasa ile birlikte evvelce kapsam dışında kalan bazı sözleşme türleri ve hukuki işlemler, adeta bir şemsiye gibi tüketici işlemi başlığı altında toplanmıştır. Bu durum gözlemlerimize göre, uyuşmazlığın bir tarafının tüketicinin olduğu bu tür işlemlerden doğabilecek ihtilafların çözümü için görevli olan tüketici mahkemelerinin iş yükünün artmasına ve aynı zamanda mahkemeler arasında mahkemelerin görevi sebebiyle büyük sorunların doğmasına neden olacak niteliktedir[12]. Bunun yanı sıra 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun döneminde Yargıtay'ın tüketici işlemi olmadığı gerekçesi ile tüketici mahkemelerinin görev alanına girmediğine dair verdiği bazı kararların da bu yeni yasal düzenleme karşısında, artık herhangi bir önemi kalmayacaktır.

2. Tüketici Mahkemeleri ile Diğer Mahkemeler Arasında Ortaya Çıkan Görev ile İlgili Problemler

Yargıtay'ın Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un uygulanmasından kaynaklanan uyuşmazlıklarda, tüketici mahkemeleri ile diğer mahkemeler arasında ortaya çıkan hangi mahkemenin görevli olacağına ilişkin sorunların ve bozulan ilk derecece kararlarının uygulama alanında hiç de küçümsenmeyecek boyutlara ulaştığını söylemenin yanlış bir yaklaşım olmadığını görmekteyiz. Bu bağlamda özellikle Yargıtay'ın verdiği bazı kararlar medeni yargılama hukuku alanında mahkemelerin görev kuralları bakımından tartışmalara neden olacak niteliktedir.

a. Ticari Davalar ile İlgili Uyuşmazlıklar

Türk hukukunda kambiyo senetleri Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenmiştir. Bu bakımından kambiyo senetlerinden doğan uyuşmazlıklarda tarafların tacir olup olmadığı sıfatına bakılmaksızın bu davaların mutlak ticari

---

[12] Rüştü **Germeyan,** 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Tüketici Hakem Heyetleri ve Tüketici Mahkemelerine İlişkin Hükümleri, (Tüketici Hakları ve Rekabet Hukuku), İBD., 2014, Özel Sayı, C.88, (s. 129-141), s. 137-138.

davalar olduğu kabul edilmekte ve bu davaların ticaret mahkemelerinde görülmesi gerekmektedir. Kambiyo senetlerinden doğan ihtilafların ticaret mahkemelerinde görülmesi, gerek Türk hukuk uygulaması gerek doktrinde kabul gören bir anlayış olmasına rağmen, Yargıtay 13. Hukuk Dairesi bir uyuşmazlığın tüketici mahkemesinde görülüp görülmeyeceğine dair bir hususun tartışıldığı bir kararında, somut olayda bir kambiyo senedi olan bononun hangi sebeple verildiğine bakarak, görevli mahkemenin tüketici mahkemesi olduğuna hükmetmiştir[13]. Yargıtay'ın kararına konu olan olayda, davacı müflisin alacaklı olduğu bir senette müflise karşı borcu olmadığının tespit edilmesi amacıyla menfi tespit davası açmıştır. Temyiz Mahkemesi, temel ilişkideki uyuşmazlığın niteliğine göre görevli mahkemenin belirlenmesi gerektiği görüşünden hareket ederek, somut olaya konu olan bononun konut satışı için verildiğinden bahisle, davaya tüketici mahkemelerinde bakılması gerektiği sonucuna varmıştır[14]. 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un uygulandığı dönemde benzer olaylar açısından farklı mahkemelerin görevli olarak belirlenmesi, medeni yargılama hukuku alanında bugüne kadar açıkladığımız görev kuralları ile bağdaşmamaktadır. Bu bağlamda yeni 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ile de bu tartışmaların sonunun gelmeyeceği ve bizatihi tüketici işlemi olarak tanımlanan hukuki muamelelerin kapsama alanının daha da genişlemesi nedeniyle, mahkemenin görev alanının tayin edilmesi yönünden çok daha karmaşık sorunların ortaya çıkacağı kaçınılmaz görünmektedir.

Özellikle yine bu konu ile bağlantılı olarak, üzerinde durulması gereken bir başka husus da yakın yıllarda Anayasa Mahkemesi'nin 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu'nun 44.maddesinin 2.fıkrasının Anayasa'nın hukuk devleti ile ilgili 2.maddesi ile eşitlik ile ilgili 10.maddesine aykırı olduğu gerekçesiyle açılan davada vermiş olduğu kararda izlemiş olduğu yaklaşımdır. Anayasa Mahkemesi'nin kararına konu olan somut olayda, uyuşmazlık kredi kartı kullanımından kaynaklanan borcun ödenmemesi nedeniyle borçlu aleyhine başlatılan icra takibinden kaynaklanmıştır. İtirazın iptali için açılan davada, itiraza konu olan 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu'nun 44.maddesinin 2.fıkrasının Anayasa'ya aykırı

---

13 **Karslı**, s. 167.

14 Yukarıda adı geçen karar için Bkz. **Karslı**, s. 167-168.

olduğu iddiası ile iptali talep edilmiştir[15]. Anayasa Mahkemesi tarafından iptali talep edilen 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu'nun 44.maddesindeki yasal düzenleme şu şekildedir. Buna hükme göre, "*Bu Kanunun uygulanmasıyla ilgili uyuşmazlıklarda kart hamilinin tüketici olması halinde, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 22 nci ve 23 üncü maddesi hükümleri uygulanır.*

Kart çıkaran kuruluşlar tarafından kart hamilleri aleyhine açılacak davalarda 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun görev ve yetkiye ilişkin hükümleri uygulanır." denilmektedir.

Yasa normundan da anlaşılacağı üzere, kanun koyucu burada, kredi kartı sahibi tüketici ile kredi kartı çıkaran kuruluş arasında çıkan uyuşmazlık üzerine dava açılması halinde, davanın açılacağı mahkemenin görev ve yetki kurallarının belirlenmesi konusunda ikili bir ayrım yapmış bulunmaktadır. Kanun maddesinin bu şekilde iki yönlü düzenlenmesinin gerek kanun yapma tekniği gerek hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu, birden fazla görevli mahkeme kabul edilmesinin karışıklığa neden olacağı ve böyle bir uygulamanın aynı zamanda davaların uzamasına sebebiyet vereceği ileri sürülmesine rağmen, Anayasa Mahkemesi tarafından bu görüş kabul görmemiştir. Anayasa Mahkemesi'nin kararına göre, "*Anayasa'nın 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti'nin bir hukuk devleti olduğu belirtilmiştir. Hukuk Devletinde hukukun üstünlüğü ve evrensel hukuk kurallarının geçerliliği tartışmasız kabul edilmesi gereken bir gerçektir. Hukuk Devleti, insan haklarına saygılı, bu hakları koruyan, adaletli bir hukuk düzeni kurup sürdürmekle kendini yükümlü sayan, bütün etkinliklerinde, işlem ve eylemlerinde hukuk kurallarına bağlı olan devlettir.*

Anayasa'nın 10. maddesinde belirtilen "yasa önünde eşitlik ilkesi" hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayrım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin çiğnenmesi yasaklanmıştır. Yasa önünde eşitlik, herkesin

---

15 AYM., 18 06.2009, E. 2006/114, K. 2009/87, RG. 06.10.2009, S. 27368.

her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez.

Kart hamilinin tüketici olarak 5464 sayılı Yasa'nın uygulanmasıyla ilgili uyuşmazlıklarda tüketici mahkemesine dava açması ile kart çıkaran kuruluş tarafından kart hamiline davalı sıfatıyla genel mahkemede dava açması farklı hukuksal durumları içermektedir. Kural ile kart hamillerinin açtıkları davalar açısından tüketici sıfatıyla korunmaları amacına yönelik bir düzenleme yapılmıştır. Kart çıkaran kuruluşların açtıkları davalar ise, kredi alacağının tahsili için borçlu tüketiciler aleyhine açılan davalardır. İtiraz konusu 44. maddenin ikinci fıkrası ile birinci fıkrasındaki düzenlemeler farklı hukuksal durumda bulunan davacıların konumlarına göre yapıldığından kuralın eşitliğe aykırı olduğu sonucu çıkarılamaz."

Sonuç olarak, Anayasa Mahkemesi bu kararı ile 5464 sayılı 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu'nun 44.maddesinin 2.fıkrasının Anayasa'nın hukuk devleti ile ilgili 2.maddesi ile eşitlik ile ilgili 10.maddesine aykırı olmadığı kanaatine varmıştır.

Doktrinde bu konu hakkında bir görüşe[16] göre, gerek Yargıtay'ın kararları gerek Anayasa Mahkemesi'nin bu kararı çerçevesinde, görevli mahkemenin belirlenmesi noktasında hukukumuza adeta yeni bir kural dâhil edilmiştir. Bu anlayış doğrultusunda, bugüne kadar görevli mahkemenin tespit edilmesinde, dava konusu uyuşmazlığın niteliği veya miktarı esas alınırken, bundan sonra dava açan tarafın hukuksal konumunun, taraflar arasındaki hukuki işlemin niteliğinin ve amacının da etkili olacağı ileri sürülmüştür.

Fikrimizce, Anayasa Mahkemesi tarafından verilen bu karar ve Yargıtay'ın tüketici mahkemelerinin görevi hususunda verdiği birçok kararlarında da görüldüğü üzere, mahkemelerin görevi meselesi, üzerinde ciddi şekilde düşünülmesi gereken konuların başında gelmektedir. Özellikle medeni yargılama hukuku açısından davanın en başında bir dava şartı olan ve re'sen gözetilen görev kurallarında herhangi bir hata meydana gelmesi ve

---

16 **Karslı**, s. 169.

bunun farkına varılmaması davanın ilerleyen aşamalarında anlaşıldığı takdirde, o zamana kadar geçen sürenin, yapılan muhakemenin ve harcamaların boşa gitmesine sebep olacaktır. Kanun koyucunun mahkemelerin yetkisi hususunda, kanun normları ile genel yetki kuralı yanında kamu düzeninden kabul ettiği kesin yetki ve kesin olmayan yetki kurallarını tesis etmesinin altında yatan gaye, dava açan tarafa birden fazla yetkili mahkemede dava açabilmek açısından seçenek sunmasıdır. Buna karşılık görev kuralları, dava şartlarının incelenmesi ölçütünde yetki kurallarından önce gelmekte ve dava konusu uyuşmazlığa bakacak olan mahkemenin evvelemirde görevli olmasını gerektirmektedir. Genel mahkemelerin (asliye-sulh) yanında çok sayıda özel mahkeme olması ve bunlar arasında hangi mahkemenin somut uyuşmazlığa bakmaya görevli olacağı hususu, ihtisaslaşmanın yanı sıra görev meselesinde de ciddi tartışmalara sebep olacak niteliktedir.

Tüketici mahkemelerinde görülmesi gereken davalar açısından üzerinde durulması gereken bir başka konu ise, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'un 3.maddesinin (h) bendinde yer alan *tüketici işlemi* kavramı içine dâhil edilen çeşitli sözleşme ve hukuki işlemler ile mahkemelerin görevi konusunda yeni sorunların başlayacak olmasıdır. 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun 3. maddesinin 1. bendinde tüketici işlemini, "*Mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlemi*" şeklinde düzenlenmiştir. Bu düzenleme önceki 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanunun 3.maddesinin (h) bendinde yer alan düzenlemeden kapsamı itibariyle ayrılmaktadır. Bu şekilde tüketici mahkemelerinin görev alanına giren iş ve işlemlerin sayısı da artmaktadır.

4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un yürürlükte olduğu dönemde, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, hava yolu ile taşıma sözleşmesinden kaynaklanan manevi tazminat davasında, taraflar arasındaki uyuşmazlığın taşıma hukukunu ilgilendirdiğinden bahisle bu hususun TTK.'nun 4.maddesinin 1. bendi gereğince, mutlak ticari dava sayıldığından, bu nite-

likteki uyuşmazlığa tüketici mahkemesinde bakılmasının mümkün olmadığına karar vermiştir[17].

Bu bağlamda kural olarak Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenmiş bulunan taşıma işleri, simsarlık, sigorta sözleşmelerinden kaynaklanan ihtilaflara 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un öngördüğü yeni düzenlemeler karşısında bundan böyle artık ticaret mahkemelerinde değil, tüketici mahkemelerinde bakılması gerekecektir.

b. Taşınmaz Mallar ile İlgili Uyuşmazlıklar

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 3.maddesinin (h) bendi gereğince, bu Kanun'un uygulama alanı içine dâhil olan mallar; "*Alışverişe konu olan; taşınır eşya, konut veya tatil amaçlı taşınmaz mallar ile elektronik ortamda kullanılmak üzere hazırlanan yazılım, ses, görüntü ve benzeri her türlü gayri maddi malları*" kapsamına almaktadır. Bu düzenleme, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a 4822 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik ile bu şekli almış ve yeni Kanun ile de aynı normu muhafaza etmiş bulunmaktadır. Buna karşılık, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a 4822 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten önce, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un uygulama alanına giren mallar kavramı içine sadece "*ticaret konusu taşınır eşya*" dâhil edilmekte idi. 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a 4822 sayılı Kanun ile yapılan değişikliğin yeni 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ile de aynı şekilde muhafazası karşısında ortaya çıkan bu durum bize, Tüketici mahkemelerinde görülecek uyuşmazlıkların alanının giderek genişlemiş olduğunu göstermektedir. Kanun, sadece taşınır eşya değil, bunun yanı sıra mahkemenin görev alanı içine dâhil olan konut veya tatil amaçlı taşınmaz mallar ile ilgili olarak ortaya çıkan uyuşmazlıklara bakma konusunda da görevli kabul edilmektedir.

---

[17] Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 04.07.2012 tarihli ve E.2012/9513, K.2012/11823 sayılı Kararı için Bkz. (www.kazanci.com). Doktrinde 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun hükümlerinin uygulama alanı bulduğu dönemde, taşıma işlerinde tüketici mahkemelerinin görevli olması gerektiği yönünde Bkz. İ. Yılmaz **Aslan,** Tüketici Sorunları Hakem Heyetinin Görev Alanı Sorunu, Tüketici Hakları ve Rekabetin Korunması Hukuku, İBD. Özel Sayısı, 2007/Kasım, (s. 3-23), s. 18.

Yargıtay'ın 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a 4822 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sonucu kabul edilen ve 6502 sayılı Kanun ile de korunan "*Alışverişe konu olan; taşınır eşya, konut veya tatil amaçlı taşınmaz mallar"* hakkında çıkan uyuşmazlıkların tüketici mahkemelerinde görülmesine dair kararları, sadece konut ve tatil amaçlı taşınmaz mallardaki ayıba ilişkin ihtilaflar ile sınırlı değildir. Yüksek mahkeme yerleşmiş kararları ile aynı zamanda taşınmaz malların satışına dair yapılan sözleşmeler gereği tapu iptali ve tescil davalarında da tüketici mahkemelerinin görevli olduğuna hükmetmektedir[18].

Yargıtay 14. Hukuk Dairesi'nin 03.04.2013 tarihli ve E. 2013/2788, K.2013/5142 sayılı Kararına konu olan olayda, *"Davacı, Beylikdüzü ilçesi 639 ada 2 parsel sayılı taşınmazın Gürpınar Belediyesi tarafından P... Konut Yapı Kooperatifler Birliğine tahsis edildiğini, adı geçen birliğin taşınmazı tahsis ettiği birlik üyesi S.S. Ö... Konut Yapı Kooperatifinin Jetpa Limited Şirketi ile kat karşılığı inşaat sözleşmesi imzaladığını, şirketin sözleşme gereklerini yerine getirdiğini ve inşaatı tamamlanan 928 adet bağımsız bölümün tamamının satıldığını, kendisinin de yüklenici şirketten harici sözleşme ile daire satın aldığını, satış bedelinin tamamını ödediğini belirterek, söz konusu bağımsız bölümün tapu kaydının iptali ile adına tescilini istemiştir. ...Davacı tüketici, yüklenicinin temlikine dayalı olarak tapu iptali ve tescil isteğinde* bulunduğundan taşınmazın olduğu yerde ayrı bir tüketici mahkemesi varsa çekişmenin *tüketici mahkemesinde görülmesi aksi halde davaya tüketici mahkemesi sıfatıyla bakılması yasadan kaynaklanan bir zorunluluktur. Tapu maliki davalı Belediye'nin, taşınmazı tahsis ettiği S.S. Ö... Konut Yapı Kooperatifinin (P... Konut Yapı Kooperatifler Birliği) arsa maliki sıfatı ile yüklenici Jetpa Limited Şirketi ile imzaladığı arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince inşa edilen bağımsız bölümün yüklenici tarafından davacıya satışı söz konusudur. Davacı, yüklenicinin halefi sıfatı ile bu davayı açmıştır. Bu nedenle, davacının tüketici olarak kabulü gerekir. Nitekim davacı davayı görevli tüketici mahkemesinde açmıştır…Mahkemece,*

---

[18] **Tek**, s. 146. Yargıtay HGK.'nun 06.05.2009, E.2008/14-124, K.2009/158 sayılı Kararı için (Bkz. www.kazanci.com.); Yargıtay 13. HD.'nin 05.04.2005 tarihli ve 15271/5679 sayılı Kararı için Bkz. Mehmet Akif **Tutumlu,** Tüketici Mahkemelerinin Görev ve Yetki Sınırları, Ankara 2006, s. 353-354.

dava konusu uyuşmazlığın çözüm yerinin tüketici mahkemeleri olduğu gözetilmeden mahkemenin görevsizliğine karar verilmesi doğru görülmemiş, bu sebeple hükmün bozulması" yönünde karar tesis etmiştir[19].

Hatta bu konuda Yargıtay bir adım daha ileri giderek, uyuşmazlığın tüketici mahkemelerinin görev alanı içine girmesi için, kaba inşaat halinde satın alınan konut amaçlı taşınmazın tamamlanmasını aramamaktadır[20].

Uygulamada Temyiz Mahkemesi tarafından verilen bu şekilde pek çok karara rastlanmaktadır. Yargıtay, kanun normunun *konut ve tatil amaçlı*

---

[19] Karar için Bkz. (www.kazanci.com.) Bu konuda benzer şekilde Yargıtay 14 HD. 03.05.2005, E.2005/405, K.2005/4223; Yargıtay 14.HD. 28.12.2006, E.2006/14785, K.2006/16394; Yargıtay 14. HD. 02.06.2006, E.2006/4940, K.2006/6261; Yargıtay 14. Hd. 30.05.2006, E.2006/1673, K.2006/6107; Yargıtay 14 HD. 11.05.2006, E.2006/4076, K.2006/5536; Yargıtay 14. HD. 20.09.2012, E.2012/9109, K.2012/10689 sayılı Kararları için Bkz. (www.kazanci.com.). Buna karşılık, taraflar arasındaki uyuşmazlığın, mesleki veya ticari amaçlarla satın alınan taşınmaz bir maldan kaynaklandığı hallerde ise, Yargıtay'ın yerleşik kararları tüketici mahkemelerinin görevli olmadığı yönündedir. Bu konu ile ilgili olarak, Yargıtay 14. Hukuk Dairesi'nin 21.03.2006, E.2006/1969, K.2006/3232 sayılı Kararına konu olan uyuşmazlıkta "*Eldeki davada, dava konusu bağımsız bölüm işyeri olup, konut ve tatil amaçlı yapılmış yerlerden olmadığından Tüketicinin Korunması hakkındaki yasa kapsamında değildir. Bu nedenle davanın Asliye Hukuk Mahkemesinde görülüp sonuçlandırılması gerektiği gözetilmeden Tüketici Mahkemesinin görevli olduğundan bahisle görevsizlik kararı verilmesi doğru görülmemiş ve hükmün bozulması gerekmiştir."* Bu karar için Bkz. (www.kazanci.com). Bu konu ile ilgili ayrıntılı bilgi için Mehmet Akif **Tutumlu,** Taşınmaz (Konut) Davalarının Tüketici Mahkemesinde Görülmesinin Koşulları, Terazi Hukuk Dergisi, 2006/9, S. 1, (s. 41-48), s. 42-43; **Ertabak**, s. 43-44.

[20] Ünal **Ertabak,** Tüketici Mahkemelerinde Çözülmesi Gereken İhtilaflar, Legal Hukuk Dergisi, 2012, C.110, S. 115-116, (s. 39-81), s. 43; **Tek**, s. 146. Yargıtay'ın 13. HD. 18.03.2002 tarihli E.2004/18641 ve K.2004/6430 sayılı Kararı gereğince, uyuşmazlığa konu olan somut olayda, davacının davalının inşaatını yaptığı taşınmazda 10 numaralı daireyi kaba inşaat halinde satın aldığı, eksik işleri tamamladığı, ancak tapu devrinin yapılmadığının tespitinin yaptırılmak suretiyle, yapılan işler tutarının faizi ile beraber ödetilmesine dair açtığı davada, Temyiz Mahkemesi, uyuşmazlığın tüketici mahkemelerinin görevi içinde olduğuna hükmetmiştir. (İBD.2006/2, C.80, S. 2, s. 843-844). Bu konuda geniş bilgi için Bkz. **Tutumlu**, (Taşınmaz Davalarının Tüketici Mahkemesinde Görülmesi) s. 41 vd.; Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 04.07.2003 tarihli 1292/11344 sayılı ve 20. Hukuk Dairesi'nin 11.02.2005 tarihli 892/1007 sayılı benzer bir kararları için Bkz. **Tutumlu** (Tüketici Mahkemeleri), s. 376-377.

taşınmaz malları ihtiva etmesi ve uyuşmazlığın taraflarından birinin *tüketici* olması halinde, ihtilafın tüketici mahkemelerinde görülmesi gerektiği sonuca varmaktadır. Nitekim 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'un kapsamı içinde de yer alan *konut ve tatil amaçlı taşınmaz mallar* ile ilgili satımlardan kaynaklanan uyuşmazlıkların tüketici mahkemelerinin görev alanına dâhil olması bazı sebepler ile haklı olarak eleştirilmiştir. Bu konu ile ilgili olarak bir görüşe[21] göre, özellikle taşınmaz malların satışlarında her zaman ileri sürülmesi olasılığı bulunan muvazaa iddialarının gerektirdiği tahkikat ve yargılama usulünün niteliğinin, tüketici mahkemelerindeki geçerli olan ve yargılamanın basit ve hızlı yapılmasını sağlayan basit muhakeme usulünün ruhuna uygun düşmediği ileri sürülmektedir. Bu bağlamda doktrinde bir başka görüşe[22] göre, konut amaçlı tüm taşınmaz malların kapsama dâhil edilmesinin amacı aşan bir düzenleme olduğu savunulmuştur.

Bu konu hakkında bizim görüşümüz de doktrinde ileri sürülen görüşleri destekleyici niteliktedir. Zira Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un amacı tüketiciyi korumak ve bu Kanunun uygulamasından kaynaklanan uyuşmazlıklarda çabuk, seri ve istikrarlı bir sonuç elde edilmesini sağlamak, tüketicileri harçtan muaf tutmak ve tüketicilere kendi yerleşim yerlerinde de dava açabilme konusunda kolaylık temin etmek ve davaların basit yargılama usulü ile görülmesini sağlamaktır[23]. Buna karşılık, bu Kanunun uygulamasından doğan konut satışları ile ilgili tapu iptali ve tescili gibi taşınmaz malın aynına ilişkin uyuşmazlıkların; çabuk, seri, harçtan muaf, hızlı bir şekilde ve basit yargılama usulüne göre hareket etmesi kabul edilen tüketici mahkemeleri tarafından çözüme kavuşturulması kanaatimizce isabetli bir düzenleme ve yaklaşım tarzı değildir.

Bu bağlamda taşınmaz malların satımından doğan uyuşmazlıklar ile ilgili karar örneklerinin çoğaltılması mümkündür. Nitekim Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 26.02.2013 tarihli ve E.2013/4125, K. 2013/4410 sayılı

---

21 Bu konuda ayrıntılı bilgi için Bkz. **Tutumlu** (Taşınmaz Davalarının Tüketici Mahkemesinde Görülmesi), s. 48.

22 Şebnem **Akipek,** Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Çerçevesinde Kredi Kartları, AÜHFD. 2003/3; C.52, (s. 103-119), s. 112. Bu konuda aynı fikirde Bkz. **Aslan**, s. 21.

23 Bu konuda Bkz. AYM., 18 06.2009, E. 2006/114, K. 2009/87, RG. 06.10.2009, S. 27368.

Kararına konu olan bir başka olayda, *"TOKİ projeleri kapsamında satış sözleşmesi ile davalıya konut satışı yapıldığı ancak davalının sözleşme hükümlerine uymayarak taksitleri ödememesi ve konutu tahliye etmemesi nedeniyle işgal edilen taşınmaza yönelik el atmanın önlenmesi davasında; davalı ile davacı arasında konut satımı hususunda sözleşme yapıldığı ve taraflar arasında mal ve hizmet satışına ilişkin bir hukuki ilişki kurulduğu ve uyuşmazlığın 4077 S.K. kapsamında olduğu anlaşılmaktadır. 4077 Sayılı Kanun 23. m. bu kanunu uygulanması ile ilgili her türlü ihtilafa tüketici mahkemelerinde bakılacağını öngörmüştür. Taraflar arasındaki uyuşmazlıkta Tüketici Mahkemesi görevlidir. Mahkemece taraflar davadan haberdar edilip, tarafların sunacakları deliller toplanıp işin esasına girilerek sonucuna göre hüküm kurulması gerekirken yazılı şekilde görevsizlik kararı verilmesi usul ve yasaya aykırıdır."* sonucuna varılmıştır[24].

Yüksek mahkemenin bu kararından da görüleceği üzere, el atmanın önlenmesine ilişkin uyuşmazlıklar da tüketici mahkemelerinin görev alanı içine girmektedir[25].

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamında tüketici mahkemelerinin görev alanına giren konut satışları ve bu manada taşınmaz mallar ile ilgili olarak üzerinde durulması gereken bir diğer mesele ise, kat karşılığı inşaat sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklara hangi mahkemede bakılacağı sorunudur. Bu konuda Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin 23.01.2013 tarihli ve E.2012/22731, K. 2013/918 sayılı Kararına konu olan somut olayda taraflar arasındaki uyuşmazlık kat karşılığı inşaat sözleşmesinden kaynaklanmaktadır. Bu karara göre, *"Davacı vekili dilekçesinde; arsa sahibi davacıların murisleri H.U. ve dava dışı diğer arsa sahipleriyle davalı yüklenici (müteahhit) aralarında 05.12.1995 tarihli kat karşılığı inşaat sözleşmesi akdedildiğini ve kat karşılığı inşaat sözleşmesine göre davalı müteahhide isabet edecek olan (b) blok 2. kattaki 4 numaralı daire için davacıların murisleri H.U. ile davalı arasında noterlikçe 03.06.1997 tarihinde gayrimenkul satış vaadi sözleşmesi düzenlendiğini ve sözleşme gereği 1.000.000 TL (şimdiki 1.000 TL'nin) peşin olarak davalıya ödendiğini, ancak davalının 3.kişiye olan borcu sebebiyle konan hacizlerden dolayı*

---

24 Karar için Bkz. www.kazanci.com

25 Bu konuda farklı görüş için ayrıca Bkz. **Tek**, s. 147.

tapunun 3.kişiye intikal ettiğini, inşaatın (dairenin) davalı tarafından tamamlanmadığını, bunun sonucunda davalının kusuru sebebiyle tapu devrinin sağlanmadığı ileri sürülerek taşınmazın dava tarihindeki değeri olan dava ve ıslah dilekçesindeki toplam 26.640 TL'nin davalıdan tahsili talep ve dava edilmiştir. …Somut olayda; davaya konu yer daire (mesken) olup, davacıların murisleri tarafından davalı müteahhitten satış vaadi sözleşmesiyle satın alınmış olup, davada görevli mahkeme tüketici mahkemeleridir. Mahkemelerin görevinin kamu düzenine dair olması sebebiyle yargılamanın her aşamasında re'sen dikkate alınması gerekir. Bu sebeple o yerde ayrı bir tüketici mahkemesi varsa çekişmenin tüketici mahkemesinde görülmesi aksi halde davaya tüketici mahkemesi sıfatıyla bakılması gerektiği gözetilmeden anılan kanun hükmüne aykırı şekilde genel mahkeme tarafından hüküm verilmesi usul ve yasaya aykırıdır." sonucuna varılmıştır[26].

Yargıtay'ın kararlarına konu olan kat karşılığı inşaat sözleşmesinden kaynaklanan birçok davada, taraflar arasındaki uyuşmazlıkta temel ilişkinin müteahhit (yüklenici) olan davalıyla yapılan alım satım sözleşmesinden kaynaklanmakta olduğundan bahisle, yükleniciden bağımsız bölüm satın alan üçüncü kişilerin davacı sıfatıyla açtıkları tapu iptali ve tescil davalarının tüketici mahkemelerinin görev alanına girdiği kabul edilmektedir[27]. Buna karşılık, Yargıtay davalı tarafın yüklenici değil de, bizzat arsa sahibi olduğu uyuşmazlıklarda ise, ihtilafın çözüm yerinin tüketici mahkemeleri değil,

---

[26] Karar için Bkz. www.kazanci.com. Bu konuda ayrıca Bkz. HGK. 06.05.2009 tarihli ve E.2009/14-124, K. 2009/158 sayılı Kararı; Yargıtay 13. HD. 11.06.2013 tarihli ve E.2013/7061, K. 2013/15788 sayılı Kararları için Bkz. www.kazanci.com.

[27] **Tek**, s. 147. Bu konuda Hukuk Genel Kurulu'nun 06.10. 2010 tarihli ve E. 2010/14-427, K. 2010/463 sayılı Kararına konu olayda, "*Davalılar arasındaki arsa payı devri karşılığı inşaat yapım sözleşmesi uyarınca davalı yükleniciye bırakılan bağımsız bölümün yükleniciden satın alındığı iddiasıyla tescili istenmiştir. İddia şekline göre; davacının konut olan bu yeri oturmak amacıyla satın aldığı anlaşılmaktadır. 4077 Sayılı Tüketicinin Korunması hakkındaki yasada değişiklik yapan 4822 Sayılı Yasanın 3/c maddesi ile "konut ve tatil amaçlı taşınmaz mallar" da tüketicinin korunması hakkındaki yasa kapsamına alınmıştır. Aynı yasanın 23. maddesi uyarınca tüketicinin korunması hakkındaki yasa uygulamasından kaynaklanan her türlü uyuşmazlıkların Tüketici Mahkemesinde görülmesi gerekir.*" (www.kazanci.com). Benzer şekilde Bkz. Yargıtay 14 HD. 13.07.2011, E. 2011/8110, K.2011/9237 (www.kazanci.com); Yargıtay 13. HD. 05.04.2005, 17737/5695 Bkz. **Tutumlu** (Tüketici Mahkemeleri), s. 354-355.

genel mahkemeler olduğuna karar vermektedir. Bu konu ile ilgili olarak Yargıtay 20. Hukuk Dairesi 14.06.2005 tarihli ve 6237/7716 sayılı Kararına konu olan olayda, " *Davacılar satın aldıkları dairenin ortak yerlerindeki eksikler ve ruhsatın alınmaması nedeniyle tazminat talep etmektedirler. ...Dosya kapsamından, davacıların arsa sahibi olan davalılardan konut satın aldıkları, davalıların yüklenici konumunda olmayıp, arsa maliki oldukları anlaşılmakta olup, konutu satan kişilerin bu işi profesyonelce meslek edinen kişiden alma durumu söz konusu olmadığından, 4077 Sayılı Yasa kapsamında değerlendirilemez. Bu nedenle, uyuşmazlığın genel hükümlere göre Asliye Hukuk Mahkemesinde görülmesi gerekir*." sonucuna varmıştır. Temyiz mahkemesinin vermiş olduğu bu kararlardan da anlaşılacağı üzere, tüketici-alıcı tarafından satın alınan taşınmaz ile ilgili ortaya çıkan uyuşmazlıklarda, konutun arsa sahibi veya müteahhit (yüklenici) satın alınması halinde, ihtilafın görüleceği mahkeme de buna bağlı olarak değişim göstermektedir. Yine bu bağlamda Yargıtay 20. Hukuk Dairesi bir kararında yüklenici konumunda olmayan arsa sahibinin kendi hissesine isabet eden dairelerden birini *geçersiz bir sözleşmeye dayanarak* tüketiciye satmış olduğu uyuşmazlıkta, görevli mahkemenin tüketici mahkemesi değil, asliye hukuk mahkemesi olduğuna hükmetmiştir[28].

Temyiz Mahkemesi konut ve tatil amaçlı taşınmaz mallarda sadece taşınmazların satışına ilişkin olarak yapılan sözleşmeler gereği tapu iptali ve tescil davalarında değil, bunun yanı sıra bu mallardaki ayıplara ilişkin olarak açılan davalarda da tüketici mahkemelerinin görevli olduğunu kabul etmektedir[29].

---

[28] Yargıtay 20. Hukuk Dairesinin E. 2005/15003, K.2005/16307 sayılı Kararı için Bkz. Naci **Özdamar,** Tüketici Haklarına Genel Bir Bakış, Tüketici Hakları ve Rekabetin Korunması Hukuku, İBD. Özel Sayısı, 2007/Kasım, (s. 47-51), s. 50.

[29] **Tek**, s. 146. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 11.05.2009 tarihli ve E.2009/4943, K. 2009/76642 sayılı Kararına konu olan uyuşmazlıkta "*Dava, satın alınan dairedeki yapım hatasından kaynaklanan zararın ödetilmesi istemine ilişkindir…Dosya arasındaki bilgi ve belgelerden, davalının müteahhit olduğu, yaptığı daireleri satışa sunduğu, yine kendisinin yaptığı dava dışı kardeşi İlyas adına kayıtlı 127 ada 2 parsel sayılı taşınmazdaki 15/140 payı (bağımsız bölümü) kardeşine vekaleten davacıya sattığı anlaşılmaktadır. …Somut olayda davacının satın aldığı bağımsız bölümü oturmak amacıyla aldığı anlaşıldığına göre, davacının tüketici olduğunun kabulü gerekir. Şu durumda yargıla-*

c. Sözleşmenin Niteliği ile İlgili Uyuşmazlıklar

Günümüzde borçlar hukuku alanında, Türk Borçlar Kanunu'nda sözleşmeler ve bunlardan doğan hukuki ilişkiler özel olarak düzenlenmiştir. Bunun dışında taraflar kanunda düzenlenmemiş bir sözleşme yapmak özgürlüğüne sahip oldukları için, Kanun'da öngörülmüş sözleşmelerden bir karma sözleşme tesis edebilecekleri gibi, tümüyle kendine özgü (sui generis) bir sözleşme de yapabilirler[30]. Doktrinde **Akyol**[31], sözleşme ilişkisini canlı bir organizmaya benzetmekte ve bu organizma zaman içinde değişime uğramaktadır. Yazara göre, Borçlar Kanunu satım, kira, bağışlama, vedia, vekâlet vd. gibi belirli sözleşme tiplerini düzenlemiş ve bu tip dışında kalan atipik söz-

---

manın da özel yetkili Tüketici Mahkemesinde yapılması gerekir. Görev, kamu düzenine ilişkin olup, yargılamanın her aşamasında yargıç tarafından kendiliğinden gözetilir. Yerel mahkemece, açıklanan yönler gözetilerek, mahkemenin görevsizliği nedeniyle dava dilekçesinin reddine karar verilmesi gerekirken, yerinde olmayan gerekçeyle yazılı biçimde karar verilmiş olması usuk ve yasaya uygun düşmediğinden kararın bozulması gerekmiştir." (YKD. 2009, C.35, S. 10, (s. 1861-1862). Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 22.06.2011 tarihli ve E.2010/17857, K. 2011/9826 sayılı Kararına konu olan davada ise, " *Davacı, asıl dava ve birleştirilen davada davalı G.'dan 14.6.2006'da dubleks daire satın aldığını, 2007 yılının son aylarında alt katın tüm odalarının tavanında 15-20 cm genişliğinde siyah renkte ıslaklık ve küf meydana geldiğini, teras korkuluklarının çatladığını, davalının geçici olarak tavana strafor kapatması üzerine köşelerin sararmaya başladığını, davalı F.. Ltd. Şti.nin de müteahhit firma olması sebebiyle sorumluluğunun bulunduğunu ileri sürerek fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak kaydıyla 20.000,00 TL nin faizi ile birlikte davalılardan tahsilini istemiştir. Taraflar arasındaki uyuşmazlık Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun kapsamında kaldığına göre davaya bakmaya Tüketici Mahkemesi görevlidir. Tüketici Mahkemesi sıfatıyla işin esası incelenerek karar verilmesi gerekirken, görevsizlik kararı verilmesi hukuka aykırıdır."* Benzer nitelikte Yargıtay 13. HD. 24.05.2010, E.2009/15949, K.2009/6975; Yargıtay 13. HD. 12.12.2005, E.2005/11270, K.2005/18384 Bu kararlar için Bkz (www.kazanci.com); Yargıtay 13. HD. 17.05.2004, 16928/7365; Yargıtay 13. HD. 06.07.2004, 2848/10876; Yargıtay 13. HD. 05.10.2004, 6526/ 13662; Yargıtay 13. HD. 15.09.2004, 4324/11987; Yargıtay 13. HD. 07.04.2005, 18502/5802 sayılı kararlar için Bkz. **Tutumlu** (Tüketici Mahkemeleri) , s. 349-356 arası.

30 Kemal **Oğuzman**/Turgut **Öz,** Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. I, 11. Bası, İstanbul 2013, s. 46 vd. Bu konuda ayrıca geniş bilgi için Bkz. Hüseyin **Hatemi**/Rona **Serozan**/ Abdülkadir **Arpacı,** Borçlar Hukuku, Özel Bölüm, İstanbul 1992, s. 35 vd.

31 Şener **Akyol,** Banka Sözleşmeleri, Ord. Prof. Dr. Kemaleddin Birsen'e Armağan, İstanbul 2001, s. 2.

leşmeler ile ilgili yasal düzenlemelere yer vermemiştir. Bu tip sözleşmelere bazı özel kanunlarda finansal kiralama (leasing) şeklinde rastlamak mümkündür. İnceleme konumuz açısından bakıldığında bu çeşit tipe uygun olmayan bazı sözleşme çeşitleri, bir uyuşmazlık söz konusunda olduğunda davanın hangi mahkemede açılması gerektiği konusunda karışıklıklara neden olmaktadır. Nitekim bu çerçevede Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un uygulanma alanı içinde bulunan Devre Tatil Sözleşmeleri sözleşme özgürlüğü prensibi içerisinde yapılan sözleşmelerdir. Bu sözleşme Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiş bulunan sözleşme çeşitlerinden biri olmadığı için atipik sözleşmelerdendir. Yargıtay Kararlarında da bahsi geçtiği üzere, atipik sözleşmelerden devre tatil sözleşmeleriyle ilgili olanları Kanun'un tanımladığı değişik sözleşme tiplerini (hizmet, kira, vekâlet, satım gibi) kapsamı içine aldığından karma sözleşmeler olarak isimlendirilmektedir[32]. Aşağıda incelemeye konu edeceğimiz Yargıtay kararı da bu karma nitelikteki sözleşme türü ile yakından ilgili bulunmaktadır. Yargıtay 6. Hukuk Dairesi'nin 16.01.2013 tarihli ve E.2012/16710, K. 2013/352 sayılı Kararına konu olan olay, kira sözleşmesinin feshi ve kiralananın tahliyesine ilişkin bulunmaktadır. Bu karara göre, *"Davacı dava dilekçesinde; önceki malikin iflas etmesi nedeniyle mülkiyet hakkını ihale ile aldığını, kiracının kiralananı mesken olarak kullandığını, bu hususun imar yasasına aykırı olduğunu ancak turizm* tesisi *olarak kullanabileceğini bu nedenle kira sözleşmesinin geçersiz olduğundan bahisle sözleşmenin feshini, kiralananın tahliyesini istemiştir. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamında devre tatil sözleşmesi; en az üç yıl süre için yapılan ve bu süre zarfında yıl içinde belirli veya belirlenebilecek ve bir haftadan az olmayacak bir dönem için bir veya daha fazla taşınmazın kullanım hakkının devri veya devri taahhüdünü içeren sözleşme olarak tanımlanmıştır. Sözleşmeye konu dairenin kullanım hakkı 99 yıllığına kiracıya devredilmiştir. Sözleşme ile devre mülk sözleşmelerinde olduğu gibi hak sahibine ayni bir hak verilmemiş, sadece kullanım hakkı tapuya şerh edilmiştir. Sözleşmenin açıklanan bu*

---

32 Uğur **Yetimoğlu,** Devre Mülk ve Devre Tatil Sistemleri, Tüketici Hakları ve Rekabetin Korunması Hukuku, İBD. Özel Sayısı, 2007/Kasım, (s. 62-82), s. 65 vd.; Yargıtay 13. HD.'nin 06.05.2003 tarihli ve E.2003/1605, K.2003/5635 sayılı Kararı için Bkz. Emrah **Cengiz,** Tüketicinin Korunması, 4822 Sayılı Kanun ile Değişik 4077 Sayılı Kanun ve Yargı Kararları, İstanbul 2007, s. 126 vd.

niteliği uyarınca devre tatil sözleşmesi olmayıp, tapuya şerh edilen kira sözleşmesi niteliğinde olduğu anlaşılmaktadır. Açıklanan bu niteliği uyarınca da davaya bakma görevi Tüketici mahkemesine ait değil, davanın niteliği gereği Sulh Hukuk Mahkemesine aittir. Davanın esasının incelenmesi gerekir." sonucuna varılmıştır[33].

Yukarıda zikretmiş bulunduğumuz Yargıtay 6. Hukuk Dairesi'nin bu kararından, davanın ilk olarak sulh hukuk mahkemesinde açıldığı ve görülmekte olduğu anlaşılmaktadır. Nitekim yerel mahkeme bu davada görevsizlik kararı vermiştir. Bu karar davacı tarafından temyiz edilmiştir. Yargıtay burada sözleşmenin niteliğine bakarak uyuşmazlığın hangi mahkemenin görev alanına girdiğini tespite çalışmıştır. Bu anlamda taraflar arasındaki hukuki ilişkinin devre tatil sözleşmesi olmadığını, tapuya şerh edilen kira sözleşmesi olduğundan bahisle, davanın tüketici mahkemesinde değil, bilakis davanın açıldığı ve görevsizlik kararı verildiği sulh hukuk mahkemesinin görev alanı içine girdiği kanaatine ulaşmıştır.

Yargıtay'ın sözleşmenin niteliği ile ilgili bir başka karar ise, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun hükümlerinin yürürlükte olduğu dönem içinde verilmiştir. Bu karara konu olan olayda; davacı, davalı ile başına saç ekilmesi konusunda anlaşmaya varmış ve bu hizmetin karşılığı olarak talep edilen bedeli ödemiş olmasına rağmen, belirlenen süre sonunda tedavinin sonuç vermediğinden bahisle ödediği bedelin iadesi için icra takibi yapmıştır. Davalı tarafın itirazı üzerine duran icra takibini yeniden hareket geçirmek amacıyla davacı taraf itirazın iptali davası açmıştır. Burada üzerinde durulması gereken problem, itirazın iptali davasının hangi mahkemede açılması gerektiği sorunudur. İleride üzerinde ayrıntılı olarak temas edeceğimiz üzere, Yargıtay 3. Hukuk Dairesi burada, uyuşmazlığın tarafların arasındaki hukuki ilişkinin eser sözleşmesine dayandığı ve dolayısıyla eser sözleşmesinden kaynaklanan ihtilaflarda Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun hükümlerinin uygulanmasının mümkün olmadığı sonucuna varmıştır[34].

---

[33] Bu konuda ayrıca benzer şekilde Yargıtay 3. HD.' nin 04.07.2012, E.2012/12100, K.2012/16776 sayılı Kararı Bkz. (www.kazanci.com).

[34] Yargıtay 3. HD. 24.01.2013 tarihli ve E. 2021/22501, K. 2013/1065 sayılı Kararı için Bkz. (www.kazanci.com). Yargıtay Kararlarında eser sözleşmesi kapsamındaki uyuş-

4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun hükümlerinin yürürlükte bulunduğu dönemde, eser sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda; Yargıtay, taraflar arasındaki sözleşmenin şekil ve doğurduğu esaslar yönünden eser sözleşmesinin bulunduğu hallerde 4077 sayılı Kanun'un 23. maddesi uygulanamayacağına karar vermekte idi. Ancak bu yaklaşım 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ile değişikliğe uğrayacaktır. Zira yeni Kanun'un 3.maddesinin (l) bendi ile *tüketici işlemi* kavramı içerisinde yer alacak hukuki işlemlerin alanı genişlediği ve hükmün muhtevasına eser sözleşmeleri de dâhil edildiğinden bahisle, yeni uygulama ile birlikte taraflardan birinin tüketici olduğu eser sözleşmelerinden doğacak uyuşmazlıkların da tüketici mahkemelerinin görev alanı içinde değerlendirilmesi gerekmektedir.

d. Sözleşmenin İfası ile İlgili Uyuşmazlıklar

Bu başlık altında özellikle taşınır mallara ilişkin sözleşmelerin ifası sırasında, maldaki ayıptan kaynaklanan uyuşmazlıkların hangi mahkemede çözüme kavuşturulması gerektiğine ilişkin sorunlara temas edilecektir.

Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nin 18.02.2013 tarihli ve E.2013/862, K. 2013/3011 sayılı Kararına konu olan uyuşmazlık, ayıplı araç satışı sebebiyle araç bedelinin faiziyle birlikte tahsili talebine ilişkindir. Taraflar arasında düzenlenen satım sözleşmesine konu olan aracın ticari nitelikte olduğu ileri sürülmüştür. Davaya bakan genel mahkeme, davacının gerçek kişi tüketici olmasından hareketle, uyuşmazlığa bakmakla görevli mahkemenin tüketici mahkemesi olduğu gerekçesi ile görevsizlik kararı vermiştir. Hükmün davalılar tarafından temyiz edilmesi üzerine; Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, taraflar arasında düzenlenen satım sözleşmesine konu edilen aracın ticari nitelikte olduğundan bahisle, uyuşmazlığa Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun hükümlerinin uygulanamayacağı sonucuna varmış ve yerel mahkemenin görevsizlik kararının bozulmasına karar vermiştir[35].

Buna karşılık Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 17.04.2013 tarihli ve E.2012/13-1217, K. 2013/555 sayılı Kararına konu olan uyuşmazlık da,

---

mazlıkların tüketici mahkemelerinde çözümlenemeyeceği hususunda ayrıntılı bilgi için Bkz. **Ertabak**, s. 44 -45.

35 Karar için Bkz. (www.kazanci.com).

davacının beyanından hareketle davanın tüketici mahkemelerinde görülmesi gerektiği sonuca ulaştırmıştır[36]. Yargıtay'ın kararına konu olan dava, ayıplı malın bedelinin iadesi talebine ilişkindir. Satılan malın, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamında değerlendirilebilmesi için, alıcının bu malı ticari amaçlarla kullanmak üzere almamış olması gerekmektedir. Bu nedenle de tüketici, satışa konu araçta açık veya gizli ayıpların ortaya çıkması halinde, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un koruması altına sığınabilecektir. Yargıtay'a göre, uyuşmazlığın çözümünde davaya konu aracın hangi amaçla kullanılmak üzere satın alındığının tespiti önem taşımaktadır. Davacı, somut olayda aracı ticari amaçla kullanmak üzere değil, hususi amaçla kullanmak üzere satın aldığını beyan ederek aracı "Hususi" olarak tescil ettirmiş ve ayıplı mala ilişkin davayı da tüketici sıfatı ile tüketici mahkemesinde açmıştır. Mahkeme, bu aracın kamyonet vasfında olması nedeniyle ticari araç olarak satışa sunulduğunu, aracın ticari işletme sahibi olan davacı tarafından ticari faaliyetlerinde kullanmak amacıyla satın alındığının kabulü gerektiğine kanaat getirerek, davanın asliye ticaret mahkemesinde görülmesi gerektiğine hükmetmiş ve görevsizlik kararı vermiştir. Bu hüküm davacı tarafından temyiz edilmiştir. Yargıtay Özel Hukuk Dairesi, tüketici mahkemesinin verdiği görevsizlik kararını, "*Somut olayda, taraflar arasındaki satış sözleşmesine konu olan araç, tanıtım kılavuzunda genel olarak "ticari araç" olarak tasarlandığı belirtilmiş olsa da, dosyada mevcut olan araç ruhsatında aracın kullanma şeklinin "ticari" değil, "hususi" olduğunun yazıldığı, bu nedenle aracın ticari amaçla değil, hususi amaçla satın alındığı anlaşılmaktadır. Aynı belgede, "kullanma Amacı" başlığı altında "yük nakli"nin işaretli olması ve davacının da ticari işletmesi olan bir tacir olması da, mahkemenin kabulünün aksine, sonuca etkili değildir.*" Gerekçesi ile bozmuştur. Tüketici mahkemesinin bozma kararı üzerine kendi kararında direnmesi karşısında, Hukuk Genel Kurulu yaptığı inceleme sonucu, davaya konu olan aracın tacir tarafından ticari amaçla değil, özel amaçla kullanmak üzere satın alındığına bakarak, aracı da "hususi" olarak tescil ettirmiş olması beyanını esas alarak, Bu durumda davacının aracı ticari

---

[36] Karar için Bkz. (www.kazanci.com) Benzer nitelikte bir başka örnek için, Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 27.06.2012 tarihli ve E.2012/13936, K. 2012/16805 sayılı Kararı Bkz. (www.kazanci.com).

amaçla değil, hususi amaçla satın aldığının kabulü gerekir sonuca varmıştır. Ayrıca bu hususun aksinin de ispat edilebileceği halde, davalını davacının adı geçen aracı ticari amaçlarla kullandığını iddia etmediği gerekçeleriyle tüketici mahkemesinin direnme kararını bozmuştur[37].

Yargıtay'ın taşınır mallar ile ilgili olarak özellikle ayıplı taşıt araçlarında verdiği kararları incelediğimizde, görevli mahkemenin neresi olduğunun tayin edilmesi açısından ortaya çıkan sonuç şu olmaktadır. Temyiz mahkemesi, ayıplı taşıt aracı ile ilgili olarak açılan tazminat veya iade davalarında mahkemenin görevini belirlerken, ayıplı aracın hangi amaçla satın alındığını aramaktadır. Buna göre, eğer araç ticari maksatla değil de hususi amaçla kullanılmak üzere satın alınmış ise, işte bu hallerde davanın tüketici mahkemesinde görülmesi gerektiğine karar vermektedir. Bu konuda aşağıda zikredeceğimiz temyiz mahkemesi kararı, meselenin daha iyi bir şekilde somutlaştırılması bakımından bir örnek teşkil etmektedir. Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 11.06.2012 tarihli ve E.2012/8746, K. 2012/15067 sayılı Kararına konu olan dava, ayıplı taşıt aracı dolayısıyla istenen maddi ve manevi tazminat talebine ilişkin bulunmaktadır. Temyiz mahkemesine göre, *"…taraflar arasındaki uyuşmazlık ayıplı mal satışından kaynaklanmakta ise de görevli mahkemenin tespiti için öncelikle davaya konu aracın ticari mi yoksa hususi bir araç mı olduğunun tespiti gerekmektedir. Mahkemece araç ruhsat bilgilerinin dosya içerisine getirtilerek aracın hukuki niteliğinin tespitiyle hâsıl olacak sonuca göre görevli mahkemenin tespiti gerekir*." denilmek suretiyle hangi türdeki uyuşmazlıkların tüketici mahkemesinde görülmesi gerektiğini de belirlemiş bulunmaktadır[38].

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 18.11.2003 tarihli ve E. 2003/09271, K. 2003/13864 sayılı Kararına konu olan olayda, davacı tarafın davalıdan satın aldığı bilgisayar parçaları olan anakart ve işlemcinin yanması üzerine, ödediği bedelin tahsilini talep ettiği uyuşmazlıkta, "…*Davacı, her ne kadar şahsi işler için satın aldığını beyan etmişse de; dava konusu bilgisayar parçaları davalı tarafından davacının sahibi olduğu eczaneye satılarak*

---

37 Bu konuda benzer nitelikte bir başka karar için Bkz. Yargıtay 13. HD. 24.06.2009, E. 2009/4799, K.2009/8756. (YKD. 2009, C.35, S. 9, (s. 1724-1726); Yargıtay 19. HD. 05.07.2001, 1782/5240 sayılı karar için Bkz. **Tutumlu** (Tüketici Mahkemeleri), s. 248-249.

38 Karar için Bkz. www.kazanci.com.

fatura edildiğinden, davacının ticari ve mesleki amaçlarla satın alan kişi durumunda olduğundan az yukarıda açıklanan şekilde tüketici tanımına girmemektedir. Bu nedenle davanın tüketici mahkemelerinde bakılması imkanı yoktur." sonuca varmıştır[39].

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 17.02.2011 tarihli ve E.2011/581 ve K.2011/1455 sayılı Kararına konu olan uyuşmazlıkta, *"Davacı, davalının üretimi olan bir ilacı reçete ile eczaneden satın alıp kullandığını, haplardan birinin içinde gözle görülebilen bir kıl olduğunu gördüğünü belirterek, uğradığı maddi ve manevi zararın ödetilmesini istemiştir…4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Yasa'da, tüketiciler ile üreticiler arasındaki mal alım satımından kaynaklanan anlaşmazlıkların çözümü ile ilgili yeni kurallar getirilmiş ve bunlardan kaynaklanan davalara bakma görevi de aynı Yasa'nın 23. maddesi gereğince özel bir yargılama usulü ile Tüketici Mahkemelerine verilmiştir…Somut olayda davacı, satın aldığı davalının ürettiği ilaçtan kıl çıkması sebebiyle zarara uğradığını ileri sürdüğüne göre yargılamanın da özel yetkili Tüketici Mahkemesinde yapılması gerekir… Yerel mahkemece, açıklanan yönler gözetilerek, mahkemenin görevsizliği sebebiyle dava dilekçesinin reddine karar verilmesi gerekirken, işin esasının incelenmiş olması usul ve yasaya uygun düşmediğinden kararın bozulması"* gerektiği sonucuna varılmıştır[40].

e. Sağlık Hukuku ile İlgili Uyuşmazlıklar

Günümüzde sağlık hukuku alanında meydana gelen güncel sorunlardan bir tanesi de, hasta ve hekim arasında tıbbi müdahalelerden doğan uyuşmaz-

---

39 **Cengiz**, s. 68-69. Aynı karar için Bkz. **Tutumlu** (Tüketici Mahkemeleri), s. 231-232. Benzer şekilde Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 26.02.2004 tarihli ve 14115/2252 sayılı Kararına konu olan olayda "*Davacı, işyerindeki bilgisayarın 21.12.2001 gecesi hatta aşırı elektrik voltajı verilmesi nedeniyle hasara uğradığını, 715.000.000 TL. zarar oluştuğunu öne sürerek, bu miktar maddi tazminatın davalı Tedaş idarecisinden tahsiline karar verilmesini istemiştir…..Dosya içeriğine göre davacının davaya konu bilgisayarı kendi limitet şirketine satın aldığı anlaşılmaktadır. Hal böyle olunca davacı tacir olduğuna göre davaya tüketici mahkemesinin değil, harcının alınarak genel mahkemenin bakması ve uyuşmazlığın genel mahkemede çözümlenmesi gerekir*." sonucuna varmıştır. Karar için Bkz. Tutumlu (Tüketici Mahkemeleri), s. 259.

40 Karar için Bkz. (www.kazanci.com).

lıklar ile ilgili problemlerdir. Bu sorunun maddi hukuk anlamında olan bölümü inceleme konumuzun dışında kalmakta ve usule ilişkin sorunlar, üzerinde temas edeceğimiz hususlar arasında yer almaktadır. Bu bağlamda öncelikle yanıt bulunması gereken sorulardan ilki, sağlık hukuku açısından hekim ile hasta arasındaki ilişki de hasta *tüketici* midir? Doktrinde bir görüşe[41] göre, tıbbi müdahalelerde tüketici, hasta olarak isimlendirilmektedir. Bu anlayış çerçevesinde, hangi nedenle olursa olsun sağlık hizmeti talebinde bulunan kişinin, *hasta* ve aynı zamanda *tüketici* olarak nitelendirilmesi gerektiğidir. Bu noktadan hareket ederek bir sonraki aşamaya geçtiğimiz takdirde, karşımıza şöyle bir soru çıkmaktadır. Hastayı *tüketici* olarak kabul ettiğimiz zaman, hastanın (tüketici) hekim ile olan ilişkisi hangi hukuki zemine dayandırılmalıdır? Türk hukukunda uygulama alanında ve doktrinde çoğunluğun görüşü doğrultusunda, hekim ve hasta arasındaki hukuki ilişki, vekâlet sözleşmesi olarak kabul edilmektedir[42]. Özellikle Yargıtay'ın hekimlik sözleşmesini vekâlet sözleşmesi olarak nitelendiren kararları uzun yıllardır istikrarlı ve düzenli bir şekilde süre gelmektedir[43].

---

41 Hasan **Petek,** Tıbbi Müdahalelerden Kaynaklanan Uyuşmazlılarda Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Uygulanması, DEÜHFD., 2013, C.15, Özel Sayı, (s. 969-1017), s. 977.

42 Haluk **Tandoğan,** Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C.II, 4. Tıpkı Basım, İstanbul 1989, s. 359-360; Selim **Kaneti,** Hekimin Hukuksal Sorumluluğunda Kusur ve İspat Yükü, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler, V. Sempozyumu, (Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Ankara, 12/13. Mart 1982), İstanbul 1983, s. 61-63; Seza **Reisoğlu,** Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu, Hekimin Hukuksal Sorumluluğunda Kusur ve İspat Yükü, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler, V. Sempozyumu, (Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Ankara, 12/13. Mart 1982), İstanbul, 1983, s. 12-13; Mehmet **Ayan,** Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankar 1991, s. 53-56; **Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 440; Çetin **Aşçıoğlu;** Tıbbi Yardım ve Elatmalardan Doğan Sorumluluklar, (Doktorların, Devletin ve Özel Hastanelerin Sorumluluğu (Cezai ve Hukuki)) , Ankara 1993, s. 19-20; Zarife **Şenocak,** Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, Ankara 1998, s. 24-26; Hasan Seçkin **Ozanoğlu,** Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü, AÜHFD. 2003/3, C.52, (s. 55-77), s. 55; Filiz **Yavuz İpekyüz,** Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi, İstanbul 2006, s. 64 vd.; **Kara**, s. 126.

43 Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 04.03.1994 tarihli ve E.1994/8557, K.1994/2138 sayılı Kararı gereğince, *"Hasta ile doktorun meslek ilişkisi vekillik sözleşmesine dayanır. Vekil, iş görürken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden değil, bu sonuca ulaşmak için*

Temyiz Mahkemesinin kararlarına göre, hastane ve çalıştırdığı elemanın tedavi sırasındaki kusurları nedeniyle oluşan zararın giderilmesinin vekâlet sözleşmesi üzerine temellendirilmesi, hekimin vekâlet sözleşmesi kuralları gereğince verdiği hizmeti yerine getirirken işçi gibi özen göstermek zorunda olması ve bu sebeple en hafif kusurundan bile sorumlu tutulmasının maddi hukuk alanında doğurduğu hukuki sonuçları bulunmaktadır. Ancak konunun diğer boyutunu ise, usule ilişkin sorunlar ve bunların sonuçları oluşturmaktadır. Şöyle ki, konunun usul hukuku yönünden bağlantı noktası, hekim ve hasta arasında sağlık hizmetinden meydana gelen zararlardan dolayı açılacak tazminat davalarının hangi mahkemede görüleceği probleminin aydınlığa kavuşturulmasında karşımıza çıkmaktadır.

Yargıtay'ın bu konudaki önceki kararları incelendiğinde, 13. Hukuk Dairesi'nin hasta kabul sözleşmesini Borçlar Kanunu'nda düzenlenen vekâlet sözleşmesi hükümlerine tabi tuttuğu ve tüketici mahkemelerinin görevli olamayacağına hükmettiği görülmektedir[44]. Ancak aynı Hukuk Dairesi daha sonra bu görüşünü değiştirerek, özel hastane ve hasta arasındaki sözleşmenin hizmet akdi olduğundan bahisle bu tür uyuşmazlıklara tüketici mahkemelerinde bakılacağına ilişkin kararlar vermiştir[45]. Bununla birlikte yine aynı

---

yaptığı uğraşların özenle görülmemesinden sorumludur. Vekilin sorumluluğu, genel olarak işçinin sorumluluğuna ilişkin kurallara bağlıdır. Vekil, işçi gibi özenle davranmak zorunda olup, hafif kusurundan bile sorumludur. O nedenle, doktorun meslek alanı içinde olan bütün kusurları (hafif de olsa) sorumluluğun unsuru olarak kabul edilmelidir. Doktorun sorumluluğunu tayin ederken hâkim, olayların özelliklerine uymayan, dayanakları gösterilmeyen, inandırıcı olmaktan uzak Yüksek Sağlık Şurası raporu ile bağlı değildir. Bu rapor hukuk mahkemesini değil, ceza mahkemesini bağlar. ...Belirtilen kurallara aykırı davranan vekil maddi ve manevi tazminatla sorumlu tutulmalıdır. Mesleki bir işgören; doktor olan vekilden ona güvenen, müvekkil titiz bir ihtimam ve dikkat göstermesini beklemekte haklıdır. Titiz bir özen göstermeyen vekil; gereği gibi ifa etmemiş sayılmalıdır." (YKD. 1994/8, C.20, s. 1288 vd.). Bu konuda benzer kararlar Yargıtay 13. HD.'nin 19.10.2006, E.2006/10057, K.2006/1382 sayılı Kararı; Yargıtay 13. HD.'nin 10.10.2006, E.2006/10068, K.2006/13288 sayılı Kararı; Yargıtay 13. HD.'nin 06.07.2006, E.2006/5518, K.2006/11185 sayılı Kararı. (Kararlar için Bkz. www.kazanci.com).

44 Yargıtay 13. HD. 29.12.2009 tarihli ve E.2009/14158, K. 2009/15615 sayılı Kararı için Bkz. **Kara**, s. 1007-1008. Bu konuda ayrıca Bkz. **Petek**, s. 990.

45 **Kara**, s. 1008; **Petek**, s. 990. Bu hususta uygulamada Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 28.09.2012 tarihli ve E. 2012/21184, K. 2012/20509 sayılı Kararına konu olayda;

Hukuk Dairesi'nin bir sonraki Karar'ında yeniden görüşünü değiştirdiği gözlenmektedir[46].

"*Davacılar vekili, davacının bel ağrısı nedeniyle davalı şirkete ait hastanede diğer davalı doktor tarafından muayene edilip tedavisine başlandığını, ancak zamanında doğru teşhis konulmaması ve yanlış tedavi uygulanması nedeniyle başka bir hastanede kök hücresi tedavisi ve kemoterapi uygulaması gördüğünü, maddi ve manevi yönden zarara uğradıklarını ileri sürerek maddi ve manevi tazminatın tahsilini istemişlerdir. Uyuşmazlık teşhis ve tedavi hizmetinden kaynaklanmakta olup, davacıların tüketici (tedavi ücreti alıcısı) ve davalının satıcı (hizmet sunucusu) olduğu anlaşılmaktadır… Somut olay değerlendirildiğinde taraflar arasındaki uyuşmazlık teşhis ve tedavi hizmetinden kaynaklanmakta olup, davacıların Yasada tanımlanan şekilde tüketici (tedavi ücreti alıcısı) ve davalının satıcı (hizmet sunucusu) olduğu anlaşılmaktadır. Hal böyle olunca davaya bakmaya Genel mahkeme değil Tüketici Mahkemesi görevlidir. Görevle ilgili düzenlemeler kamu düzenine ilişkin olup taraflar ileri sürmese dahi yargılamanın her aşamasında resen gözetilir. Görevle ilgili hususlarda kazanılmış hak söz konusu olmaz. O halde mahkemece görevsizlik kararı verilmesi gerekirken, davanın esasına girilerek hüküm kurulması, usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir…"* Karar için Bkz.(www.kazanci.com.)

46 Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 15.04.2013 tarihli ve E.2013/1177; K.2013/9534 sayılı Kararı gereğince, *"Davacılar vekili, davacı K. İ.'in bel ağrısı nedeniyle davalı şirkete ait hastanede diğer davalı doktor tarafından muayene edilip tedavisine başlandığını, ancak zamanında doğru teşhis konulmaması ve yanlış tedavi uygulanması nedeniyle başka bir hastanede kök hücresi tedavisi ve kemoterapi uygulaması gördüğünü, maddi ve manevi yönden zarara uğradıklarını ileri sürerek fazlası saklı kalmak üzere 1000 TL maddi, 300.000 TL manevi tazminatın tahsilini istemişler, ıslah dilekçesi ile de taleplerini 400.000 TL maddi tazminata yükseltmişlerdir.*

Davalılar davanın reddini savunmuşlardır.

Mahkemece, davacı K. İ. için 34.586,84 TL maddi, 75.000 TL manevi tazminatın, M. İ. için ise 25.000 TL manevi tazminatın davalılardan kusurları oranında tahsiline karar verilmiş; hüküm, taraflarca temyiz edilmesi üzerine dairemizce Tüketici Mahkemesi görevli olduğundan bahis ile bozulmuş, davalı A... Sağlık Hizmetleri ve Tic. A. Ş. bu kez karar düzeltme isteminde bulunmuştur.

1- B.K.nun 386/2. maddesi hükmü uyarınca, diğer iş görme sözleşmeleri hakkındaki yasal düzenlemelere tabi olmayan işlerde, vekalet hükümleri geçerlidir. Somut olayda olduğu gibi, özel hastane (ve onun tarafından istihdam edilen doktorlar) ile hasta arasındaki uyuşmazlıkların vekalet sözleşmesine ilişkin hukuksal düzenlemelere göre çözülmesi gerektiği konusunda, öğreti ve Yargıtay'ın istikrar kazanmış uygulaması arasında paralellik bulunmaktadır. (Öğreti ve uygulamaya örnek olarak: Prof. Dr. Haluk

Gelecekte bu durumun 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun hükümlerinin uygulanması ile birlikte daha yeni bir boyut kazanacağını söylemek mümkündür. Nitekim 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'un 3.maddesinin (l) bendinde *tüketici işlemi* kavramı kapsamına vekâlet sözleşmesi de dâhil edilmiştir. Buna bağlı olarak, kamu hastaneleri dışında, özel sağlık kuruluşları ve bağımsız çalışan hekimler tarafından verilen hizmet sebebiyle meydana gelen uyuşmazlıklar tüketici mahkemelerinin görev alanı içine alınmıştır. Bu durum karşısında, hekimin hastasına uyguladığı tıbbi müdahaleden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü için, tüketici mahkemelerinin görevli olduğu sonucuna ulaşılması gerekmektedir.

Bu konu ile bağlantılı olarak temas etmek istediğimiz bir başka husus ise şudur: Hekimin hastasına uyguladığı tıbbi tedavi genel olarak vekâlet sözleşmesine konu olmakla birlikte, sonucun garanti edilebildiği hallerde, eser sözleşmesi şeklinde de karşımıza çıkmaktadır[47]. Hâlbuki Yargıtay, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'un yürürlükte olduğu dönemde vermiş olduğu yerleşik kararlarında, vekâlet sözleşmesi şeklindeki tıbbi tedavileri tüketici işlemi olarak kabul edip, tüketici mahkemelerinin görev alanına giren uyuşmazlık olarak değerlendirmek beraber, eser sözleşmesi olarak mütalaa ettiği estetik operasyonları (estetik operasyon, saç ekimi, diş protezi vd.) hekim ve hasta arasındaki vekâlet sözleşmesinden

---

Tandoğan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt: 2,Sevinç Matbaası, Ankara 1977, sayfa: 176 ve devamı; Dairemizin 4.3.1994 gün ve 1994/8557-2138 sayılı kararı ve aynı doğrultudaki birçok başka karar.)

Somut olayda, davacı ile davalı arasında vekil-müvekkil ilişkisi mevcut olup, davadaki talepler vekillerin vekalet görevini ifada özen borcuna aykırı davrandıkları iddiasına dayalı bulunmakla, uyuşmazlığa vekalet hükümleri uygulanmalı ve doğal olarak, uyuşmazlığın da bu çerçevede değerlendirilmesi gerekir.

Yukarıda açıklandığı üzere, taraflar arasındaki hukuki ilişkinin 4822 sayılı yasa ile değişik 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir. Tüketici yasası ile güdülen amaç tüketicinin tüketime yönelik satışlarda mal ve hizmetlerdeki ayıplara karşı korunması olduğundan, uyuşmazlığın genel mahkemede görülmesi gerekir." Karar için Bkz.(www.kazanci.com).

47 **Petek**, s. 990.

ayrık tutmuş ve bu tür ihtilaflarda tüketici mahkemelerinde dava açılamayacağı sonucuna varmıştır[48].

---

[48] **Petek**, s. 990 -992; **Kara**, s. 200. Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin 24.01.2013 tarihli ve E.2012/22501, K.2013/1065 sayılı Kararına konu olan uyuşmazlıkta, "*Davacı; davalı ile başına saç ekilmesi, bunun başarısız olması durumunda saç ekimi karşılığında ödemiş olduğu 2,500 TL'nin kendisine iadesi konusunda anlaştıklarını, belirlenen süre sonunda başında saç çıkmadığını, daha sonra yaptırdığı tedavilerde kök ekiminin bölge itibari ile mümkün olmadığını öğrendiğini, 2.500 TL'nin tahsili için davalı hakkında icra takibi başlattığını, ödeme emrine itiraz ile takibin durduğunu belirterek takibe vaki itirazın iptali ile % 40 icra inkâr tazminatı talep ve dava etmiştir.*

Mahkemece, davanın, tüketicinin iade edilmesini istediği bedel için yapılan takibe itirazın iptali davası olduğu, bu tür davalara bakmakla Tüketici Mahkemelerinin görevli olduğu gerekçesi ile dava dilekçesinin usulden reddine karar verilmiş, hüküm davalı; tarafından temyiz edilmiştir.

Dava; saç ekiminden kaynaklanmaktadır. Bir uyuşmazlığa Tüketici Mahkemesi'nde bakılabilmesi için uyuşmazlığın 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanunun uygulanmasıyla ilgili olarak çıkmış olması gerekir.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Amaç başlıklı 1. maddesinde yasanın amacı açıklanmış, kapsam başlıklı 2. maddesinde kanunun birinci maddesinde belirtilen amaçlarla mal ve hizmet piyasalarında tüketicinin taraflardan birini oluşturduğu her türlü tüketici işlemini kapsayacağı hükmüne yer verilmiştir.

Anılan Kanunun 3/e maddesinde tüketici; bir mal veya hizmeti ticari veya mesleki olmayan amaçlarla edinen, kullanan veya yararlanan gerçek ya da tüzel kişi olarak tanımlanmıştır. Bu tanımlamaya göre yasa, hazır bir malı veya hizmeti satın alarak onu günlük yaşamında kullanan veya tüketen kişiyi korumaktadır. Yasada dar kapsamlı mal ve hizmet ilişkileri olağan tüketim işleri kapsama alınmıştır.

O halde; bir hukuki işlemin 4077 sayılı Yasa kapsamında kaldığının kabul edilmesi için yasanın amacı içerisinde taraflar arasında mal ve hizmet satışına ilişkin bir hukuki işlemin olması gerekir.

Somut olayda; davacı ile davalı arasındaki hukuki ilişki eser sözleşmesine dayanmakta olup, Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun hükümlerinin eser sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda uygulanması hukuken mümkün değildir. Davaya bakma genel mahkemelerin görevinde olup, bir yerdeki Tüketici Mahkemesi ile Asliye Hukuk Mahkemeleri arasındaki ilişki görev ilişkisi olduğu açıktır.

4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun uygulanmasıyla ilgili olarak çıkacak her türlü uyuşmazlıklara, Tüketici Mahkemelerinde bakılır. Tüketici davaları; Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Uygulanması ile ilgili olarak tüketiciler, tüketici örgütleri veya bu konu ile ilgili olarak açılan davalardır. (4077 sayılı Kanunun

Türk hukukunda doktrinde **Petek**[49], 4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un yürürlükte olduğu dönemde, Yargıtay'ın eser sözleşmelerini tüketici işlemi olarak saymaması konusunda verdiği kararları eleştirmiştir. Yazara göre, sadece tıbbi müdahaleye ilişkin eser sözleşmeleri değil, tüketicinin taraf olduğu bütün eser sözleşmelerinin Kanun'un kapsamına dâhil edilmesi gerekmektedir. Bu bağlamda, yazar tarafından Kanun'un yapmadığı bir ayırımın Yargıtay tarafından gerçekleştirilmesinin mümkün olmadığı vurgulanmıştır[50].

Bununla birlikte, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'un 3.maddesinin (l) bendi ile *tüketici işlemi* kavramı içerisine artık "*eser sözleşmeleri*" de dâhil edilmiştir. Bu durum fikrimizce, bundan sonra

---

23. md.) Taraflar arasındaki sözleşmenin şekil ve doğurduğu esaslar yönünden eser sözleşmesinin bulunduğu anlaşıldığından 4077 sayılı Kanunun 23.maddesi uygulanamaz.

Bu durumda mahkemece işin esasına girilerek sonucuna göre hüküm tesisi gerekirken, görev yönünden dava dilekçesinin reddi usul ve yasaya uygun görülmemiş, hükmün bozulması gerekmiştir." şeklinde hüküm tesis etmiştir. (Karar için Bkz. www.kazanci.com). [Yargıtay 3.Hukuk Dairesi'nin bu konuda yine aynı sonuca ulaştığı 21.11.2011 tarihli ve E.14437/18077 sayılı Kararı için Bkz. **Kara**, s. 988]. Temyiz Mahkemesinin yine aynı konu ile ilgili Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 23.11.2005 tarihli ve 7386/6293 sayılı Kararı için Bkz. **Tutumlu** (Tüketici Mahkemeleri) s, 482-483. (Aynı karar için ayrıca Bkz. **Petek**, s. 990, dn. 37).

Uygulamada Yargıtay'a göre, "*Diş tedavisinde, hasta ile doktoru arasındaki hukukî ilişki vekâlet sözleşmesi; diş protezinde ise, eser sözleşmesidir. Diş tedavisinde, doktorun yükümlülüğü, tıp dünyasında kabul edilen yöntemi uygulayarak, hastasını tedavi etmektir. Dolayısıyla, vekâlet sözleşmesinde, sonucun taahhüdü yoktur.*" (Yargıtay 15. HD.'nin 03.10.2007, E.2006/4800, K.2007/5945 sayılı Kararı için Bkz. (www.kazanci.com). Yargıtay'ın bu konu ile ilgili olarak bir başka kararı 20. Hukuk Dairesi tarafından verilmiştir. Yargıtay 20. Hukuk Dairesi'nin 08.07.2005 tarihli ve 7314/9444 sayılı Kararına konu olan olayda Temyiz Mahkemesi, "*Uyuşmazlık diş yapımı işinden kaynaklanmakta olup; aynı zamanda Borçlar Yasasının 355.maddesi anlamında eser sözleşmesi olarak düşünülebilir, 4077 sayılı Yasa kapsamında düşünülemez. Bu nedenle, davanın Sulh Hukuk Mahkemesinde görüşülüp sonuçlandırılması gerekir.*" sonuca ulaşmıştır. Karar için Bkz. **Tutumlu** (Tüketici Mahkemeleri), s. 260 vd.

49 **Petek**, s. 992.

50 **Petek**, s. 992.

Yargıtay'ın eser sözleşmeleri ile uyuşmazlıklarda vereceği kararlar açısından da belirleyici bir rol oynayacaktır. Bu durum yeni kanuni düzenlemelerden sonra, hekim ve hasta arasındaki vekâlet sözleşmesinden ayrılan ve eser sözleşmesi olarak mütalaa edilen estetik operasyonlardan kaynaklanan uyuşmazlıkların çözüm merciinin tüketici mahkemeleri olacağını göstermektedir.

Bizim bu noktadaki eleştirimiz, tıbbi müdahaleden kaynaklanan veya eser sözleşmelerinin vekâlet hükümleri çerçevesinde hekimin hastasına uyguladığı tıbbi tedaviden doğan uyuşmazlıkların 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'un 3.maddesinin (l) bendinde yer alan *tüketici işlemi* kavramına dâhil edilmek suretiyle, bu tür ihtilafların tüketici mahkemelerinin görev alanı içinde kabul edilmesi ve bu mahkemelerin bakmakla görevli oldukları uyuşmazlık çeşitleri yelpazesinin bu derece çok ve farklı alana doğru genişletilmesidir.

Sağlık hukuku ile ilgili olarak, Yargıtay'ın yakın tarihli bir kararına konu olan olay ise şöyledir : *"Davacılar vekili, davacının bel ağrısı nedeniyle davalı şirkete ait hastanede diğer davalı doktor tarafından muayene edilip tedavisine başlandığını, ancak zamanında doğru teşhis konulmaması ve yanlış tedavi uygulanması nedeniyle başka bir hastanede kök hücresi tedavisi ve kemoterapi uygulaması gördüğünü, maddi ve manevi yönden zarara uğradıklarını ileri sürerek maddi ve manevi tazminatın tahsilini istemişlerdir. Uyuşmazlık teşhis ve tedavi hizmetinden kaynaklanmakta olup, davacıların tüketici (tedavi ücreti alıcısı) ve davalının satıcı (hizmet sunucusu) olduğu anlaşılmaktadır. Davaya bakmaya genel mahkeme değil Tüketici Mahkemesi görevlidir."*[51].

Yargıtay, bu kararında özellikle hastayı "tüketici" olarak kabul etmiştir. Davacı tüketici ile davalı hastane ve çalışanı doktor arasındaki ilişkiyi TKHK. md. 3 hükmünün (d) bendinde yer alan "hizmet" kavramı içerisinde mütalaa ederek, uyuşmazlığın yanlış teşhis ve tedavi hizmetinden kaynaklandığından bahisle, davanın genel mahkemede değil, tüketici mahkemesinde görülmesi gerektiğine karar vermiştir.

---

[51] Yargıtay 13. HD.'nin 28.09.201 tarihli ve E.2012/21184, K.2012/20509 sayılı Kararı için Bkz. (www.kazanci.com).

f. Haksız Fiil ile İlgili Uyuşmazlıklardan Kaynaklanan Tazminat Davaları

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un hükümlerine göre, bir ihtilafın tüketici mahkemelerinde çözümlenebilmesi için gereken unsurlardan biri, uyuşmazlığın tarafları (gerçek veya tüzel kişi ile tüketiciler) arasında kurulan eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlemi kapsayan tüketici işlemi olarak isimlendirilen sözleşme ilişkisinin mevcut olması aranmaktadır. Bu durumda prensip itibariyle haksız fiilden kaynaklanan uyuşmazlıkların tüketici mahkemeleri önüne getirilmesi mümkün değildir. Fakat bununla birlikte uygulamada bu kuralın istisnaları olduğu gözlenmektedir[52]. Yargıtay'ın son yıllarda vermiş olduğu kararları incelendiğinde, Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'un uygulanma alanı içerisine bazı haksız fiilden kaynaklanan ihtilafları da dâhil ettiği ve bu tür uyuşmazlıklarda da tüketici mahkemelerinin görevli olduğuna ilişkin içtihatları görülmektedir. Bu konuda özellikle yakın tarihli Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 04.02.2014 tarihli ve E.2014/2956, K.2014/2858 sayılı Kararına temas etmek yerinde olacaktır. Bu karara konu olan olayda *"Davacı vekili, davalı B... A.Ş.'nin kasiyer çalışanı olan öteki davalı Ş. O.'ın 19/10/2011 tarihinde 11 yaşında olan küçük A. A.'i ve arkadaşını hırsızlık yapmış olabileceği düşünce ve zannı altında tehditle mağaza arkasındaki kimsenin bulunmadığı bodruma indirmeye çalışarak onlara tokat atıp tartakladığını, çocukların bodruma inmek istememesi üzerine "aşağı inin kemiklerinizi kıracağım" şeklinde tehditte bulunduğunu, müvekkilinin arkadaşı E.'nin o an yaşadığı korkuyla altını ıslatmış olduğunu, çocukların üzerinde bedeli ödenmemiş hiçbir malzeme çıkmamasına ve davalı işyerinden bir şey çaldıklarına dair hiçbir delil bulunmamasına rağmen suçsuz yere tehdit edilerek tartaklanmalarının küçüğün ruhi dünyasında ve bilinç altında oluşturduğu sarsıntı ve acının telafi edilemeyeceğini, küçüğün olaydan sonra geceleri uyuyamadığını ve ruh sağlığının bozulduğunu ileri sürerek, 15.000,00 TL manevi tazminatın 19/10/2011 tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsiline karar verilmesini istemiştir...Dava, davacının davalı şirkete ait mağazaya alış veriş için gittiği*

---

52 **Ertabak**, s. 45 vd.

sırada hırsızlık yaptığından şüphelenilerek darp edilmesi ve tehdit edilmesi iddiasına dayalı tazminat isteğine ilişkin olup, uyuşmazlığın 4077 Sayılı yasa kapsamında kaldığı anlaşılmaktadır." sonuca ulaşılmıştır[53].

Bu konu ile bağlantılı olarak benzer şekilde bir başka kararında Temyiz Mahkemesi, bir alışveriş merkezinde, alışveriş yapılan markette ödeme yapılırken, kasanın önünde bırakılmış olan alarm düzeneğine ait çivinin davacının ayağına batarak yaralanması sebebiyle açılan maddi ve manevi tazminat davasında, uyuşmazlığın genel mahkemede değil, tüketici mahkemesinde görülmesi gerektiğine karar vermiştir[54]. Yargıtay bir başka kararında ise, davalıların malik ve işleteni olduğu otele davacı tarafından bırakılan motosikletin çalınması sonucu açılan maddi tazminat davasında, davacıya sunulan hizmetin kusurlu olmasından ileri gelen ihtilafın Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun hükümlerinin kapsamı içinde kaldığına karar vererek, uyuşmazlığın genel mahkemede değil, tüketici mahkemesinde görülmesi gerektiğine hükmetmiştir[55].

Uygulama alanında Yargıtay'ın bu konuda benzer şekilde birçok kararına rastlamak mümkündür. Temyiz Mahkemesi, satıcının işyerine gelen

---

53 Bu karar için Bkz. (www.kazanci.com). Bu konuda benzer bir başka kararında, Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 21.05.2012 tarihli ve E. 2012/6176, K. 2012/12918 sayılı Kararına konu olan uyuşmazlıkta *"Davacı, davalı H... A.Ş. tarafından işletilen otelde tatil yaparken, diğer davalı D... Limited Şirketinin işlettiği dalış merkezinde bulunduğu sırada, davalı R. T.'un kullandığı davalı Ç... Limited Şirketine ait teknenin kendisine çarptığını ileri sürerek, 830.88 TL maddi, 5.000 TL manevi tazminatın tahsiline karar verilmesini istemiştir…Davalılar, davanın reddini savunmuşlardır. Mahkemece, davalı Ç... Limited Şirketi hakkındaki davanın reddine, diğer davalılar hakkındaki davanın kısmen kabulüne karar verilmiş; hüküm, davacı ve davalılar H... A.Ş. ile R. T. tarafından temyiz edilmiştir…Davacı, 4822 Sayılı yasayla değişik 4077 Sayılı tkhk.nun 4/A maddesinde düzenlenen ayıplı hizmet sebebiyle bu davayı açmış olup, aynı Kanunun 23/1 maddesi gereğince uyuşmazlığın çözümünde tüketici mahkemeleri görevlidir. Mahkemece, görevsizlik kararı verilmesi gerekirken, yazılı şekilde davanın esastan karara bağlanması, usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedeni."* olduğuna hükmetmiştir. Karar için Bkz. (www.kazanci.com).

54 Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 04.04.2013 tarihli ve E.2013/4813; K.2013/8708 sayılı Kararı için Bkz. (www.kazanci.com).

55 Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 26.03.2013 tarihli ve E.2013/387; K.2013/7541 sayılı Kararı için Bkz. (www.kazanci.com).

tüketicinin bu andan itibaren satıcının hâkimiyet alanı içinde bulunması sebebiyle, meydana gelebilecek her türlü zarar verici olaylara karşı, tüketicinin can ve mal güvenliğini asgari özen yükümlülüğü çerçevesinde korumak zorunda olduğunu kabul etmektedir[56].

IV. DEĞERLENDİRME

Günümüzde tüketici hukukunun temel hareket noktası, tüketicinin hakları ve bu hakların korunmasıdır. Tüketici mahkemeleri, hukuk sistemimiz içerisinde tüketicinin haklarını himaye etmek amacıyla tesis edilmiştir. Tüketici mahkemelerinin kurulmasının altında yatan nihai amaç, genel mahkemelerin iş yükünün fazla olması nedeniyle, spesifik bir alanda tüketici uyuşmazlıklarının bu yoğunluğun dışına tutulmak suretiyle daha çabuk, harçtan muaf ve basit yargılama usulüne göre çözüme kavuşturulmasıdır.

Tüketici mahkemeleri, diğer ihtisas mahkemeleri (aile mahkemeleri, iş mahkemeleri, kadastro mahkemeleri, icra mahkemeleri vd.) gibi özel mahkemelerdir. Tüketici mahkemeleri uzmanlık gerektiren alanlarda, genel mahkemelerin iş yükünü hafifleten, yargılama faaliyetini hızlandıran ve daha süratli bir şekilde çözümlenmesini sağlayan bir amaca hizmet etmektedir.

Türk hukukunda 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ve bu Kanun' da değişiklik yapan 4822 sayılı Kanun ve nihayet 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce, tüketicinin korunması ile ilgili dağınık bir mevzuatın olduğu bilinmektedir. Ancak hukuk sistemimizde gerçekleştirilen son Kanun değişiklikleri ve yeni kanuni düzenlemeler tüketicinin korunması hususunda tüketici işlemi adı verilen iş ve işlemleri genişletmek suretiyle tüketici mahkemelerinde çözüme kavuşturulması gereken uyuşmazlıkların alanını da giderek çoğaltmıştır. Tüketici mahkemelerinin görev alanına giren ihtilafların bu şekilde genişlemesi, esasen önceden de var olan usule ilişkin pek çok sorunu artarak yeniden gündeme getirecek niteliktedir. . Tüketicinin korunması anlamında, 4077 ve 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanunların öngördüğü hükümler ve Yargıtay uygulamaları ile günümüzde gelinen noktanın bu mahkemelerde çözümlenmesi gereken uyuşmazlıkları ve tatbik edilecek

---

[56] **Ertabak**, s. 46-47.

muhakeme usullerini giderek daha karmaşık hale getirdiğini söylemek yanlış bir saptama olmayacaktır.

Medeni yargılama hukukunda, bilindiği üzere bir davanın evleviyetle görevli mahkemede açılması re'sen gözetilen bir dava şartıdır. Bu dava şartı, davanın her aşamasında mahkemece kendiliğinden dikkate alınmak zorunda olduğu gibi, taraflarca da ileri sürebilir ve hatta kanun yolu aşamasında da Yargıtay tarafından bu esasa uyulup uyulmadığı öncelikle incelenmektedir. İşte bu noktada, tüketici ile ilgili veya tüketici işlemi olarak öngörülen bir hususa ilişkin taraflar arasındaki uyuşmazlığın asliye veya sulh mahkemesi gibi genel bir mahkemede mi? İşlemin içinde ticari bir unsur var ise, ticaret mahkemesinde mi? Aksi halde tüketici mahkemesinde mi? açılması gerekip gerekmediği meselesi daha davanın birinci basamağında karşı karşıya gelinen en önemli problemlerden birini teşkil etmektedir. İncelemeye konu ettiğimiz tüketici mahkemelerinin görev alanına giren uyuşmazlıklar ve mahkemeler arasında ortaya çıkan görev sorununu araştırmaya başladığımızda, Yargıtay'ın sadece tüketici ve tüketici işlemleri ile ilgili meselelerde, davaların görevden ötürü yanlış mahkemelerde açılması sebebiyle, ilk derece mahkemelerinden verilen kararları dava şartı eksikliğinden dolayı bozduğu sayısız içtihatları bulunmaktadır. Yargıtay, ilk derece mahkemelerinden verilen kararları, temyiz kanun yolu aşamasında denetime tabi tuttuğunda, davanın tüketici değil, genel mahkemede veya genel mahkemede değil, tüketici mahkemesinde ya da ticaret mahkemesinde görülmesi gerektiğinden bahisle görev yönünden bozmaktadır. Bir yargılamada, belli bir süreci ve prosedürü kapsayan uyuşmazlık çözümünün sonuna gelindiği noktada, ihtilafın tüketici mahkemesinin görev alanına girdiği veya girmediği gerekçesi ile bozulması önemli bir zaman kaybı olarak düşünülmelidir. Bu konuda hiç kuşkusuz, mahkemeler arasında içinden çıkılmayacak derece görev uyuşmazlıklarının ortaya çıkması madalyonun diğer yüzünün kaçınılmaz sonuçlardan biridir. Bilakis kendisinden zaman tasarrufu, hız ve sürat beklenen yargılama hizmeti, tam aksine bu defa yavaşlatıcı bir işleve basamak teşkil etmektedir.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ve bu Kanun'a bağlı olarak tesis edilen tüketici mahkemelerinin kuruluş amacı bir kez daha irdelendiğinde, Kanun'un amacı, tüketicilerin tüketici işlemi olarak kabul edilen muamelelerden dolayı meydana gelen uyuşmazlıklarını çabuk ve süratli bir

şekilde, daha kısa zamanda, harçtan muaf ve de basit yargılama usulüne tabi tutarak, sorunlarını çözmektir. Dolayısıyla bu yaklaşım, kapsamı içine Kanun'da da ifade edildiği üzere, tüketici ve satıcı (veya sağlayıcı) arasında meydana gelen tüketici satış sözleşmeleri, tüketici kredisi sözleşmeleri, konut finansmanı sözleşmeleri, mesafeli sözleşmeler, devre tatil ve uzun süreli tatil hizmeti sözleşmeleri, paket tur sözleşmeleri, abonelik sözleşmeleri vd. gibi sözleşmelerden kaynaklanan ihtilafları kapsamına konu etmektedir. Ancak 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 3.maddesinin (h) bendinde belirtildiği üzere, taşınmaz mal satışlarından dolayı meydana gelen tapu iptali ve tescil davaları ve mutlak olarak ticaret mahkemesinin görevi içine giren nitelikteki uyuşmazlıkların tüketici mahkemelerinde görülmesi Kanun'un amacı ile bağdaşmamaktadır. Özellikle tapu iptali ve tescili gibi 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu bünyesinde yazılı yargılama usulünün (HMK. md.118 vd.) uygulanmasını gerektiren bu tür uyuşmazlıkların basit yargılama usulü hükümleri (HMK. md.320 vd.) gereğince çözümlenmesi isabetli değildir.

Sonuç olarak, tüketici mahkemelerinin görev alanına giren ihtilafların, mahkemeler arasında görev uyuşmazlıklarına sebep olmaması maksadıyla neler olduğunun kalem kalem belirlenmesi, bu kadar geniş bir yelpaze altında toplanmaması ve uyuşmazlık taraflarının bu mahkemelerden beklediği hukuki himayenin, hukuk güvenliği açısından etkili bir şekilde sağlanması esas alınmalıdır.

[H]WRITTEN ADVOCACY: SUBMISSIONS UNDER THE ICC RULES OF ARBITRATION

Assoc. Prof. Dr. Ali YEŞİLIRMAK*

1. Introduction

The International Chamber of Commerce ("ICC") arbitration has a long history[1]. The first ICC arbitration rules, 1922 ICC Rules of Arbitration constitutes the mother of modern arbitration rules and, throughout the history, the ICC Rules of Arbitration has affected drafting rules and laws on international as well as domestic arbitration.

The ICC arbitration is one of the most referred dispute resolution mechanism referred to by Turkish parties in international business and investment transactions[2]. However, Turkish parties and legal practitioners are not very familiar with the ICC Rules and its practice. Indeed, one of the not very well-known aspects of the Rules is the issue of written submissions in ICC arbitration.

Written submissions are essential tools for presenting or defending a case in international arbitration. In broad terms written submissions cover all submissions made by the parties in writing. For ICC arbitration, written submissions may contain request for arbitration and answer to it as well as

---

H Hakem incelemesinden geçmiştir.

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

1 See Ali **Yeşilırmak**, Provisional Measures in International Commercial Arbitration (Kluwer 2005), pp. 19 etc.

2 In 2011, for instance, 41 cases involving Turkish parties registered with the ICC Secretariat. See ICC International Court of Arbitration Bulletin, v. 24, no. 1 (2012).

further statements of parties referring to factual and legal analysis of the case referred to arbitration. Strictly speaking, submissions refer to statements of claim/response, and joinders to those statements. The submissions may also be referred to as pleadings, briefs, memorials etc.

The contents of the written submissions are not well-explored subject and may vary in each legal culture. In addition there is a growing practice that would constitute a norm for international arbitration practice.

This article examines rules, principles, and guides regarding written submissions in ICC arbitration and provides some recommendations for practitioners for preparation of such submissions.

2. Request for Arbitration and Answer to it

ICC arbitration is initiated with the request for arbitration. Then the respondent files an answer to it.

Before initiating a case or responding to a request for arbitration, the party representative should

a) request from its client all facts (agreements, correspondence meetings minutes etc.) relating to the case;
b) ask its client whether the counter may have any document or information not possessed by it;
c) ask about potential party witnesses (for and against it) supporting the written evidence and pinpoint essential points regarding the potential statement of the witnesses;
d) analyze these facts and applicable substantive law, and thus prepare a case strategy in light of them.

What should the request for arbitration and answer to it contain is set out in Articles 4 and 5 of the ICC Rules of Arbitration. These Articles provide essential elements for the request and the answer.

Both in request for arbitration and answer to it, the parties may not have to state their defenses and claims in full[3]. A brief statement with essential documentation attached to it (agreements etc.) is generally sufficient. The most important issue to take into account at this stage is to fully explain the "request for relief" in the request and the answer. In some occasions however when a party has a strong case it may consider preparing a detailed request with all evidence attached to it in order to push the counter party to settlement and/or speed up the arbitration process.

3. Statement of Claim, Statement of Response and Joinders to them

3.1. In general

After the request for arbitration and answer to it have been submitted and the arbitral tribunal is appointed, the tribunal prepares, the Terms of Reference ("ToR"), procedural timetable and its first procedural order ("PO1"). It is generally within this order, the tribunal sets out the rules and principles regarding the submissions. That is because there is hardly

---

[3] The Guide for party representatives entitled "Effective Management of Arbitration" ("Guide") explains the options of the parties:

"A. File a short Request that satisfies the Rules without providing any more content or evidence than is strictly required by the Rules.

B. File a comprehensive Request that constitutes a full statement of the case, including exhibits.

The above options represent two ends of a spectrum. However, there is also the option of filing a Request that provides a level of content and evidence anywhere between those two ends."

Guide, p. 17. The Guide further explains the pros and cons of the above options:

"A shorter and less comprehensive Request can be prepared more economically and more quickly than a more comprehensive document.

On the other hand, a more comprehensive Request may avoid the need for multiple rounds of subsequent submissions and thereby help to expedite the arbitration. In addition, providing more information may increase the impact of the Request on the respondent. Additional detail may also enable the parties and the arbitral tribunal to focus on the key issues in the case as early as possible and thereby facilitate the drawing up of the Terms of Reference and the conduct of the case management conference."

Guide, pp. 17-18.

anything provided in the ICC Rules regarding the written submissions. This is tenable as each case is different from the other; actors, parties, their representatives and arbitrators may come from different legal cultures. Thus, in this sense, each arbitration is unique and differs from the other. It is therefore left to the arbitrators and the parties to set out their own rules of submissions (in broad terms, procedure). It is apparently subject to mandatory rules provided in the ICC Rules of Arbitration and in the law applicable to arbitration (unless chosen by the parties, the law of the place of arbitration).

For finding the principles in respect of the submissions, the ICC arbitration Rules, their annexes, and the Guide will be examined.

3.2. Principles set out in the ICC Rules, its annexes and in the Guide for Effective Management of Arbitration

The main rule in the ICC Rules of Arbitration dealing with the submissions is Article 25 (1-2). This Article provides:

Establishing the Facts of the Case

1 The arbitral tribunal shall proceed within as short a time as possible to establish the facts of the case by all appropriate means.

*2 After studying the **written submissions** of the parties and all documents relied upon, the arbitral tribunal shall hear the parties together in person if any of them so requests or, failing such a request, it may of its own motion decide to hear them. (Emphasis added.)*

There are three other rules that may be helpful. There are three relevant articles:

"Article 19

Rules Governing the Proceedings

The proceedings before the arbitral tribunal shall be governed by the Rules and, where the Rules are silent, by any rules which the parties or, failing them, the arbitral tribunal may settle on, whether or not reference is thereby made to the rules of procedure of a national law to be applied to the arbitration."

"Article 22

Conduct of the Arbitration

1 The arbitral tribunal and the parties shall make every effort to conduct the arbitration in an expeditious and cost-effective manner, having regard to the complexity and value of the dispute.

2 ***In order to ensure effective case management, the arbitral tribunal, after consulting the parties, may adopt such procedural measures as it considers appropriate, provided that they are not contrary to any agreement of the parties.***

3 Upon the request of any party, the arbitral tribunal may make orders concerning the confidentiality of the arbitration proceedings or of any other matters in connection with the arbitration and may take measures for protecting trade secrets and confidential information.

4 In all cases, the arbitral tribunal shall act fairly and impartially and ensure that each party has a reasonable opportunity to present its case.

5 The parties undertake to comply with any order made by the arbitral tribunal. (Emphasis added.)"

"Article 24

Case Management Conference and Procedural timetable

1 When drawing up the Terms of Reference or as soon as possible thereafter, the arbitral tribunal shall convene a case management conference to consult the parties on procedural measures that may be adopted pursuant to Article 22(2). Such measures may include one or more of the case management techniques described in Appendix IV.

2 During or following such conference, the arbitral tribunal shall establish the procedural timetable that it intends to follow for the conduct of the arbitration. The procedural timetable and any modifications thereto shall be communicated to the Court and the parties. ,

3 ***To ensure continued effective case management, the arbitral tribunal, after consulting the parties by means of a further case***

management conference or otherwise, may adopt further procedural measures or modify the procedural timetable.

4 Case management conferences may be conducted through a meeting in person, by video-conference, telephone or similar means of communication. In the absence of an agreement of the parties, the arbitral tribunal shall determine the means by which the conference will be conducted. The arbitral tribunal may request the parties to submit case management proposals in advance of a case management conference and may request the attendance at any case management conference of the parties in person or through an internal representative. (Emphasis added.)"

In addition to the above articles Appendix IV of the Rules contain certain principles for case management. This Appendix is prepared to assist both the parties and the arbitrators for case management. The relevant part of Appendix IV provides:

"ICC Arbitration Rules

Appendix IV – Case Management Techniques

The following are examples of case management techniques that can be used by the arbitral tribunal and the parties for controlling time and cost. Appropriate control of time and cost is important in all cases. In cases of low complexity and low value, it is particularly important to ensure that time and costs are proportionate to what is at stake in the dispute.

a) Bifurcating the proceedings or rendering one or more partial awards on key issues, when doing so may genuinely be expected to result in a more efficient resolution of the case.

b) Identifying issues that can be resolved by agreement between the parties or their experts.

c) Identifying issues to be decided solely on the basis of documents rather than through oral evidence or legal argument at a hearing.

d) ***Production of documentary evidence:***

(i) requiring the parties to produce with their submissions the documents on which they rely*;*

(ii) avoiding requests for document production when appropriate in order to control time and cost;

(iii) in those cases where requests for document production are considered appropriate, limiting such requests to documents or categories of documents that are relevant and material to the outcome of the case;

(iv) establishing reasonable time limits for the production of documents;

(v) using a schedule of document production to facilitate the resolution of issues in relation to the production of documents.

e) ***Limiting the length and scope of written submissions and written and oral witness evidence (both fact witnesses and experts) so as to avoid repetition and maintain a focus on key issues.*** *(Emphasis added.)"*

In sum, none of the rules and/or principles referred to above does contain detailed principles for the submissions. The rules indeed confirm that how submissions should be made to the parties and the arbitrators. I have not seen any arbitration agreement dealing with in detail the issue of written submissions. In practice, the parties generally do not object to the principles prepared by the arbitrators and circulated before the case management conference. Some suggestions could apparently be made and the arbitrators generally take into consideration the reasonable amendment requests made by the parties.

It should always be kept in mind that once the order is rendered in respect of the submissions the parties should comply with its terms. What happens in case of non-compliance? The tribunal may not take into account the whole or part of the submissions. The parties should always keep in mind that they undertake, by referring their dispute to ICC arbitration, to comply with any order made by the arbitral tribunal (Article 22(5)).

3.3. Principles set out in under the law applicable to arbitration

National laws on arbitration do not provide detail rules on submissions too. For instance article 10E of the Turkish International Arbitration Law provides:

> *"Unless otherwise agreed by the parties, the arbitral tribunal,* ***following the submissions*** *as to the claim and defence shall draw up its terms of reference.*
>
> *The terms of reference may contain such particulars as the parties' names and titles, their addresses for notification during the arbitration, a summary of their claims or defences, their requests, explanations on the dispute in question, the names, surnames, titles, and addresses of the arbitrators, the place of arbitration, the term of arbitration, the commencement of the term, explanations as to the procedural law or rules applicable to the dispute, and whether or not the arbitrators are competent to act as amiable compositeur. (Emphasis added.)"*

Thus, the TIAL leaves it to the parties and the tribunal to determine the principles applicable to the submissions. To this end, the general rule on the procedure shall be applicable:

> *"**Article 8***
>
> *A)* ***Subject to the mandatory provisions of this Law, the parties are free to agree on the procedure to be followed by the arbitral tribunal in conducting the proceedings.*** *They may, in the determination of such procedure, make a reference to any law or international or institutional arbitration rules. If there is no such agreement between the parties, the arbitral tribunal shall conduct the proceedings in accordance with the provisions of this Law.*
>
> *B) The parties shall have the same rights and powers. Each party shall be given a [full] opportunity to assert his petitions and defences." (Emphasis added.)*

3.4. Sample principles set out in PO1 regarding the submissions

As indicated above, the principles regarding the written submissions (and indeed hearings) are generally set out in the PO1 in ICC arbitration. The relevant parts of a sample first procedural order are:

1. SUBMISSIONS ON THE MERITS

1.1. The Parties shall file comprehensive submissions on the merits: (i) a Statement of Claim, (ii) a Statement of Response and Counterclaim, (iii) a Reply on Main Claim and Response on Counterclaim, (iv) a Rejoinder on Main Claim and Reply on Counterclaim, and (v) a Rejoinder on Counterclaim. The Statement of Claim, Statement of Response, Reply and Rejoinder shall set out full statements of the case, including a statement of the relief sought, a full presentation of the factual and contractual and/or legal basis for each claim and defense, as well as the evidence relied upon, in accordance with the rules set out in the present Procedural Order and/or subsequently decided by the Arbitral Tribunal.

1.2. There will be two rounds of written exchanges. The Parties shall endeavor to produce all documents on which they rely during the first round of exchanges.

1.3. Each submission will have the following format:

- *titles and subtitles shall be inserted whenever appropriate;*
- *pages shall be numbered;*
- *paragraphs shall be numbered in the left-hand side margin in a sequential and uninterrupted manner throughout the brief.*

1.4. Each Party shall attach the documentary evidence in support of the allegations set forth in each submission by way of exhibits.

1.5. Any time a reference to evidence is made in a submission, the Parties shall clearly identify the corresponding exhibit/witness statement/expert report. If a piece of evidence consists of more

than one page, the Parties must refer to the specific page or pages on which they rely.

1.6. Each Party shall include copies of all witness statement(s) and/or expert report(s) with the submission in which those witness statement(s) and/or expert report(s) are relied upon.

2. DOCUMENTARY EVIDENCE

2.1. Any time a document is referred to in a written submission, Witness Statement or Expert Report, it shall be identified by its exhibit number, as well as by sufficient additional information when it is mentioned for the first time.

2.2. Each of the written submissions referred to in paragraph 1.1 above shall be accompanied by a cumulative index of the documents filed by the submitting Party during the proceedings. The cumulative index shall indicate to which written submission each exhibit/legal authority/witness statement/expert report is attached. The Arbitral Tribunal may ask the Parties to submit a joint chronological list of the documentary evidence produced during the proceedings.

2.3. Each piece of documentary evidence produced in the present proceedings shall be "stamped" with the corresponding exhibit/legal authority/witness statement/expert report number. As to hard copies, each piece of documentary evidence shall have a divider with the Exhibit number on the corresponding tab.

2.4. The Parties shall number documentary evidence in a consecutive manner throughout the proceedings. Claimant shall number its factual exhibits as C-1, C-2 and so on, its legal authorities as CL-1, CL-2 and so on, its witness statements as CW-1, CW-2 and so on, and its expert reports as CE-1, CE-2 and so on. Respondent shall number its factual exhibits as R-1, R-2 and so on, its legal authorities as RL-1, RL-2 and so on, its witness statements as RW-1, RW-2 and so on, and its expert reports as RE-1, RE-2 and so on.

2.5. The exhibits filed by the Parties with the Request for Arbitration of _____, the Answer and Counterclaim of _____ and the Reply to Answer and Answer to Counterclaim of _____, respectively, shall not be considered on record and may be submitted by the Parties with their upcoming written submissions, in accordance with the rules set out in the present Procedural Order.

2.6. In the situation where a Party submits corrections to its pleadings and/or the documents attached thereto (witness statements, experts reports, factual or legal exhibits), this Party shall provide hard copies and electronic copies of any document that was amended.

2.7. All evidence written in a language other than English shall be accompanied by translations, unless otherwise agreed by the Parties and the Arbitral Tribunal. Translations of voluminous documents shall be limited to the relevant extracts (including those specifically relied upon and/or those that are relevant to understanding those relied upon). In case of disagreement, the Arbitral Tribunal shall determine the extent of the translation required.

2.8. Where Parties refer to legal materials (legal texts, commentaries, judgments and awards, etc.), the corresponding exhibit shall include the first page of the relevant book or journal in which the text appears. The materials exhibited should allow the Arbitral Tribunal to read and understand any cited passages in their context. The Arbitral Tribunal may refer to legal materials not referred to nor produced by the Parties during the proceedings.

2.9. Neither Party shall be permitted to submit additional or responsive documents after the filing of its respective last written submission save under exceptional circumstances and at the discretion of the Arbitral Tribunal, upon a motivated written request followed by comments from the other Party. Should a Party request leave to submit additional or responsive

documents that Party may not annex the documents that it seeks to introduce to its request.

2.10. The use of demonstrative exhibits (such as charts, tabulations, etc.) is allowed at the hearing provided that (1) copies of such demonstrative exhibits are provided to the opposing Party and to the Arbitral Tribunal during the hearing, and (2) the demonstrative exhibits refer only to evidence already on the record and not to new evidence. The Arbitral Tribunal may allow the inclusion of any or all of such demonstrative exhibits into the record.

3. PRODUCTION OF DOCUMENTS

3.1. Upon notice by either Party that documents within the possession, custody or control of the other Party are relevant to prove a fact in dispute and material to the outcome of the case, they shall be produced by the other Party according to the provisions of the present section.

3.2. This section 3 applies only to Requests for Production of Documents made by the Parties. The Arbitral Tribunal may order the Production of Documents at any time, provided, however, that reasonable notice is given to the Party requested to produce such documents.

3.3. The requesting Party shall address its Request to the other Party with the observance of the time-limits set forth in the Provisional Timetable ("Request for Production of Documents"). The Request for Production of Documents shall be presented in the form of a "Redfern Schedule", a model of which is herein attached as Appendix 1. The Parties shall not address copies of their Requests for Production of Documents to the Arbitral Tribunal.

3.4. A request for Production of Documents shall contain the following:

a) a description of the document, the production of which is requested, sufficient to identify such document or the

description in sufficient detail, including the subject matter, of a narrow and specific category of documents;

b) a brief explanation of the reasons why such documents are relevant to the outcome of the case;

c) a statement whereby the documents are not in the possession, custody or control of the requesting Party, and the reasons why such Party assumes that such documents or objects are in the possession or custody or under the control of the other Party.

3.5. The Party to whom the Request for Production of Documents is addressed shall produce the requested documents to the extent it has no objection. In case of objections, the requested Party shall file an Answer to the opposite Party's Request for Production of Documents, by filling in the "Redfern Schedule" pursuant to the Provisional Timetable.

3.6. In case of objections, the requesting Party will have the possibility, pursuant to the Provisional Timetable, to comment on the other Party's objections in the "Redfern Schedule", and to submit this "Redfern Schedule" to the Arbitral Tribunal seeking an order for the production of the relevant documents ("Application for Production of Documents").

3.7. The Arbitral Tribunal shall rule as soon as feasible on the Applications for Production of Documents, taking into account, but not being bound by the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration (2010 version).

3.8. When the relevance of a document can be determined only upon a perusal of the document itself, the Arbitral Tribunal may order the production of this document to the members of the Arbitral Tribunal only, in order for them to decide on the production to the requesting Party.

3.9. Documents produced pursuant to a Request and/or Application for Production of Documents shall not be considered on record unless and until the requesting Party submits them to the Arbitral Tribunal as regular exhibits complying with the

presentation and indexing requirements set forth in section 2 above.

3.10. If a Party fails without satisfactory explanation to comply with an order for production of documents issued by the Arbitral Tribunal, the Arbitral Tribunal may infer that such evidence would be adverse to the interests of that Party.

4. WITNESS EVIDENCE

Witnesses

4.1. If a Party wishes to adduce witness evidence, Witness Statements shall be provided with and cited in that Party's submissions, filed in accordance with the Provisional Timetable.

4.2. Any person may present evidence as witness, including a Party's officer, employee or other representative.

4.3. This section 4 applies only to witnesses called by either Party; the Arbitral Tribunal may order the appearance of any witness who has produced a Witness Statement at any time, subject to reasonable notice.

4.4. It shall not be improper for a Party, its officers, employees, legal advisors or other representatives to meet and interview its witnesses or potential witnesses, to establish facts, prepare the witness(es) for examination, provided, however, that the effect of such interviews is not the exercise of undue influence on the prospective witness (no coaching).

Witness Statements

4.5. As provided in section 4.1 each Party shall file written Witness Statements for all witnesses presented by that Party.

4.6. Each Witness Statement shall contain:

a) the name and address (whether private or professional) of the witness;

b) indications as to the relationship (past and current) of the witness or expert with any of the Parties or Counsel (in

particular whether the witness is or was an employee or other representative of a Party or a consultant to such Party);

c) *a description of the background, qualifications, training, professional experience and present position of the witness (curriculum vitae with a photograph), provided that such description is relevant to the dispute or to the contents of the statement;*

d) *indications as to whether the witness is regarded as a witness of fact or an expert witness by the Party calling such witness;*

e) *a full description of the facts, and the source of the information provided by the witness in relation to those facts, sufficient to serve as that witness's evidence in the matter in dispute; a "full" description for the purposes of this provision means that the Witness Statement must be sufficiently detailed so as to stand in lieu of examination in chief of the witness in question;*

f) *the signature of the witness as well as the date and place of signature;*

g) *the indication of the translator's name and address, if applicable;*

h) *a statement by the witness that he/she believes the matters stated are true.*

4.7. Each Witness Statement shall comply with the following requirements:

a) *it shall be as concise as the circumstances of the dispute allow without omitting any significant matters;*

b) *it shall not contain lengthy quotations from documents;*

c) *it shall not engage in any legal argument, except if the witness is a legal expert;*

d) *it shall indicate which of the statements made in it are made from the witness' own knowledge and which are made on the basis of information or belief, giving the source for any statement made on information or belief;*

e) it shall use the witness's own words as its function is to set out in writing the evidence in chief of the witness.

4.8. Witness Statements may be drafted in a language other than English provided, however, that such other language is the witness' mother tongue. In such a case, the Witness Statement shall be filed together with a translation into English.

4.9. The Parties may not annex documents that are not otherwise on record to Witness Statements of factual witnesses. If necessary, documents that are part of the record, and which have been filed in accordance with section 2 above, may be referred to in the Witness Statement.

4.10. The Parties may, to the extent necessary, annex documents to Expert Reports. Such evidence should be limited to the documents used by the Expert to reach its conclusion(s) and/or demonstrative documents that illustrate its Report.

Witness Oral Testimony

4.11. Either Party may call witnesses at the hearing. The Arbitral Tribunal may also call, upon the motivated request of either Party or on its own motion, a witness whose Witness Statement has been filed in the proceedings but who is not called for cross examination.

4.12. Counsel shall be in charge of ensuring that the witnesses are present at the time and place indicated by the Arbitral Tribunal for their examination.

4.13. If a witness fails to appear at the hearing, the Witness Statement filed on behalf of such witness shall be disregarded, unless a Party expressly waives its right to cross-examine the witness or, in exceptional circumstances, if the Arbitral Tribunal has decided otherwise after having heard the Parties.

4.14. If a witness is unable to attend the hearing, the Arbitral Tribunal may exceptionally and in its discretion decide that such witness is to be examined by video conference, upon receipt of a short statement setting out the reasons why the witness is unavailable

to appear in person. The logistics and procedure for the examination by video conference shall be decided by the Arbitral Tribunal, after consultation with the Parties.

4.15. Each witness shall be invited to confirm the content of his or her Witness Statement at the hearing.

4.16. Witnesses shall in principle be examined separately, in the order determined by the Arbitral Tribunal upon a proposal which the Parties are encouraged to submit jointly to the Tribunal. However, the Arbitral Tribunal may decide to hear two or more witnesses together, upon a request made by either Party or on its own motion, and after consultation with the Parties.

4.17. Witnesses who are Party representatives shall in principle be examined first, in particular if they wish to remain in the hearing room following their examination.

4.18. A Party whose witness or expert intends to present oral evidence in a language other than English, and therefore requires interpretation, shall procure an independent professional interpreter to be approved by the Arbitral Tribunal. The interpreter's CV and declaration of independence shall be submitted to the Arbitral Tribunal two weeks before the hearing at the latest.

4.19. Each Party shall advance the costs related to the evidence of its own witnesses, without prejudice to the decision of the Arbitral Tribunal as to which Party shall ultimately bear those costs.

5. EXPERT WITNESSES

5.1. Each Party shall have the opportunity to file reports or statements by expert witnesses. The provisions applicable to Witness Evidence shall apply to expert evidence (see section 2 above).

5.2. The expert will indicate the documents that he or she relies on.

5.3. If the Arbitral Tribunal is of the opinion that a tribunal-appointed expert is required, such matter shall first be raised with the Parties. If the Arbitral Tribunal decides to appoint an

expert after hearing the Parties, a Procedural Order relating to the determination sought from the expert shall be submitted to the Parties in draft prior to the appointment of the expert.

5.4. If either Party seeks the appointment of a tribunal-appointed expert, a motivated request shall be addressed to the Arbitral Tribunal, setting forth the issues to be determined by the tribunal-appointed expert.

4. Conclusions: Pitfalls in respect of Written Submissions

There are a number of issues that should be taken into consideration in preparing the submissions[4]:

a) Follow the instructions (PO1) of the arbitrators. In accordance with Article 22(5) if the instructions are not followed, the sanctions could

---

[4] On these pitfalls see for instance Jacop Grierson/Annet van Hooft, Arbitrating under the 2012 ICC Rules (Kluwer Law International 2012), pp. 163-172; Jason **Fry**/Simon **Greenberg**/Franceska **Mazza**, The Secretariat's Guide to ICC Arbitration (ICC Publishing 2012), p. 19 etc; Guide, pp. 17-61; W. Lawrence **Craig**/William W. **Park**/Jan **Paulsson**, International Chamber of Commerce Arbitration, 3rd edition (Oceana/ICC Publishing 2000), pp. 427-434; Eric **Schafer**/Herman **Verbist**/Christophe **Imhoos**, ICC Arbitration Practice (Staempfli 2005), pp. 98-106. See also Julian D. M. **Lew**/Loukas **Mistelis**/Stefan M. **Kröll**, Comparative International Commercial Arbitration (Kluwer Law International 2003), pp. 527-584; Emmanuel Gaillard/John Savage (eds.), Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration (Kluwer 1999), pp. 688-709; Gary B. **Born**, International Commercial Arbitration, 2nd ed. (Wolters Kluwer 2013); pp. 2196 etc; Pierre **Karrer** (ed.), Introduction to International Arbitration Practice (Kluwer Law International 2014), pp. 99-146; Lawrence W. **Newman**/Richard D. **Hill** (eds.), The Leading Arbitrators' Guide to International Arbitration, 2nd ed. (Juris 2008); Jeff **Waincymer**, Procedure and Evidence in International Arbitration (Kluwer Law International 2012), pp. 217-254; Peter V. **Eijsvoogel**, Evidence in International Arbitration (Graham **Trotman**/Martinus **Nijhoff** 1994); Elliott **Geisinger**/Guillaume **Tattevin**, Advocacy in International Arbitration (Juris 2013). In Turkish language the following sources can also be consulted with: Cemile **Demir-Gökyayla**, Milletlerarası Tahkimde Belge İbrazı, Vedat Kitapçılık (İstanbul 2014); Musa **Aygül**, Milletlerarası Ticarî Tahkimde Tahkim Usulüne Uygulanacak Hukuk ve Deliller (Konya 2013); Ekin **Hacıbekiroğlu**, Milletlerarası Tahkim Hukukunda Deliller ve Delillerin Değerlendirilmesi (On İki Levha Yayıncılık 2012).

be severe; in the form of not accepting in part or whole of the submissions.

b) Make and cost/benefit analysis[5] and prepare your arbitration strategy in accordance with the facts you gathered and act accordingly in providing your submissions. Prepare to develop your strategy in light of the submissions made by the counterparty and particularly of the evidence provided by it.

c) Request for arbitration and answer to it are in principle not the submission where the parties provide their full statements.

d) In statements, unless otherwise agreed or stated by the arbitrators, make your full statement.[6] Make sure that the ToR is written as broad terms as possible to cover your possible request for relief at the end of your future submission. Advance planning and preparation of strategy are required. The parties should be aware of the fact that in accordance with Article 23(4) of the Rules, no new claims could in principle be made after the ToR is signed.

e) Round of submissions. Traditionally there are two rounds of submissions in ICC arbitration. I suggest avoiding single round of submissions.[7] That may later be a reason for a challenge to an award on the basis of due process. If the case is too complicated three rounds of submissions may also be considered.

f) Who starts the submissions? Apparently the Claimant. However in some cases the Respondent may also have a substantial claim. In

---

5 See Guide, pp 18, 22-23.

6 This is considered as "increasingly the norm in international arbitration". **Lew/Mistelis/ Kröll**, p. 537. See also generally Julian **Lew**/Laurence **Shore**, "International Commercial Arbitration: Harmonising Cultural Differences", Dispute Resolution Journal, v. 54 August 1999.

7 Guide explains pros and cons of additional submissions as:
"Additional rounds of written submissions enable the parties to articulate their positions more extensively and respond to the developing arguments on each side.
However, additional rounds of briefs may lead to unnecessary repetition, excessive detail or dilatory tactics."

such case, it may be wise to have separate rounds of submissions for the case and the counter claim.

g) Separation the facts from legal arguments. Each case is generally based on the facts. Thus establishing facts are very important. Legal arguments are generally based on the facts. So focus on facts. If however arbitrators are not familiar with the applicable substantive law make sure to sufficiently inform them of the law.

h) Clarity and coherence. Be clear and coherent in your submissions. Easier to read better to understand.

i) Refer to supporting evidence and legal authority within the submissions.

j) Respond to the counter party's statements and arguments.

k) Use documentary evidence; written documents (electronic or hard copy) as much as possible for establishing the facts. Use where necessary witness statements and expert reports.

l) In documentary evidence:

- Do not submit unnecessary and/or too many exhibits.
- Review very carefully before submitting any documents.
- Follow the instructions of the tribunal or use a sensible system of identifying the documents.
- No need to resubmit the same exhibits.
- Do not submit the original documents unless requested.
- Make sure to provide the translations and make you planning regarding the preparation of the translations for the deadlines so that the submissions are made on time.
- Redact documents only where necessary for instance for confidential or privileged info etc. only.

m) Witness statements:[8]

- Use reliable witnesses with the first-hand knowledge on the fact endeavored to be established.
- Remind the witness that witnesses should always tell the truth. Assist in preparation of the witness report without distorting it.
- Prepare the witness for cross-examination.
- Keep witness statements short but remind the witnesses that the counterparty and/or the tribunal may ask any question in respect of his/her knowledge on the case regardless of the fact that such knowledge is or is not referred to in the statement.

n) Expert reports:[9]

- Experts should state their true opinion in respect of the issue on which their opinion is sought.
- They should be briefed in respect of the case and what is requested from them. It is not so difficult to understand legal aspects to get a legal opinion but lawyers should also understand the technical details of the case to get an expert opinion.
- Avoid getting a bias or unreliable expert report.
- Guidance could be acquired from the IBA Rules on Taking Evidence in International Arbitration.

---

8 See also Guide, pp. 41-43.

9 See also Guide, pp. 45-50.

Bibliography

Aygül, Musa; Milletlerarası Ticarî Tahkimde Tahkim Usulüne Uygulanacak Hukuk ve Deliller (Konya 2013).

Born, Gary B.; International Commercial Arbitration, 2nd d. (Wolters Kluwer 2013).

Craig, W. Lawrence/**Park**, William W./**Paulsson,** Jan; International Chamber of Commerce Arbitration, 3rd edition (Oceana/ICC Publishing 2000).

Demir-Gökyayla, Cemile; Milletlerarası Tahkimde Belge İbrazı, Vedat Kitapçılık (İstanbul 2014).

Eijsvoogel, Peter V.; Evidence in International Arbitration (Graham Trotman/Martinus Nijhoff 1994).

Effective Manegement of Arbitration - A Guide for In-House Counsel and Other Party Representatives, ICC Publication No. 866-1.

Fry, Jason/**Greenberg,** Simon/**Mazza,** Franceska; The Secretariat's Guide to ICC Arbitration (ICC Publishing 2012).

Gaillard, Emmanuel/**Savage,** John (eds.); Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration (Kluwer 1999).

Geisinger, Elliott /**Tattevin,** Guillaume; Advocacy in International Arbitration (Juris 2013).

Grierson Jacop/**Hooft,** Annet van; Arbitrating under the 2012 ICC Rules (Kluwer Law International 2012).

Hacıbekiroğlu, Ekin; Milletlerarası Tahkim Hukukunda Deliller ve Delillerin Değerlendirilmesi (XII Levha Yayıncılık 2012).

Karrer, Pierre (ed.); Introduction to International Arbitration Practice (Kluwer Law International 2014).

Lew, Julian D. M./**Mistelis,** Loukas/**Kröll,** Stefan M.; Comparative International Commercial Arbitration (Kluwer Law International 2003).

Lew, Julian/**Shore,** Laurence; "International Commercial Arbitration: Harmonising Cultural Differences", Dispute Resolution Journal, v. 54 August 1999.

Newman, Lawrence W./**Hill,** Richard D. (eds.); The Leading Arbitrators' Guide to International Arbitration, 2nd ed. (Juris 2008).

Schafer, Eric/**Verbist,** Herman/**Imhoos,** Christophe; ICC Arbitration Practice (Staempfli 2005)

Waincymer, Jeff; Procedure and Evidence in International Arbitration (Kluwer Law International 2012).

Yeşilırmak, Ali; Provisional Measures in International Commercial Arbitration (Kluwer 2005).

[H]MEDENİ USUL HUKUKUNDA İRADİ TARAF DEĞİŞİKLİĞİ (HMK m. 124)[*]

Yrd. Doç. Dr. Tolga AKKAYA[**]

GİRİŞ

Daha evvel Türk Hukukunda iradi taraf değişikliğine ilişkin yasal bir düzenleme bulunmadığından, uygulama da buna paralel olarak iradi taraf değişikliğini kabul etmemekteydi. Yargıtay'a göre, ıslah yoluyla dahi davanın tarafını değiştirmek mümkün değildir. Yargıtay, dava açan kişinin, diğer tarafın, taraf sıfatı bulunup bulunmadığını özenle araştırması gerektiğini, ıslahın ancak davanın mevcut tarafları bakımından sonuç doğurabileceğini, tarafın değiştirilmesi halinde ortada o tarafla ilgili bir davanın kalmayacağını kabul etmektedir (4.5.1978 tarih 4/5 sayılı YİBK)[1]. Hukuk Muhakemeleri Kanunu ise, ayrı bir hükümle, davada tarafın değişmesine yol açan haller arasına iradi taraf değişikliğini de eklemiştir. Bu çalışmanın konusu, iradi taraf değişikliğinin anlamını, mümkün olduğu halleri ve yargılama ve taraflar açısından doğurduğu sonuçları incelemektir. Hukuk Muhakemeleri Kanununda, her ne kadar iradi taraf değişikliği halleri düzenlenmiş ise de bu konudaki uygulamanın ne yönde geliştiği incelenmeye muhtaçtır ve iradi taraf değişikliğinin sonuçları konusunda kanunda açık bir hüküm bulunmamaktadır. İradi taraf değişikliğinin usul hukukuna ilişkin sonuçları, bakı-

---

H Hakem incelemesinden geçmiştir.

* Bu çalışma, 3 Mayıs 2014 tarihinde, Malatya'da, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde düzenlenen Hukuk Muhakemeleri Kanunu Sempozyumunda sunulan bildiri geliştirilerek ve genişletilerek, makale olarak hazırlanmıştır.

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

1 Yargıtay uygulaması ve eleştirisi hakkında detaylı bilgi için bkz. **Yılmaz**, Islah, s. 352 vd., özellikle 365-368.

mından dikkate değer tarafı, iradi taraf değişikliğinden sonraki dönem için, daha evvel yapılmış usul işlemlerinin etkisi veya bu işlemlerinin taraflar açısından bağlayıcı olup olmayacağıdır.

I. TARAF DEĞİŞİKLİĞİ KURUMU

Taraf değişikli, açılmış ve görülmekte olan bir davada, davanın taraflarından birinin davadan ayrılması ve onun yerini "üçüncü kişinin" almasıdır[2]. Taraf değişikliğinin bu dar tanımının yanında, daha geniş anlamda, mevcut tarafların yanına yenilerinin eklenmesi (tarafın genişletilmesi diyebiliriz) de taraf değişikliği olarak kabul edilebilir. İkinci durumda, davanın bir tarafında taraf sayısında bir artış meydana gelmektedir. Bu durum taraflar arasında dava arkadaşlığı oluşması şeklinde ortaya çıkmaktadır[3].

Dava açılmasıyla bir davanın tarafları da belirlenmiş olur. Kural olarak, dava açıldıktan sonra, artık davacının dilekçesinde yanlış göstermiş olduğu davalı tarafı, doğrusu ile değiştirme imkanı yoktur[4]. Bu durumda olası sonuç, davalının taraf sıfatının bulunmaması sebebiyle davanın reddine karar verilmesidir. Böyle bir durumda medeni usul hukuku bakımından davacının başvurabileceği yollar, davadan feragat, davayı geri almak veya davayı takip etmeyerek dosyanın işlemden kaldırılmasını ve sonrasında davanın açılmamış sayılmasını sağlamak ve doğru kişiyi taraf olarak göstererek ayrı bir dava açmaktır. Ancak bu işlemler hem davacı bakımından aleyhe sonuçlar doğurmaktadır hem de mahkemelerin iş yükünü gereksiz artırdığı için genel olarak bütün yargılamaları olumsuz etkilemektedir. Dolayısıyla istisnai bazı durumlarda taraf değişikliğine izin verilmesinde, davanın taraflarının hak arama hürriyetinin ve hukuki dinlenilme hakkının sınırlandırılmaması şartıyla, usul ekonomisi bakımından hukuki yarar bulunmaktadır.

Taraf değişikliği, usul ekonomisinin gerçekleştirilmesine ve yargılamanın basitleştirilmesine hizmet etmektedir. Usul ekonomisinin sağlanması,

---

2 **Gross/Zuber**, s. 894; **Schwander**, s. 695; **Sascha** s. 690; **Roth**, s. 2978.

3 **Yılmaz**, s. 346; **Roth**, s. 2978; **Sascha**, s. 690; **Gross/Zuber**, s. 894; **Alangoya**, davanın taraflarına yenilerinin eklenmesini taraf değişikliği olarak değerlendirilemeyeceği ve iradi taraf değişikliğine ilişkin hükümlerin burada uygulanamayacağı kanısındadır. Bkz. **Alangoya**, Tarafta Değişiklik, s. 22, 56, 71 vd.

4 **Gross/Zuber**, s. 894-895; **Schwander**, s. 695.

özellikle taraf sıfatında yanılgı sonucu yanlış kişi veya kişilerin taraf olarak gösterilmesi halinde anlam kazanmaktadır[5]. Uygun hallerde, taraf değişikliğine izin verilmek suretiyle, mevcut uyuşmazlıklar daha önce açılmış ve görülmekte olan dava içinde çözülerek, yeni bir dava için harcanacak emek ve giderlerden tasarruf edilebilmektedir. İradi taraf değişikliği, konusu ve sebebi aynı olan yeni bir dava açılması ve farklı bir hakim tarafından karar verilmesi ihtimalini ortadan kaldırarak, dava hakkında daha önce inceleme (tahkikat) yapmış hakim tarafından davanın yürütülmesine imkan tanıdığından, sadece usul işlemlerinin şeklen tekrarlanmasını önlemekle kalmayıp, bir yandan yargılama süresinin uzamasını engellemekte, diğer yandan daha isabetli kararlar verilmesini desteklemektedir.

II. TARAF DEĞİŞİKLİĞİNİN MÜMKÜN OLDUĞU HALLER

Taraf değişikliği kanunda öngörülen bazı haller gerçekleştiğinde kendiliğinden (ipso iure) meydana gelebileceği gibi, bu çalışmanın da konusunu oluştan iradi taraf değişikliğinin türlerinden biri olarak da karşımıza çıkabilir. Bu nedenle aşağıda öncelikle zorunlu ve iradi taraf değişikliği kavramları özetlenmiş, daha sonra iradi taraf değişikliğinin mümkün olduğu haller üzerinde durulmuştur.

Taraf değişikliği, kanunun öngördüğü hallerde kendiliğinden (ipso iure) gerçekleşmekteyse zorunlu (kanuni) taraf değişikliğinden, buna karşılık, kanunun öngördüğü belirli hallerde bir tarafın talebi ve karşı tarafın kabulü ya da mahkemenin izni ile gerçekleşmekte ise iradi taraf değişikliğinden söz edilir. Örneğin, malvarlığına ilişkin davalarda, dava devam ederken taraflardan birinin ölmesi halinde, taraf ehliyeti sona eren taraf yerine mirasçıları geçer ve dava onlar tarafından veya onlara karşı yürütülür. Bu hukuki sonuç maddi hukuktan kaynaklanmaktadır[6]. Dava mirasçılar tarafından mirası ret veya kabul edinceye veya mirasın reddi için öngörülen süre sona erinceye kadar ertelenir (HMK m. 55). Buna göre, üçüncü kişi kendiliğinden aktif veya pasif taraf sıfatını kazanır.

Zorunlu taraf değişikliğine bir başka örnek, HMK'nın 125. maddesinde düzenlenen dava konusunun, dava açıldıktan sonra, davalı tarafından üçüncü

---

5 **Sascha**, s. 690.

6 **Spühler/Dolgi/Gehri**, s. 81.

kişiye devredilmesi durumundaki taraf değişikliğidir[7]. Buna göre, dava açıldıktan sonra, davalı, dava konusu hakkı veya şeyi üçüncü kişiye devrederse, davacı isterse, devreden tarafla olan davasından vazgeçerek dava konusunu devralmış olan kişiye karşı davaya devam eder (HMK m. 125, I, a). Bu hükme göre, her ne kadar taraf değişikliği davacının talebi ile gerçekleşmekte ve dolayısıyla iradi gibi gözükmekte ise de aslında bu tür bir taraf değişikliğine yol açan, davacının dava açarken tarafı yanlış göstermesi ve daha sonra onu değiştirmek istemesi değildir, bilakis dava konusunun davacının iradesi dışında davalı tarafından üçüncü kişiye devredilmesi, onun bu davayı üçüncü kişiye yöneltmesini adeta zorunlu kılmaktadır. Dava konusunun devredilmesi halindeki taraf değişikliği, değişiklik talebinde bulunan davacının tarafı yanlış göstermesine neden olan bir hatasından, kusurundan veya keyfi davranışından kaynaklanmamaktadır. Bu nedenle, dava konusunun devredilmesi sebebiyle taraf değişikliği talebi, ne karşı tarafın rızasına ne de mahkemenin iznine bağlı kılınmıştır. Ayrıca, dava devam ederken davacı tarafından dava konusunun devredilmesi durumunda, devralmış olan kişi, görülmekte olan davada davacı yerine geçer ve dava kaldığı yerden devam eder (HMK m. 125, II). Bu hükme göre, davacı taraftaki değişiklik kendiliğinden ve karşı tarafın veya mahkemenin iznine gerek olmaksızın gerçekleşir.

Davanın taraflarından birinde değişiklik, kendiliğinden değil, bir tarafın talebi üzerine karşı tarafın rızası veya mahkemenin izni ile gerçekleşmekte ise, iradi taraf değişikliği söz konusudur[8]. Örneğin, HMK'nın 124. maddesine göre, iradi taraf değişikliği, kural olarak, ancak karşı tarafın açık rızası ile gerçekleşebilir.

Zorunlu taraf değişikliğini iradi taraf değişikliğinden ayıran özelliği, taraf değişikliğinin belirli hallerde kendiliğinden veya tarafın talebi ile karşı tarafın rızasına veya mahkemenin iznine gerek olmaksızın gerçekleşmesidir.

---

7 Dava konusunun devredilmesi halindeki taraf değişikliğinin geniş anlamda iradi taraf değişikliği olarak değerlendirilebileceği, ancak iradi taraf değişikliğinden asıl kastedilenin HMK m. 124'de düzenlenen haller olduğu yönünde bkz. **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 306.

8 Karşı tarafın veya tüm tarafların rızasıyla taraf değişikliğine izin verilen hallerde, iradi taraf değişikliğinin mevcut olacağı yönünde bkz. **Rechberger/Simotta**, s. 344.

İradi taraf değişikliğinde ise, öncelikle taraflardan birinin bunu talep etmesi ve karşı tarafın rızası veya mahkemenin izni gerekir.

Yukarıda da zikredildiği üzere, daha önce iradi taraf değişikliğine ilişkin yasal düzenleme olmadığı için, dava açan kişinin kendisinin veya karşı tarafın taraf sıfatında yanılması halinde, taraf değişikliğine izin verilmemekteydi. Bununla beraber, Yargıtay "temsilcide hata" olarak nitelendirdiği durumlarda, iradi taraf değişikliğine izin verilmesi gerektiğini kabul etmekteydi. Bu durum, daha çok devlet aleyhine açılan davalarda devleti temsil eden tüzel kişilikte yanılma olması halinde ortaya çıkmaktaydı. Örneğin, Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı yerine Sosyal Güvenlik Kurumu İl Müdürlüğünün taraf gösterilmesi halinde, davacının talebi üzerine davalı taraf değişikliğine izin verilmekteydi. Bununla birlikte ölmüş kişiye karşı dava açılması halinde, davanın mirasçılara karşı devam ettirilmesi kabul edilmemekteydi ve davacının yeniden dava açması gerekmekteydi. Yargıtay, yasal bir düzenleme bulunmaması nedeniyle, ölmüş kişiye karşı dava açılması halinde, iradi taraf değişikliğinin caiz olmadığını görüşündeydi.

İradi taraf değişikliğinin hukuki niteliği konusunda, öğretide esas olarak iki görüş ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre, iradi taraf değişikliği hukuki niteliği bakımından bir dava değişikliğidir. Zira, davacı ve davalı sıfatı, dava sebebinin bir bölümünü oluşturur ve taraflardan birinin değiştirilmesi dava sebebinin değiştirilmesi anlamına gelir. Yeni bir dava sebebinin ortaya çıkması nedeniyle, aynı yargılamada dolaylı olarak yeni bir talebin ileri sürülmesi söz konusu olmaktadır[9].Dava değişikliği olarak kabul edilmesi sebebiyle, kabul edilebilirlik koşullarının bulunması halinde, davanın tarafı olmayan üçüncü kişi, bazı hallerde rızası dışında da görülmekte olan davaya dahil edilebilmektedir. Burada taraf değişikliğinin davacı veya davalı tarafta olmasının önemi yoktur[10].

Bir başka görüşe göre ise, iradi taraf değişikliğinin kabul edilebilirliği, davanın geri alınması teorisi ile açıklanmaktadır. Buna göre, iradi taraf değişikliği önceki tarafın davasını geri alması veya ona karşı açılan davanın

---

9 **Üstündağ**, s. 390.

10 Alman İmparatorluk Mahkemesi ve onu takip eden Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin görüşü için bkz. **Roth**, s. 2979.

geri alınması ve üçüncü kişi tarafından yeni dava açılması veya üçüncü kişiye karşı yeni bir dava açılmasıdır. Bu görüşe yöneltilen başlıca eleştiri daha evvel dava açılması ve derdest davada yapılan işlemler ile ortaya çıkan usuli sonuçların yeni davada değerlendirilmesine imkan tanımaması ve ayrıca ikinci derece (istinaf) mahkemelerinde iradi taraf değişikliğini kabul etmemesidir[11].

III. İRADİ TARAF DEĞİŞİKLİĞİNİN MÜMKÜN OLABİLECEĞİ HALLER

İradi taraf değişikliği, aslında taraf sıfatı olmayan bir kişi tarafından dava açılması veya taraf sıfatı olmayan bir kişiye karşı dava açılmış olması halinde, gerçekte taraf sıfatına sahip olan kişi tarafından davanın yürütülmesi ihtiyacı doğduğundan gereklidir[12]. Başka bir deyişle, iradi taraf değişikliği, tarafların dava dilekçesinde yanlış gösterilmesi halinde gündeme gelir.

Kanımızca, dava dışında, çekişmesiz yargı işi olarak nitelendirilen durumlarda da iradi taraf değişikliğine izin veren HMK m. 124 hükmünden kıyasen yararlanmak mümkündür. Zira, çekişmesiz yargı işlerinde niteliğine uygun düştüğü ölçüde basit yargılama usulünün uygulanacağı düzenlenmiştir (HMK m. 385, II). Yine basit yargılama usulü hakkında hüküm bulunmayan hallerde ise yazılı yargılama usulüne ilişkin hükümler uygulanır (HMK m. 322, I). Buna göre, bir çekişmesiz yargı işinde, dilekçede ilgilinin gösterilmesinde hata edilmiş, ve bu hata HMK'nın 124. maddesi çerçevesinde düzeltilebilecek nitelikteyse, iradi taraf değişikliği hükümleri kıyasen uygulanabilmelidir. Örneğin, davacının maliki olduğu parsele ait tapu kaydının beyanlar hanesinin nüfus kaydına göre düzeltilmesi isteğiyle Hazineyi taraf göstererek dava açtığı bir olayda, Yargıtay, talebin bir çekişmesiz yargı işi olduğunu, tapu kayıtlarını tutmakla görevli ve sorumlu organın tapu sicil müdürlükleri olduğunu, bu nedenle bu tür taleplerde tapu müdürlüklerinin ilgili sıfatıyla yer alması gerektiğini belirttikten sonra, HMK'nın 124. maddesi uyarınca iradi taraf değişikliğinin mümkün olabileceği yönünde karar vermiştir[13].

---

11 **Roth**, s. 2979; **Üstündağ**, s. 391.

12 **Williseger**, s. 111.

13 1. HD, 18.6.2013, 7827/10161 (**Ateş**, C. I, s. 935).

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre iradi taraf değişikliği, karşı tarafın rızasıyla veya hakimin izniyle olmak üzere iki şekilde söz konusu olabilir. Hukuk Muhakemeleri Kanunun 124. maddesinde öngörülen bu imkan dışında, ıslah yoluyla iradi taraf değişikliği mümkün değildir. Zira hem 4.5.1978 tarih 4/5 sayılı YİBK buna izin vermemiş hem de HMK'nın 124. maddesinde taraf değişikliğinin ancak karşı tarafın açık rızasıyla veya kanunda özel hüküm bulunması halinde mümkün olabileceği düzenlenmiştir. Özellikle Kanun'un lafzının aksine yorumundan bu sonuca varılabileceği kanısındayız[14].

A. Karşı Tarafın Rızasıyla Taraf Değişikliği

Tarafın dava dilekçesinde yanlış gösterilmesi halinde, hem davacı hem de davalı tarafta, kural olarak,ancak karşı tarafın açık rızasıyla iradi taraf değişikliği mümkündür. Zira, iradi taraf değişikliği halinde özellikle davalı tarafın savunma hakları kısıtlanmaktadır[15]. Karşı tarafın rızasıyla iradi taraf değişikliğinin, tasarruf ilkesi sebebiyle, maddi hukukta da dayanağı bulunduğu ileri sürülmektedir. Zira, hem tarafın dava konusu üzerinde tasarruf yetkisi bulunmaktadır hem de özel hukuk uyuşmazlığı bakımından irade serbestisi ilkesi geçerlidir[16]. Bu görüşe göre, karşı tarafın rızasıyla iradi taraf değişikliği, genellikle, mülkiyet hakkına sahip olan kişi yerine, intifa hakkı veya diğer sınırlı ayni hak sahibine veya finansal kira sözleşmesinde kiracıya karşı dava açılması halinde sözkonusu olur.

Davacının davalı tarafı değiştirmek istemesi halinde, sadece görülmekte olan davanın davalısının açık rızası yeterlidir; yeni davalının rızasının

---

14 **Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım**, s. 125; **Karslı**, s. 686; Aksi kanaatte olmakla birlikte, madde gerekçesinde ıslah ile taraf değişikliği yapılamayacağı belirtildiğinden, iradi taraf değişikliğinin ıslah ile mümkün olmadığı yönündeki görüş için bkz. **Sungurtekin Özkan**, s. 199. HMK m. 124 ile artık iradi taraf değişikliği mümkün olabileceğinden, ıslah ile taraf değişikliğinin mümkün olup olmadığının tartışılmasına gerek kalmadığı yönünde bkz. **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 617. HMK m. 124'e göre, iradi taraf değişikliğinin yapılabildiği haller dışında, ıslahla tarafın değiştirilebileceği yönünde bkz. **Yılmaz**, s. 1006. Islah ile davalı tarafın değiştirilebileceği yönünde bkz. **Postacıoğlu**, s. 124 vd.; **Kuru**, C. I, s. 1206.

15 **Williseger**, s. 111.

16 **Livschitz**, s. 355.

bulunup bulunmaması ise önemli değildir. Zira, mevcut davalının rızasının bulunması halinde, bu, usulüne uygun bir davanın geri alınması işlemi olarak değerlendirilmelidir. Ayrıca aleyhine dava açılan kişinin rızasının aranması, hukuki korunma talebinin doğasına uygun değildir.

Davacı tarafta değişiklik yapılabilmesi için ise, tüm tarafların rızası gereklidir. Öncelikle önceki davacının bunu talep etmesi gerekir. Zira, onun hak arama talebinden rızası dışından vazgeçtiği kabul edilemez. Dava dilekçesinde taraf olarak gözüken davacının değiştirilmesinin talep edilmesi halinde, ayrıca hem mevcut davanın davalısının (karşı tarafın) hem de yeni davacının rızasının bulunması gerekir. Zira, davacı bakımından, tasarruf ilkesi gereğince kimse kendi lehine olan bir davayı açmaya veya açılmış olan bir davayı sürdürmeye zorlanamaz[17]. Davalı bakımından ise,davanın esası hakkında karar verilmesinde hukuki yararı söz konusudur[18].

B. Hakimin İzniyle Taraf Değişikliği

İradi taraf değişikliği, kural olarak, karşı tarafın rızasıyla gerçekleşebilmekteyse de, her halükarda mutlaka karşı tarafın rızasını aramak, yargılamanın kaderini aslında taraf olmaması gereken bir kişinin rızasına bırakılmasına ve dolayısıyla mevcut yargılamanın uzamasına veya yeni davalar açılmasına neden olabilir[19]. Karşı tarafın rızasının alınamadığı hallerde, iradi taraf değişikliği belirli şartların var olması durumunda, hakimin izniyle de gerçekleşebilir. Bunlar HMK'da maddi hata nedeniyle tarafın değiştirilmesi, dürüstlük kuralına aykırı olmayan değişiklik talebi ve kabul edilebilir yanılgı sebebiyle iradi taraf değişikliği olmak üzere üç başlık altında toplanmıştır. Ancak, öğretide de isabetli olarak dikkat çekildiği üzere, iradi taraf değişikliğine imkan tanıyan bu ölçütler birbirlerine pek benzediklerinden, iradi taraf değişikliği sebebi sayılabilecek bu haller aslında iç içe geçmeye elverişli ölçütlerdir[20]. Başka bir deyişle, çoğu zaman aynı olayda bu ölçütlerden

---

17 **Roth**, s. 2982; **Sascha**, s. 691; **Kale**, s. 32.

18 **Sascha**, s. 692.

19 HMK'nın 124. maddesinin Adalet Komisyonu gerekçesinden.

20 **Umar**, iradi taraf değişikliği hallerinin aynı fıkra içinde düzenlenmesinin daha uygun olacağını ifade etmiştir. Bkz. **Umar**, s. 372. HMK'nın 124. maddesinin 3. ve 4. fıkralarında farklı hususlar düzenlenmemesine rağmen, farklı fıkralar ile düzenleneme yapıl-

ikisinin (örneğin dürüstlük ve kabul edilebilir yanılgı) bir arada bulunmasının mümkün olduğunu belirtmek gerekir.

1. Maddi Hatadan Kaynaklanan Değişiklik Talebi (Tarafta Düzeltme)

Maddi hatadan kaynaklanan değişiklik talebi, her ne kadar HMK'nın 124. maddesinde iradi taraf değişikliği başlığı altında düzenlenmiş ise de, esasında gerçek anlamda bir taraf değişikliği değildir. Zira bu durumda yeni bir tarafın yargılamaya dahil edilmesi söz konusu değildir[21]. Maddi bir hata nedeniyle tarafın değiştirilmesinden kastedilen, esasen yalnızca şekli bir düzeltme işlemi olup, maddi hukuka ilişkin bir dayanak noktasına sahip değildir. Burada daha ziyade, dava dilekçesinin hazırlanması sırasında, bir tarafın sehven (hata ile) yanlış gösterilmesi(betimlenmesi) durumunda, oluşan maddi hatanın, tarafın isim veya unvanında şekli bir düzeltme yapılarak giderilmesi söz konusudur[22].Bu nedenle maddi hata sebebiyle iradi taraf değişikliğini "tarafta düzeltme" veya "tarafta düzenleme" olarak nitelendirmenin daha uygun olacağı kanısındayız.

Doğası gereği, düzeltme işlemi bir tarafın tasvir edilmesi işlemindeki bir düzenlemeden ibarettir ve düzenleme işlemi karışıklığa yol açabilecek her durumda caiz kabul edilmelidir[23]. Nitekim HMK'nın 124. maddesinin 3. fıkrasında, maddi hata söz konusu olduğunda, hakimin tarafta değişik talebini kabul edeceği emredici bir hükümle düzenlenmiştir. Ayrıca HMK'nın 183. maddesine göre de tarafların dava dosyasında bulunan belgelerdeki açık yazı hataları karar verilinceye kadar düzeltilebilir. Keza HMK'nın 304. maddesine göre, hükümdeki yazı hataları taraflardan birinin talebi üzerine veya mahkeme tarafından re'sen düzeltilebilir. Bununla birlikte, tarafın gösterilmesinde maddi bir hatanın var olduğunun kabul edilebilmesi, maddi hata yaptığını iddia eden davacının aslında davasını doğru tarafa yönelttimasının böyle bir algı oluşmasına yol açtığı, bu nedenle 3. ve 4. fıkraların birleştirilmesinin daha uygun olacağı yönünde bkz. **Sungurtekin Özkan**, s. 198.

21 **Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım**, s. 122.

22 **Sascha**, s. 691; **Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım**, s. 122.

23 **Gross/Zuber**, s. 895.

ğinin dava dilekçesinden anlaşılabilmesine bağlıdır[24]. Dava dilekçesinin içeriğinden kimin dava edilmek istendiği anlaşılabiliyorsa, tarafın değiştirilmesinden değil, düzeltilmesinden söz edilmelidir[25].

Tarafta düzeltme, "şekli taraf kavramıyla" çelişmemekte, bilakis şekli taraf kavramını tamamlamaktadır. Şekli taraf teorisine göre, dilekçede taraf olarak gösterilen kişiler, maddi hukuk bakımından hakkın sahibi veya yükümlüsü olsun ya da olmasın, derdest davanın tarafı haline gelirler[26]. Bu teoriye göre, davacı hatalı olarak aslında davayı yöneltmek istemediği bir kişiye karşı dava açmış olsa dahi, buna rağmen o kişi davanın tarafı haline gelir[27]. İsmi veya unvanı maddi bir hata sebebiyle yanlış gösterilen kişilerin isim veya unvanlarının düzeltilmesi, başka bir deyişle tarafın düzeltilmesi, davacı veya davalı olarak gösterilen kişiye yönelik bir itiraz içermediğinden, taraf sıfatındaki bir yanılgıyı ortadan kaldırmaya yönelik değildir[28].

Tarafın yanlış gösterilmesi yazım hatasına dayanan maddi bir hatadan kaynaklanabilir. Örneğin "Devrim" isminin "Evrim" olarak yazılması, "(A) A.Ş." yerine , "(A) Ltd. Şti" yazılması yazım hatası sonucu oluşmuşsa maddi hata olarak kabul edilmelidir[29].

> *"Dava dilekçesinin ... Beyaz Eşya San AŞ aleyhine açıldıktan sonra, dilekçe ile davalı ünvanındaki maddi hata niteliğindeki yanlışlığın fark*

---

24 **Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım**, s. 122; **Alangoya**, Tarafta Değişiklik, s. 25.

25 **Erişir**, s. 126.

26 Maddi ve şekli taraf teorisi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Alangoya**, Tarafta Değişiklik, s. 26-36.

27 **Üstündağ**, s. 387.

28 **Sascha**, s. 691.

29 "Neticeten, asıl dava dosyasında, davalı olarak "D... Ltd. Şti." ünvanlı şirketin gösterilmesinin, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 124/2. maddesi uyarınca kabul edilebilir bir yanılgıya dayandığı, davanın yöneltilmek istendiği şirketin ünvanının "D... San Tic. Ltd. Şti." olduğu anlaşılmaktadır. Anılan nedenle, 6100 sayılı HMK'nın 124. maddesi uyarınca, davalı tarafın yanlış gösterilmesi kabul edilebilir yanılgıya dayandığından, davacı vekiline, "D... Ltd. Şti" olarak gösterilen tarafı, "D... Ltd. Şti." şeklinde düzelterek değiştirmesi için uygun süre verilmeli, neticeye göre, doğru hasma usulüne uygun şekilde dava dilekçesi tebliğ edilerek taraf teşkili sağlanmalı, ardından davanın esasına girilmelidir. Yazılı şekilde, taraf teşkili usulüne uygun şekilde sağlanmadan davanın esasına girilerek karar verilmesi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir." 22. HD, 26.3.2013, 2012/18440, 2013/6472 (Legal).

edilerek "... Metal San Tic AŞ'' olarak düzeltilmesi, davanın ıslahı niteliğinde kabul edilemez. Nitekim temyiz incelemesi sırasında yürürlüğe giren, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 124/3. maddesinde de, maddi bir hatadan kaynaklanan veya dürüstlük kuralına aykırı olmayan taraf değişikliği talebinin, karşı tarafın rızası aranmaksızın hakim tarafından kabul edileceği düzenlemesini öngörmektedir."[30]

Maddi hata, yanlış bir hukuki değerlendirmeden de kaynaklanabilir[31]. Örneğin, iflas masasına giren malvarlığı haklarıyla ilgili davalarda, taraf olarak iflas eden kişinin gösterilmesi gerekirken, iflas masasının kanuni temsilcisi olan iflas idaresinin taraf olarak gösterilmesi maddi bir hata olarak değerlendirilmelidir. Bunun gibi aşağıdaki Yargıtay kararına konu olayda da yanlış bir hukuki değerlendirmeye bağlı maddi hatanın söz konusu olduğu kanısındayız.

"Dosyadaki mevcut belge ve delillere göre: Z. A. tarafından G. M.'ya 27.8.1999 tarihinde kendisine ait taşınmazlarını kiraya vermesi ve vekil tutması için vekaletname düzenlendiği, itirazın kaldırılması istemine konu takibin dayanağı 1.1.2008 başlangıç tarihli kira sözleşmesinin Z. A.'na vekaleten G. M. tarafından imzalandığı, G. M.'nun almış olduğu vekalete istinaden Z. A. adına vekil tayin ettiği, dolayısıyla davacı vekilinin G. M. vekili olmayıp Z. A. vekili olduğu anlaşılmaktadır.

Nitekim davacı vekili 1.10.2010 tarihli duruşmadaki beyanıyla davanın Z. A. adına açıldığını, maddi hata sonucu dava dilekçesine vekil G. M.'nun adının yazıldığını beyan etmiştir. Tüm bu belgeler, takip talebine alacaklı ve dava dilekçesinde davacı isminin Z. A. yerine vekili G. M. yazılmasının maddi hatadan kaynaklandığını göstermektedir.

Hal böyle olunca; yerel mahkemece, H.G.K.'nca da benimsenen ve aynı hususlara işaret eden Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu sebeple direnme kararı bozulmalıdır."[32]

---

30 10. HD, 29.9.2011, 2010/3265, 2011/12791 (Legal).

31 **Sascha**, s. 691.

32 HGK, 19.9.2012, 6-338/586 (Legal).

2. Dürüstlük Kuralına Aykırı Olmayan Değişiklik Talebi

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 124. maddesinin 3. fıkrasına göre, dürüstlük kuralına aykırı olmayan taraf değişikliği talebi de mahkeme tarafından kabul edilmelidir.

Dürüstlük kuralına aykırı olmayan iradi taraf değişikliğine, temsilcide yanılma sonucunda tarafın yanlış gösterilmesi, yeterince araştırma yapılmış olmasına rağmen taraf sıfatında yanılma durumları ve benzeri haller örnek verilebilir. Buna karşılık, davayı kaybedeceğini anlayan tarafın, davalı tarafı değiştirme talebi dürüstlük kuralına aykırı olacaktır[33].

- **Ölmüş kişiye dava açılması**

Yargıtay'ın ölmüş kişiye kaşı dava açılması halinde hangi şartlarda bu durumun iradi taraf değişikliğine imkan tanıyabileceğine ilişkin farklı ölçütler içeren kararları bulunmaktadır. Bazı dairelere göre, hiç kimse ölmüş ve taraf ehliyeti sona ermiş bir kişiye karşı bu durumu bilerek dava açmaz. Böyle bir dava ancak taraf olarak gösterilen kişinin öldüğünün bilinmemesi durumundan açılmış olabilir. Buna göre, ölmüş kişi aleyhine dava açılması dürüstlük kuralına aykırı bir davranış olarak değerlendirilmemeli ve hakim taraf değişikliğine izin vererek mevcut davanın ölen kişinin mirasçılarına karşı devam edebilmesi için mirasçıların davaya katılmasının sağlanması gerekir[34]. Hukuk Genel Kurulu ve diğer bazı dairelerin görüşlerine göre ise,davacı kendisinden beklenen tüm çaba, özen ve önlemlere rağmen davalının sağ olup olmadığını tespit edememiş ya da tespit edememe durumu bir yanılgıya dayanıyor ve açıkça dürüstlük kuralına aykırılık arz etmiyorsa, görülmekte olan davada, daha sonra kendilerine karşı dava açılması muhtemel olan mirasçılara, başka bir deyişle gerçek taraflara karşı davaya devam

---

33 **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 312.

34 14. HD, 30.4.2012, 5250/6130; Aynı yönde bkz. 10. HD, 1.4.2013, 12027/6338; "*Davacı tarafından, davalının ölmüş olduğunun bilinmemesi mazur görülebilir bir maddi hatadır."* 4. HD, 5.12.2012, 16268/18637 (Legal). Belirtmeliyiz ki, ölmüş kişiye dava açılması, maddi hata olarak nitelendirilmemelidir. Zira, bu durumda taraf ehliyeti ve taraf sıfatı olmayan bir tarafın yerini bir başkası alacaktır ve gerçek anlamda tarafta değişiklik olacaktır.

edilebilmelidir[35]. Davanın açıldığı tarihte, davacının davalının ölmüş olduğunu bilebilecek durumda olmaması hali de bu kapsamda değerlendirilmelidir[36].

Kanımızca ölmüş kişiye dava açılması halinde iradi taraf değişikliğine izin verilebilmesi, bu işlemin dürüstlük kuralına aykırı olmamasına bağlı olduğundan, hiç kimsenin, ölmüş bir kişiye bilerek dava açmayı istemeyeceği varsayımı dürüstlük şartı bakımından yeterli sayılmamalı, davacının

---

35 *"Bütün bu açıklamalar karşısında somut olay ele alındığında; davacı, dava konusu taşınmazı gayrımenkul satış vadi sözleşmesi ile davalı olarak gösterilen ölü K.'den değil, dava dışı F. Ö.'den almıştır. Başka bir ifade ile taşınmaz maliki K. bu yeri F.'ye; F. de satış vaadi sözleşmesi ile davacı İ.'ye satmayı vaat etmiştir. Davacının, davalı K. ile bir mesaisi olmadığı gibi, doğrudan muhatap olacak bir ilişkisi de olmamıştır. Davacı, dava açarken taşınmaz maliki olan K.'nin nüfus kaydını temin etmiş, bu kayda dayanarak dava açmıştır. Kayıtta muhatabın TC kimlik numarası ... ... olup, ölü olduğuna ilişkin bir kayıt olmadığı gibi davalının gittiği kayıt da gösterilmemiştir. Davacı tam da bu kayda dayanarak dava açmış ise de, dava dilekçesinin muhataba tebliği aşamasında davalı olarak gösterilen K.'nin ölü olduğunun tebligata dercedilmesi üzerine Mahkemece aynı davalıya karşı açılan başka bir dosyaya celbedilen nüfus kaydında davalının ölü olduğu anlaşılmıştır. Hemen belirtmek gerekir ki, davalının bu kaydındaki TC kimlik numarası ... ... ise tamamen farklıdır. Nüfus kayıtlarındaki bu karışıklık nazara alındığında davalının ölü kişiye karşı dava açması durumunun yanılgıya dayalı olduğunun ve dürüstlük kuralına aykırı olmadığının kabulü gerekir."* HGK, 11.9.2013, 14-612/1297 (Legal); *"...davacının tüm özeni göstermesine rağmen dava açacağı kişiyi doğru tespit edememesi, kısa süre önce kendisiyle işlem yapılmış ya da sadece vekiliyle muhatap olunmuş bir işlemden sonra muhatabın ölmesi durumlarında yanlış taraf gösterilmesi dürüstlük kuralına aykırı değilse ortaya çıkan dava ilişkisi sebebiyle daha üstün bir yarar dikkate alınarak yargılamaya gerçek tarafla devam edilmelidir."* 14. HD. 20.9.2012, 7737/10653 (Legal).

36 *"Ancak, davalı Harun'un "ölü" olduğu, ne tapu kaydında ne de kadastro tespit tutanağında belirtilmediğine göre; davacı Hazine, doğru olarak husumet yönelttiği tapu maliki Harun'un, dava açıldığı sırada ölü olduğunu bilebilecek bir durumda olmadığı gibi durumdan da haberdar edilmemiştir. Bir başka deyişle, bu gibi durumlarda, belirtilen yasa maddeleri uyarınca, verilecek ara kararla durumun belirtilmesi, dava şartı noksanlığının giderilmesi ve davanın doğru hasma yöneltilmesi için davacıya imkan sağlanması gerektiği kabul edilmelidir."* 16. HD, 31.1.2013, 2012/9435, 2013/418; Aynı yönde bkz. 16. HD, 3.5.2013, 4462/4858 (Legal); İpoteğin kaldırılması istemiyle mirasçıları yerine ölmüş kişiye dava açılması halinde aynı çözümü kabul eden karar için bkz. 14. HD, 18.6.2012, 7944/8614 (Legal).

davalı tarafı belirlerken yeterince araştırma yapıp yapmadığı ve bu konuda gerekli özeni gösterip göstermediği dikkate alınarak değerlendirme yapılmalıdır.

Bazı Yargıtay dairelerine göre ise, HMK'nın 114/1-d maddesine göre dava şartı olantaraf ehliyetinin noksanlığı, davanın esasına girilmeden önce fark edilmemiş, taraflarca ileri sürülmemiş ve fakat hüküm anında giderilmişse, başlangıçtaki dava şartı noksanlığı nedeniyle dava usulden reddedilmemelidir.Yargılama sırasında davalının mirasçıları davaya dahil edilerek dava şartı eksikliği giderilmiş olacağından,mahkeme iradi taraf değişikliğine izin vererek işin esası hakkında karar vermelidir HMK m. 115/3)[37].

Belirtmeliyiz ki ölmüş kişinin taraf ehliyeti sona erdiğinden, ona karşı dava açılması mümkün değildir. Taraf ehliyeti bir dava şartı olduğundan, taraf ehliyetinin somut olayda mevcut olmadığını taraflar her zaman ileri sürebileceği gibi, mahkeme de bunu davanın her aşamasında kendiliğinden dikkate almalıdır. Dava şartı eksikliği giderilebilecek hususlardan ise, mahkeme, bu eksikliğin giderilmesi için ilgili taraf kesin süre vermeli, bu süre içinde de dava şartı sağlanamazsa, dava şartı yokluğundan usulden davanın reddine karar vermelidir. Bu bağlamda, taraf ehliyetinin eksikliği de, ancak iradi taraf değişikliği yoluyla giderilebilecektir. Buna göre, ölmüş kişiye karşı dava açılmış olması halinde iradi taraf değişikliği, en erken dava şartı olan taraf ehliyetinin taraflardan biri bakımından mevcut olmadığının tespit edilmesi halinde mümkün olabilecektir. Bu durumda iradi taraf değişikliği yoluyla davaya devam edilebilmesi için, mahkeme tarafından verilen kesin süre içinde veya nihai karar verilinceye kadar her zaman, ilgili tarafın talepte bulunması mümkün olacaktır. Ancak, taraf ehliyetinin dava şartı olmasından hareketle, hakimin kendiliğinden tarafı değiştirmesi mümkün değildir. Zira, taraf ehliyetinin bulunmaması bir dava şartı olarak resen dikkate alınabilirse de, bu eksikliğin giderilebilmesi için tarafın talepte bulunması gereklidir.

- **Yeterince araştırma yapılmış olmasına rağmen tarafın doğru tespit edilememesi**

Tarafın belirlenmesinde gerekli özen ve dikkat gösterilmiş ve yeterince araştırma yapılmış olmasına rağmen, karşı tarafın davranışlarının yanılgıyı

---

37 20. HD, 16.4.2013, 30/4492 (Legal).

teşvik etmesi sebebiyle tarafın doğru olarak tespit edilememesi hali de dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmeyeceğinden, talep üzerine iradi taraf değişikliği mümkün olmalıdır. Örneğin, işveren yerine işveren vekiline karşı dava açılan bir olayda, işveren vekilinin davalı olarak gösterilmesi hatalı ise de, davalılar işveren vekili olarak işveren gibi hareket ederek davacının sıfatta yanılmasına neden olmuşlarsa, bu yanlışlığın kabul edilebilir bir yanılgıya dayandığı kabul edilmelidir[38].

> *"Somut olayda, davacı tarafından, dava açılmadan önce, sigortalısına zarar veren davaya konu yolcu motorunun kime ait olduğuna dair araştırma yapıldığı, bu noktada yolcu motorunun gemi sicilinde kayıtlı bulunmaması nedeniyle resmi kuramlardan sahibinin öğrenilemediği, ardından yapılan araştırma ile davalıya ulaşıldığı ancak davalının da bu motorun sahibi olmadığını bildirmemesi üzerine bu kişiye yönelik takip başlatıldığı, yine davalı tarafından takibe yapılan itirazda da, motorun kendisine ait değil ortağı olduğu şirkete ait olduğu hususunun açıklanmadığı anlaşılmaktadır. Bu durumda, davacının dava sırasında taraf değişikliği talebinde bulunması dürüstlük kuralına aykırı bulunmadığından, HMK'nın 124/3. maddesi uyarınca bu talebin kabulü yerine reddine karar verilerek yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir."*[39]

3. Tarafın Yanlış veya Eksik Gösterilmesinin Kabul Edilebilir Bir Yanılgıya Dayanması Sebebiyle İradi Taraf Değişikliği

Hukuk Muhakemeleri Kanunun 124. maddesinin 4. fıkrasına göre, dava dilekçesinde tarafın yanlış veya eksik gösterilmesi kabul edilebilir bir yanılgıya dayanmaktaysa, hakim karşı tarafın rızasını aramaksızın taraf değişikliğini kabul edebilir. Belirtmeliyiz ki kabul edilebilir bir yanılgı olarak değerlendirilen haller, aynı zamanda dürüstlük kuralına aykırılık da teşkil etmeyeceğinden, HMK'nın 124. maddesinin 3 ve 4. fıkralarının aradığı şartlar aynı anda gerçekleşmiş olur. Örneğin, Yargıtay kararına konu olan bir olayda, TPAO işyerinde ihale ile temizlik işini üstlenen şirketlerin işçisi

---

38 9. HD, 18.12.2012, 29932/43147 Karar için bkz. **Ateş**, C. I, s. 942.

39 11. HD, 9.9.2013, 2012/16951, 2013/15163 (Legal).

olarak çalışan davacı işçi, davalı asıl işveren ile işi üstlenen taşeron şirketler arasındaki sözleşmelerin muvazaaya dayandığını iddia ederek, dava tarihindeki kayda göre son taşeron şirketin davalı ÖT şirketi olduğunu belirterek, TPAO ve ÖT şirketleri aleyhine dava açmıştır. Ancak mahkemeye sunulan kayıtlara göre, davacı işçinin ÖT şirketi tarafından davadan önce çıkışının verildiği, davanın açıldığı tarihte ise dava dışı E şirket işçisi olarak çalıştırıldığı tespit edilmiştir. Yargıtay prim kayıtlarını gösteren kayıtların kuruma takip eden aylarda gönderilmesi sebebiyle, işçinin dava açtığı tarihte son hizmeti üstlenen şirketi bilememesini kabul edilebilir bir yanılgı olarak değerlendirmiş ve işçinin iradi taraf değişikliği talebinin kabul edilmesi gerektiği sonucuna varmıştır[40].

Bu hükme göre, taraf değişikliği taraflardan birinin yerine bir başkasının geçmesi şeklinde gerçekleşebileceği gibi, geniş anlamda, bir tarafın yanına bir başkasının taraf olarak eklenmesi şeklinde de olabilir[41].

- **Temsilcide yanılma**

Kabul edilebilir bir yanılgı sebebiyle iradi taraf değişikliği, daha ziyade temsilcide yanılma şeklinde ortaya çıkmaktadır. Temsilcide yanılma, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 124. maddesi ile iradi taraf değişikliği düzenlenmeden önce de Yargıtay içtihatları ile kabul edilen bir taraf değişikliği sebebiydi. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden sonraki içtihatlarda ise temsilcide yanılma dürüstlük kuralına aykırı olmayan bir işlem ve iradi taraf değişikliğine imkan sağlayan bir durum olarak değerlendirilmektedir.

Davanın taraflarını belirlerken, daha doğrusu taraf sıfatlarını tespit ederken yanılma, daha ziyade tüzel kişilerin taraf olarak gösterilmesiyle ilgili olarak, mevzuattaki ve kurumlar arasındaki karmaşık görev ve sorumluluk dağılımından[42], devletin taraf olduğu davalarda somut olay bakımından

---

40 9. HD, 21.01.2013, E. 2012/11777, K. 2013/2106 (**Ateş**, C. I., s. 943).

41 **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 313.

42 *"Davanın, temsilcide yanılgı sebebiyle Türk Telekom Genel Müdürlüğü'ne yöneltildiğinin kabulüyle davacının davasını gerçek temsilci durumundaki Türk Telekom Yardım Sandığına yöneltmesinin sağlanması; bu temsilciye davetiye tebliğiyle davaya katılma ve kendisini savunma olanağı verilmesi, böylece husumete dair eksik tamamlanarak yargı-*

devleti temsil eden tüzel kişiliğin belirlenmesindeki karışıklık veya güçlükten[43], davalı olarak taraf sıfatına sahip tüzel kişilik yerine o tüzel kişiliği temsil eden kişinin gösterilmesinden[44], gerçekte taraf sıfatına sahip olan kişi

---

lamaya devam edilmesi olmalıdır." HGK, 1.2.2012, 2011/9-718, 2012/36 (Legal). *"... Mahkemece, davada husumetin Güvence Hesabına yöneltilmesi gerekirken davalı Türkiye Sigorta ve Reasürans Şirketler Birliğince yöneltilmiş olması nedeniyle, husumet yokluğundan davanın reddine karar verilmiştir. ... Öte yandan, 6100 Sayılı HMK'nın 124. maddesinin 3. fıkrası ile "maddi bir hatadan kaynaklanan veya dürüstlük kuralına aykırı olmayan taraf değişikliği talebi karşı tarafın rızası aranmaksızın kabul edilir." düzenlemesini öngörmekte olup, dava dilekçesinde davalı tarafın yanlış gösterilmiş olası bu çerçevede değerlendirilerek, HMK. 124.madde uyarınca husumetin Güvence hesabına yöneltilmesinin sağlanması gerekirken, yazılı şekilde husumet yokluğundan davanın reddine karar verilmesi, usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir."* 10. HD, 14.2.2013, 2012/47, 2013/2175 ve aynı yönde 10. HD., 12.2.2013, 13/2604 (Legal).

43 *"Davacı dava dilekçesinde tespit maliki olarak Hazine yerine kadastro müdürlüğüne husumet yönelterek dava açmıştır. Davacının asıl dava etmek istediğinin kadastro müdürlüğü değil, Hazine olduğu belirgin olup; bu durumda temsilcide hata yapıldığı kuşkusuzdur."* 16. HD, 5.7.2012, 5087/6064 (Legal); "*... davacı tarafça hukuki el atmadan hangi idarenin sorumlu olacağının bilinmemesi, davalı tarafın yanlış gösterilmesi dürüstlük kuralına aykırı olmayıp, kabul edilebilir bir yanılgıya dayanmakta olup, karşı tarafın rızası olmaksızın hakim tarafından taraf değişikliği kabul edilmelidir."* 5. HD, 21.1.2013, 2012/25474, 2013/508 (Legal). Benzer kararlar için bkz. 15. HD, 25.10.2011, 5797/6192 (Legal). *"Dava konusu taşınmazın cephesinin bulunduğu Anafartalar Caddesinin karar tarihinde ana arter olmadığı, bu nedenle el atılan bölümlerin ilçe belediyesinin bakım ve sorumluluğunda bulunduğu dikkate alınarak dava konusu taşınmazın bulunduğu yer İlçe Belediye Başkanlığı davaya dahil edilerek hüküm kurulması gerektiğinden bahisle mahkeme kararının bozulduğu ve mahkemece bu bozma kararına uyulduğuna göre 6100 sayılı HMK'nun 124. maddesi de gözetilerek, ilçe belediye başkanlığı davaya dahil edilerek, davanın esası hakkında inceleme yapılıp karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçelerle davanın husumetten reddine dair hüküm kurulması, doğru görülmemiştir."* 5. HD, 18.6.2012, 5540/1390 (Kazancı).

44 *"Somut olayda, dava, ayrı bir kamu tüzel kişiliğine sahip Esenkaya Köyü Tüzelkişiliği aleyhine açılması gerekirken Esenkaya Köyü Muhtarı N.E. aleyhine açılmıştır. Hal böyle olunca hasımda değil temsilcide yanılma olduğu ortadadır."* 21. HD, 14.6.2012, 13134/11314 (Legal); *"Dava, çaplı taşınmaza el atmanın önlenmesi ve ecrimisil isteklerine ilişkindir. ... Somut olayda, davacının davalı gösterdiği kişinin taşınmazı kullanan dava dışı şirketin yetkilisi olduğu tartışmasızdır. Bu durumda, yukarıda sözü edilen HMK'nın 124. maddesinin 3. ve 4. fıkraları göz önünde tutulduğunda, eldeki davanın dava dışı şirkete yöneltmesi yerine şirketin yetkilisi olan kişiye yöneltmesinin kabul*

ile taraf olarak gösterilen kişi arasındaki iç ilişkinin bilinememesinden[45], tüzel kişiliği bulunmayan kişi topluluklarında (örneğin kat malikleri kurulu), taraf sıfatının yanlış kişiye tevcih edilmesinden[46], tüzel kişilikler veya ticari işletmeler arasındaki devir ilişkilerinin bilinememesinden[47] kaynaklanmak-

---

edilebilir bir yanılgıdan kaynaklandığı sonucuna varılmaktadır." 1. HD, 22.2.2013, 1687/2475 (Legal).

45 *"Dosyadaki bilgi ve belgelere göre, davacının Sosyal Güvenlik Kurumu hizmet cetvelinde 22.09.2005 ile 03.08.2011 tarihleri arasında işvereninin 129780 sicil numarası ile Nilüfer Vergi Dairesine kayıtlı O... Spor Kulübü Derneği olduğu, davanın ise O... Fabrikaları A.Ş. (O... Spor Kulübü Başkanlığı)'ne yöneltilerek açıldığı anlaşılmaktadır. Somut uyuşmazlıkta, sözkonusu spor klübü derneğinin, davalıdan ayrı bir tüzel kişiliği olması halinde 6100 sayılı Kanun'un 124. maddesine göre, davacının temsilcide yanılgıya dayandığının kabulü gerekir. Mahkemece, davalı şirket ile spor kulübü derneği arasında bağın ya da ilişkinin ve ayrı tüzel kişiliklerinin bulunup bulunmadığı araştırılarak tespit edilmeli, derneğin davalı şirketten ayrı bir tüzel kişiliğinin olması halinde, 6100 sayılı Kanun'un 124. maddesi gereğince davacının temsilcide yanıldığının kabulü ile yöntemine uygun biçimde tebligat yapılıp dava gerçek temsilci olan derneğe yöneltilmeli ve davaya devam edilerek elde edilecek sonuca göre karar verilmelidir."* 22. HD. 11.02.2013, 970/2463 (Legal).Benzer bir karar için bkz. 10. HD, 4.10.2011, 2010/3196, 2011/13049 (Legal).

46 *"Davacı dava dilekçesinde, ana taşınmazda 3. blok 4. kat 8 numaralı bağımsız bölüm maliki olup, bu bloğun çatısının onarımını yaptırması nedeni ile onarım bedelinin yöneticiden tahsilini istemiş; mahkemece pasif husumet yokluğu nedeni ile davanın reddine karar verilmiştir. Mahkemenin karar tarihinden sonra 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı HMK'nun 124.maddesi gereğince davacının yönetici aleyhine dava açmış olması bir yanılgıya dayalı olup buna göre projeye uygun olarak yapılması ve onarımının zorunlu olması halinde 3. blok kat maliklerinin yapılan bu onarım giderlerinden sorumlu olacağı dikkate alınarak bu blok kat maliklerinin davaya dahil edilerek tüm deliller toplanıp oluşacak sonuç doğrultusunda bir karar verilmesi için mahkeme kararının bozulması gerekmiştir." 18. HD, 23.1.2012, 2011/10958, 2012/420 (Legal).*

47 *"... davacı tarafın, dava dilekçesinde davalıyı G S A.Ş olarak belirttikten sonra parantez içinde "G H S" ibaresini de yazmış olması karşısında, davalı olarak G H S satın alan "G E A.Ş" yerine "G S A.Ş"yi göstermesinin kabul edilebilir bir hatadan kaynaklandığının değerlendirilmesi gerekirken, ..."* 11. HD., 26.02.2013, E. 2 012/2776, K. 2013/ 3524; Benzer bir karar için bkz. 11. HD., 22.10.2012, E. 2011/9795, K. 2012/16817 (**Ateş**, C. I, s. 956).

tadır[48]. Temsilcide hata sebebiyle iradi taraf değişikliği kıyasen icra takiplerinde de uygulanabilir[49].

- **Tüzel kişiliği olmayana dava açılması**

Yargıtay tarafından kabul edilebilir bir yanılgı sayılan diğer durum ise, tüzel kişiliği olmayan kişi topluluklarına karşı dava açılmasıdır.

> *"Bu yönde husumet yöneltilen Ç... N... Adi Ortaklığının tüzel kişiliği, yani davada taraf ehliyeti yoktur. Hal böyle olunca yukarıda değinilen yasal düzenlemeler çerçevesinde; adi ortaklığı oluşturan tüzel kişiler Ç... İnş. San. ve Tic. AŞ. ve N... Mühendislik A.Ş. ye yöntemince husumet yöneltilmesi sağlanıp tüm kanıtları toplandıktan sonra yapılacak değerlendirme sonucuna göre karar verilmesi gerekir."*[50]

> *"...Somut olayda, davanın, tüzel kişiliği bulunmayan Yalova Valiliği aleyhine açıldığı gözetilmeksizin, anılan idareye dava dilekçesi tebliğ edilerek yargılama yapılıp yazılı şekilde hüküm tesis edilmiş olması isabetsiz bulunmuştur. ... Öte yandan, davanın yasal dayanağı, 5510 Sayılı Kanunun 63 üncü maddesi olup, uyuşmazlığın niteliği ve doğduğu tarih gözetildiğinde, husumetin Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığına yöneltilmesi gerektiğinin kabulü gerekir. 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 124/4 üncü maddesindeki; dava dilekçe-*

---

48 Yargıtay'ın temsilcide yanılma olarak nitelendirdiği hallere örnek olabilecek kararları için ayrıca bkz. **Yılmaz**, Islah, s. 384-391.

49 *"Buna göre alacaklı tarafından tüzel kişiliği olmayan Kozan Devlet Hastanesi'nin bağlı olduğu Sağlık Bakanlığı yerine Kozan Devlet Hastanesi hakkında takip yapılması, maddi hataya ve kabul edilebilir bir yanılgıya dayalı olup, dürüstlük kuralına da aykırı olmadığından alacaklının HMK. nun 124/3-4.maddesi uyarınca taraf değişikliği yapmak suretiyle bu yanlışlığı düzeltmesi mümkündür."* 12. HD, 20.6.2013, 14166/2330; *"Takibe dayanak faturaların anılan hastane baştabipliği adına düzenlendiği göz önüne alındığında borçlu tarafın yanlış gösterilmesi kabul edilebilir bir yanılgıya dayandığından mahkemece HMK. nun 115. maddesinin 2. fıkrası uyarınca takibin Sağlık Bakanlığı'na yöneltilmesi için alacaklıya kesin süre verilmesi, sonucuna göre hüküm tesisi gerekirken yazılı gerekçeyle takibin iptali isabetsizdir."* 12. HD, 28.6.2013, 19536/24383 (Kazancı); Benzer kararlar için bkz. 12. HD, 28.6.2013, 19536/24383; 12 HD, 2.7.2013, 16343/24693 (Legal).

50 10. HD, 25.3.2013, 4916/5672 (Legal). Aynı yönde, 10. HD, 5.4.2013, E. 2012/10457, K. 2013/6857 (**Ateş**, C. I, s. 951).

sinde tarafın yanlış veya eksik gösterilmesinin kabul edilebilir bir yanılgıya dayanması halinde hakimin karşı tarafın rızasını aramaksızın taraf değişikliği talebini kabul edebileceğine dair düzenleme de gözetilerek, söz konusu Kuruma ek dava açılmaksızın davaya dahil edilip savunma ve delilleri toplanarak sonucuna göre bir karar verilmelidir."[51].

- **Resmi sicil ve kayıtlardaki hataların tarafın yanlış gösterilmesine neden olması**

Ayrıca resmi kayıtlardaki hataların, tarafın yanlış gösterilmesine neden olduğu durumlar da kabul edilebilir yanılgı olarak değerlendirilmelidir. Resmi sicilde adı geçtiği için ilgili olarak gözüken ve taraf olarak gösterilen kişi, bu kayıtların hatalı olmasından dolayı gerçekte taraf sıfatına sahip değilse, davacının tarafı yanlış göstermesi kabul edilebilir bir yanılgı olarak değerlendirilmelidir. Örneğin, tapu iptali ve tescil davası, tapuda malik olarak gözüken kişiye karşı açılmalıdır. Ancak, somut olayda davalı olarak gösterilen kişi, dava tarihi itibariyle tapuda kayıt maliki olarak gözükmekle birlikte, taşınmazın mülkiyetinin dava tarihinden kısa bir süre önce kesinleşmiş bir mahkeme kararıyla dava dışı üçüncü kişiye devredilmiş olması halinde, HMK'nın 124. maddesi gereğince bu durum kabul edilebilir bir yanılgı olarak değerlendirilmeli ve iradi taraf değişikliğine izin verilmelidir[52].

Bir görüşe göre, bu hükümde taraf değişikliğinden değil, sadece dava dilekçesindeki yanlış veya hatanın düzeltilmesinden söz edildiğinden, yalnızca davalı tarafta değişiklik yapılabilir[53]. Kanımızca, 124. maddenin 4. fıkrasının *"Dava dilekçesinde tarafın yanlış veya eksik gösterilmesi kabul edilebilir bir yanılgıya dayanıyorsa, hakim karşı tarafın rızasını aramaksızın taraf değişikliği talebini kabul edebilir"* hükmü dar yorumlanmamalıdır. Zira, maddede önce tarafın yanlış ve eksik gösterilmesinden, sonrasında ise taraf değişikliğinden söz edilmiştir. Şekli taraf teorisine göre, sadece dava açılması ve dava dilekçesinde kişilerin taraf olarak gösterilmesi ile o kişiler davanın tarafı haline gelirler. Başka bir deyişle tarafların belirlenmesi işlemi

---

51 10. HD, 22.11.2011, 7513/15846 (Legal).

52 1. HD, 19.3.2013, 2012/9504, 2013/3743 (Kazancı).

53 **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 313.

salt usulüne uygun bir dava dilekçesinin mahkemeye sunulması ile gerçekleşir. Kanun dava dilekçesindeki bir yanlışlığın veya eksikliğin giderilmesinden taraf değişikliği bağlamında söz etmiştir. Bu nedenle, tarafın yanlış gösterilmesi davacı tarafta olabileceği gibi davalı tarafta da gerçekleşebilir.

- **Tarafın eksik gösterilmesi**

Dar ve teknik anlamda taraf değişikliği, açılmış ve görülmekte olan bir davada, davanın taraflarından birinin davadan ayrılması ve onun yerini "üçüncü kişinin" almasıdır. Davanın taraflarının yerini bir başkasının almasından farklı olarak, mevcut tarafların yanına yenilerinin eklenmesi (davanın teşmili, taraf sıfatının yaygınlaştırılması) esasen taraf değişikliği olarak kabul edilmemelidir. Zira, tarafın değişmesi ile dava arkadaşlığı çerçevesinde bir tarafın yanına yenilerinin eklenmesi hukuki niteliği, şartları ve sonuçları bakımından birbirinden farklıdır. İradi taraf değişikliğinde, yanlış gösterilen bir tarafın davadan ayrılması ve onun yerini bir başkasının alması söz konusudur. Eksik gösterilen tarafın yanına başkalarının katılmasında ise, mevcut taraf davadan ayrılmamakta, yenisinin eklenmesiyle bir tarafta dava arkadaşlığı doğmaktadır. İradi taraf değişikliğinde, davalı tarafta değişiklik yapılacaksa, kural olarak karşı tarafın (mevcut davalının) muvafakati gereklidir. Dava arkadaşlığı sebebiyle mevcut tarafın yanına yenisinin eklenmesinde ise, karşı tarafın muvafakati aranmamaktadır. İradi taraf değişikliğinde, mevcut davanın geri alındığı ve öncekinin yerini alan taraf ile yeni bir dava ilişkisinin kurulduğu kabul edilebilir. Dava arkadaşlığı sebebiyle mevcut tarafın yanına yenisinin eklenmesi halinde ise, ihtiyari dava arkadaşlığında mevcut davanın yanına yenisinin eklenmesi, mecburi dava arkadaşlığında ise mevcut davanın devam etmesi söz konusudur. İradi taraf değişikliğinde, davaya yeni katılan taraf, yerine katıldığı tarafın yaptığı usul işlemleri ile bağlı değildir. Dava arkadaşlığı sebebiyle mevcut tarafın yanına yenisinin eklenmesi halinde ise, ihtiyari dava arkadaşlarının her birinin davası ayrı olduğu için her biri ayrı ayrı usul işlemleri yapabilirler ve kural olarak dava arkadaşlarının birinin işleminden diğerleri etkilenmez. Mecburi dava arkadaşlığında ise, dava arkadaşları tüm usul işlemlerini ancak birlikte yapabileceklerinden, daha önce yapılmış ve davaya katılan mecburi dava arkadaşlarınca kabul edilmeyen hiç bir işlem hukuki sonuç doğurmayacaktır. İradi taraf değişikliğinde, ilk davanın geri alındığı ve yeni bir dava açıldığı kabul

edildiğinden, ilk davanın açılmasıyla usul hukuku alanında ortaya çıkan sonuçlar etkisini kaybeder. Örneğin, derdestlik iradi taraf değişikliği ile yeni tarafın davaya katılmasından sonra ortaya çıkabilir. Buna karşılık mecburi dava arkadaşlığına, diğer dava arkadaşlarının davaya katılmasıyla taraftaki eksikliğin giderilmesi halinde derdestlik, yeni katılan dava arkadaşları bakımından dahi, ilk davanın açıldığı tarih itibariyle ortaya çıkar.

Yukarıda özetlemeye çalıştığımız gerekçelerle, tarafın eksik gösterilmesi halinde bu eksikliğin tarafın talebi ve mahkemenin izni ile giderilmesi iradi taraf değişikliği olarak değerlendirilmemelidir. Bununla beraber, tarafın eksik gösterilmesi halinde, taraf değişikliği talebi, zorunlu dava arkadaşlığında eksik olarak gösterilen dava arkadaşlarının davaya katılmasını sağlamak bakımından faydalı olabilir, ancak gerekli değildir. Zira zorunlu dava arkadaşlığında eksik olan dava arkadaşlarının davaya dahil edilmesi bir zorunluluk olup[54] bu eksikliğin giderilmesinin zaten mümkün olduğu kabul edilmektedir[55]. İhtiyari dava arkadaşlığında ise, dava arkadaşlarına ayrı ayrı dava açılabileceğinden ve daha sonra bu davaların birleştirilmesi istenebileceğinden, iradi taraf değişikliği talep etmek şart değildir[56]. Bununla birlikte ihtiyari dava arkadaşlığının söz konusu olabileceği hallerde, daha somut ifade etmek gerekirse HMK'nın 57. maddesi kapsamında davalar arasında bağlantı bulunmaktaysa, usul ekonomisi bakımından, eksik olarak gösterilen tarafa yenisinin eklenebilmesinin fayda sağlayacağı kanısındayız[57]. Aksi taktirde ihtiyari dava arkadaşlığıyla davaların görülebilmesi ve çelişkili kararlar verilmesinin önüne geçilmesi imkanı olmasına rağmen, yeni davalar açılması ve bu davalarda ortak yapılabilecek işlemlerin ayrı ayrı tekrar edilmesi söz konusu olabilecek ya da daha sonra ayrı bir dava açılarak bu dava(lar) ile ilkinin birleştirilmesi istenecektir. Başka bir deyişle, HMK m. 124 kapsamında iradi taraf değişikliğinin mümkün olabileceği hallerde

---

54 Mecburi dava arkadaşlığında dava arkadaşlarının birlikte dava açması veya dava arkadaşlarına birlikte dava açılması zorunluluğunun dava şartları arasında yer alan dava takip yetkisi ile ilgili olduğu yönünde bkz. **Alangoya**, Dava Ortaklığı, s. 98; **Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım**, s. 140.

55 **Yılmaz**, s. 602; **Ulukapı**, s. 33; **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 331; **Karslı**, s. 370.

56 **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 313.

57 **Alangoya, Tarafta Değişiklik**, s. 74-75.

dışında, ihtiyari dava arkadaşlığı bakımından dahili dava (davanın üçüncü kişilere teşmili) imkanı bulunmamaktadır[58].

Dava arkadaşlığı nedeniyle iradi taraf değişikliğine izin verilebilmesi için ihtiyari ve mecburi dava arkadaşlığı için varlığı gerekli şartların (HMK m. 57 ve 59) mevcut olup olmadığı mahkemece re'sen incelemelidir.

Şekli veya maddi mecburi dava arkadaşlığında, dava arkadaşlarından sadece birinin taraf gösterilmesi suretiyle dava açılması halinde, bir başka deyişle tarafın eksik gösterilmesinin kabul edilebilir yanılgıya dayandığı duruma örnek olarak aşağıdaki Yargıtay kararları dikkate değerdir:

> *"Davaya konu somut uyuşmazlık, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun 86. maddesinin 8. fıkrasına dayalı hizmet tespiti istemine ilişkin olup, hizmet tespiti davalarında işveren ve Sosyal Güvenlik Kurumu arasında (pasif) mecburi dava arkadaşlığı bulunmaktadır. İşveren ile birlikte yasal hasım olan Sosyal Güvenlik Kurumunun davalı olarak katılımı sağlanarak savunması alınıp, onun göstereceği deliller de toplandıktan sonra hasıl olacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ve yanılgılı değerlendirme sonucu yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir."*[59]
>
> *"... Alt işveren işçisi tarafından, feshin geçersizliğine karar verilmesi istemiyle yalnızca alt işveren hakkında veya geçersizlik yahut muvazaa iddiasıyla sadece asıl işveren aleyhine açılan davalarda, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin geçersiz veya muvazaaya dayandığının belirlenmesine bağlı olarak, davalı olarak gösterilen kişinin işçinin gerçek işvereni olmadığının belirlenmesi halinde taraf sıfatı sorunu ortaya çıkmaktadır. Davanın taraf sıfatı yokluğu sebebi ile reddedilmesi halinde, gerçek işverene karşı açılacak davada işçi, çoğunlukla işe iade davaları için öngörülen bir aylık dava açma süresini kaçırma tehlikesi ile karşılaşmaktadır. Böyle bir sonuç, işçiyi mağdur edeceği gibi, bir aylık süre geçmemişse, yeni bir dava açılmasını gerektirmesi sebebi ile usul ekonomisine de uygun düşmez. Dairemiz tarafından davacının temsil-*

---

58 **Yılmaz**, s. 595.

59 10. HD, 24.10.2011, 11992/14535 (Legal).

cide yanıldığı veya taraf sıfatında maddi hataya düştüğü kabul edilmek suretiyle taraf değişikliği konusunda mülga 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun katı kuralları aşılarak sorun çözülmeye çalışılmıştır.

Ne var ki, işe iade davası asıl işveren ve alt işverene karşı birlikte açıldığında asıl işveren hakkında taraf sıfatı yokluğu gerekçesi ile davanın reddine karar verilmezken, sadece asıl işveren hakkında dava açılmışsa taraf sıfatının bulunmadığı ve taraf sıfatında yanılgı olduğunun kabulüne karar verilmesi sözü edilen çözümün çelişkisi olarak dikkat çekmiştir.

Öte yandan, 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 124. maddesinde kabul edilebilir yanılgıya dayanan iradi taraf değişikliği taleplerinin mahkemece kabul edilmesi yönünde düzenleme yapılmıştır. Ancak sözü edilen düzenlemede taraf değişikliğinin talep şartına bağlanması karşısında, hâkim tarafından bu hususta taraflara hatırlatmada bulunulması mümkün değildir. Bu sebeple talep olmadığı halde, taraf sıfatında maddi hataya düşüldüğünden söz edilmek suretiyle mahkeme kararının bozulmasına yönelik uygulamaya devam edilmesinin, kanunun belirtilen açık düzenlemesi karşısında mümkün olmadığı görülmektedir. ..."[60]

Mecburi dava arkadaşlığında, dava dilekçesinde davalı tarafların eksik gösterilmesi ve tamamlanmaması halinde mahkemenin nasıl karar vereceği konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. Bu görüşlerin ortak noktası, mecburi dava arkadaşlığında, eksik gösterilen tarafın tamamlanması için tarafa kesin süre verilmesi (sürenin uzunluğunu hakim takdir edecektir) ve bu eksikliği gidermesi imkanı tanınmasının gerekli olduğudur. Bir görüşe göre, verilen kesin süre içinde, davacı veya davalı yanda eksik olan dava arkadaşı davaya dahil edilmezse, aktif veya pasif taraf sıfatının olmaması nedeniyle dava reddedilmemelidir. Burada dava açan veya kendisine karşı dava açılanın tek başına dava takip yetkisini kullanması mümkün değildir[61].

---

60 22. HD, 23.1.2013, 28980/435; Aynı yönde bkz. 22. HD., 28.9.2012, 10275/20134; 22. HD, 9.3.2012, 10046/3764 vb. (Legal).

61 **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 327; **Umar**, s. 210; **Karslı**, s. 370.

Yargıtay'a göre de, verilen kesin süre içinde eksik olan taraflar bildirilmezse, davada sıfat sorunu ortaya çıkacaktır[62]. Bir başka görüşe göre, verilen kesin süre içinde taraf eksikliği giderilmezse, taraf teşkilinin sağlanamaması sebebiyle davanın reddine karar verilmelidir[63].Kanımızca davacı veya davalı taraftaki mecburi dava arkadaşlığında eksiklik olması ve verilen kesin süre içinde bu eksikliğin tamamlanamaması halinde aktif veya pasif taraf sıfatının bulunmaması sebebiyle davanın reddine karar verilmelidir. Zira, mecburi dava arkadaşlığının söz konusu olduğu hallerde, maddi hukuktaki tasarruf yetkisinin bir gereği olarak davacıların birlikte dava açması veya davalılara birlikte dava açılması zorunlu olup, taraf sıfatı ve buna bağlı olarak dava takip yetkisi tüm dava arkadaşlarına birlikte aittir.

IV. İRADİ TARAF DEĞİŞİKLİĞİNİN ŞEKLİ ŞARTLARI

A. Taraf Değişikliğinin Kabul Edilebilir Olmasının (Caiz Olmasının) Bir Dava Şartı Sayılması

Taraf değişikliğinin caiz olması, yeni bir tarafla davaya devam edilebilmesi bakımından özel bir dava şartı olarak değerlendirilmelidir. Bu nedenle mahkeme taraf değişikliğinin caiz olup olmadığını re'sen incelemelidir[64]. Ancak belirtmek gerekir ki iradi taraf değişikliğinin şartlarının var olup olmadığının re'sen incelenebilmesi için, öncelikle taraf değişikliğinin talep edilmiş olması gerekir. İradi taraf değişikliği talebi olmaksızın mahkemenin bu dava şartının var olup olmadığını incelemesi mümkün değildir.

İradi taraf değişikliğine izin verilebilmesi için ihtiyari ve mecburi dava arkadaşlığı için varlığı gerekli şartların (HMK m. 57 ve 59) mevcut olup olmadığını mahkeme re'sen incelemelidir. Buna göre ihtiyari dava arkadaşlığının söz konusu olabileceği haller bakımından davaya katılması istenen yeni tarafın davası ile, katılacağı tarafa göre önceki davacı veya davalının davası arasında bir bağlantı bulunup bulunmadığı mahkeme tarafından re'sen incelenmelidir.

---

62 10. HD, 24.10.2011, 11992/14535 (**Yılmaz**, s. 603).

63 **Yılmaz**, s. 602.

64 **Gross/Zuber**, s. 895.

B. Talep Şartı

İradi taraf değişikliği ancak bunu isteyen tarafın mahkemeden talepte bulunması halinde mümkün olacaktır. Başka bir deyişle, mahkemenin kendiliğinden davanın taraflarını değiştirmesi veya taraf değişikliğinin mümkün olduğunu hatırlatması kanımızca mümkün değildir. Zira HMK'nın 124. maddesinde "taraf değişikliği talebi" ve devamında "karşı tarafın rızası" veya "mahkemenin izni" şartları vurgulanmıştır.

Taraf değişikliği talebi yazılı veya sözlü olarak sunulabilir. Buna göre, taraf değişikliği, mahkemeye yazılı olarak sunulacak dilekçede talep edilebileceği gibi duruşma sırasında değişiklik talebinin tutanağa geçirilmesi suretiyle de gerçekleşebilir.

Yargıtay'ın bazı daireleri iradi taraf değişikliğinin ancak talep halinde gerçekleşebileceğini[65], bazı daireleri ise taraf sıfatının re'sen dikkate alınması gereken kamu düzenine ilişkin bir hadise olduğunu, dolayısıyla üçüncü kişinin davaya dahil edilmesi için ilgili tarafa mahkeme tarafından re'sen kesin süre verilmesi gerektiğini kabul etmektedir[66]. İkinci tür kararlarda

---

65 *"Öte yandan, 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 124 üncü maddesinde kabul edilebilir yanılgıya dayanan iradi taraf değişikliği taleplerinin mahkemece kabul edilmesi yönünde düzenleme yapılmıştır. Ancak sözü edilen düzenlemede taraf değişikliğinin talep şartına bağlanması karşısında, hâkim tarafından bu hususta taraflara hatırlatmada bulunulması mümkün değildir. Bu sebeple talep olmadığı halde, taraf sıfatında maddi hataya düşüldüğünden söz edilmek suretiyle mahkeme kararının bozulmasına yönelik uygulamaya devam edilmesinin, kanunun belirtilen açık düzenlemesi karşısında, mümkün olmadığı görülmektedir."* 22. HD., 28.6.2013, 14683/15812 (Legal); *"... Davacının E Dış Tic. A.Ş.'de değil E Kuruyemiş ve Gıda San. Tic. A.Ş. de çalıştığı anlaşılmış olup hasımda yanılmanın mahkemece resen düzeltilmesi mümkün değildir. ..."* 9. HD, 23.9.2013, E. 2012/26340, K.2013/23380 (**Ateş**, C. I, s. 943 vd.).

66 *"Açılan bir hukuk davasında husumet mahkemenin resen gözönüne alacağı bir hadisedir ve kamu düzeniyle ilgilidir. Dava dilekçesinde 1 nolu olarak gösterilen davalı aslında K. Y.tır. Ancak temsilde yanılma nedeniyle dava dilekçesinde G..., Tekstil Sanayi Dış Ticaret AŞ. gösterilmiştir. Bu davanın HMK'nun 124/4. maddesi de gözönünde bulundurularak işveren K. Y.'ın davaya yöntemince dahil edilmesi için davacıya süre verilmesi davaya dahil edilen işverenin davacıya karşı diyecekleri ve delilleri sorulup varsa delilleri toplanılmak ve tüm deliller hep birlikte değerlendirilip taktir edilerek, varılacak sonuç uyarınca bir karar verilmesi gerekirken mahkemece belirtilen eksik-*

dahi, aslında iradi taraf değişikliği için talep şartı aranmaktadır, ancak bunu mahkemenin vereceği kesin süre ile tarafa hatırlatabileceği kabul edilmektedir.

Dürüstlük kuralına aykırı olmaması kaydıyla, bir davada iradi taraf değişikliğinin birden fazla talep edilebileceği ileri sürülmüştür[67]. Kanımızca da, Kanunda değişiklik talebinin sayısı ve zamanı bakımından bir sınırlama getirilmediğinden, dürüstlük kuralına aykırı olmadıkça, birçok kez taraf değişikliği talep edilebilmesi mümkün olmalıdır.

C. Karşı Tarafın Rızası veya Mahkemenin İzni

İradi taraf değişikliği ancak Kanunda düzenlen hallerden birinin var olması halinde mümkün olabilir. Bunlardan biri karşı tarafın rızası, diğeri ise mahkemenin iznidir.

Davacı veya davalı tarafta değişiklik yapılması talebine bağlı olarak hangi tarafın rızasının alınması gerektiği konusunda değişiklik olacaktır. Davacı, davalı tarafta değişiklik yapmayı talep etmişse, sadece derdest davanın davalısının rızası yeterlidir. Burada davanın geri alınmasına ilişkin hükümlerin uygulanacağını söylemek yanlış olmayacaktır. Ayrıca davaya dahil edilmek istenen üçüncü kişinin rızası aranmamaktadır. Zira, bir kişiye karşı dava açılabilmesi için onun rızasının aranması gerekli değildir[68]. Buna

---

likler giderilmeden yargılamanın sürdürülmesi yanlış olmuştur." 21. HD, 5.3.2012, 8862/2955 (Legal). *Kimin işçi ve işveren olduğu, İş Kanunu'nun kapsamında bulunduğu, maddi hukuk sorunu olup, husumet çerçevesinde "sıfat"a ilişkin bu sorunun hâkim tarafından kendiliğinden "resen" nazara alınması gerekir. Diğer taraftan özellikle davalının taraf sıfatı olup olmadığında yanılgı, bir başak anlatımla husumetin tevcihinde hata yapılması halinde, dava husumetten reddedilmemeli, davacıya dava dilekçesini taraf olan davalıya yöneltme olanağı tanınmalıdır."* 9. HD, 10.09.2013, E. 2011/23551, K. 2013/21826 (**Ateş**, C. I, s. 945 vd.).

67 **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 312.

68 **Alangoya**, Tarafta Değişiklik, s. 79, 84; **Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım**, s. 126. İsviçre hukukunda ise, davanın açılmasından sonra tarafta değişiklik kural olarak mümkün değildir, ancak kanunun izin verdiği istisnai hallerde taraf değişikliği gerçekleşebilmektedir. Kural olarak, iradi taraf değişikliği yapılabilmesi, karşı tarafın rızasına bağlıdır (sZPO Art. 83/IV). Karşı tarafın rızası aranmaksızın iradi taraf değişikliği, ancak dava devam ederken, dava konusunun üçüncü kişiye devredilmesi halinde müm-

karşılık davacı tarafta değişiklik yapılmak isteniyorsa, sadece davalının rızası yeterli değildir, ayrıca davadan ayrılan davacının yerine geçecek veya mevcut davacının yanına katılacak olan yeni davacının da rızası aranmalıdır. Zira tasarruf ilkesi gereğince kimsenin kendi lehine olan bir davayı açmaya zorlanamayacağı veya yürütülmekte olan bir davaya devam etmeye zorlanamayacağı kabul edilmektedir[69].

Karşı tarafın rızası, rızanın arandığı diğer usul işlemlerinde olduğu gibi açık olmalıdır. Karşı tarafın susması, zımni olarak rıza şartının gerçekleştiği anlamına gelmemektedir. Nitekim HMK da açık rıza şartını aramıştır (HMK m. 124, I). Bu nedenle, hakim re'sen karşı tarafa iradi taraf değişikliği işleminin rızasına tabi olduğunu hatırlatmalı ve rızası olup olmadığını sormalıdır. Karşı tarafın açık rızası mevcut ise, mahkeme taraf değişikliği talebini kabul etmelidir.

Karşı tarafın rızası alınamıyorsa ve değişiklik talebinin maddi bir hataya dayanması, dürüstlük kuralına aykırı olmaması veya kabul edilebilir bir yanılgıdan kaynaklanması şartlarından biri mevcut ise, taraf değişikliğine mahkeme kendisi izin vermelidir. Bu şartlar da yoksa taraf değişikliği talebini reddedilmelidir.

---

kün olmaktadır. Hatta Federal Mahkeme, dava konusunun devrinin söz konusu olmadığı hallerde, karşı tarafın rızası aranmaksızın iradi taraf değişikliğine izin verilmesini İsviçre Anayasası'na aykırı bulmuştur (**Schwander**, s. 696). Dava konusunun devredilmesi halinde taraf değişikliği, davaya katılan kişinin -dava konusu hakkı veya şeyi devralanın- davaya katılma isteğini mahkemeye bildirmesiyle gerçekleşir. Karşı tarafın rızasıyla iradi taraf değişikliğinin gerçekleşebilmesi için ise, tüm tarafların rızası aranır. Buna göre, davalı tarafta değişiklik yapılacaksa, hem mevcut davalının hem de onun yerini alacak üçüncü kişinin rızası alınmalıdır. Zira İsviçre hukukunda, hiç kimsenin rızası dışında görülmekte olan bir davaya katılmaya zorlanamayacağı kabul edilmektedir. Bu şekilde taraf sıfatındaki eksikliğin tamamlanamaması halinde, taraf sıfatının bulunmaması nedeniyle davanın reddine karar verilmektedir. Davanın tarafının değiştirilmesinde olduğu gibi, mevcut tarafın yanına yenisinin eklenmesi halinde de bu hükümler kıyasen uygulanmaktadır. Zira İsviçre'de kural olarak, davaya yeni bir tarafın eklenmesi konusunda kanunda hüküm bulunmamaktadır (**Schwander**, s. 696-697; **Willisegger**, s. 115).

69 **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 310; **Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım**, s. 127; Alangoya s. 79, 83.

D. İradi Taraf Değişikliğinin Talep Edilebileceği Zaman

Kanunda iradi taraf değişikliğinin hangi zamana kadar yapılabileceği konusunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Kanımızca, gerçek anlamda iradi taraf değişikliği sayılan hallerde, tarafta değişiklik talebi, ancak ilk derece mahkemesinde nihai karar verilinceye kadar ileri sürülürse sonuç doğurabilir. Burada iradi taraf değişikliğinin, ıslahta olduğu gibi tahkikat sona erinceye kadar talep edilmesinin daha uygun olabileceği ileri sürülebilirse de (HMK m. 177, I), kanımızca iradi taraf değişikliği dava değişikliği veya iddia veya savunmanın değiştirilmesi olarak nitelendirilemeyeceğinden, tarafta iradi değişiklik talebini, ıslahta olduğu gibi tahkikat aşamasıyla sınırlandırmak uygun olmayacaktır. Ayrıca, iradi taraf değişikliği, talepte bulunan ve davadan ayrılan taraf bakımından davanın geri alınması, davaya yeni katılan taraf bakımından ise ona karşı yeni bir dava açılması işlemi olarak değerlendirilebileceğinden, davanın geri alınması işlemine ve yeni bir dava açılmasına HMK'nın izin verdiği zaman dilimi içinde iradi taraf değişikliğine de izin verilebilmelidir. HMK'nın 123'üncü maddesine göre, hüküm kesinleşinceye kadar davanın geri alınması mümkün iken, yeni bir davanın açılması, ancak ilk derece mahkemesinde mümkün olabilir (HMK m. 357). Buna göre, iradi taraf değişikliği ancak bu iki işlemin kesişebileceği zaman dilimi içerisinde, ilk derece mahkemesinde görülen dava hakkında nihai karar verilinceye kadar mümkün olabilir.

İstinaf derecesinde ise, iradi taraf değişikliğinin mümkün olamayacağı kanısındayız. Zira, HMK'nın 357. maddesinin 1. fıkrasına göre, bölge adliye mahkemeleri hukuk dairelerinde karşı dava açılamayacağı, davaya müdahale talebinde bulunulamayacağı açıkça düzenlenmiştir. İradi taraf değişikliği, hukuki niteliği itibariyle, mevcut davanın geri alınması ve davaya yeni katılan taraf bakımından yeni bir dava açılması anlamına geldiğinden, bu işlemin de istinafta yapılabilmesi mümkün olmayacaktır. İstinafta derecesinde, her ne kadar bölge adliye mahkemesinin yeniden tahkikat yapma ve davanın esası hakkında yeni bir karar verebilme imkanı bulunmaktaysa da, bu ancak ilk derece mahkemesinde görülen ve karara bağlanan dava ile sınırlı olarak mümkün olabilecektir. Türk hukukunda dar (sınırlı) istinaf sistemi kabul edildiğinden, istinaf derecesinde yeni bir dava açılması mümkün değildir. Aksi taktirde hem istinaf kanun yolu bakımından hem de iradi taraf değişikliği bakımından, davaya yeni katılan taraf ilk derece

yargılamasından mahrum bırakılmış ve hukuki dinlenilme hakkı ihlal edilmiş olur. Temyiz aşamasında ise, zaten tahkikat işlemi yapılması mümkün olmadığından ve sadece alt derece mahkemesinin kararları hukuka uygunluk yönünden incelenebileceğinden, iradi taraf değişikliği nedeniyle yeni bir dava açılması mümkün olmayacaktır.

Buna karşılık, gerçek anlamda taraf değişikliği sayılmayan, maddi hata sebebiyle iradi taraf değişikliğinin, daha doğrusu tarafta düzletmenin ise, ilk derece mahkemesinin yanı sıra bölge adliye mahkemesinde de nihai karar verilinceye kadar talep edilebileceği kanısındayız. Zira, tarafta düzeltme (düzenleme) işlemiyle, davanın mevcut tarafının taraf sıfatına itiraz edilmemekte, taraf sıfatında değişiklik yapılması gerekmemektedir. Sadece, aslında taraf sıfatı doğru olarak tespit edilmiş ancak yanlış tasvir edilmiş tarafın ismi veya unvanında şekli bir değişiklik gerçekleşmektedir. Nitekim tarafların dilekçelerindeki maddi hataların düzeltilmesine ilişkin 183. maddesine göre, tarafların veya mahkemenin dava dosyasında bulunan belgelerdeki açık yazı ve hesap hataları karar verilinceye kadar düzeltilebileceği düzenlenmiştir. Bu hükümdeki karar verilmesi anından kasıt, usule veya esasa ilişkin nihai kararın verilmesi anıdır. İstinaf mahkemesinde yürütülecek istinaf incelemesi kapsamında, ilk derece mahkemesinin nihai kararının kaldırılması, tahkikatın tamamlanması ve davanın esası hakkında karar verme imkanı bulunduğundan, taraf sıfatında değişikliğe yol açmayacak bu tür şekli bir düzeltmenin bölge adliye mahkemesinde de yapılabileceği kanısındayız. Bu çözüm tarzı, iradi taraf değişikliği ve tarafta düzeltme kurumundan beklenen usul ekonomisine hizmet etme amacını gerçekleştirmeye elverişli olup, hukuki dinlenilme hakkı bakımından da bir mahzur yaratmamaktadır.

Keza temyiz derecesinde de, temyiz dilekçesiyle tarafta düzeltme talep edilebileceği ve Yargıtay'ın talep üzerine veya re'sen tarafta düzeltme kararı verebileceği kanısındayız. Zira Yargıtay, temyiz incelemesinde tarafların kimliklerine ait yanlışlıklar ile yazı, hesap veya diğer açık ifade yanlışlıkları tespit ederse, alt derece mahkemesinin kararını bozmadan, düzelterek onama kararı verebilir (HMK m. 370/II ve III). Taraf sıfatında değişikliğe yol açmayacak ise, yazım ve ifade hataları tarafların talebi üzerine veya re'sen Yargıtay tarafından düzeltilebilecektir.

Ayrıca belirtmeliyiz ki, iradi taraf değişikliği kapsamında olmasa da Kanunun "hükmün tashihi" başlıklı 304. maddesine göre, hüküm verildikten

sonra dahi, hükümdeki yazı hataları ile diğer benzeri açık hatalar, taraflardan birinin talebi üzerine veya re'sen mahkemece düzeltilebilecektir. Maddi hata sebebiyle tarafta düzeltme (hükmün tashihi),hükmün icrası tamamlanıncaya kadar her zaman yapılabilecektir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre, hükmün icrası tamamlanıncaya kadar hükmün tavzihini, başka bir deyişle açıklanmasını ve tereddüt ya da aykırılığın giderilmesini isteyebilirler. Kanımızca hükmün tavzihine ilişkin hükümler (HMK m. 305-306), aksine düzenleme olmadıkça, hükmün tashihi olarak nitelendirebileceğimiz tarafta düzeltme hakkında da kıyasen uygulanabilecektir[70].

Kesinleşmiş yabancı mahkeme kararlarının tanıma ve tenfizi yargılamasında, iradi taraf değişikliğinin mümkün olup olmadığı da değerlendirilmelidir. Yabancı mahkemelerin hukuk davalarına ilişkin olarak verdikleri ve kesinleşmiş kararların Türkiye'de icra olunabilmesi için tenfizi talep edildiğinde, tenfiz talebinde bulunan taraf, taraf sıfatında yanılgı sebebiyle tarafın değiştirilmesini veya maddi hata sebebiyle tarafın düzeltilerek yabancı mahkeme kararının tenfizine karar verilmesini talep ederse, mahkemenin yabancı mahkeme kararında tarafın isim veya unvanına ilişkin maddi hatayı düzeltip düzeltemeyeceğine ilişkin MÖHUK'da hüküm bulunmamaktadır. Kanımızca burada ihtimallere göre değerlendirme yapılmalıdır. Eğer mahkemeye sunulan tenfiz talebi dilekçesinde, tenfizi isteyenin veya karşı tarafın isim veya unvanında maddi bir hata yapılmışsa, bu hata HMK m. 124, III'e göre, tarafta düzeltme yoluyla giderilebilecektir. Tenfiz dilekçesine eklenen yabancı mahkeme ilamının onanmış aslı veya örneğinin tercümesinde tarafların isim veya unvanlarında maddi bir hata yapılmış ise, tenfiz talebini inceleyen mahkeme (görevli ve yetkili mahkeme için bkz. MÖHUK m. 51) bu maddi hatayı tarafların talebi üzerine veya resen düzeltebilecektir. Ancak, söz konusu maddi hata tenfizi istenen kesinleşmiş yabancı mahkeme ilamının onaylı aslı veya örneğinde bulunmaktaysa, tenfiz talebinde bulunan taraf talepte bulunmuş olsa dahi, tenfiz talebini inceleyen mahkemenin bu maddi hatanın düzeltilmesine izin veremeyeceği kanısındayız. Zira yabancı mahkeme tarafından verilmiş ve usulüne uygun olarak kesinleşmiş bir mahkeme kararında maddi bir hatanın dahi tenfiz talebini inceleyen mahkeme tarafın-

---

70 **Yılmaz**, s. 1354.

dan düzeltilmesi veya değiştirilmesi mümkün olmayacaktır. MÖHUK m. 55'e göre, tenfiz talebini inceleyen mahkeme sadece tenfiz şartlarının mevcut olup olmadığını inceleyebilir, ancak yabancı mahkeme kararının herhangi bir unsurunda değişiklik yapması mümkün değildir. Keza, aynı gerekçelerle tenfizi talep edilen yabancı mahkeme kararındaki taraflarının HMK m. 124'e göre değiştirilmesi de mümkün olmayacaktır.

Taraf değişikliği bazen dava açılmadan önce de gündeme gelebilir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 124. maddesinde, iradi taraf değişikliğinin sadece davada mümkün olabileceği şeklinde anlaşılabilecek bir ifade yer almaktaysa da kanımızca geçici hukuki koruma yargılamasında da 124. madde hükmünün kıyasen uygulanmasıyla, şartları varsa iradi taraf değişikliği talep edilebilmelidir. Zira ihtiyati tedbir, ihtiyati haciz delil tespiti gibi geçici hukuki koruma talepleri ve bunlara karşı yapılacak itirazlar hakkında basit yargılama usulü uygulanacağından (HMK m. 316, I, c) ve kanunda basit yargılama usulü hakkında hüküm bulunmayan hallerde yazılı yargılama usulüne ilişkin hükümler uygulanacağından (HMK m. 322, I) yazılı yargılama usulünde geçerli olan tarafta iradi değişiklik hükmü geçici hukuki koruma yargılamasında da uygulanabilmelidir. Buna göre dava açılmadan önceki veya dava sırasındaki geçici hukuki koruma yargılamasında, 124. maddenin şartları gerçekleşmişse tarafta düzeltme veya taraf değişikliği talep edilebilmelidir.

E. Dava Devam Ederken Taraf Sıfatında Bir Değişiklik Olması Halinde, İradi Taraf Değişikliği Hükümleri Uygulanamaz

Dava devam ederken taraf sıfatında değişiklik, taraflardan birinin ölümü veya ticari işletmenin devri gibi külli halefiyet hallerinde ya da dava konusunun devri gibi cüzi halefiyet hallerinde söz konusu olabilir. Bu hallerde zorunlu taraf değişikliği söz konusu olduğundan, iradi taraf değişikliği talep edilemeyecektir; daha doğrusu iradi taraf değişikliği talep etmekte tarafın hukuki yararı bulunmamaktadır. İradi taraf değişikliği davanın başında davacı veya davalı tarafta, taraf sıfatında yanılgı sebebiyle davanın yanlış kişi tarafından veya yanlış kişiye karşı açılması halinde talep edilebilir.

Bu bağlamda, anonim ortaklık genel kurul kararlarının iptali davalarında, iptal davasını açan pay sahibinin dava devam ederken payını üçüncü kişiye devretmesi halinde, iradi taraf değişikliği hükümlerinden yararlanma imkanının bulunmadığı kanısındayız. TTK'nın 446'ncı maddesine göre, anonim ortaklık genel kurul kararları aleyhine iptal davası açabilecekler arasında pay sahibi de yer alır. Pay sahibi sıfatı, iptal davasının dinlenebilmesi koşuludur. Buna göre davacı, davanın sonuna kadar, daha doğrusu dava kesin hükümle sonuçlanıncaya kadar, pay sahibi sıfatını korumak zorundadır. Pay sahibinin dava devam ederken paylarını üçüncü kişiye devretmesinin davaya etkisi konusunda ise öğretide iki görüş ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre, davacı sahip olduğu bütün payları devrederse, açmış olduğu davanın reddedilmesi gerekir. Zira, ölüm veya birleşme gibi külli halefiyetin söz konusu olduğu durumların aksine, bu durumda taraf sıfatı payları devralan kişiye intikal etmez. Bir başka görüşe göre ise, payın devri halinde HMK'nın dava konusunun devrine ilişkin 125. maddesi kıyasen burada da uygulanmalı ve payı devralan kişi, cüzi halef olarak davaya kaldığı yerden devam edebilmelidir. İlk görüş, ikinci görüşü, payın devredilmesinin dava konusunun devredilmesi anlamına gelmeyeceği, payı devralanın iptal davasının konusunu devralmış olmayacağı gerekçesiyle eleştirmektedir[71].

Kanımızca, HMK'nın dava konusunun davacı tarafından üçüncü kişiye devrilmesi halinde, devralmış kişinin, görülmekte olan davada davacının yerine geçerek davaya kaldığı yerden devam edeceği kuralı (HMK m. 125, II) kıyasen iptal davası bakımından da uygulanmalıdır. Zira payın devri ile, buna bağlı olarak, paya bağlı diğer haklar da -genel kurul kararının iptali talep etme yetkisi veren inşai hak da- üçüncü kişiye devredilmiş sayılmalıdır.

Davacının payını devretmesi halinde, davacının talepte bulunması ve karşı tarafın rızasıyla veya mahkemenin izniyle iradi taraf değişikliğinin ise mümkün olmadığı kanısındayız. Zira, dava konusunun devrine ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanabilmesi ve dava konusunun davacı tarafından devri halinde HMK m. 125 hükmünün öncelikle ve re'sen uygulanması gerektiğinden tarafların iradi taraf değişikliği talep etmekte hukuki yararı bulunmadığı kanısındayız. Ayrıca iradi taraf değişikliği davanın başında

---

71 **Moroğlu**, s. 209 vd.

taraf sıfatında yanılma olması halinde başvurulabilecek bir yol olduğundan, dava devam ederken taraf sıfatında meydana gelecek değişikliklerde uygulanma imkanı bulunmamaktadır. Diğer yandan, iradi taraf değişikliği hükümlerinin uygulanmasının bu dava bakımından mahzurları da bulunmaktadır. Davacı tarafta meydana gelen iradi taraf değişikliğinde, ilk davacının davasını geri aldığı ve yeni bir dava açıldığı, bununla maddi hukuk ve usul hukuku bakımından dava açılmasıyla ortaya çıkan sonuçların etkisiz hale geleceği kabul edilmektedir. Böyle bir olasılıkta, iptal davası açılabilmesi için TTK'da öngörülen üç aylık hak düşürücü süre sona ermiş ise, artık iptal davası açma imkanından da söz edilemeyecektir.

V. İRADİ TARAF DEĞİŞİKLİĞİNİN SONUÇLARI

A. Daha Önce Yapılan Usul İşlemlerinin Sonuçları Bakımından

İradi taraf değişikliğinin sonuçları, özellikle açılmış ve görülmekte olan davada daha önceki tarafın yapmış olduğu usul işlemlerinin veya mahkeme usul işlemlerinin yeni katılan taraf açısından bağlayıcı olup olmayacağı konusunda kanunda düzenleme yer almamaktadır. Bu nedenle iradi taraf değişikliğinin davadan ayrılan ve davaya katılan taraf bakımından doğuracağı sonuçlar belirlenmelidir. Aşağıda öncelikle bu konuda ileri sürülen görüşleri özetlemeye çalışacağız.

İradi taraf değişikliğinin taraflar ve yargılama bakımından sonuçları, taraf değişikliği konusunda benimsenen yaklaşıma göre farklılık arz etmektedir. Bu konuda Alman hukukunda ve bunu takip ederek Türk Hukukunda genel olarak dava değişikliği teorisi, davanın geri alınması teorisi ve karma görüş ileri sürülmüştür.

Dava değişikliği teorisi, tarafın maddi hukuk ilişkisinin süjesi olduğu yönündeki maddi hukuk teorisine dayanmaktadır[72]. Bu görüş, tarafın davanın esaslı unsurlarından olduğu, vakıalar ve talep sonucu gibi dava dilekçesinin zaruri içeriğine dahil olduğu ve davanın esaslı unsurların değiştirilmesinin

---

72 **Yılmaz**, Islah, s. 349; **Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım**, s. 124; Maddi taraf kavramını benimseyenler, sıfat ile taraf kavramının aynı anlama geldiğini kabul etmektedirler. Bkz. **Alangoya**, Tarafta Değişiklik, s. 39 vd. Türk Hukukunda öğretide çoğunluk dava değişikliği teorisini benimsemiştir. Bkz. **Yılmaz**, Islah, s. 351, dn. 639'daki yazarlar.

ancak dava değişikliğine ilişkin hükümlere tabi olacağını kabul etmektedir[73]. Dava değişikliği teorisine göre, davaya dahil edilen yeni davalının rızası aranmadığı gibi[74], ilk derece mahkemesinde davalının rızası dışında davaya katıldığı haller de dahil olmak üzere, yeni davalının daha evvel yapılan usul işlemlerinin sonuçlarıyla bağlı olduğu kabul edilmektedir. Alman Hukuku bakımından, ikinci derece mahkemesinde (istinafta) davalı tarafta değişiklik yapılması halinde ise, davalı kötü niyetle rıza göstermeyi reddetmiş olsa dahi, yeni savunma araçlarını ileri sürebilir. Yeni davalı, geçmişte dosya münderecatına aşina olsa ve davanın yürütülmesinde etkili olsa dahi, yeni savunma araçları ileri sürebilir. Dava değişikliği teorisinin benimsenmesinin usul hukuku bakımından sonucu, yeni davalının yargılamanın geldiği aşama itibariyle yapılan bütün işlemlerle bağlı olması, başka bir deyişle usuli halefiyet durumunun ortaya çıkmasıdır[75].

Bir başka yaklaşım ise, mevcut davanın geri alındığı, yeni bir dava açıldığı ve ilk davadan bağımsız yeni bir usul hukuku ilişkinin doğduğu görüşüne dayanmaktadır. Davanın geri alınması teorisine göre, yeni davalı daha önceki usul işlemlerinin hiçbiri ile bağlı değildir. Zira, yeni bir usul ilişkisinin kurulması halinde eski usuli ilişkinin ve doğurduğu sonuçların devam ettiğinden söz edilemez. Kanunun bir kişinin yürüttüğü yargılama ile diğer bir kişiyi bağlı kıldığı haller halefiyet gibi istisnai hallerde söz konusudur[76]. Taraflar tek yanlı olarak kesin hükmün sübjektif sınırlarını genişletemeyeceklerinden, yeni davalının önceki davalının usul işlemlerinin sonuçlarıyla bağlı olması, ancak yeni davalının davaya katılmaya rızasının bulunması halinde mümkündür. Bu görüşe yöneltilen eleştiri ise, yeni dava açıldığının kabul edilmesi nedeniyle, mevcut yargılamada o zamana kadar yapılmış usul işlemlerinin ve usuli sonuçların değersiz hale gelecek olma-

---

73 **Yılmaz**, Islah, s. 349; **Üstündağ**, s. 391 vd.; **Alangoya**, Tarafta Değişiklik, s. 39; **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 314; **Kale**, s. 30 vd.

74 **Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım**, s. 125; **Alangoya**, Tarafta Değişiklik, s. 48; **Kale**, s. 31.

75 Dava değiştirme teorisinin çelişkileri hakkında, Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin kararlarından ve Türk hukukundaki usul hükümlerinden örnekler için bkz. **Alangoya**, Tarafta Değişiklik, s. 48-60.

76 Bu teoriyi ilk dile getiren **Kisch**'in görüşleri ve eleştirisi için bkz. **Alangoya**, Tarafta Değişiklik, s. 62 vd., s. 76. Ayrıca bkz. **Yılmaz**, Islah, s. 349 vd.

sıdır. Ayrıca taraf değişikliğini davanın geri alınması ve yeni dava açılması şeklinde iki aşamaya ayırmanın yargılamanın bütünlüğü ilkesiyle bağdaşmadığı ileri sürülmüştür[77].

Davanın geri alınması teorisinden hareket eden karma görüşe göre, davaya katılan üçüncü kişinin (yeni tarafın), davadan ayrılan tarafın usul işlemlerinin sonuçlarıyla bağlı olması kural olarak kabul edilmemeli, bununla beraber, yeni tarafa daha önceki hukuki uyuşmazlığı devam ettirmek ve sonuçlarını değerlendirmek konusunda serbesti tanınmalıdır[78]. Buna göre, yeni taraf, davadan ayrılan tarafın yapmayı imal ettiği işlemleri yapabilmelidir[79]. Karma görüşün, önceki yargılamadaki usul işlemlerinin devam eden yargılamadaki etkilerinin belirlenmesinde, davaya yeni katılan tarafa seçim hakkı tanıdığı söylenebilir.

İradi taraf değişikliği, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 124. maddesine göre, ancak karşı tarafın rızası (çoğu zaman davalının rızası) veya mahkemenin izni ile gerçekleşebilmektedir. Dolayısıyla, görülmekte olan bir davaya aslında taraf olarak katılma iradesi veya rızası olmayan üçüncü kişinin, iradi taraf değişikliği sayılan her durumda, yeni davalı olarak, rızası dışında davanın tarafı haline getirilebilmesi (davaya dahil edilmesi) mümkündür. Türk Hukukunda ileri sürülen bir görüşe göre, HMK hükümlerinden dava değişikliği teorisinin kabul edilmesine yönelik bir sonuç çıkarılmamalıdır. Bu görüşe göre, esasen davanın geri alınması yaklaşımı kabul edilmeli, bununla birlikte iradi taraf değişikliğinin etkisi değerlendirirken usul ekonomisi ilkesi ve hukuki dinlenilme hakkı göz önünde bulundurulmalıdır[80].

Kanımızca, HMK'nın iradi taraf değişikliğini ayrı bir hükümle düzenleme ihtiyacı duyması, ıslah ile iradi taraf değişikliğinin mümkün olmaması, iradi taraf değişiklinin ancak karşı tarafın açık rızası veya belirli hallerde hakimin izniyle mümkün olabilmesi, iradi taraf değişikliği kurumun amacı ve dava değişikliği teorisinin mahzurları dikkate alındığında, davanın geri

---

77 **Kale**, s. 32.

78 **Yılmaz**, Islah, s. 350; **Roth**, s. 2980; **Alangoya**, Tarafta Değişiklik, s. 77 vd.

79 **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 315.

80 **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 316; Aynı yönde bkz. **Alangoya**, Tarafta Değişiklik, s. 37 vd.; **Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım**, s. 125 vd.

alınması görüşünü esas alan karma görüşün benimsenmesi daha uygun olacaktır[81].

Davaya katılan kişinin önceki tarafın usul işlemleriyle bağlı olması, hukuki dinlenilme hakkına aykırı olduğundan, kural olarak kabul edilmemelidir. Eski davanın geri alınarak yeni bir davanın açıldığının kabul edilmesi halinde ise, iradi taraf değişikliği hallerinde önceki davanın sürdürülmesinden söz edilemeyecektir. Dolayısıyla yeni taraf, davadan ayrılan (yerine geçtiği) tarafın yapmış olduğu usul işlemleri ile bağlı olmadığı gibi, bu işlemlerin sonuçlarından da yararlanamayacaktır.

Sonuç olarak, önceki davanın geri alındığını, yeni bir davanın açıldığını ve önceki işlemlerden yeni tarafın yararlanabileceğini kabul etmek daha uygun bir çözüm yoludur. Buna göre, yeni taraf, davadan ayrılan tarafın işlemlerini isterse kabul edebilir ve onun yapmadığı usul işlemlerini yapabilir. Örneğin, davalı tarafta değişiklik olması halinde, yeni davalı, davadan ayrılan davalının huzurunda yapılan keşfi kabul edebilir veya önceki davalının ileri sürmediği ilk itirazları ileri sürebilir[82].

Kanımızca, iradi taraf değişikliği halinde, hukuki dinlenilme hakkını ihlal etmeyen ve usul ekonomisini gerçekleştirmeye elverişli, karma görüş olarak nitelendirilebilecek, son görüşün kabul edilmesi daha uygun olacaktır. Zira, dava açıldıktan sonra taraf değişikliğine izin verilmesinin amacı, taraf değişikliği gerçekleşemeden önceki yargılamadan (yargılama işlemlerinden) yeni tarafla yürüyen davada da yararlanabilmektir. Böylece daha önceki yargılamada yapılmış bazı işlemlerin tekrarlanması gerekmeyecek, bu işlemlerin yapılması için ayrıca emek ve zaman harcanmayacak, masraftan tasarruf edilebilecektir [83].Buna göre, yeni taraf bir yandan önceki tarafın usul işlemlerinden yararlanabilmeli, diğer yandan ise önceki tarafın ileri sürmediği iddia ve savunmalara dayanabilmelidir. Yeni tarafın, etki edemediği ve aleyhine olan işlemler ise, kendisi aleyhine sonuç doğurmamalıdır. Örneğin, dava dilekçesinde ihmal edilen iddia ve savunmaları, delilleri yeni taraf ayrıca ileri sürebilmelidir.

---

81 Aynı yönde bkz. **Kale**, s. 35.

82 **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 315.

83 **Alangoya**, Tarafta Değişiklik, s. 65-66.

İradi taraf değişikliğinin, davacı veya davalı tarafta olması ve davaya katılan taraf ile davadan ayrılan taraf bakımından farklı sonuçları bulunmaktadır. Davacı tarafta değişiklik olması halinde, davadan ayrılan ve onun yerine geçen taraf bakımından farklı sonuçlar ortaya çıkacaktır. Davadan ayrılan davacı bakımından, davanın geri alınmasına ilişkin sonuçlar doğmalıdır. Davanın açılmamış sayılmasına karar verileceğinden, dava açılmasıyla meydana gelen maddi hukuka ve usul hukukuna ilişkin sonuçlar doğmamış sayılmalıdır. Örneğin, dava açılmasıyla zamanaşımı kesilmişse, davanın açılmamış sayılması kararıyla bu sonuç ortadan kalkacaktır veya davalı temerrüde düşürülmüş olsa dahi bu sonuç kendiliğinden ortadan kalkacaktır. Yeni davacı bakımından ise, dava şartları yeniden incelenmelidir. Önceki davanın açıldığı tarih, yeni taraf bakımından da davanın açıldığı tarih olarak kabul edilmemelidir. Karşı tarafın rızasının alındığı tarih dahi yeni davanın açıldığı tarih olarak kabul edilmemeli, yeni davacının davaya katılacağını bildirdiği tarih davanın açıldığı tarih sayılmalıdır[84].

Davalı tarafta değişiklik olması halinde ise, önceki davalı ve yeni davalı bakımından şu sonuçlar ortaya çıkacaktır. Davadan ayrılan davalı bakımından, davanın geri alınması nedeniyle davanın açılmamış sayılmasına bağlanan sonuçlar doğmalıdır. Örneğin, dava açılmasıyla maddi hukuk bakımından zamanaşımı süresinin kesilmesi veya hak düşürücü sürenin korunması gibi sonuçlar kendiliğinden ortadan kalkacaktır. Davadan ayrılan davalı, daha önce dava açılmasıyla temerrüde düşmüş olsa dahi, bu sonuç ortadan kalkacaktır. Davalı tarafta değişiklik halinde, tarafın değiştirildiği tarih dikkate alınarak maddi hukuk ve usul hukuku bakımından ortaya çıkan sonuçlar belirlenmelidir. Örneğin, yeni davalının dava açılmasına bağlı olarak temerrüde düşmesi, ancak taraf değişikliğinin yeni davalıya tebliği ile mümkündür. Yetkili mahkemenin belirlenmesinde de artık yeni davalı dikkate alınarak sonuca varılmalıdır. Buna göre, şartları varsa yeni davalı mahkemenin yetkisine itiraz edebilmelidir. Yeni davalı mahkemenin yetkisine itiraz ederse, mahkeme bu konuda karar verirken taraf değişikliğinin sonuçlarını dikkate almalıdır. Aksi halde davacının kötü niyetle yanlış kişiyi davalı gösterip onun yerleşim yerinde dava açtıktan sonra, yeni davalıyı o

---

84 **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 316.

yerde davaya devam etmeye zorlayabilir[85]. Ayrıca yeni davalı, yeni savunma vasıtaları ileri sürüp bunlara ilişkin yeni deliller sunabilmeli veya daha önce sunulan delillerin içeriğine veya delil değerine ilişkin itirazlarını ileri sürebilmelidir[86]. Daha genel bir ifade ile, hem davacı hem de davalı tarafta değişiklik olması halinde, davadan ayrılan davalının ileri sürmediği usule ve esasa ilişkin savunmaları, yeni taraf ileri sürebilir[87].

Davacı veya davalı tarafta değişiklik olması halinde, diğer taraf, yani yargılamada kalan taraf bakımından önceki usul işlemlerinin etkisinin ne olacağı da değerlendirilmelidir. Belirtmeliyiz ki, tarafın değişmesi ile yeni bir dava açılmış ve yeni bir usuli ilişki kurulmuş sayılması, davada kalan taraf bakımından önceki yargılamada yapılan tüm usul işlemlerinin etkisini kaybedeceği anlamına gelmez. Örneğin, önceki yargılamada bir vakıayı ikrar eden davalı, davacı tarafın değişmesinden sonra devam eden yargılamada da o ikrarıyla bağlı sayılmalıdır[88]. Burada davacı tarafta değişiklik davalının rızasıyla gerçekleştiğinden, başka bir deyişle davalı rıza göstermeyerek iradi taraf değişikliğini engelleyebilecek durumda olduğundan, onun önceki ikrarıyla bağlı olması menfaatler dengesine uygundur ve aleyhine değildir. Aynı durum önceki yargılamada toplanan deliller bakımından da geçerlidir. Buna göre, önceki yargılamada elde edilen tanık beyanları, keşif, isticvap sonucu

---

85 **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 317.

86 21. HD, 5.3.2012, 8862/2955 (Legal) Karar için bkz. dn. 66; *"Dosyadaki belediye başkanlığı yazıları ile imar krokisi dikkate alındığında, davaya konu taşınmazın imar planında temel eğitim alanı olarak ayrıldığı, sorumluluğun 222 Sayılı Kanun gereğince İl Özel İdaresi'ne ait olduğu anlaşılmaktadır. Bu sebeple davalılardan Milli Eğitim Bakanlığı'nca dosyaya sunulan 3.8.2011 tarihli dilekçeye ekli yazı da dikkate alınarak, davacı vekilince taraf değişikliği hususunda verilen dilekçe sonrası İl Özel İdaresi'ne çıkartılan meşruhatlı davetiye üzerine adı geçen idarece verilen cevap dilekçesinde "Bu fahiş istemin bilirkişileri yanılgıya düşürmemesi için dava içerisinde sunacağımız delillerin sayın mahkemece dikkate alınmasını ve davanın reddini istiyoruz" denilmek suretiyle taraf değişikliğine açıkça itiraz edilmemiş ve davaya devam edilmesi gerektiği arzusu belirtilmiştir. HMK'nun tarafta irade değişikliğiyle ilgili 124. maddesinin 3 numaralı bendinde "Ancak, maddi bir hatadan kaynaklanan veya dürüstlük kuralına aykırı olmayan taraf değişikliği talebi, karşı tarafın rızası aranmaksızın hakim tarafından kabul edilir" hükmü yer almaktadır."* 5. HD, 15.10.2012, 11760/19481 (Kazancı).

87 **Alangoya**, Tarafta Değişiklik, s. 80-81.

88 **Alangoya**, Tarafta Değişiklik, s. 82.

ve belgeler davanın esası bakımından önemli ise devam eden yargılamada da değerlendirilebilmelidir[89].

Dar ve teknik anlamda iradi taraf değişikliği dışında, davanın taraflarının yanına ihtiyari veya mecburi dava arkadaşı olarak yeni tarafların eklenmesi durumunda ise, mahkeme ve taraf usul işlemlerinin sonuçları bakımından dava arkadaşlığının türüne göre usul hukukunda geçerli ilke ve kurallar uygulanmalıdır[90].

B. Yargılama Giderleri Bakımından

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 124. maddesinin son cümlesine göre, iradi taraf değişikliği sonucunda, hakim, davanın tarafı olmaktan çıkarılan ve dava açılmasına sebebiyet vermeyen taraf lehine yargılama giderlerine hükmeder. Burada kastedilen daha ziyade davalı taraf olmalıdır. Buna göre, davanın tarafı olmak çıkarılan davalı lehine yargılama giderlerine hükmedilmesi gerekir. Zira, mevcut davalının yanlış gösterilmesinde bu kişinin kusuru bulunmadığı gibi, muhatap olmaması gereken yargılama işlemleriyle de uğraşmak zorunda bırakıldığı için[91], onun tarafından yapılan yargılama giderlerinin karşılanması gerekir.

Ancak, yanlış olarak davalı gösterilen kişi, taraf olarak gösterilmesine kendi davranışları ile sebep olmuşsa lehine yargılama giderlerine hükmedilmeyecektir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun, dürüstlük kuralına aykırılık sebebiyle yargılama giderlerinden sorumluluğu düzenleyen 327. maddesinin 2. fıkrası, 124. maddenin yorumlanmasında ve uygulanmasında yol gösterici olacaktır. Bu hükme göre, bir kişi davada sıfatı olmadığı halde, davalı sıfatı kendisine aitmiş gibi davranarak, davacının yanılmasına ve kendisine karşı dava açmasına neden olursa, davanın taraf sıfatı yokluğu nedeniyle reddedilmesi halinde, davalı yararına yargılama giderlerine hükmedilemez.

Yukarıda açıklanan ihtimalde davalının lehine yargılama giderlerine hükmedilemeyeceği açıktır. Bununla beraber, iradi taraf değişikliği halinde,

---

89 **Alangoya**, Tarafta Değişiklik, s. 82 vd.

90 Bkz. **Alangoya**, Tarafta Değişiklik, s. 71 vd.; **Ulukapı**, s. 33. Dava arkadaşlığının hüküm ve sonuçları hakkında ayrıca bkz. **Alangoya**, Dava Ortaklığı, s. 118 vd.; **Ulukapı**, s. 142 vd.

91 Bkz. HMK'nın 124. maddesinin Adalet Komisyonu gerekçesi.

davalının aleyhine yargılama giderlerine hükmedilebilmesinin mümkün olup olmadığı da yanıtlanmalıdır. Bu durumda ise ilk akla gelen, HMK'nın 329. maddesidir. Kanunun 329. maddesinin ilk fıkrasına göre, kötü niyetli davalı veya hiçbir hakkı olmadığı halde dava açan taraf, yargılama giderleri yanında karşı tarafın vekiliyle aralarında kararlaştırdıkları vekalet ücretinin tamamını veya bir kısmını ödemeye mahkum edilebilir. Ancak, kanımızca, iradi taraf değişikliği halinde, davalının kötü niyetli olduğu hallerde, bu hükme dayanarak davanın tarafı olmaktan çıkan taraf aleyhine yargılama giderlerine hükmedilmemelidir. Zira, bu hüküm, davanın reddi halinde davacı aleyhine, davanın kabulü halinde ise davalı aleyhine yargılama giderleri yanında, diğer tarafın vekiliyle aralarında kararlaştırdıkları vekalet ücretine hükmedilebilmesine olanak sağlayan bir düzenlemedir. Başka bir deyişle davada usulden veya esastan aleyhine karar verilen tarafın, kötüniyetli olması durumuna özgü caydırıcı nitelikte özel bir hükümdür.

SONUÇ

Taraf değişikliği, kanunun öngördüğü hallerde kendiliğinden gerçekleşmekteyse zorunlu (kanuni) taraf değişikliğinden, buna karşılık, kanunun öngördüğü belirli hallerde bir tarafın talebi ve karşı tarafın kabulü ya da mahkemenin izni ile gerçekleşmekte ise iradi taraf değişikliğinden söz edilir.İradi taraf değişikliği kural olarak davada söz konusu olabilir. Bununla beraber çekişmesiz yargı işlerinde de iradi taraf değişikliğine ilişkin hükümler kıyasen uygulanabilir.

Tarafın dava dilekçesinde yanlış gösterilmesi halinde, hem davacı hem de davalı tarafta, kural olarak, ancak karşı tarafın açık rızasıyla iradi taraf değişikliği mümkündür. Karşı tarafın rızasının alınamadığı hallerde, iradi taraf değişikliği belirli şartların var olması durumunda, hakimin izniyle de gerçekleşebilir.Bunlar HMK'da maddi hata nedeniyle tarafın değiştirilmesi, dürüstlük kuralına aykırı olmayan değişiklik talebi ve kabul edilebilir yanılgı sebebiyle iradi taraf değişikliği olmak üzere üç başlık altında toplanmıştır.

Maddi hatadan kaynaklanan değişiklik talebi, her ne kadar HMK'nın 124. maddesinde iradi taraf değişikliği başlığı altında düzenlenmiş ise de, esasında gerçek anlamda bir taraf değişikliği değildir. Zira bu durumda yeni bir tarafın yargılamaya dahil edilmesi söz konusu değildir. Bu nedenle maddi

hata sebebiyle iradi taraf değişikliğini "tarafta düzeltme" veya "tarafta düzenleme" olarak nitelendirmenin daha uygun olacağı kanısındayız.

Yargıtay uygulaması da dikkate alındığında, dürüstlük kuralına aykırı olmayan iradi taraf değişikliğine, ölmüş kişiye karşı dava açılması ve yeterince araştırma yapılmış olmasına rağmen taraf sıfatında yanılma ve benzeri durumlar örnek verilebilir. Dava dilekçesinde tarafın yanlış veya eksik gösterilmesi kabul edilebilir bir yanılgıya dayanmaktaysa, hakim karşı tarafın rızasını aramaksızın taraf değişikliğini kabul edebilir. Belirtmeliyiz ki kabul edilebilir bir yanılgı olarak değerlendirilen haller, aynı zamanda dürüstlük kuralına aykırılık da teşkil etmeyeceğinden, HMK'nın 124. maddesinin 3 ve 4. fıkralarının aradığı şartlar aynı anda gerçekleşmiş olur. Kabul edilebilir yanılgı sebebiyle iradi taraf değişikliği halleri kapsamında ise, temsilcide yanılma, tüzel kişiliği olmayana dava açılması, resmi sicil ve kayıtlardaki hatanın tarafın yanlış gösterilmesine neden olması, tarafın eksik gösterilmesi halleri ve benzeri durumlar değerlendirilebilir.

İradi taraf değişikliğinin şekli şartları bakımından ise, taraf değişikliğinin kabul edilebilir olması özel bir dava şartı kabul edilmelidir. İradi taraf değişikliği ancak bunu isteyen tarafın mahkemeden talepte bulunması halinde mümkün olacaktır. Ayrıca, iradi taraf değişikliği ancak Kanunda düzenlen hallerden birinin var olması halinde mümkün olabilir. Bunlardan biri karşı tarafın rızası, diğeri ise mahkemenin iznidir. Kanunda iradi taraf değişikliğinin hangi zamana kadar yapılabileceği konusunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Gerçek anlamda iradi taraf değişikliği sayılan hallerde, tarafta değişiklik talebi, ancak ilk derece mahkemesinde nihai karar verilinceye kadar ileri sürülürse sonuç doğurabilir. Buna karşılık, gerçek anlamda taraf değişikliği sayılmayan, maddi hata sebebiyle iradi taraf değişikliği (tarafta düzeltme) ise, ilk derece mahkemesinin yanı sıra bölge adliye mahkemesinde de nihai karar verilinceye kadar talep edilebilir. Zira, tarafta düzeltme (düzenleme) işlemiyle, davanın mevcut tarafının taraf sıfatına itiraz edilmemekte, taraf sıfatında değişiklik yapılması gerekmemektedir. Temyiz derecesinde de, temyiz dilekçesiyle tarafta düzeltme talep edilebilmeli ve Yargıtay talep üzerine veya re'sen tarafta düzeltme kararı verebilmelidir. Zira Yargıtay, temyiz incelemesinde tarafların kimliklerine ait yanlışlıklar ile yazı, hesap veya diğer açık ifade yanlışlıkları tespit ederse, alt derece mahkemesinin kararını bozmadan, düzelterek onama kararı verebilir.

Dava devam ederken taraf sıfatında değişiklik, taraflardan birinin ölümü veya ticari işletmenin devri gibi külli halefiyet hallerinde ya da dava konusunun devri gibi cüzi halefiyet hallerinde söz konusu olabilir. Bu hallerde zorunlu taraf değişikliği söz konusu olduğundan, iradi taraf değişikliği talep edilemeyecektir.

İradi taraf değişikliğinin taraflar ve yargılama bakımından sonuçları, taraf değişikliği konusunda benimsenen yaklaşıma göre farklılık arz etmektedir. Bu konuda Alman hukukunda ve bunu takip ederek Türk Hukukunda, genel olarak dava değişikliği teorisi, davanın geri alınması teorisi ve karma görüş ileri sürülmüştür. Davanın geri alınması teorisinden hareket eden ve bizim de katıldığımız karma görüşe göre, davaya katılan üçüncü kişinin (yeni tarafın), davadan ayrılan tarafın usul işlemlerinin sonuçlarıyla bağlı olması kural olarak kabul edilmemeli, bununla beraber, yeni tarafa daha önceki hukuki uyuşmazlığı devam ettirmek ve sonuçlarını değerlendirmek konusunda serbesti tanınmalıdır. Dava açıldıktan sonra taraf değişikliğine izin verilmesinin amacı, taraf değişikliği gerçekleşemeden önceki yargılama işlemlerinden yeni tarafla yürüyen davada da yararlanabilmektir. Böylece daha önceki yargılamada yapılmış bazı işlemlerin tekrarlanması gerekmeyecek, bu işlemlerin yapılması için ayrıca emek ve zaman harcanmayacak, masraftan tasarruf edilebilecektir.

Kaynakça

Alangoya, Y.; Yargılama Sırasında Tarafta (Yanda)İradi Olarak Meydana Gelen Değişme Hakkında Düşünceler, Makaleler, Der. Mert Namlı, İstanbul 2012, (s. 21-84).

Alangoya, Y.; Medeni Usul Hukukunda Dava Ortaklığı, 1965, Tıpkı Basım, İstanbul 1999.

Alangoya, Y./**Yıldırım,** K./**Deren Yıldırım,** N.; Medeni Usul Hukuku Esasları, İstanbul 2009.

Ateş, M.; Hukuk Muhakemeleri Kanunu Yargıtay İlke Kararları, C. I, Ankara 2014.

Erişir, E.; Medeni Usul Hukukunda Taraf Ehliyeti, İzmir 2007.

Gross, B./**Zuber,** R.; Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Bern 2012.

Kale, S.; Medeni Yargılamada Taraf Ehliyeti, İstanbul 2010.

Karslı, A.; Medeni Muhakeme Hukuku, İstanbul 2012.

Kuru, B.; Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. I, İstanbul 2001.

Kuru, B.; Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. IV, İstanbul 2001.

Livschitz, M. M.; Schweizerische Zivilprozessordnung, Herausgeber: Baker&McKenzie, Bern 2010.

Pekcanıtez, H./**Atalay,** O./**Özekes,** M.; Medeni Usul Hukuku, 14. Bası, Ankara 2013.

Postacıoğlu, İ. E., Medeni Usul Hukuku Dersleri, İstanbul 1975.

Rechberger, W./**Simotta,** D. A.; Grundriss des österreichischen Zivilprozessrecht, Erkenntnisverfahren, 8. Auflgae, Wien 2010. s.

Roth, H.; Gewillkürter Parteiwechsel und Bindung an Prozesslagen, NJW 1988, (s. 2977-2984).

Sascha, G.; Die Parteiaenderung im Zivilprozess, JA 2012, (s. 689-692).

Schwander, D.; Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Herausgeber: Thomass Sutter-Somm, Franz Hasenböhler, Christoph Leuenberger, Schultess Juristische Medien AG, 2013.

Spühler, K./**Dolge** A./**Gehri,** M.; Schweizerishes Zivilprozessrecht: und Grundzüge des internationalen Zivilprozessrecht, 9. Auflage, Bern 2010.

Sungurtekin Özkan, M.; Türk Medeni Yargılama Hukuku, İzmir 2013.

Umar, B., Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2011.

Üstündağ, S.; Medeni Yargılama Hukuku, C. I-II, İstanbul 2000.

Williseger, D.; Grundstruktur des Zivilprozess-Grundlagen, Grundelemente, Gerichtsverfahren, Schultess Juristische Medien AG, 2012.

Yılmaz, E.; Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2013.

Yılmaz, E.; Medeni Yargılama Hukukunda Islah, 2. Bası, Ankara 2010.

Moroğlu, E.; Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Ortaklık Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, İstanbul 2004.

Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası.

Legal Bank Elektronik Hukuk Bankası.

[H]HMK HÜKÜMLERİNE GÖRE TEMİNAT KURUMU VE DAVA ŞARTI NİTELİĞİ

Yrd. Doç. Dr. Aziz Serkan ARSLAN*

1. Genel Olarak

Bir başkası tarafından hakkı ihlal edilen veya tehlikeye sokulan, kendisinden haksız bir talepte bulunulan kimsenin her zaman için mahkemeye başvurarak hukuki korumadan yararlanması, bunun için dava açabilmesi Anayasanın 36. maddesi tarafından güvence altına alınmıştır. Anayasa madde 36'ya göre; herkes meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma hakkına sahiptir. Bu duruma paralel olarak mahkemece haklı bulunan tarafın biran önce hakkına kavuşabilmesi, mahkeme kararının yerine getirilmesi için görevli olan icra ve iflas organlarına başvurma hakkı vardır. Hukuki korumadan yaralanmak için dava açan ve alacağı mahkeme ilamının yerine getirilmesi için icra iflas mercilerine başvuracak olan kimsenin yerli veya yabancı biri olması arasında kanun önünde eşitlik ilkesi gereği fark yoktur. Anayasanın 36.maddesindeki "herkes" kavramı yerli ve yabancı bütün gerçek ve tüzel kişileri kapsar. Dava açan veya icra iflas dairelerinden talepte bulunan kişilerin kural olarak herhangi bir teminat göstermesi veya kendini avukat vasıtasıyla temsil ettirmesi gerekmez. Buradaki amaç kişilerin dava açması sonucunda veya hükmün icrası sırasında yapacağı masrafları göz önünde tutarak hakkını aramaktan vazgeçmek zorunda bırakılmamasıdır[1].

H Hakem incelemesinden geçmiştir.

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

1 **Yılmaz,** Ejder; Davada İnanca, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı, C.I, Ankara 1977, (s. 381-410), s. 382; **Turhan**, Turgut; Davacının veya

Hak arama özgürlüğü her ne kadar Anayasa ile güvence altına alınmış olsa da kanun koyucumuz bu duruma bazı hallerde istisnalar getirmiştir. Bu istisnaların en önemlisi teminat gösterilmesi şartıdır. Buna göre, kanun koyucu bazı hallerde davacının (veya mahkemeden herhangi bir talepte bulunanın), davasında (veya talebinde) haksız çıkması halinde, karşı tarafın uğrayacağı muhtemel zararları ve bu bağlamda yargılama giderlerinin davacıdan istenebilmesinin zor veya imkânsız olacağı tahmin edilen bazı özel durumlarda teminat gösterilmesini gerekli görülmüştür[2]. Bu gerekliliğin yerine getirilmemesi durumunda da yerine getirmeyen taraf aleyhine davanın usulden reddi gibi ağır usul müeyyideleri uygulanacağı kanunda öngörülmüştür.

Kanun koyucunun kural olarak herkesin rahatça kullanabileceği dava hakkına veya diğer hukuki taleplerine bazı durumlarda HUMK zamanında olduğu gibi[3] veya MÖHUK ta da yer aldığı gibi[4] HMK ile de teminat şartı getirmesinin altında yatan ana düşünce; tarafların yargılama sonucunda veya

---

Davaya Katılanın Teminat Gösterme Yükümü, Prof. Dr. Osman F. Berki'ye Armağan, Ankara 1977, (s.853-905), s. 854; **Çiçekli,** Bülent; Yabancılar Hukuku, 2. Bası, Ankara 2009, s. 201-202.

2 **Kuru,** Baki; Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.IV, 6.Bası, İstanbul 2001, s.4154; **Pekcanıtez,** Hakan/**Atalay,** Oğuz/**Özekes,** Muhammet; Medenî Usul Hukuku, 12. Bası, Ankara 2011, s. 342; **Çelikel**, Aysel/**Erdem,** B. Bahadır; Milletlerarası Özel Hukuk, 11. Bası, İstanbul 2012, s. 578. Mukayeseli hukukta da, Arjantin, Almanya, Amerika Birleşik Devletleri, Avusturya, Danimarka, İngiltere, İsviçre, Meksika, Monako, Norveç ve Polonya teminat arayan ülkeler arasında gösterilebilir. Buna karşı Afganistan, İzlanda, Mısır ve Suriye teminat istemeyen ülkeler arasında gösterilmektedir. **Nomer,** Ergin; Devletler Hususî Hukuku, 19. Bası, İstanbul 2011, s. 476.

3 Teminat, mülga HUMK'un 96 vd. maddelerinde düzenlenmişti. HUMK madde 97/I'e göre; "Türkiye'de Kanunu Medenî mucibince ikametgâhı olmayan müddei (davacı) veya davaya müdahale eden kimse diğer tarafın muhtemel zarar ve ziyaniyle masarifi muhakemesine mukabil 96'ncı madde mucibince teminat göstermeye mecburdur". HUMK, HMK'dan farklı olarak teminat yükümlülüğünü sadece davacının veya davaya katılanın Türkiye'de ikametgâhı olmaması şartına bağlamaktaydı.

4 5718 sayılı MÖHÜK m.48/1, 2675 sayılı önceki MÖHUK m.32 düzenlemesinde olduğu gibi teminatın kapsamına, karşı tarafın zarar ve ziyanını dâhil etmektedir. Bu bağlamda MÖHUK m. 48/1 ile HMK da yer alan teminat'a ilişkin hükümlerin düzenleniş amacı benzerdir. **Bilge**, Necip/**Önen,** Ergun; Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, 3. Bası, Ankara 1978, s. 341-342; **Unat,** İlhan; Davacının Yabancı Niteliğine Dayanan Adli Teminatın Uygulanma Alanı, AÜSBFD, C.28, S. 3, 1973, s. 8.

bir takım icra işlemleri sonucunda uğrayacakları haksız maddi kayıplara karşı önceden tedbir alınmasıdır[5].

Teminat kavramı borçlar hukuku ve usul hukuku bağlamında farklı şekilde tarif edilebilir. Borçlar hukuku bağlamında teminat bir borcun zamanında ve uygun biçimde ödenmesini sağlayan bir işlem veya belli bir hukuksal duruma ulaşmak için verilen garantidir (cautio judicatum solvi)[6]. Teminat müessesesinin amacı ve HMK hükümleri göz önünde bulundurularak teminat kavramının usul hukuku bağlamında tanımı yapılacak olursa, teminat, kanunda tahdidi olarak sayılan durumlardan biri içerisinde bulunan davacının, müdahilin veya takibe girişmek isteyen kimsenin, henüz hukuki işleme girişmeden önce karşı tarafın yargılama ve takip giderleri sonucunda oluşacak muhtemel zararını, mahkemenin belirlediği veya tarafların kendi aralarında belirledikleri miktar esas alınarak depo etme zorunluluğudur[7].

2. HMK m. 84 Hükmüne Göre Teminat Gösterilmesi Gereken Haller

01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı HMK da teminat gösterme yükümlülüğü 84 ve 89. maddeler arasında düzenlenmiştir. Belir-

---

5 **Kuru,** Baki/**Arslan,** Ramazan/**Yılmaz,** Ejder; Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 22. Bası, Ankara 2011, s. 572; **Karslı,** Abdurrahim; Medeni Muhakeme Hukuku Ders Kitabı, 2. Bası, İstanbul 2011, s. 440; **Kılıçoğlu,** Mustafa; 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu El Şerhi, İstanbul 2012, s. 521; **Kuru,** C.IV, s. 4154; **Bilge/Önen**, s. 339; **Onar,** Sıddık Sami/**Belgesay,** Mustafa Reşit; Adliye Hukukunun Umumi Esasları, İstanbul 1944, s. 118-119; **Yılmaz**, s. 405; **Özden,** Bülent; Alman Hukukunda 'Cautio Judicatum Solvi' Kuralı, MHB, C.10, S. 1-2, 1990, s. 133-134; **Unat**, s. 2.

6 **Yavuz,** Cevdet/**Acar,** Faruk/**Özen,** Burak; Borçlar Hukuku Dersleri, Özel Hükümler, 8. Bası, İstanbul 2010, s. 589; **Tandoğan,** Haluk; Borçlar Hukuku; Özel Borç İlişkileri, C.II, 5. Bası, İstanbul 2010, s. 684; **Develioğlu,** Hüseyin Murat; Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri, İstanbul 2009, s. 11; **Özen,** Burak; Kefalet Sözleşmesi, İstanbul 2008, s. 1.

7 Diğer tanımlalar için bkz. **Yılmaz,** Ejder; Hukuk Sözlüğü, 5. Bası, Ankara 1996, s. 718; **Kuru/Yılmaz/Arslan**, s. 572; **Bilge/Önen**, s. 339; **Yılmaz**, s. 381; **Karslı**, s. 440; **Kılıçoğlu**, s. 521; Yargıtay 1969 yılında verdiği bir İçtihadı Birleştirme Kararında teminatı; bir borcun, bir eda mükellefiyetinin zamanında ve yerinde ödeneceğini, yerine getirileceğini temine yarayan, onu garanti eden muamele olarak tanımlamıştır. İBK 5.11.1969, 6/7 (RG 31.12.1969, s. 13388, s. 2-3).

tilen maddeler arasında düzenlenen teminat gösterme yükümlülüğü kural olarak özel mahkeme genel mahkeme ayrımı yapılmaksızın bütün hukuk davalarında uygulanır. Bununla birlikte İdari Yargılama Usulü Kanunu m.31'de yer alan yollama gereğince niteliğine aykırı düşmediği müddetçe HMK' da yer alan teminata ilişkin hükümler idari davalarda da uygulanır.

HMK m. 84'te 'teminat gösterilecek haller' başlığı altında iki durumda davacının, davalı tarafın muhtemel yargılama giderlerini karşılayacak uygun bir teminat göstermesi gerektiği düzenlenmiştir. Bu durumlar şunlardır:

a) Türkiye'de mutad meskeni olmayan Türk vatandaşının dava açması, davacı yanında davaya müdahil olarak katılması veya takip yapması,
b) Davacının daha önceden iflasına karar verilmiş, hakkında konkordato veya uzlaşma suretiyle yeniden yapılandırma işlemlerinin başlatılmış bulunması; borç ödemeden aciz belgesinin varlığı gibi sebeplerle, ödeme güçlüğü içinde bulunduğunun belgelenmesidir

A. Türkiye'de Mutad Meskeni Olmayan Türk Vatandaşının Dava Açması, Davacı Yanında Davaya Müdahil Olarak Katılması veya Takip Yapması

HMK m.84/I-a hükmüne göre, "Türkiye'de mutad meskeni olmayan Türk vatandaşının dava açması, davacı yanında davaya müdahil olarak katılması veya takip yapması" durumunda teminat göstermesi gerekmektedir. Madde de düzenlenen teminat yükümlülüğü mülga HUMK m. 97 den farklı olarak sadece Türkiye de mutad meskeni olmayan Türk vatandaşlarının Türk mahkemelerinde dava açması veya takip yapması halinde uygulanacaktır. Dava açanın veya takibe girişenin yabancı olması halinde HMK m. 84/1-a hükmüne göre teminat gösterme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Bunun nedeni yabancı davacılar için teminat gösterme yükümlülüğünün zaten MÖHUK m. 48'de ayrıca düzenlenmiş olmasıdır[8]. Bu durum kanunun gerekçesinde de "Maddede, teminat konusu sadece Türk vatandaşları açısından düzenlenmiştir. Çünkü yabancıların, Türkiye'de dava açması, davacı yanında davaya fer'î müdahil sıfatıyla katılması ve Türkiye'de takip yapması

[8] 2675 sayılı MÖHUK'ta m.32'de düzenlen teminat kurumu 2007 yılında kabul edilen 5718 sayılı MÖHUK'ta 48.maddede benzer şekilde düzenlenmiştir.

hâlinde, teminat göstermesiyle ilgili olarak Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanunun 32. maddesinde (5718 sayılı Kanun m.48) yer alan kural işlerlik kazanacaktır." şeklinde açıkça vurgulanmıştır[9].

HMK m. 84 gereğince teminat yükümlülüğü sadece davacı tarafın yahut müdahale talebinde bulunanın veya takibe girişenin üzerindedir. Davalı tarafın veya borçlunun Türk vatandaşı olup olmamasının teminat yükümlülüğüne herhangi bir etkisi yoktur[10].

HMK m. 84 de ifade edilen Türk vatandaşı olma kriteri belirlenirken davanın açıldığı yahut müdahale talebinde bulunulduğu veya takibin yapıldığı tarihteki Türk vatandaşlığı durumu esas alınmalıdır. Zira dava şartları, davanın açıldığı tarihteki duruma göre değerlendirilir[11].

Tüzel kişiler bakımından HMK m. 84'te yer alan Türk vatandaşı olma kriteri belirlenirken kanun koyucu madde gerekçesinde tüzel kişinin merkezi Türkiye'de ise, o tüzel kişinin Türk tabiiyetinde olacağını; tüzel kişinin merkezi yurt dışında ise, yabancı bir tüzel kişiden söz edileceğini ve bu durumda yabancı tüzel kişinin Türkiye'de dava açması yahut takip yapması halinde 2675 sayılı Kanunun 32. maddesi (5718 sayılı Kanun m. 48) uyarınca teminat göstermek zorunda olduğunu ifade etmiştir.

Kanundaki düzenleme de yer alan 'Türkiye'de mutad meskeni olmayan Türk vatandaşı' ifadesi ile mülga HUMK düzenlemesinde yer alan 'ikamet-

---

9 Mülga HUMK m.97'de yer alan hüküm teminat gösterme konusunda davacının Türk vatandaşı veya yabancı olmasını dikkate almayıp, sadece Türkiye'de ikametgâhının olmaması kıstasından hareket etmekteydi. "5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 48. maddesinde açıklandığı gibi, icra takibinde bulunan yabancı gerçek ve tüzel kişiler, yargılama ve takip giderleri ile karşı tarafın zarar ve ziyanını karşılamak üzere mahkemenin belirleyeceği teminatı göstermek zorundadır. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 97.maddesi uyarınca ise "Türkiye'de Kanunu Medeni mucibince ikametgâhı olmayan müddei veya davaya müdahale eden kimse diğer tarafın muhtemel zarar ve ziyanıyla masarifi muhakemesine mukabil 96 ncı madde mucibince teminat göstermeye mecburdur." düzenlemesi yer almaktaydı.

10 **Okur,** Mustafa; Adli Teminat, Ankara 2011, s. 159.

11 **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 306; **Karslı**, s. 435; **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 334; **Kıyak,** Emre; Türkiye'de Mutad Meskeni Olmayan Türk Vatandaşları İçin Teminat Gösterme Yükümlülüğü, EÜHFD, C. XVI, S. 1-2 (2012), (s. 225-246), s. 232.

gah (yerleşim yeri)' ölçütünden vazgeçilmiş, bunun yerine 'mutad mesken' ölçütü getirilmiştir. Kanun koyucu bu değişikliğin nedenini madde gerekçesinde "1086 sayılı Kanunda yer alan düzenlemeden farklı olarak, Türk vatandaşları açısından, "Türkiye'de yerleşim yeri bulunmama" ölçütü yerine yabancı ülkede yerleşim yeri olan Türk vatandaşlarını, salt bu nedenle Türkiye'de dava açmaları veya takip yapmaları hâlinde teminat gösterme zorunluluğundan kurtarmak amacıyla, tüm hayat ilişkilerinin belirli bir coğrafî alanda yoğunlaşması biçiminde tanımlanan, mutad mesken kavramı ölçütü getirilmiştir. Bu suretle, onların, istisnaen teminat gösterme zorunluluğu ile karşı karşıya kalmaları amaçlanmıştır" şeklinde açıklamıştır. Kanun koyucunun 'ikametgah (yerleşim yeri)' ifadesi yerine 'mutad mesken' ifadesini kullanması gerekçedeki açıklamaya rağmen doktrin tarafından eleştirilmiştir.

Umar, ikametgah ölçütü yerine mutad mesken ölçütü getirilmesinin gerekçenin aksine Türk vatandaşları için daha elverişli, kayırmacı olmayacağını bunun daha çok sayıdaki Türk vatandaşını teminat gösterme yükümlülüğü ile karşı karşıya bırakacağını belirtmektedir[12].

Tütüncübaşı, uzun süredir yurt dışında yaşayan ve muhtemelen de yurt dışında yaşamaya devam edecek vatandaşlarımızın mutad meskenlerinin de, iş ve aile ilişkilerinden oluşan sosyal bağlarını kurdukları yurt dışında oturdukları yerleri kabul etmenin HMK 84'üncü maddenin konuluş amacına daha uygun olacağını çünkü, ailesi ile birlikte yurt dışında yaşayıp çalışan ve sadece tatil yapmak amacıyla Türkiye'ye gelen ve nispeten kısa süre burada kalan Türk vatandaşlarının mutad meskeninin, hayat ilişkilerinin merkezi olan oturdukları ülkeler olduğunu, bu sebeple yurt dışında yerleşik Türk vatandaşlarının Türkiye'de açacakları davalarda teminat gösterme yükümlülüklerini istisna olarak değerlendirmek yerine, teminat göstermemelerini istisna olarak değerlendirmenin daha isabetli ve amaca uygun olacağını belirtmektedir[13].

---

12 **Umar,** Bilge; Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'na Katkı, TBBD, S. 67, 2006, (s. 121-162), s. 125.

13 **Tütüncübaşı,** Uğur; Milletlerarası Usul Hukukunda Teminat Gösterme Yükümlülüğü, DEÜHFD, C.12, S. 2, 2010, (s. 183-223), s. 199.

Okur ise, mutad mesken ölçütünün benimsenmesinin teminattan muafiyet sağlayan anlaşmalarda, mutad meskenden söz edilmemesi hallerinde teminattan muafiyet sağlamayarak, teminat yükümlülüğünün mevcut düzenlemeye göre daha da çoğalmasına neden olacağı gerekçesiyle madde de yapılan değişikliği eleştirmektedir[14].

Mutad mesken kişinin ikametgahından ayrı fiilen ve sürekli olarak oturduğu yerdir[15]. Mutad mesken hukukî bir kavram olmaktan ziyade sadece bir vakıadan ibarettir ve bu hususta ki fiilî vakıaların ispatı takdire bağlı olmakla beraber, fiilen bir ülkede sürekli olarak oturan kişinin, o ülke ile yakınlığı olduğu muhakkaktır ve o ülke onun mutad meskenini oluşturacaktır[16].

Kanun koyucunun ikametgah ölçütü yerine mutad mesken ölçütünü getirmesinin gerekçesi incelendiğinde kanaatimizce en başta kanun koyucuyu değişikliğe iten amaç yerinde değildir. Kanun koyucu yabancı ülkede ikametgâhı (yerleşim yeri) bulunan Türk vatandaşlarını teminat yükümlülüğünden kurtarmayı asıl amaç olarak belirlemiş bazı durumların bunun istisnaları olabileceğini belirtmiştir. Bizce kanun koyucunun asıl amacı yabancı ülke de yaşayan Türk vatandaşları için de teminat gösterme yükümlülüğünü uygulamak olmalıdır. Bununla birlikte bir Türk vatandaşının yabancı ülkede veya Türkiye de yaşadığını tespit ederken ikametgah (yerleşim yeri) gibi ispatı kolay somut bir ölçüt aranması daha yerinde olacaktır. İkametgah kriteri yerine mutad mesken gibi somut bir belgeye bağlanması zor olan ancak maddi olgularla ispatlanabilecek bir ölçüt getirilmesi mahkemelerin işini uygulamada zorlaştıracak hatta bazı hallerde Türkiye de ikametgahı olan kimselerin bile teminat göstermesi gibi bir sonuç doğuracaktır. Bu durum ise yukarıda belirttiğimiz üzere teminat müessesesinin amacı ile bağdaşmayacaktır.

---

14 **Okur**, s. 161.

15 **Okur**, s. 160; **Çelikel/Erdem**, s. 188; **Nomer/Şanlı**, s. 120; Alman hukukunda mutad mesken kavramı (gewöhnlicher Aufenthalt), geçici bir oturma yerini değil, devamlılık gösteren ve kişinin hayat ilişkilerinin ağırlık merkezinin bulunduğu yer şeklinde tanımlanmaktadır. **Hoffmann,** Bernd von/**Thorn**, Karsten/**Firsching,** Karl; Internationales Privatrecht, 9. Auflage, München 2007, § 5, Kn. 73; **Schütze,** Rolf A.; Das Internationale Zivilprozessrecht in der ZPO, Berlin 2008, § 110, Kn. 35.

16 **Tütüncübaşı**, s. 199; **Çelikel/Erdem**, s. 188.

Türkiye de mutad meskeni olmayan Türk vatandaşları için teminat gösterme yükümlülüğü, onların ancak bir davanın davacı tarafında yer alması ve davacı yanında davaya müdahil olarak katılması veya takip yapması halinde söz konusu olacaktır. Türkiye de mutad meskeni olmayan Türk vatandaşlarının davaya müdahale ederken teminat gösterme yükümlülüğü sadece fer'î müdahil olarak davaya katılmak istemesi durumunda ortaya çıkacaktır[17]. Zira, aslî müdahale, görülmekte olan davanın konusunu oluşturan şey üzerinde kısmen ya da tamamen üstün bir hak iddiasında bulunan üçüncü kişinin, görülmekte olan davanın taraflarına karşı müstakil bir dava açılması suretiyle gerçekleştirildiği için, aslî müdahil zaten davada taraf yani davacı konumundadır; dolayısıyla, aslî müdahaleyi yapacak kimsenin Türkiye'de mutat meskeni yoksa, teminat gösterme zorunluluğu, bunu gerçekleştirmek için açacağı dava ile zaten ortaya çıkacaktır[18].

Kanun gerekçesinde de belirtildiği üzere fer'î müdahale ise ayrı ve müstakil bir davanın açılması suretiyle değil, müdahale talebinin mahkemece kabulü hâlinde işlerlik kazanacağı için fer'î müdahil taraf değil, yanında davaya katıldığı tarafın yardımcısı konumundadır[19]. Türkiye'de mutad meskeni bulunmayan fer'î müdahil açısından teminat gösterme yükümü ise davalının yanında değil, ancak davacının yanında davaya katılarak bu sıfatı iktisap etmesi hâlinde ortaya çıkacaktır. Fer'i müdahilin göstermesi gereken bu teminatın tutarı ise, sadece fer'i müdahale giderleri ile sınırlı olacaktır[20].

Borcunu rızası ile yerine getirmeyen veya edimini ifa etmekten sebepsiz yere kaçınan borçluya karşı alacaklının devlet eliyle alacağını elde etme yolu olan icra takibine başvurma hakkı da Anayasanın 36. maddesi ile herkese tanınmış bir haktır. Kural olarak alacaklı olduğunu iddia ederek icra makamlarına başvuran kişilerin teminat göstermeleri gerekmez. Ancak genel kural bu olmakla birlikte kanun koyucu HUMK 97. maddenin birinci fıkrasında yer alan düzenlemeden farklı olarak, HMK m. 84/1-a hükmü ile temi-

---

17 **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 599; Fer'i müdahale hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Pekcanıtez,** Hakan; Medenî Usul Hukukunda Fer'i Müdahale, Ankara 1992.

18 Aslî müdahale hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Özekes,** Muhammet; Medenî Usul Hukukunda Asli Müdahale, İstanbul 1995.

19 **Kuru,** s. 4204.

20 Bkz. 84'üncü madde gerekçesi; **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 344.

nat gösterilecek hâller arasına Türkiye'de takip yapılmasını da eklemiştir[21]. Ayrıca, anılan yasal düzenlemeden yine farklı olarak, gösterilecek olan teminatın kapsamı, yargılama ve takip giderleri ile sınırlandırılmış; içeriğinin tümüyle belirsizlik arz etmesi sebebiyle, bu güne kadar hiç uygulama alanı bulmamış olması hususu da dikkate alınarak, temin edilmesi gerekenler arasına, karşı tarafın dava veya takip nedeniyle uğrayabileceği muhtemel zararlar dahil edilmemiştir.

HMK m. 84/1-a hükmüne göre Türkiye'de mutad meskeni olmayan Türk vatandaşlarına cebri icra yoluna başvurmak için teminat gösterme zorunluluğu getirilmesinin sebebi de takibe uğrayan borçlu tarafın borçlu olmadığının ortaya çıkması halinde uğrayacağı menfaat kayıplarının önlenmesidir. Bu cümleden olmak üzere kanun koyucu Türkiye'de mutad meskeni olmayan Türk vatandaşlarının, ilama bağlı bir alacak için ilamlı icra takibi yaptığında, alacağın varlığı ilam ile sabit olduğu için teminat göstermek zorunda olmadıklarını açıkça düzenleme altına almıştır (HMK m. 85/1-ç). Buna karşılık ilam niteliğindeki belgeye bağlı alacaklar için ilamlı takip yapılması hâlinde, bu istisnanın uygulanmayacağı da HMK m.85'in gerekçesinde düzenlenmiştir.

HMK m. 84/2'de Türkiye'de mutad meskeni olmayan Türk vatandaşlarının dava açmaları halinde teminat miktarının mahkemece belirleneceği düzenlenmiştir. Türkiye'de mutad meskeni olmayan Türk vatandaşlarının icra takibine başvurmaları halinde ise icra takibinde bulunan alacaklının yatıracağı teminatın miktarını icra dairesi belirler. Her ne kadar HMK da bu konuda açık bir düzenleme olmasa bile kanun tasarısında ve kanuna ilişkin Adalet Komisyonu raporlarında son olarak ta Yargıtay kararlarında bu konuda karar verme yetkisi icra müdürlüklerine bırakılmıştır[22]. Buna göre

---

21 Kanunun lafzında yer alan 'Türkiye'de mutad meskeni olmayan Türk vatandaşlarının takip yapması' ifadesi, kanaatimizce hem 'icra' hem de 'iflas yolu' ile takip yapma hallerini içermektedir.

22 HMK tasarısında yer alan ancak HMK da yer almayan 95. madde gerekçesi şu şekilde idi; Maddede yer alan düzenlemeyle takipler bağlamında teminat gösterme yükümlüğünün doğması hâlinde, davada teminatla ilgili olarak hâkim tarafından alınması gereken kararların, takiplerde işin doğası gereği, cebri icra prosedürünün işleyişinde başından sonuna kadar birinci derecede rol ve sorumluluk üstlenmiş olan icra müdürleri tarafından alınacağı hüküm altına alınmıştır. HMK Tasarısı ve Adalet Komisyonu

icra takiplerinde alacaklının Türkiye'de mutad meskeni olmayan Türk vatandaşlarından olup olmadığı ve teminatla yükümlü olup olmadığı da icra dairesi (müdürü) tarafından belirlenir.

Türkiye'de mutad meskeni olmayan Türk vatandaşlarının mahkemeden geçici hukuki himaye tedbiri istemeleri halinde teminat gösterme yükümlülüğünün olup olmadığı kanunda düzenlenmemiştir. Kanaatimizce teminat kurumunun genel amacı gözetilerek, karşı tarafın haklı çıkması halinde uğrayacağı muhtemel zararlar göz önünde bulundurularak geçici hukuki himaye tedbirine başvuran kişiden de HMK m.84/1-a hükmü gereğince teminat istenmelidir. Bu durumdaki kişilerin göstermesi gereken teminat, geçici hukuki koruma tedbiri taleplerine özgü olan (HMK m.392) ve karşı tarafın tedbir nedeniyle uğrayacağı zararları tazmin etmek için öngörülen teminata ilave olarak, HMK m.84 gereğince ayrıca istenmelidir.

Teminat kurumu Alman Medenî Usul Kanunun da (ZPO) 110 ve 113. maddeler arasında düzenlenmiştir. ZPO da teminat gösterme yükümlülüğü davacının "mutad meskeni" ölçüt alınarak ilk itiraz halleri arasında düzenlenmiştir. Buna göre davacının mutad meskeninin Avrupa Birliği (AB) veya Avrupa Ekonomik Alanına (AEA) taraf olan ülkelerden birinde (AB üyeleri ile Norveç, Lichtenstein ve İzlanda) olmaması durumunda davacının davalının talebi üzerine yargılama giderlerini karşılayacak miktarda teminat göstermesi zorunludur (§ 110/1 ZPO).

B. Davacının Daha Önceden İflasına Karar Verilmiş, Hakkında Konkordato veya Uzlaşma Suretiyle Yeniden Yapılandırma İşlemlerinin Başlatılmış Bulunması, Borç Ödemeden Aciz Belgesinin Varlığı Gibi Sebeplerle, Ödeme Güçlüğü İçinde Bulunduğunun Belgelenmesi

Mülga HUMK düzenlemesinden farklı olarak HMK da teminat gösterme zorunluluğu doğuran hâller arasına, HMK m.84/1-b hükmü ile yargılama ve takip giderlerini karşılamada doğabilecek muhtemel güçlüğü ber-

---

Raporu, s. 393. "MÖHUK m. 32'de (m. 48/2) öngörülen (mahkeme) terimin icra takipleri için İcra Dairesi olarak anlaşılması gerekir." Yargıtay 12. HD. T.18.9.2000; E.11901/13008 (**Kuru**, s. 4207).

taraf etmek ve anılan giderlerin temin edilmesini daha işin başında güvence altına almak amacıyla, davacının daha önceden iflâsına karar verilmiş, hakkında konkordato, uzlaşma suretiyle yeniden yapılandırma işlemlerinin başlatılmış bulunması, borç ödemeden aciz belgesinin varlığı gibi ödeme güçlüğü içinde bulunduğunu gösteren belgelerin varlığı hâli de eklenmiştir[23]. Madde de belirtilen durumlarda teminat gösterme yükümlülüğü, hem gerçek hem de tüzel kişi davacılar bakımından geçerlidir. Belirtilen hâllerin, davacı yanında fer'î müdahil sıfatıyla yer alan kişinin şahsında gerçekleşmiş olması, fer'î müdahil açısından da müdahale giderleriyle sınırlı olarak teminat gösterme zorunluluğunun doğması sonucunu ortaya çıkarır[24].

Kanun koyucu madde düzenlemesinde öncelikle borçlunun ödeme güçlüğü içinde bulunduğuna işaret eden 'iflâsına karar verilmiş olması, hakkında konkordato, uzlaşma suretiyle yeniden yapılandırma işlemlerinin başlatılmış bulunması, borç ödemeden aciz belgesinin varlığı' gibi örnek (somut) durumları sayma yöntemiyle belirtmiştir. Kanun koyucu maddenin devamında ise haksız çıkan davacının, davalının muhtemel yargılama giderlerini ödemesini güvence altına almak için "borçlunun ödeme güçlüğü içinde bulunduğunu gösteren belgelerin varlığı" gibi genel (torba) bir kriter belirleyerek davalı tarafın zarara uğramasını önlemeyi amaçlamıştır.

a. Davacının Daha Önceden İflasına Karar Verilmiş Olması

İflâs davasının sonunda verilen depo kararı üzerine, borçlu borcunu ödemez ve depo etmezse, ticaret mahkemesi, depo kararından sonraki ilk oturumda iflâs isteyen alacaklının, ilk alacaklılar toplantısına kadar ki dönem için gerekli olan giderler ile iflâs kararının kanun yolları için gerekli bütün tebliğ giderlerini peşin (avans) olarak mahkeme veznesine yatırdığını tespit etmesi halinde borçlunun iflâsına karar vermek zorundadır[25]. Doğrudan iflas yolunda ise ticaret mahkemesi iflas sebeplerinin gerçekleştiğini tespit etmiş

---

23 **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 344.

24 **Tanrıver,** Süha; HMK Tasarısının 1 ila 122. Maddelerinde Yer Alan Temel Düzenlemeler ve Bunların Genel Çerçevede Değerlendirilmesi, AÜHFD, 2008, C. 57, S. 3, (s. 635-664), s. 654.

25 **Kuru,** Baki/**Arslan,** Ramazan/**Yılmaz,** Ejder; İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, 27. Bası, Ankara 2013, s. 477.

ise ilan aşamasından sonra depo kararı olmaksızın borçlunun iflasına karar verir. Ticaret mahkemesinin iflâsa karar verdiği anda, borçlu (müflis) hakkında iflâs açılmış olur. İflâs kararında, iflâsın açılma ânı (zamanı) gün, saat ve dakika olarak gösterilir. İflâs kararı, bütün hüküm ve sonuçlarını (m.184 vd), iflâs kararında gösterilmiş olan iflâsın açılma ânından itibaren meydana getirir[26].

HMK m.84/1-b hükmü gereğince iflasına karar verilmiş olan bir müflisin dava açması, davacı yanında davaya müdahil olarak katılması veya takip yapması durumunda teminat göstermesi gerekecektir. Bu durumdaki müflis, Türkiye de mutad meskeni bulunan bir Türk vatandaşı olsa bile teminat göstermek zorundadır. Zira kanun koyucu HMK m. 84/1-b ile hakkında iflas kararı verilen müflisin, vatandaşlık durumu veya meskeniyet durumunu gözetmeksizin, açmış olduğu davada yargılama ve takip giderlerini karşılamada doğabilecek muhtemel güçlüğü bertaraf etmek ve anılan giderlerin temin edilmesini daha işin başında güvence altına almak amacıyla teminat yükümlülüğü getirmiştir.

b. Davacı Hakkında Konkordato veya Uzlaşma Suretiyle Yeniden Yapılandırma İşlemlerinin Başlatılmış Bulunması

Konkordato, dürüst bir borçlunun, imtiyazsız alacaklılarının (en az üçte iki) çoğunluğu ile yaptığı ve ticaret mahkemesinin tasdiki ile hüküm ifade eden öyle bir cebri anlaşmadır ki, bununla imtiyazsız alacaklılar borçluya karşı alacaklarının belli bir yüzdesinden feragat ederler ve borçlu, borçlarının konkordato ile kabul edilen kısmını (yüzdesini) ödemekle, borçlarının tamamından kurtulur[27].

HMK m. 84/1-b fıkrasında konkordatoya ilişkin teminat yükümlülüğü getirilirken konkordato işlemlerinin başlatılmış olmasından söz edilmiştir. Konkordato işlemlerinin başlatılması iflas içi ve iflas dışı konkordato da farklı usule tabidir.

İflas dışı konkordato da konkordato işlemleri borçlunun (veya alacaklının) konkordato hükümlerinden yararlanmak amacı ile icra mahkemesine

---

26 **Kuru,** Baki; İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, 2. Bası, Ankara 2013, s. 1125.

27 **Kuru**, El kitabı, s. 1444; **Kuru**/**Arslan**/**Yılmaz**, İcra, s. 625.

bir konkordato teklifi vermesi ile başlar[28]. Davacının teminat yükümlülüğü de bu andan itibaren başlamalıdır. Bunun dışında teminat yükümlülüğünün başlaması için icra mahkemesinin konkordato teklifine ilişkin vereceği karar beklenmemelidir.

İflâsına karar verilen müflisin başvurabileceği iflas içi konkordato teklifi iflâs idaresine verilir (m. 309). İflâs idaresi henüz seçilmemişse (birinci alacaklılar toplanmasına kadar, m. 223), müflis, konkordato teklifini iflâs dairesine verir. Basit tasfiyede, konkordato teklifi iflâs dairesine verilir. İflas içi konkordato da konkordato işlemlerinin başlatılma anı ve bunun sonucunda davacının teminat gösterme yükümlülüğünün doğum anı, konkordato teklifini içeren gerekçeli dilekçenin iflas idaresine veya duruma göre iflas dairesine verilmesi anıdır.

İflas dışı veya iflas içi konkordato hükümlerinden yararlanmak için konkordato teklifinde bulunan borçlunun, dava açması, davacı yanında davaya müdahil olarak katılması veya takip yapması durumunda mahkemece tabiyet veya meskeniyet kriteri gözetilmeksizin teminat göstermesi gerekecektir.

Uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırma kurumu hukukumuza 2004 yılında 5092 sayılı Kanun değişikliğiyle birlikte girmiştir. Uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırma sermaye şirketleri ile kooperatiflerin yapısal yönetimlerini yeni koşullara uydurmak suretiyle faaliyetlerine devam etme imkânı sağlayan bir kurumdur[29]. Uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırma başvurusunda bulunabilmek için başvuru yapan sermaye şirketinin veya kooperatifin mali durumunun bozulması ile yeniden yapılanma projesinin hazırlanarak alacaklılar tarafından kabul edilmiş olması gerekir[30].

Uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırma başvurusu borçlu tarafından hazırlanacak gerekçeli bir dilekçe ile ticaret mahkemesine yapılır. Yetkili ticaret mahkemesi şirket veya kooperatifin muamele merkezinin bulunduğu yer mahkemesidir. Uzlaşma suretiyle yeniden yapılandırma işlemlerinin

---

28 **Ercan,** İbrahim; İcra ve İflas Hukukunda Mal Varlığının Terki Suretiyle Konkordato, Konya 2008, s. 43.

29 **Taşpınar Ayvaz**, Sema; İcra İflas Hukukunda Yeniden Yapılandırma, Ankara 2005, s. 47.

30 **Ercan**, s. 152.

başlatılma anı borçlunun uzlaşma suretiyle yeniden yapılandırma hükümlerinden yararlanmak için dilekçe ile ticaret mahkemesine başvurduğu andır. Ticaret mahkemesine uzlaşma başvurusu yapan borçlunun, bu andan sonra dava açması, davacı yanında davaya müdahil olarak katılması veya takip yapması durumunda mahkemece tabiyet veya meskeniyet kriteri gözetilmeksizin teminat göstermesi gerekecektir.

c. Borç Ödemeden Aciz Belgesinin Varlığı

Paraların paylaştırılması sonucunda alacaklı (veya alacaklılar) alacağının tamamını alamamış (ve aciz belgesi düzenlenmesi için gerekli şartlar yerine gelmiş) ise, icra dairesi, kalan miktar (ödenmeyen alacak kesimi) için, hemen (kendiliğinden) bir borç ödemeden aciz belgesi (vesikası) düzenleyip alacaklıya (ve bir suretini de borçluya) verir. Bu belgeye kesin borç ödemeden aciz belgesi adı da verilir (İİK m. 143).

Haciz sırasında borçlunun haczi kabil hiçbir mal bulunamazsa veya haciz sırasında borçlunun haczi kabil malı bulunmasına karşın bunların takdir edilen kıymetleri takip konusu alacağı karşılamayacağı anlaşılırsa bu duruma belirleyen haciz tutanağı da "geçici aciz belgesi" hükmündedir (İİK m. 105).

Yine iflas tasfiyesi sonucunda verilen aciz belgesi de müflisin borç ödemeden acziyetini ortaya koyan bir belgedir (İİK m. 251).

Kanaatimizce kanun koyucunun HMK m. 84/1-b fıkrasında kullanmış olduğu "borç ödemeden aciz belgesi" ifadesi icra ve iflas hukukunda borçlunun borcunu ödeme kabiliyetinin olmadığını gösteren ve bu nedenle hakkında aciz belgesi düzenlenen üç durumu da kapsamaktadır.

Hakkında geçici veya kesin borç ödemekten aciz belgesi bulunan borçlunun, bu andan sonra dava açması, davacı yanında davaya müdahil olarak katılması veya takip yapması durumunda mahkemece tabiyet veya meskeniyet kriteri gözetilmeksizin teminat göstermesi gerekecektir. Borçlunun teminat yatırma yükümlülüğü kanaatimizce sadece borçlu hakkında aciz belgesi alan kimselere karşı açtığı davalar için değil herkes için geçerlidir.

HMK m. 84/1-b hükmü sayesinde alacaklıların uygulamada sıklıkla karşılaştığı bir mağduriyette kendiliğinden çözülmüş olacaktır. Buna göre borçluya karşı yapılan icra takibi sonucunda borçlunun geçici veya kesin

borç ödemekten aciz olduğu ortaya çıktıktan sonra, borçlunun alacaklıya karşı menfi tespit davası açması veya önceden açtığı menfi tespit davasının görülmesi sonucunda borçlunun haksız olduğu ortaya çıksa ve mahkeme masraflarını ödemeye mahkûm edilse bile, zaten aciz durumdaki (davacı) borçludan, (davalı) alacaklı mahkeme masraflarını dahi alamıyordu. Madde ile aciz durumdaki borçlulara dava açarken veya dava görülürken teminat gösterme zorunluluğu getirilmiş olup HMK m. 84/1-b düzenlemesi bu bakımdan hem yargılama giderleri açısından davalıyı hem de vekâlet ücreti bakımından vekilleri koruyucu oldukça yerinde bir düzenlemedir.

d. Borçlunun Ödeme Güçlüğü İçinde Bulunduğunu Gösteren Diğer Belgeler

Sermaye şirketleri ve kooperatiflerin pasifleri aktiflerinden fazla olmasına karşılık (borca batıklık) şirket yöneticileri tarafından, iyileştirme projesi sunulması şartıyla ticaret mahkemesinden iflasın ertelenmesine karar verilebilir (İİK m. 179a). İflasın ertelenmesi ancak alacaklıların hakları, iflasın derhal açılmasına nazaran daha kötü duruma sokulmayacak ise mümkündür. İflasın ertelenmesi, iflas talebiyle birlikte asliye ticaret mahkemesinden istenir. İflasın ertelenmesi süresi en fazla bir yıl olabilir (İİK m. 97/b, f.4).

Kanaatimizce bir borçlu hakkında verilen iflasın ertelenmesi kararı içerik olarak borçlunun ödeme güçlüğü içinde bulunduğunu gösteren belgelerden biridir. Bu yüzden hakkında iflasın ertelenmesi kararı verilmiş olan borçluların da dava açması, davacı yanında davaya müdahil olarak katılması veya takip yapması durumunda mahkemece tabiyet veya meskeniyet kriteri gözetilmeksizin teminat göstermesi gerekmektedir.

Borçlu hakkında rehnin paraya çevrilmesi yolu ile takip yapılmış ancak rehin bedeli alacağı karşılamadığı için geçici ve kesin rehin açığı belgesinin alınması durumunda ise bu belgeler nitelik itibarı ile borç ödemekten acziyet durumunu belirlemediği için borçlunun dava açması, davacı yanında davaya müdahil olarak katılması veya takip yapması durumunda teminat gösterme yükümlülüğü aranmamalıdır.

3. Teminatın Gösterilme Zamanı

Mülga HUMK m. 97'de düzenlenen teminat bir ilk itiraz hali olarak düzenlendiği halde HMK m. 84 ve devamı maddelerde düzenlenen teminat,

hukuki nitelik açısından HMK m. 114/1-ğ'de açıkça belirtildiği gibi bir ilk itiraz değil dava şartıdır. Dava şartları mahkeme tarafından esas hakkında incelemeye girişmeden önce araştırılır ve dava şartlarının varlığı tespit edildikten sonra esas hakkında tahkikata başlanılır. Buna göre davacının teminat yükümlülüğünün bulunup bulunmadığına mahkeme, davanın esasına girişmeden önce re'sen karar verecektir. Mahkeme tarafından davacının teminat yatırması gerektiğine karar verildikten sonra hakim tarafından re'sen belirlenecek olan teminat miktarı belirlenen kesin süre içerisinde davanın esasına girilmeden önce yatırılmak zorundadır. Aksi halde dava usulden reddedilir. Müdahale talebinde bulunan fer'i müdahil ise, kesin süre içinde istenen teminatı göstermezse, müdahale talebinden vazgeçmiş sayılır (m. 88/2).

Teminat yükümlülüğü dava şartları arasında yer aldığı için davalı tarafından ileri sürülmese bile davacı veya davaya katılan bakımından yargılama giderlerini karşılamak üzere teminat yükümlülüğünün yerine getirilip getirilmediği yargılamanın her aşamasında mahkemece kendiliğinden gözetilecektir. Takip aşamasında ise karşı tarafın takip giderlerini karşılamak üzere teminat yükümlülüğünün yerine getirilip getirilmediği, takibin her aşamasında icra dairesi tarafından kendiliğinden gözetilecektir[31].

Davanın esasına girildikten sonra teminat gösterme yükümlülüğünün yerine getirilmediğinin ortaya çıkması halinde bu dava şartı eksikliğinin sonradan teminat göstermek yolu ile giderilmesi mümkün olduğundan, mahkeme hemen dava şartı eksikliğinden dolayı davayı reddetmemeli, bu eksikliği tamamlaması yani teminat göstermesi için davacıya uygun bir kesin süre vermelidir. Bu süre içerisinde dava şartı eksikliğinin teminat yatırılması suretiyle giderilmesi halinde davaya devam edilmeli, aksi halde yani teminat gösterme yükümlülüğünün davacıya verilen kesin süre içerisinde yerine getirilmemesi halinde dava usulden reddedilmelidir.

HMK m. 84/2 gereğince dava açılırken teminat gösterme yükümlülüğü bulunmadığı halde davanın görülmesi sırasında teminatı gerektiren durum ve koşulların ortaya çıkması hâlinde, mahkeme teminat gösterme yükümlülüğünü doğuran durum veya koşulu öğrenir öğrenmez teminat gösterilmesine karar vermelidir. Örneğin davacının açmış olduğu dava devam ederken,

---

31 **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 344; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, Usul, s. 599.

kendisine karşı yapılan başka bir takip neticesinde aciz halinde olduğu ortaya çıkmışsa; davaya bakan mahkeme, davalı tarafın yargılama giderlerini karşılamak amacıyla davacının teminat göstermesine, davalının talebi üzerine veya re'sen karar vermek zorundadır. Davacının mahkemece belirlenen teminatı kendisine verilen kesin süre içinde göstermemesi halinde açmış olduğu davanın usulden reddedilmesi gerekecektir. Aynı durum müdahil açısından söz konusu ise, fer'i müdahil tarafından kesin süre içinde istenen teminat gösterilmezse, müdahale talebinden vazgeçilmiş sayılır (m. 88/2).

HMK m. 84/3'te aktif mecburî dava ve takip arkadaşlığında, teminat göstermeyi gerektiren hâllerin dava ve takip arkadaşlarının tamamının şahsında gerçekleşmesi hâlinde teminat gösterme yükümlülüğünün doğacağı hususu hüküm altına alınmıştır. Mecburi dava arkadaşlarının açtıkları dava tek bir davadır, yani ayrılamaz. Bu nedenle mecburî dava arkadaşları davaya ilişkin teminat gösterme yükümlülüğü gibi usul işlemlerini gerçekleştirirken de birlikte hareket etmek zorundadırlar[32].

Alman hukukunda ZPO § 111'de davanın başında talep edilmemiş olsa bile, dava devam ederken teminat gösterilmesine ilişkin şartların oluşması veya şartların değişmesi sebebiyle de sonradan teminat istenilebilmesinin mümkün olduğu düzenlenmiştir. Örneğin, davacının başta teminat gösterme yükümlülüğü olmadığı halde sonradan mutad meskenini değiştirmesi halinde teminat göstermesi talep edilebilecektir. Bunun gibi, teminat gösteren davacının da, dava devam ederken değişen şartlar sebebiyle, örneğin mutad meskenini AB ülkelerinden birine taşıması veya adli yardım talebinin kabul edilmesi gibi durumlarda da 111. paragrafın kıyasen uygulanarak teminattan muaf tutulması mümkün olabilecektir.

İsviçre hukukundaki teminata ilişkin düzenlemeler 2011 yılında yürürlüğe giren İsviçre Federal Medeni Usul Kanunun 99 ile 103. maddeleri arasında yer almaktadır. İsviçre hukukunda medenî yargılama yakın zamana kadar her bir kantonda, kantonun kendi çıkarmış olduğu özel usul kanunu ile yürütülmekteydi. Buna göre İsviçre'de toplam 26 ayrı hukuk usûlü kanunu uygulanmaktaydı. Bu parçalanmışlığın önüne geçilmesi amacıyla Federal hükümet hareket geçmiş ve 19 Aralık 2008 tarihinde onaylanan İsviçre

---

32 Medeni Usul Hukukunda Dava Arkadaşlığı Hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Ulukapı,** Ömer; Medeni Usul Hukukunda Dava Arkadaşlığı, Konya 1991.

Federal Medenî Usûl Kanunu 1 Ocak 2011 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Böylece birçok Avrupa ülkesinden yaklaşık 100 yıl sonra İsviçre'nin tamamında geçerli olan bir Federal Medenî Usul kanunu uygulanmaya başlanmıştır[33]. Yeni İsviçre Medenî Usul Kanununda, yabancılık unsurunu da içeren teminat gösterme yükümlülüğü bakımından, gerçek kişiler için "yerleşim yeri" (Wohnsitz) ve tüzel kişiler için "idare merkezi" (Sitz) ölçütü esas alınmıştır (m. 99/1-a)[34].

4. Teminat Gösterme Yükümlülüğünden Muafiyet Sağlayan Hâller

Kanun koyucu HMK m. 84/I de "teminat gösterilecek haller" başlığı altında hangi hallerde davacının, müdahilin veya takip yapan kişinin teminat gösterme yükümlülüğünün olduğunu belirledikten sonra HMK m. 85'te "teminat gerektirmeyen haller" madde başlığı altında davacının, müdahilin ve takip yapan kişinin teminattan muaf olduğu durumları belirtmiştir. Bu durumlar şunlardır:

A. Davacının Adli Yardımdan Yararlanması

Kendisi ve ailesinin geçimini önemli ölçüde zor duruma düşürmeksizin, gereken yargılama veya takip giderlerini kısmen veya tamamen ödeme gücünden yoksun olan kimselerin, iddia ve savunmalarında, geçici hukuki korunma taleplerinde ve icra takiplerinde, taleplerinin açıkça dayanaktan yoksun olmaması kaydıyla yararlanma imkânı buldukları adli yardım kurumu, bu kişilere teminat gösterme yükümlülüğünden muafiyet sağlar[35]. Zira adli yardım, yararlanan kişiye tüm dava ve takip giderlerinden muafiyet sağladığı için, davacı adli yardımdan yararlanan konumunda ise yargılama

---

33 **Walter,** Hans Peter; Auf dem Weg zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, SJZ 100, Zürich 2004, (s. 313-321), s. 315; **Somm,** Thomas Sutter; Schwerpunkte und Leitlinien des Vorentwurs zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Die Künftige Schweizerische Zivilprozessordnung, Zürich 2003, (s. 11-23), s. 12; **Alangoya,** Yavuz; İsviçre Hukukunda Çekişmesiz Yargıya (Nizasız Kaza) İlişkin Düşünceler, Medenî Usul ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı-IV, Ankara 2006, s. 110-121, s. 114.

34 **Berti,** Stephen V.; Einführung in die Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2011, § 13, Kn. 504.

35 **Kuru**, s. 4204.

giderleri bağlamında teminat göstermekten de muaf tutulacaktır. Adli yardımdan yararlanan kişinin takip açması hâlinde takip giderleri ve davacı yanında fer'î müdahil sıfatıyla yer alma durumunda ise fer'î müdahale giderleri bakımından da teminat gösterme yükümlülüğü bulunmaz[36].

B. Davacının, Yurt İçinde İstenen Teminatı Karşılamaya Yeterli Taşınmaz Malının veya Ayni Teminatla Güvence Altına Alınmış Bir Alacağının Bulunması

HMK m. 84'te yer alan teminat gösterme yükümlülüğünün bir başka istisnası teminat gösterme yükümlülüğü bulunan davacının yargılama giderlerini karşılayacak tutar ve yeterlilikte Türkiye'de taşınmaz malı, yahut aynî teminatla güvence altına alınmış bir alacağının mevcut olması halidir. Bu istisna özellikle HMK m. 84/1-a gereğince Türkiye de mutad meskeni bulunmayan Türk vatandaşları gözetilerek düzenlenmiştir. Zira davacının daha önceden iflasına karar verilmiş, hakkında konkordato veya uzlaşma suretiyle yeniden yapılandırma işlemlerinin başlatılmış bulunması halinde, borç ödemeden aciz belgesinin varlığı gibi sebeplerle, ödeme güçlüğü içinde bulunduğunun belgelenmesi halinde; yurt içinde istenen teminatı karşılamaya yeterli taşınmaz malının veya ayni teminatla güvence altına alınmış bir alacağının bulunması onu teminat gösterme yükümlülüğünden kurtarmaz.

HMK m. 85/1-b de düzenlenen muafiyet hükmünde kanun koyucu mutad meskeni Türkiye de olmayan Türk vatandaşlarının davacı, fer'i müdahil olması veya takibe girişmesi halinde ortada yeterli bir güvencesinin olması sebebiyle onu teminat göstermekten muaf tutmuştur. Kanaatimizce teminattan muafiyete ilişkin kaleme alınan bu düzenleme uygulamada bir takım sorunlara yol açabilecek niteliktedir. Zira dava açarken veya takipte bulunurken karşı tarafın yargılama giderlerini karşılayacak tutar ve yeterlilikte, Türkiye'de taşınmaz malı, yahut aynî teminatla güvence altına alınmış bir alacağı mevcut olan davacı, davasını açarken bu bent gereğince baştaki teminata ilişkin dava şartından muafiyet elde ettikten sonra üzerindeki malvarlığını 3.bir kişiye devredebilecektir. Her ne kadar HMK m. 84/2'de "davanın görülmesi sırasında teminatı gerektiren durum ve koşulların

---

[36] **Tutumlu,** Mehmet Akif; Kuram ve Uygulama Açısından Hukuk Muhakemeleri Kanununun Yeni ve Değişik Hükümlerinin Yorumu, 2. Bası, Ankara 2012, s. 103.

ortaya çıkması hâlinde de mahkemenin teminat gösterilmesine karar verebileceği" düzenlenmiş olsa da başta bahsettiğimiz teminata konu malvarlığının devir olayından haberdar olmayan davalı tarafın dava sonucunda yargılama giderlerini geri alamama tehlikesi ortaya çıkabilir. Bunun önüne geçilmesi için teminata konu malvarlığı üzerine dava süresince mahkemece belirlenecek teminat miktarı kadar tedbir uygulanabilmelidir[37].

C. Davanın Sırf Küçüğün Menfaatlerini Korumaya Yönelik Olarak Açılmış Olması

Çocuğun (küçüğün) menfaati hem millî, hem de milletlerarası plânda en ziyade himayeye mahzar menfaat olarak kabul edilmiştir. Dolayısıyla, salt küçüğün yani onsekiz yaşını doldurmamış olan gerçek kişinin menfaatinin korunması için dava açılması hâlinde, davacının gösterilmesi gereken teminattan muaf tutulmasının sağlanması gerekir. Küçüğün menfaatini korumaya yönelik davalar belirlenirken küçüğün yasal temsilcisinin değiştirilmesine ilişkin davalar, küçüğe verilen nafakaya ilişkin davalar, küçüğün çalışmasına ilişkin davalar, malvarlığının korunmasına ilişkin davalar örnek olarak gösterilebilir.

D. İlama Bağlı Alacak İçin İlamlı İcra Takibi Yapılmış Olması

HMK m.85'in madde gerekçesinde de belirtildiği üzere ilama bağlı alacak için icra takibi yapılmış olması halinde ilâma bağlı alacağın varlığı konusunda herhangi bir tartışma ve kuşku söz konusu olmaz. Dolayısıyla, ilâma bağlı alacak için ilâmlı takibe müracaat edilmesi hâlinde, alacağının varlığı sabitlik kazanmış bulunan alacaklının teminattan muaf tutulması uygun olur. Sözü edilen muafiyetten ancak, ilâma bağlı olan alacaklar yararlanacak; ilâm niteliğinde belgeye bağlı alacaklar için ilâmlı takip yapılması hâlinde ise belirtilen istisna işlerlik kazanamayacaktır.

E. Teminattan Muafiyete İlişkin Karşılıklılık Anlaşması Bulunması

Teminattan muafiyet sağlayan durumların düzenlendiği HMK m. 85 hükmünde sayılmamış olsa bile MÖHUK gereğince mutad meskeni

---

37 Benzer görüşte **Okur**, s. 163.

Türkiye'de olmayan Türk vatandaşlarının veya yabancıların Türkiye'de dava açması, davaya müdahil olarak katılması veya takip yapması durumunda, yerleşik olduğu ülke ile Türkiye arasında akdedilmiş ve teminattan muafiyet hükmü içeren bir anlaşma mevcut ise davacı bu anlaşma kapsamında teminat göstermekten muaf olacaktır[38]. Mülga HUMK m. 97/II'de yer alan eski düzenlemeye göre, davacının yerleşim yerinin bulunduğu ülke ile Türkiye arasında teminatın muafiyeti hakkında bir anlaşmanın varlığı hâlinde, davacının teminat göstermek zorunda olmadığı açıkça hüküm altına alınmıştı. Ancak bu hükme rağmen özellikle karşılıklılığa ilişkin kanunî ve fiilî uygu-

---

38 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 48. maddesinde açıklandığı gibi, icra takibinde bulunan yabancı gerçek ve tüzel kişiler, yargılama ve takip giderleri ile karşı tarafın zarar ve ziyanını karşılamak üzere mahkemenin belirleyeceği teminatı göstermek zorundadır. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 97.maddesi uyarınca ise; "Türkiye'de Kanunu Medeni mucibince ikametgahı olmayan müddei veya davaya müdahale eden kimse diğer tarafın muhtemel zarar ve ziyaniyle masarifi muhakemesine mukabil 96 ncı madde mucibince teminat göstermeye mecburdur." düzenlemesi yer almaktadır. Anılan maddelerde öngörülen teminat hususu takip yapmanın ön koşulu olup, mahkemece re'sen gözetilmelidir. Mahkeme dava veya takibin niteliğine ve duruma göre davacıyı, davaya katılanı veya takip isteğinde bulunanı karşılıklılık esasına göre teminat göstermekten muaf tutabilir. Yasada öngörülen (mahkeme) teriminin icra takipleri için (icra dairesi olarak) anlaşılması gereklidir. HUMK.'nun 97 ve MÖHUK.'nun 48.madde hükümleri gereğince icra takibi yapan yabancı kişilerin yargılama ve takip giderleriyle karşı tarafın zarar ve ziyanını karşılamak üzere bir teminat göstermek zorunda olduğu ve bu hususun takip yapmanın ön koşulu olup, mahkemece re'sen gözetilmesi zorunludur. Yabancı alacaklının Türkiye'de icra takibi yapabilmesi için teminat gösterme yükümlülüğünün istisnası MÖHUK.nun 48/2. maddesinde belirtildiği üzere alacaklının tabiyetinde bulunduğu ülke ile Türkiye arasında karşılıklılık esasına göre çok taraflı veya ikili anlaşmalarla yahut fiili mütekabiliyet esasına göre bir muafiyet bulunmasıdır. İcra takibini yapan alacaklı Rusya uyrukludur. Bu nedenle, mahkemece bu hususun re'sen nazara alınarak alacaklının tabiyetinde bulunduğu Rusya ile Türkiye arasında karşılıklılık esasına göre çok taraflı veya ikili anlaşmalarla yahut fiili mütekabiliyet esasına göre bir muafiyet olup olmadığı araştırıldıktan sonra yok ise alacaklının teminat yatırması gerektiğine karar verilmesi gerekirken, anılan hususun göz ardı edilmesi doğru değildir. (Yargıtay 12. H.D.; 2012/1510 E; K. 2012/19223; T.5.6.2012, Kazancı İçtihat Bilgi Sistemi). Yabancı davacının mensup olduğu devlet ile Türkiye arasında teminattan muafiyet hakkında bir anlaşma yoksa da fiili bir karşılıklılık (uygulama) varsa, mahkeme, yabancı davacıyı teminat göstermekten muaf tutabilir. (MÖHUK m. 32/II, MÖHUK m. 48), **Kuru**, s. 4204.

lama yeterli düzeyde değildi. HMK m. 85'te teminat konusunda muafiyet sağlayan dört durumun belirtilmiş olması ve "karşılıklılık" konusunda bir hükmün olmaması, bu konuda muafiyetin söz konusu olmayacağı anlamına gelmez[39]. Zira Türkiye'nin imzalamış olduğu ve teminattan muafiyet sağlayan hükümler içeren birçok iki taraflı sözleşme ile yine Türkiye'nin taraf olduğu birçok uluslararası sözleşme mevcuttur[40]. Anayasa m.90 gereğince

---

[39] Burada aranılan karşılıklılığın sadece akdi olmayıp, kanuni veya fiili karşılıklılık olması da mümkündür. **Nomer**, s. 475-476; **Çelikel/Erdem**, s. 587; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 601.

[40] Yabancı alacaklının Türkiye'de icra takibi yapabilmesi için teminat gösterme yükümlülüğünün istisnası MÖHUK'un 48/2. maddesinde belirtildiği üzere alacaklının tabiyetinde bulunduğu ülke ile Türkiye arasında karşılıklılık esasına göre çok taraflı veya ikili anlaşmalarla yahut fiili mütekabiliyet esasına göre bir muafiyet bulunmasıdır. İcra takibini yapan alacaklı şirket İspanya uyrukludur. Şirketin tabi olduğu İspanya, Lahey Sözleşmesine taraftır. 13.04.1972 tarih ve 7/4283 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile 244 Sayılı Kanunun 3. maddesi uyarınca onaylanması kararlaştırılarak 23.05.1972 tarih ve 14194 sayılı Resmi Gazetede ilan edilen 01.03.1954 tarihli Hukuk Usulüne Dair Sözleşmenin 17/1. maddesinde "Akit devletlerden birisinde ikamet eden ve diğer bir devlet mahkemeleri huzurunda davacı veya müdahil olarak bulunan akit bir devletin vatandaşlarından yabancı olmaları veya o memlekette ikametgah veya meskenleri bulunmaması sebebiyle, ne isim altında olursa olsun, herhangi bir teminat veya depozito istenemez." hükmü düzenlenmiştir. Tüzelkişilerin bu sözleşme kapsamına dahil edilmesi için Lahey Uluslararası Özel Hukuk Konferansı bünyesinde hazırlanan 25.10.1980 tarihinde imzaya açılan ve Türkiye Cumhuriyeti tarafından 07.07.2004 tarihinde imzalanan "Adalete Uluslararası Erişim Hakkında Sözleşme'nin" 14/1. maddesinde 'Bir akit devlette mutat meskeni olup, diğer bir akit devletin mahkemelerinde açılmış davalarda, davacı veya müdahil olarak bulunan kişilerden (tüzelkişiler de dahil), sırf yabancı uyruklu olmaları veya davaların açıldığı devlette ikamet etmemeleri yada mutat meskenlerinin olmamaları sebebiyle her ne isim altında olursa olsun herhangi bir teminat, kefalet yada depozito istenemez.' değişikliği yapılmıştır. Adalete Uluslararası Erişim Hakkında Sözleşme'nin onaylanmasının uygun bulunduğuna dair kanun tasarısı hazırlanarak meclise sunulmuş, ancak tasarının henüz yasalaşmadığı anlaşılmıştır. Bu durumda, 1954 tarihli sözleşmenin 17. maddesine tüzelkişilerle ilgili anılan eklemenin yapılması, sözleşmenin ilk halinin tüzelkişileri kapsamadığını göstermektedir. O halde mahkemece alacaklıya süre verilmek suretiyle icra müdürlüğünce belirlenecek teminatı yatırması sağlanarak, oluşacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz olup hükmün bu nedenle bozulması gerekirken onandığı anlaşılmakla borçlunun karar düzeltme isteminin kabulü gerekmiştir

usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Buna göre, mutad meskeni Türkiye'de olmayan Türk vatandaşının Türkiye'de dava açması, davaya müdahil olarak katılması veya takip yapması durumunda, yerleşik olduğu ülke ile Türkiye arasında akdedilmiş ve bir teminattan muafiyet hükmü içeren bir anlaşma mevcut ise bu anlaşma kapsamında teminat göstermekten muaf olacaktır[41].

Türkiye ile yabancı devlet arasında teminattan muafiyete ilişkin imzalanan bir anlaşma da karşılıklılığın ortadan kalkması durumunda teminat gösterme yükümlülüğü doğacaktır. Aynı şekilde, dava açarken, müdahil olurken veya icra takibine girişirken teminat göstermek zorunda kalan Türk vatandaşı veya yabancı, yerleşik olduğu ülke ile Türkiye arasında karşılıklılık konusunda anlaşma imzalanırsa, HMK m. 87/2 gereğince başlangıçta gösterdiği teminatın kendisine iade edilmesini isteyebilecektir[42].

Alman hukukunda teminat göstermekten muafiyet sağlayan durumlar ZPO'nun 110.maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre;

1. Taraflar arasında teminata ilişkin akdi bir muafiyet mevcut ise,
2. Yargılama giderlerinin davalıya iade edilmesine ilişkin karar Almanya ile teminat göstermek zorunda olan kişinin ülkesi arasında teminattan muafiyete ilişkin karşılıklılık şartını da içeren bir anlaşma varsa ve bu anlaşma fiili olarak icra edilmekte ise,
3. Davacının yurt içinde yargılama giderlerini karşılamaya yetecek miktarda malvarlığı mevcut ise,

---

(Yargıtay 12. HD. 2013/17456 E., 2013/24686 K., 2.7.2013T. Kazancı İçtihat Bilgi Sistemi).

41 Hukuk Usulüne Dair Lahey Sözleşmesi'ne Türkiye Cumhuriyeti'nin katılması 14.3.1972 gün ve 1574 sayılı Kanunla uygun görülmüş ve bu sözleşme Türkiye için 13.5.1973 tarihinden itibaren yürürlüğe girmiştir. Anılan sözleşmenin 17. maddesi hükmüne göre, akid devletlerden birisinde ikamet eden ve diğer bir devlet mahkemesi huzurunda davacı olarak bulunan akid bir devletin vatandaşlarından yabancı olmaları veya o memlekette ikametgah veya meskenleri bulunmaması sebebiyle ne isim altında olursa olsun herhangi bir teminat istenemez ve aynı kaide mahkeme masraflarını karşılamak için davacıdan istenen tediyata da tatbik olunacaktır (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu; E. 2002/13-376; K. 2002/352; T. 1.5.2002. Kazancı İçtihat Bilgi Sistemi).

42 **Tütüncübaşı**, s. 207; **Yılmaz**, s. 404.

4. Esas davada davalı durumunda olan (ve mutad meskeni AB veya AEA dışında olan) kişi, bir karşı dava açarsa,
5. Kamuya ilan edilmesi gerektiği için (resmi bir makam otoritesine dayanılarak) açılan bir dava (örneğin gaiplik davası gibi) söz konusuysa, teminat gösterme yükümlülüğü doğmayacaktır. Bunların yanında davacı taraf adli yardımdan faydalanıyorsa da teminat gösterme yükümlülüğü doğmayacaktır[43].

İsviçre hukukunda teminat göstermekten muafiyet sağlayan durumlar İsviçre Medenî Usul Yasası'nın 99. maddesinin üçüncü fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre,

1. Basitleştirilmiş usûle göre yapılan ve 30.000 İsviçre Frankını geçmeyen yargılamalarda (im vereinfachten Verfahren),
2. Boşanma davalarında,
3. Kural olarak basit yargılama usûlüne göre yapılan yargılamalarda teminat gösterme yükümlülüğü bulunmamaktadır[44].

5. Teminatın Miktarı ve Türü

HMK m.84 gereğince teminat gösterme yükümlülüğü bulunan bir davada davacının veya müdahilin göstereceği teminat miktarı belirlenirken hakim HMK m.86 gereğince yargılama giderlerini karşılayacak miktarı göz önünde bulundurmak zorundadır. Yargılama giderlerinin kapsamı, yani yargılama giderlerinin nelerden oluşacağı, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 323. maddesinde açıkça belirtilmiştir. Bu hükme göre yargılama giderleri;

a) Celse, karar ve ilam harçları,
b) Dava nedeniyle yapılan tebliğ ve posta giderleri,
c) Dosya ve sair evrak giderleri,
ç) Geçici hukuki koruma tedbirleri ve protesto, ihbar, ihtarname ve vekâletname düzenlenmesine ilişkin giderler,

---

43 **Musielak,** Hans Joachim/**Foerste,** Ulrich; Kommentar zur Zivilprozessordnung, 8. Auflage, München 2011, § 110, Kn.5-7; **Giebel,** Martin; Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 1, 3. Auflage, München 2008, § 110, Kn.15-31; **Schütze**, § 110, Kn.42-62; **Tütüncübaşı**, s. 212.

44 **Berti**, § 13, Kn.504.

d) Keşif giderleri,

e) Tanık ile bilirkişiye ödenen ücret ve giderler,

f) Resmî dairelerden alınan belgeler için ödenen harç, vergi, ücret ve sair giderler,

g) Vekil ile takip edilmeyen davalarda tarafların hazır bulundukları günlere ait gündelik, seyahat ve konaklama giderlerine karşılık hâkimin takdir edeceği miktar; vekili bulunduğu hâlde mahkemece bizzat dinlenmek, isticvap olunmak veya yemin etmek üzere çağrılan taraf için takdir edilecek gündelik, yol ve konaklama giderleri,

ğ) Vekille takip edilen davalarda kanun gereğince takdir olunacak vekâlet ücreti ve

h) Yargılama sırasında yapılan diğer giderlerden oluşmaktadır.

Davacı dava açarken 323. maddedeki giderleri karşılamak üzere gider avansı ve delil avansı yatırmış olsa dahi bu avans, HMK m. 84 ve devamında düzenlenen karşı tarafın yargılama giderleri nedeniyle uğrayabileceği muhtemel zararları karşılamayı amaçlayan teminat kapsamında sayılmamalıdır. Mahkeme teminat için gider avansı dışında, karşı tarafın haklı çıkması halinde yaptığı yargılama giderlerinin miktarını da göz önünde bulundurarak teminat gösterilmesine hükmetmelidir.

Hâkim yargılama giderlerini karşılamak amacıyla teminat miktarına karar vermeden önce sağlıklı ve doğru bir değerlendirme yapabilmek amacıyla tarafları veya müdahale talebinde bulunan kişiyi dinleyebilir.

Hakimin belirlemiş olduğu teminatın ne şekilde gösterileceği konusunda taraflar arasında herhangi bir sözleşme yok ise belirlenen teminatın türünü de hâkim serbestçe tayin eder. Hakim gösterilecek teminatın türünü belirlerken 1086 sayılı mülga HUMK m. 96 hükmü yürürlükte iken teminat katalogunda yer alan türlerden birisini seçmek zorunda idi. Buna göre hakim teminat olarak para, mahkemece kabul olunacak hisse senedi, tahvil, gayrimenkul rehni veya muteber bir banka kefaleti yahut da noterden tasdikli kefaleti kabul edebiliyordu. HMK m. 85 hükmü ile hakim teminat türünü belirlerken teminat kataloğunda belirtilen türlerle sınırlanmamış, bunun takdiri tümüyle hâkime bırakılmıştır[45]. Ancak, tarafların teminatın şeklini

[45] **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 346.

sözleşmeyle kararlaştırmaları hâlinde, hakim teminatı sözleşme hükümlerine göre belirlemek zorundadır.

Teminatı gerektiren durum ve koşullarda değişiklik olması hâlinde, hâkim teminatın azaltılması, artırılması, değiştirilmesi ya da kaldırılmasına karar verebilir. Bu bağlamda hakim davanın uzaması hâlinde, dava açılırken yatırılan teminatın yargılama giderlerini karşılayamayacağı kanaatine varırsa teminatın artırılmasına karar verebilecektir.

Alman hukukunda da ülkemizdekine benzer şekilde mahkeme ZPO §112/1 gereğince teminatın miktarına ve türüne serbestçe karar verebilmektedir. Mahkeme teminat miktarını belirlerken davalının muhakeme sebebiyle yapacağı muhtemel masrafları dikkate alacaktır (ZPO §112/2). Dava devam ederken gerekirse teminat miktarının artırılmasına da karar verilebilecektir (ZPO §112/3)[46].

İsviçre hukukunda, İsviçre Usul Kanunu (m.100/1) gereğince, gösterilecek teminatın nakit veya İsviçre'de bulunan bir banka veya İsviçre'de kayıtlı bir sigorta şirketi tarafından gösterilecek garanti ile sağlanması gerekir. Mahkeme teminatın sonradan arttırılmasına, azaltılmasına veya kaldırılmasına karar verebilir (m.100/2). Örneğin, davacının İsviçre'ye yerleşmesi durumunda teminat gösterme yükümlülüğü mahkeme tarafından talep üzerine kaldırılabilecektir[47].

6. Teminat Gösterilmemesinin Sonuçları

HMK m. 88 hükmünde, HMK m. 84 gereğince teminat gösterme yükümlülüğü bulunan bir davada davacının veya müdahilin hâkim tarafından belirlenen kesin süre içinde teminat göstermemesi halinde, davanın usulden reddedileceği düzenlenmiştir[48]. Zira bu durumda taraflara ilişkin dava şartlarından birisi eksiktir[49].

---

46 **Giebel**, § 111, Kn.3 vd.; **Musielak/Foerste**, § 112, Kn.1-3; **Schütze**, § 112, Kn.1-12, **Tütüncübaşı**, s. 212.

47 **Berti**, § 13, Kn.505, **Tütüncübaşı**, s. 212.

48 Benzer şekilde teminat gösterme yükümlülüğü bulunan bir alacaklının icra takibine başvururken icra müdürü tarafından belirlenen teminatı kesin süre içerisinde göstermemesi halinde de takip iptal olunmalıdır.

49 **Kuru,** Baki; Dava Şartları, Ord. Prof. Dr. Sabri Şakir Ansay'ın Hatırasına Armağan, S. 194, 1964, (s. 109-147), s. 111. **Ansay,** Sabri Şakir; Hukuk Yargılama Usulleri, Ankara

Hâkim dava şartlarını incelerken mahkemeye ilişkin dava şartlarından sonra taraflara ve en son olarak ta dava konusuna ilişkin olanları inceler. Mahkeme, gerek kendiliğinden gerek tarafların itirazı üzerine yapacağı inceleme sonunda, bir dava şartının noksan olduğu kanısına varırsa, davanın esasına girmeden davayı dava şartı yokluğundan (usulden) reddetmekle yükümlüdür. Ancak kanunda da belirtildiği üzere, kesin süre verilerek noksan olan dava şartının tamamlanması mümkün ise, mahkeme, ilk önce teminatı göstermesi için davacıya bir süre vermeli, bu süre içinde teminat gösterilmezse, ancak o zaman davayı dava şartı yokluğundan (usulden) reddetmelidir.

Teminat gösterme yükümlülüğünün yerine getirilmemesinden dolayı davanın (usulden) reddi kararı, nihaî karar olması nedeniyle temyiz edilebilir. Böyle bir karar ancak teminata ilişkin dava şartının yokluğu hakkında kesin hüküm teşkil eder. Bu nedenle, teminata ilişkin dava şartı yokluğundan reddedilen dava, teminat gösterme yükümlülüğü yerine getirildikten sonra yeniden açılabilir ve davalı bu yeni davaya karşı kesin hüküm itirazında bulunamaz. Zira ilk karar, davanın esası hakkında verilmiş olmayıp yalnız teminata ilişkin dava şartının yokluğuna ilişkindir[50].

Alman hukukunda ZPO § 113'te teminatın ilk itiraz halleri arasında olduğu belirtildikten sonra mahkeme tarafından takdir edilen süre içerisinde teminat göstermekle yükümlü olan davacı taraf teminat göstermemiş olursa, davalının talebi üzerine davanın reddedilebileceği kaleme alınmıştır[51].

İsviçre hukukunda da teminat yükümlülüğü, sadece davalı tarafın uğrayacağı muhtemel zararlara karşı güvence sağlamayı amaçlayan bir ilk itiraz sebebi olup davalı tarafça ileri sürülmesi gerekir, mahkemece re'sen dikkate alınamaz. İsviçre Usul Kanunu m. 101/3'te mahkemenin davalının talebi üzerine, teminatın gösterilmesine karar vermesi halinde, davacıya teminatı yatırması için uygun bir süre vereceği, ancak bu sürenin kesin

---

1960, s. 203; **Bilge/Önen**, s. 403-404; **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 296; **Karslı**, s. 394-395; **Üstündağ,** Saim; Medeni Yargılama Hukuku, C. I-II, İstanbul 2000, s. 287.

50 **Bilge/Önen**, s. 413; **Kuru**, Dava Şartları, s. 146; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, Usul, s. 268; **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 295.

51 **Giebel**, § 110, Kn.2; **Musielak/Foerste**, § 110, Kn.8; **Schack,** Heimo; Internationales Zivilverfahrensrecht, 3. Auflage, München 2002, § 12, Kn.562.

olmayıp, verilen ilk sürenin geçirilmesi hâlinde mahkemece ek bir süre daha tanınacağı bu ek süre içerisinde de teminat yatırılmazsa davanın açılmamış sayılmasına karar verileceği düzenlenmiştir[52].

7. Teminatın İadesi

HMK m. 89 hükmü gereğince mahkeme teminat gösterilmesini gerektiren sebep ortadan kalktığı takdirde, teminatın iadesine karar verir. Bunun için madde gereğince ilgilinin talebi gerekmektedir. Teminatın iadesini talep edebilecek olan ilgili, teminat sorumlusu davacı, fer'î müdahil veya takip alacaklısıdır. Mahkemenin iade kararı HMK Yönetmeliği m. 6/3-k gereği yazı işleri müdürü tarafından yerine getirilir[53].

SONUÇ

Hukukumuzda genel hatları HMK'nın 84 ile 89. maddeleri arasında düzenlenmiş olan teminat kurumu, mahkemeye başvuran veya adli takipler için talepte bulunan tarafın haksız çıkması halinde yol açabileceği muhtemel zararların ödenmesini amaçlar.

HMK m. 84'te teminat gösterilecek haller başlığı altında iki durumda davacının, davalı tarafın muhtemel yargılama giderlerini karşılayacak uygun bir teminat göstermesi gerektiği düzenlenmiştir. Buna göre Türkiye'de mutad meskeni olmayan Türk vatandaşının dava açması, davacı yanında davaya müdahil olarak katılması veya takip yapması ile davacının daha önceden iflasına karar verilmiş, hakkında konkordato veya uzlaşma suretiyle yeniden yapılandırma işlemlerinin başlatılmış bulunması, borç ödemeden aciz belgesinin varlığı gibi sebeplerle, ödeme güçlüğü içinde bulunduğunun belgelenmesi teminat gösterme yükümlülüğünü doğurur.

Kanun koyucu HMK m.84 düzenlemesinde 1086 sayılı Kanunda yer alan düzenlemeden farklı olarak, Türk vatandaşları açısından, "Türkiye'de yerleşim yeri bulunmama" ölçütü yerine yabancı ülkede yerleşim yeri olan Türk vatandaşlarını, salt bu nedenle Türkiye'de dava açmaları veya takip

---

52 **Berti**, § 13, Kn.506.

53 **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 348; Teminatın iadesi ile ilgili geniş bilgi için bkz. **Okur**, s. 635 vd.

yapmaları hâlinde teminat gösterme zorunluluğundan kurtarmak amacıyla, tüm hayat ilişkilerinin belirli bir coğrafî alanda yoğunlaşması biçiminde tanımlanan, mutad mesken kavramı ölçütünü getirmiştir. Bu suretle, onların, istisnaen teminat gösterme zorunluluğu ile karşı karşıya kalmalarını amaçlamıştır. Kanun koyucunun 'ikametgah (yerleşim yeri)' ifadesi yerine 'mutad mesken' ifadesini kullanması soyutluk, uluslararası anlaşmalarda zaten benzer hükümlerin olması ve amaca hizmet etmeyeceği gibi gerekçelerle doktrin tarafından eleştirilmiştir.

Mülga HUMK zamanında sadece yabancı davacının açacağı davalarla ilişkilendirilen teminat kurumu, HMK m. 84/1-b hükmü nedeniyle artık yabancılık unsuru olmaksızın, hakkında önceden iflâsına karar verilmiş, konkordato, uzlaşma suretiyle yeniden yapılandırma işlemlerinin başlatılmış, borç ödemeden aciz belgesi düzenlenmiş bütün borçluları ilgilendiren bir kurum niteliğine bürünmüş ve dava şartı olması nedeniyle de mahkemelerin re'sen gözeteceği, davanın her aşamasında ileri sürülebilen ve eksikliği halinde davaların usulden reddiyle sonuçlanmasına etki edebilecek bir kurum haline gelmiştir. Bu bakımdan uygulamacılar tarafından yeteri kadar göz önünde tutulmayan m. 84/1-b hükmü, borcunu ödeme güçlüğüne düşmüş bütün borçluları ilgilendiren usuli dava şartı niteliği kazanmıştır.

Kanun koyucu HMK m. 84/I'de "teminat gösterilecek haller" başlığı altında hangi hallerde davacının, müdahilin veya takip yapan kişinin teminat gösterme yükümlülüğü olduğunu belirledikten sonra HMK m. 85'te "teminat gerektirmeyen haller" madde başlığı altında davacının, müdahilin ve takip yapan kişinin teminattan muaf olduğu durumları belirtmiş, HMK m. 86'da hâkimin teminat gösterilmesi kararının veriliş usulünü düzenlemiş, HMK m. 87'de teminat miktarının nasıl belirleneceğini, HMK m. 88'de ise HMK ile dava şartı haline gelen teminat kurumunun usuli dava şartları arasında yer aldığını vurgulayarak teminat gösterilmemesinin sonuçlarını düzenlemiş son olarakta HMK m. 89 ile davanın veya takibin başında alınan teminatın iadesi usulünü düzenleme altına almıştır.

Kaynakça

Alangoya, Yavuz; İsviçre Hukukunda Çekişmesiz Yargıya (Nizasız Kaza) İlişkin Düşünceler, Medenî Usul ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı-IV, Ankara 2006, (s. 110-121).

Ansay, Sabri Şakir; Hukuk Yargılama Usulleri, Ankara 1960.

Berti, Stephen V.; Einführung in die Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2011.

Bilge, Necip/**Önen,** Ergun; Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, 3. Bası, Ankara 1978.

Çelikel, Aysel/**Erdem,** B. Bahadır; Milletlerarası Özel Hukuk, 11. Bası, İstanbul 2012.

Çiçekli, Bülent; Yabancılar Hukuku, 2. Bası, Ankara 2009.

Develioğlu, Hüseyin Murat; Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri, İstanbul 2009.

Ercan, İbrahim; İcra ve İflas Hukukunda Mal Varlığının Terki Suretiyle Konkordato, Konya 2008.

Giebel, Martin; Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 1, 3. Auflage, München 2008.

Hoffmann, Bernd Von/**Thorn**, Karsten/**Firsching,** Karl; Internationales Privatrecht, 9. Auflage, München 2007.

Karslı, Abdurrahim; Medeni Muhakeme Hukuku Ders Kitabı, 2. Bası, İstanbul 2011.

Kılıçoğlu, Mustafa; 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu El Şerhi, İstanbul 2012.

Kıyak, Emre; Türkiye'de Mutad Meskeni Olma Yan Türk Vatandaşları İçin Teminat Gösterme Yükümlülüğü, EÜHFD, C. XVI, S. 1-2, 2012, (s. 225-246).

Kuru, Baki/**Arslan,** Ramazan/**Yılmaz,** Ejder; Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 22. Bası, Ankara 2011.

Kuru, Baki; Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. IV, 6. Bası, İstanbul 2001.

Kuru, Baki/**Arslan,** Ramazan/**Yılmaz,** Ejder; İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, 27. Bası, Ankara 2013.

Kuru, Baki; İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, 2. Bası, Ankara 2013.

Kuru, Baki; Dava Şartları, Ord. Prof. Dr. Sabri Şakir Ansay'ın Hatırasına Armağan, S. 194, 1964, (s. 109-147).

Musielak, Hans Joachim/**Foerste,** Ulrich; Kommentar zur Zivilprozessordnung, 8. Auflage, München 2011.

Nomer, Ergin; Devletler Hususî Hukuku, 19. Bası, İstanbul 2011.

Okur, Mustafa; Adli Teminat, Ankara 2011.

Onar, Sıddık Sami/**Belgesay,** Mustafa Reşit; Adliye Hukukunun Umumi Esasları, İstanbul 1944.

Özden, Bülent; Alman Hukukunda 'Cautio Judicatum Solvi' Kuralı, MHB, C.10, S. 1-2, 1990.

Özekes, Muhammet; Medenî Usul Hukukunda Asli Müdahale, İstanbul 1995.

Özen, Burak; Kefalet Sözleşmesi, İstanbul 2008.

Pekcanıtez, Hakan; Medenî Usul Hukukunda Fer'i Müdahale, Ankara 1992.

Pekcanıtez, Hakan/**Atalay,** Oğuz/**Özekes,** Muhammet; Medenî Usul Hukuku, 12. Bası, Ankara 2011.

Schack, Heimo; Internationales Zivilverfahrensrecht, 3. Auflage, München 2002.

Schütze, Rolf A.; Das Internationale Zivilprozessrecht in der ZPO, Berlin 2008.

Somm, Thomas Sutter; Schwerpunkte und Leitlinien des Vorentwurs zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Die Künftige Schweizerische Zivilprozessordnung, Zürich 2003, s. 11-23.

Tandoğan, Haluk; Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. II, 5. Bası, İstanbul 2010.

Tanrıver, Süha; HMK Tasarısının 1 ila 122. Maddelerinde Yer Alan Temel Düzenlemeler ve Bunların Genel Çerçevede Değerlendirilmesi, AÜHFD, C. 57, S. 3, 2008, (s. 635-664).

Taşpınar Ayvaz, Sema; İcra İflas Hukukunda Yeniden Yapılandırma, Ankara 2005.

Turhan, Turgut; Davacının veya Davaya Katılanın Teminat Gösterme Yükümü, Prof. Dr. Osman F. Berki'ye Armağan, Ankara 1977, (s. 853-905).

Tutumlu, Mehmet Akif; Kuram ve Uygulama Açısından Hukuk Muhakemeleri Kanununun Yeni ve Değişik Hükümlerinin Yorumu, 2. Bası, Ankara 2012.

Tütüncübaşı, Uğur; Milletlerarası Usul Hukukunda Teminat Gösterme Yükümlülüğü, DEÜHFD, C. 12, S. 2, 2010, (s. 183-223).

Ulukapı, Ömer; Medeni Usul Hukukunda Dava Arkadaşlığı, Konya 1991

Umar, Bilge; Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'na Katkı, TBBD, S. 67, 2006, (s. 121-162).

Unat, İlhan; Davacının Yabancı Niteliğine Dayanan Adli Teminatın Uygulanma Alanı, AÜSBFD, C. 28, S. 3, 1973, (s. 1-13).

Üstündağ, Saim; Medeni Yargılama Hukuku, C. I-II, İstanbul 2000.

Walter, Hans Peter; Auf dem Weg zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, SJZ 100, Zürich 2004, (s. 313-321).

Yavuz, Cevdet/**Acar,** Faruk/**Özen,** Burak; Borçlar Hukuku Dersleri, Özel Hükümler, 8. Bası, İstanbul 2010.

Yılmaz, Ejder; Hukuk Sözlüğü, 5. Bası, Ankara 1996.

Yılmaz, Ejder; Davada İnanca, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı, C. I, Ankara 1977, (s. 381-410).

[H]KOŞULLARI OLUŞMADAN AÇILAN BELİRSİZ ALACAK DAVASINDA MAHKEMECE VERİLECEK KARAR

Yrd. Doç. Dr. Kudret ASLAN[*]
Yrd. Doç. Dr. Leyla AKYOL ASLAN[**]
Yrd. Doç. Dr. Taylan Özgür KİRAZ[***]

A. GİRİŞ

Belirsiz alacak davası hukukumuzda[1] ilk kez 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile düzenlenmiştir[2]. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun

---

H Hakem incelemesinden geçmiştir.

* TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

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

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

1 İsviçre hukukunda, İsviçre Medeni Usul Kanununun 85 inci maddesinde belirsiz alacak davası düzenlenmiştir. Alman hukukunda belirsiz alacak davası Alman Medeni Usul Kanununda düzenlenmemiştir. Ancak Alman hukukunda belirsiz alacak davası doktrinde büyük çoğunluk ve Alman Federal Mahkemesi tarafından uzun bir süreden beri kabul edilmektedir. Bkz. **Menges,** V.: Die Zulässigkeit des unbezifferten Klageantrags, Hamburg 2004, s. 14-15; **Gottwald,** P.: Die Unbezifferte Forderungsklage (Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı-X, İzmir 2012, s. 18-25), s. 21.

2 Mülga Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda belirsiz alacak davası düzenlenmediği gibi HMK Tasarısında da belirsiz alacak davasına yer verilmemiştir. Bu dava türü TBMM Adalet Komisyonunda benimsenerek yeni bir dava türü olarak kabul edilmiş ve böylece kanunlaşmıştır. **Yılmaz,** E.: Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre Dava Çeşitleri, Makaleler, 2. Cilt, Ankara 2014, s. 1971-1998, s. 1985.

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Özel Sayı 2014, s. 975-1024 (Basım Yılı: 2015)
Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ'e Armağan

107 nci maddesinde, belirsiz alacak davası açılmasının koşulları belirlenmiştir. Kanunun yürürlüğe girmesinin[3] üzerinden yaklaşık üç yıl geçmesine rağmen, hem bu davanın koşulları hakkında hem de koşulları oluşmadan açılması halinde mahkemece nasıl bir karar verilmesi gerektiği noktasında, doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bu nedenle, çalışmamızda öncelikle belirsiz alacak davasının koşulları[4] hakkında genel bir açıklama yapılacak, bundan sonra koşulları oluşmadan bu davanın açılması halinde mahkemece nasıl bir karar verilmesi gerektiği sorunu ele alınacaktır.

B. BELİRSİZ ALACAK DAVASININ KOŞULLARI

Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 107/1 hükmüne göre, "Davanın açıldığı tarihte alacağın miktarını yahut değerini tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin kendisinden beklenemeyeceği veya bunun imkânsız olduğu hâllerde, alacaklı, hukuki ilişkiyi ve asgari bir miktar ya da değeri belirtmek

---

[3] Kanımızca da HMK'nun yürürlüğe girmesinden önce açılan bir dava, belirsiz alacak davası olarak nitelendirilemez (**Yılmaz,** E.: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Değiştirilmiş 2. Baskı, Ankara 2013, s. 739; **Pekcanıtez,** H./**Atalay,** O./**Özekes,** M.: Medeni Usul Hukuku, 14. Bası, Ankara-2013, s. 467). Yargıtay 8 inci Hukuk Dairesi de bu görüştedir. Örneğin bkz. (8. HD, 8.5.2012, 2119/3980: **Ateş,** M.: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Yargıtay İlke Kararları, 1. Cilt, Ankara 2013, s. 429-435). Yargıtay 9 uncu Hukuk Dairesinin de bu yönde kararları bulunduğu gibi bunun aksi yönde vermiş olduğu kararları da bulunmaktadır. Bkz. **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 465-466. Öte yandan HMK'nun yürürlüğe girmesinden önce açılan bir kısmi davanın ıslahla belirsiz alacak davasına dönüştürülüp dönüştürülemeyeceği de tartışmalıdır. Bir görüşe göre bu şekilde açılan bir kısmi dava ıslahla belirsiz alacak davasına dönüştürülebilir (**Pekcanıtez,** H.: Belirsiz Alacak Davası, Ankara 2011, s. 87; **Budak,** A. C.: Belirsiz Alacak Davası, Bankacılar Dergisi, Özel Sayı, Ocak-2013, s. 82-86, s. 83; **Deynekli,** A.: Medeni Usul Hukukunda Islah, Ankara-2013, s. 103 vd.; **Akil,** C.: Kısmi Dava, Ankara 2013, s. 233; **Karahacıoğlu,** A. H./**Parlar,** A.: 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2012). Doktrinde ileri sürülen bir başka görüşe göre ise, bu şekilde açılan bir kısmi dava ıslahla belirsiz alacak davasına dönüştürülemez. Bu konuda ayrıntı için bkz. **Taşpınar Ayvaz,** S.: Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Zaman Bakımından Uygulanması, Ankara 2013, s. 433-434.

[4] Belirsiz alacak davasının koşulları, başlı başına ayrı bir çalışmanın konusunu teşkil edecek bir konudur. Bu nedenle, çalışmamızın kapsamını gereğinden fazla genişletmemesi için, belirsiz alacak davasının koşulları kısaca incelenmiştir.

suretiyle belirsiz alacak davası açabilir"[5]. Bu düzenleme çerçevesinde doktrinde belirsiz alacak davasının koşulları kısaca şu şekilde belirlenmektedir.

I. Talep Sonucunun Miktarının Belirlenmesinin İmkânsız veya Davacıdan Beklenemeyecek Olması Gerekir

Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 107/1 hükmünde açıkça belirtildiği gibi, belirsiz alacak davasının açılabilmesi[6] için, davanın açıldığı tarihte alacağın miktarı yahut değerinin tam ve kesin olarak belirlenebilmesinin davacıdan beklenemeyecek olması veya bu belirlemenin yapılabilmesinin davacı için imkânsız olması gerekir.

Talep sonucunun (alacağın miktarının) belirlenmesinin imkânsız olması, davacının talep sonucunu hiçbir şekilde belirleyemediği hallerde söz konusu olabilir[7]. Bir başka deyişle, belirsiz alacak davası, alacaklının gerekli tüm özeni göstermesine rağmen alacağın miktarını veya değerini davanın açıldığı anda tam ve kesin olarak belirlemesinin imkânsız olduğu durumlarda açılabilir[8]. Doktrinde, alacağın miktarının belirlenmesinin imkânsız olduğu durumların, ya alacaklının alacak miktarını belirlemeyi sağlayan bilgi ve belgelere sahip olmaması ya da alacak miktarının belirlenmesinde hâkimin geniş bir takdir yetkisine sahip olduğu hallerde söz konusu olabileceği kabul edilmektedir[9]. Talep sonucunun kesin olarak belirlenmesinin imkânsız

---

5 Genel olarak belirsiz alacak davasının amaçları; maddi hukuk tarafından öngörülen sübjektif hakların gerçekleşmesini sağlamak, hak arama özgürlüğüne hizmet etmek, usul ekonomisi ilkesine hizmet etmek, davacının yüksek yargılama giderlerine katlanma riskini azaltmak ve dava konusu alacağın zamanaşımına uğrama riskini ortadan kaldırmaktır. Bu konuda bkz. **Pekcanıtez**, s. 26 vd.; **Simil**, C.: Belirsiz Alacak Davası, İstanbul 2013, s. 35 vd.; **Ercan,** İ.: Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Belirsiz Alacak Davası (Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı - X, Türkiye Adalet Akademisi Yayını, İzmir-2012, s. 102-183), s. 112 vd. Belirtilen amaçlar gözetildiğinde belirsiz alacak davasının hukukumuzda pozitif olarak düzenlenmiş olmasının isabetli olduğu söylenebilir.

6 Belirsiz alacak davası açılabilmesinin koşulları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Pekcanıtez** s. 38 vd.; **Simil**, s. 207 vd.; **Ercan**, s. 147 vd.

7 **Pekcanıtez**, s. 43.

8 **Simil**, s. 215.

9 **Pekcanıtez**, s. 44; **Simil**, s. 216.

olması[10] birçok şekilde ortaya çıkabilir ise de, vurgulamak gerekir ki, bütün bu imkânsızlık halleri sadece alacaklı bakımından söz konusu olmalıdır. Buradaki imkânsızlık, alacaklının kim olduğuna göre, onun sübjektif niteliklerine göre değişkenlik göstermeyen objektif[11] bir imkânsızlıktır[12]. Yoksa, alacaklının gereken özeni göstermemesi nedeniyle alacağın miktarı belirlenemiyorsa, imkânsızlıktan söz edilemez. Bu bağlamda örneğin, basit hesap işlemleri ile alacak miktarının belirlenebildiği hallerde alacaklı imkânsızlık nedeniyle belirsiz alacak davası açamaz[13].

Doktrinde, belirsiz alacak davası açılabilmesi için bulunması gereken imkânsızlık hallerinin, objektif, sübjektif ve hukuki imkânsızlık halleri olarak ortaya çıkabileceği kabul edilmektedir[14].

Objektif imkânsızlığın, davacının davanın açıldığı anda, talep sonucunu rakamsal olarak tam ve kesin olarak belirlemede objektif olarak başa çıkılamaz engellerle karşı karşıya bulunduğu durumlarda[15] söz konusu olacağı belirtilmektedir. Bu durumdaki imkânsızlık hali, sadece davacı bakımından

---

10 **Yılmaz**'a göre, belirsiz alacak davası açılabilmesi için hangi hallerde belirsizlikten söz edilebileceğinin tespitinde, icra hukukundaki icra inkâr tazminatına hükmedilebilmesi için başvurulan bir ölçüt olan "likid alacak" ile ilgili doktrin görüşleri ve Yargıtay içtihatlarından yararlanılması mümkündür. Geniş bilgi için bkz. **Yılmaz**, s. 743 vd.; **Yılmaz**, Dava Çeşitleri, s. 1989 vd.

11 **Tanrıver**'e göre m. 107/1 hükmünde belirsiz alacak davasının ancak ve ancak davacının davanın açıldığı tarihte talep sonucunun miktarını yahut değerini tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin "objektif olarak imkânsız" olduğu hallerde açılabileceği hususunun açık ve kesin bir dille vurgulanması ve hükmün bu doğrultuda yeniden kaleme alınması gerekir. **Tanrıver,** S.: 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Revizyonu Üzerine Bazı Düşünceler (TBBD, 2012/99, s. 15-34), s. 22-23.

12 **Yılmaz**, s. 742.

13 **Simil**, s. 217. Özellikle iş hukukundan doğan alacaklar bakımından, hesap raporu alınması gereken her durumda belirsiz alacak davasının açılabileceğine ilişkin olarak doktrinde ileri sürülen görüşe katılmak mümkün değildir. Bu görüş için bkz. **Çil,** Ş./**Kar,** B.: 6100 Sayılı HMK'ya Göre İş Yargısında Belirsiz Alacak Davası ve Kısmi Dava, 2. Baskı, Ankara 2012, s. 22, 24, 32; **Çelik**, A. Ç.: 6100 Sayılı Hukuk Yargılama Yasası'na Göre Tazminat ve Alacak Davaları, Ankara 2012, s. 25 vd.

14 **Simil**, s. 218 vd.

15 **Pekcanıtez** (s. 43), bu durumları biyolojik nedenlerle imkânsızlık olarak nitelendirmektedir.

değil, davalı ve üçüncü kişiler bakımından da mevcut olmaktadır. Objektif imkânsızlık halleri, özellikle alacağın miktarını belirlemeye yarayan unsurların davanın açıldığı anda henüz sonuçlanmadığı, değişkenlik gösterdiği hallerde karşımıza çıkmaktadır. Bu bağlamda örneğin, haksız fiilden kaynaklanan sorumluluk hallerinde, devam eden zararlar bakımından davacının zararın sonuçlarını ve dolayısıyla talebini kesin olarak belirlemesi objektif olarak imkânsızdır. Zira haksız fiil nedeniyle ağır yaralanan kimsenin davanın açıldığı sırada tedavisi devam ettiği takdirde, tedavini sonuçlarını ve zararın kapsamını belirlemek objektif olarak imkânsız olacaktır[16].

Sübjektif imkânsızlık hali, davacının, davanın açıldığı esnada talep sonucunu rakamsal olarak hiçbir şekilde belirleyemeyecek durumda olmasını ifade etmektedir. Bir başka deyişle, bu tür bir imkânsızlık halinde davacı, davanın açıldığı anda alacağın miktarının belirlenmesini sağlayacak bilgi ve belgelere sahip değildir[17]. Sadece davacı bakımından söz konusu olan bu sübjektif imkânsızlık hali, yargılama esnasında karşı tarafın veya üçüncü kişinin vereceği bilgi ve belgelere bağlı olarak ortadan kalkacaktır[18].

Hukuki imkânsızlık, davacının yargılamanın başlangıcında talep sonucunu süreklilik arz edecek şekilde bir hukuki engel nedeniyle kesin olarak belirlemesinin imkânsız olması halinde söz konusu olmaktadır. Hukuki imkânsızlık halinin özellikle zararın miktarının belirlenmesinin hâkimin takdirine bağlı olduğu durumda ortaya çıkacağı kabul edilmektedir. Zira tazminat miktarının hâkimin takdirine bağlı olduğu durumlarda, davacının davanın açıldığı anda alacağının miktarını tam ve kesin olarak belirlemesi imkânsızdır[19]. Bu anlamda olmak üzere, örneğin manevi tazminat talep-

---

16 **Pekcanıtez**, s. 43; **Simil**, s. 218.

17 **Tanrıver**'e göre HMK'nın 107 nci maddesinin ikinci fıkrasında yer alan ve belirsizliğin, sübjektif olduğu hallerde de sanki bu davanın açılabileceği zehabını uyandıran "karşı tarafın verdiği bilgiye göre…alacağın miktar ya da değerinin tam ve kesin olarak belirlenmesinin mümkün olduğu" şeklindeki düzenlemede bulunan *"karşı tarafın verdiği bilgi veya"* ibaresinin madde metninden bütünüyle çıkartılması gerekir (**Tanrıver**, Revizyon, s. 23).

18 **Simil**, s. 220. **Pekcanıtez** ise (s. 44) bu durumu hukuki imkânsızlık olarak nitelendirmektedir.

19 **Pekcanıtez**, s. 44; **Simil**, s. 220-221.

lerinde tazminat miktarının belirlenmesi hâkimin takdirine ait olması nedeniyle, davanın açıldığı anda davacı tarafından belirlenmesi imkânsızdır[20].

---

[20] Manevi tazminat taleplerinin belirsiz alacak davasına (ve kısmi davaya) konu olup olamayacağı doktrinde tartışmalıdır. Aslında bu tartışma öteden beri manevi tazminat talebinin bölünüp bölünemeyeceği ve manevi tazminat talebinin kısmi davaya konu olup olmayacağı ile ilgilidir. Doktrinde manevi tazminat talebinin bölünebileceği ve kısmi davaya konu olabileceği yönünde görüşler mevcut olduğu gibi (**Nomer,** H. N.: Manevi Tazminat Alacağında Kısmi Dava Açmak Mümkün müdür? İÜHFM, 2002/1-2, s. 221-229, s. 225 vd.; **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 485; **Kiraz,** T. Ö.: Belirsiz Alacak Davası, TMSF Çatı Dergisi, 2012/30, 16-19, s. 16; **Çil/Kar**, s. 160-161; **Akil**, s. 258 vd.), manevi tazminat talebinin bölünemeyeceği ve kısmi davaya konu olamayacağı yönünde görüşler de bulunmaktadır (**Üstündağ,** S.: Kısmi Davaya İlişkin Bazı Hukuki Sorunlar, Makaleler, İçtihat Tahlilleri ve Çeviriler, Ankara 2010, s. 409-423, s. 415; **Tanrıver,** S.: Kısmi Dava Kurumu Üzerine Bazı Düşünceler, Makalelerim-II, Ankara 2011, s. 95-113, s. 112; **Kuru,** B.: Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. II, İstanbul 2001, s. 1523). Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, manevi tazminat talepleri belirsiz alacak davasına da konu olamaz. Bu görüşün gerekçesi, manevi tazminat talebinin tekliği ve bölünmezliğine dayanmaktadır (**Budak**, s. 84; **Çelik**, s. 42 vd.; **Yavaş,** M.: Belirsiz Alacak Davasının İş Davalarına Etkileri, İş Hukukunda Güncel Sorunlar (2), Seminer, İstanbul 2012, s. 65). Nitekim Yargıtay da öteden beri, manevi tazminatın tek seferde istenebileceğini, manevi tazminatın ve hâkimin bu konudaki takdir yetkisinin bölünemeyeceğini, bu nedenle kısmi davaya konu olamayacağını belirtmektedir (Örneğin bkz. HGK, 2.7.1980, 3/1477-2113: YKD, 1980/11, s. 1461-1462). Yargıtay, yeni tarihli kararlarında da manevi tazminatın belirsiz alacak davasına (ve kısmi davaya) konu olamayacağını belirtmektedir. Örneğin, (21. HD, 6.3.2013, 3004/4066: **Ateş**, s. 446-447). Buna karşılık doktrinde ileri sürülen ve bizim de katıldığımız bir başka görüşe göre, manevi tazminat talepleri belirsiz alacak davasına konu olabilir. Çünkü manevi tazminat miktarının belirlenmesi hâkimin takdirine aittir. Gerek manevi tazminatı hâkim takdir edeceğinden, gerek bu davalarda bilirkişiye başvuru olanağı da bulunmadığından, manevi tazminatın miktarının baştan belirlenmesi olanaksızdır. Davacının, yargılama sonucunda hâkimin takdirine göre belirlenecek bir talebi, davanın açıldığı anda tam ve kesin olarak bilmesi ve buna göre bir talepte bulunması imkânsızdır (**Simil**, s. 372 vd.; **Pekcanıtez**, s. 44-45; **Ercan**, s. 163; **Akil**, s. 260). Ayrıca manevi tazminat talebine dayanan belirsiz alacak davasında, manevi tazminatın bölünmesi de söz konusu değildir. Öte yandan, her ne kadar belirsiz alacak davasında, davacının dava dilekçesinde belirtmiş olduğu geçici talep sonucunu, alacağın miktarının tam ve kesin olarak belirlemesinin mümkün olduğu anda artırması gerekmekte ise de (HMK m. 107/2), kanaatimizce de manevi tazminat davalarında, davacının dava dilekçesinde geçici talep sonucunu belirtmesi yeterli olarak kabul edilmeli, davacıdan bu talebi artırması beklenmemeli,

Özetlemek gerekirse, talep sonucunu belirlemenin imkânsız olması nedeniyle belirsiz alacak davası açılan hallerde, bu imkânsızlığın, objektif, sübjektif ve hukuki sebeplerden kaynaklanması mümkündür. Ancak özellikle belirtmek gerekir ki, bu imkânsızlığın davanın açıldığı anda mevcut olması gerekir.

Belirsiz alacak davası açılabilmesine olanak veren diğer durum, talep sonucunun belirlenmesinin davacıdan beklenemeyecek olması halidir. Bu durumda davacının talep sonucunu belirlemesi halinde zarar görme ihtimalinin bulunmaması gerekir. Talep sonucunun belirlenememesinin ne zaman davacıdan beklenemez olduğu, davacının talep sonucunu belirlemesi halinde yüksek bir yargılama gideri ödeme tehlikesi taşıyıp taşımayacağına göre tespit edilmelidir. Bu ihtimalde mahkemenin tazminat hakkında karar vereceği miktar davacı tarafından hesaplanamayacak, belirlenemeyecek niteliktedir[21]. Özellikle, alacağın miktarı dava esnasında bilirkişi tarafından yapılacak inceleme ile tespit edilebilecekse, alacağın miktarının belirlenmesinin davacıdan beklenemeyecek olduğu ve dolayısıyla bu gibi durumlarda belirsiz alacak davasının açılabileceği söylenebilir[22]. Ayrıca belirtmek gerekir ki, salt alacak miktarı hakkında taraflar arasında uyuşmazlık bulunması, hesap raporu alınmasının gerekli olması, ispat güçlüğü bulunması, alacak miktarının belirlenmesinin davacıdan beklenemeyeceği anlamına gelmez ve belirsiz alacak davası açılabilmesi için de yeterli sayılamaz. Aksine, objektif olarak talep sonucunun belirlenmesinin davacıdan beklenemeyecek olması gerekir[23,24].

---

tazminatın miktarı hâkimin takdirine bırakılmalıdır (**Simil**, s. 157 vd., s. 379; **Ercan**, s. 140). Ancak bu konudaki tereddütleri gidermek için HMK m. 107 hükmünde buna olanak sağlayacak tarzda bir yasal düzenleme yapılması isabetli olacaktır.

21 **Pekcanıtez**, s. 45. Ancak **Simil** (s. 222), yargılama gideri rizikosunu belirsiz alacak davası açılabilmesi için tek başına yeterli saymamaktadır.

22 **Simil**, s. 232. Ancak **Simil**, bilirkişi incelemesi yapılması gereken ya da hesap raporu alınması gereken her durumun, tek başına belirsiz alacak davası açılmasına olanak vermeyeceğini de belirtmektedir. Ayrıntı için bkz. **Simil**, s. 225 vd.

23 **Pekcanıtez**, s. 45; **Simil**, s. 222 vd.

24 Doktrinde, özellikle iş hukukundan doğan talepler bakımından belirsiz alacak davasının açılıp açılamayacağı noktasında farklı görüşler ortaya çıkmıştır. Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, iş hukukundan doğan işçilik alacaklarının belirsiz alacak davasına konu

olması mümkündür. Bu görüş esas olarak, işçi alacaklarının ispatının güç olduğu, bu alacakların çoğu kez hesap raporu ile belirlenebileceği, alacağı tespite yarayan bilgi ve belgelerin çoğunlukla işverende olduğu, işçinin korunması ilkesinden hareket edilmesi gerektiği gibi gerekçelere dayanmaktadır. Bkz. **Çil/Kar**, s. 34, s. 53 vd., s. 80, s. 91 vd.; **Kılıçoğlu,** M.: 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu El Şerhi, İstanbul 2012, s. 583-584; **Yavaş**, s. 70 vd.; **Budak**, s. 85; **Çelik**, s. 27-28). Yargıtay'ın bazı Hukuk Daireleri de bu yönde karar vermiştir. Örneğin (9. HD, 04.02.2013, 39586/4158: **Ateş**, s. 439-443; 10. HD, 20.1.2012, 11172/2874: **Ateş**, s. 443-445). Doktrinde ileri sürülen ve bizim de katıldığımız bir başka görüşe göre, alacağın salt iş hukukundan kaynaklanması, belirsiz alacak davası açılabilmesinin bir gerekçesi olamaz. Önemli olan HMK 107 hükmünde öngörülen belirsiz alacak davası açılabilmesinin koşullarının gerçekleşmiş olmasıdır. Bir başka deyişle iş hukukuna ilişkin bir talep, eğer davacının alacağın tutarını dava açarken belirlemesi imkânsız ise ya da bunu belirlemesi davacıdan beklenemeyecek ise, belirsiz alacak davasına konu olabilir. İşçi lehine yorum ilkesi kanımızca da iş hukukunda geçerli olup, usul hukukunda uygulanması zorunlu bir ilke olarak kabul edilemez. Alacağın belirlenmesi için hesap raporu alınması yoluna gidilmesi, belirli belgelerin işverenin elinde olması, bilirkişi incelemesi yapılması, alacağın her zaman belirsiz olduğu anlamına gelmez ve salt bu gerekçelerle belirsiz alacak davası açılamaz. O nedenle, işçinin ücret alacağı, kıdem ve ihbar tazminatı alacağı, fazla çalışma ücreti alacağının belirsiz alacak davasına konu olamayacağı kanaatindeyiz. Bkz. **Simil**, s. 412 vd.; **Pekcanıtez**, s. 46-47; **Pekcanıtez,** H.: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Değerlendirmesi, HUKAB Yayınları, Ankara 2012, s. 75; **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 450 vd.; **Yılmaz**, s. 754; **Ercan**, s. 167. Tekrar vurgulamak gerekir ki, iş hukukundan doğan bir alacağın miktarının belirlenmesi imkânsız ise ya da alacağın belirlenmesi davacıdan beklenemeyecekse (örneğin iş kazası ve meslek hastalığından doğan tazminat taleplerinde olduğu gibi), belirsiz alacak davası açılabilmelidir (21. HD, 6.3.2013, 3004/4066: **Ateş**, s. 446-447). Yargıtay iş hukukundan doğan taleplerin kısmi davaya da konu olabileceğini kabul etmektedir. Örneğin bkz. (HGK, 17.10.2012, 9-838/715: **Ateş**, s. 453-455; 22. HD, 13.11.2012, 5496/25006: **Ateş**, s. 448-449). Öte yandan, hak arama özgürlüğü bakımından kısmi davanın açılabilme koşullarının kanımızca da daha geniş yorumlanması gerekir. Özellikle kısmi dava açılabilmesi bakımından HMK m. 109/2 hükmünde öngörülen "alacağın taraflar arasında tartışmalı olması" koşulu kısmi davanın açılabilmesi yönünde geniş olarak yorumlanmalıdır. Aksi takdirde kısmi dava ile belirsiz alacak davası arasında fark kalmayacaktır (**Pekcanıtez,** H.: HMK Hakkında Genel Değerlendirme, Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı-X, İzmir 2012, s. 464-476), s. 470. Bu bağlamda iş hukukundan doğan taleplerde, koşulları varsa, kanımızca kısmi dava açılabilmesi olanağının geniş yorumlanması gerektiği söylenebilir. Ancak bu görüş kuşkusuz alacağın miktarının belirli olduğu hallerde kısmi dava açılmasına olanak tanınması gerektiği anlamına gelmemektedir.

II. Alacaklı Hukuki İlişkiyi Somut Olarak Ortaya Koymalıdır

Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 107/1 hükmünde açıkça belirtildiği üzere, belirsiz alacak davası açan davacı, "hukuki ilişkiyi" belirtmek zorundadır[25]. Kanımızca da burada belirtilen hukuki ilişkiden maksat, HMK m. 119/1-ğ hükmünde ifade edilen "hukuki sebep" olamaz. Zira hukuki sebepten maksat, davacının dava dilekçesinde belirtmiş olduğu vakıalara uygulanacak hukuk kuralıdır[26]. Ayrıca, HMK m. 119 hükmünde hukuki sebep dava dilekçesinde yer alması gereken zorunlu bir unsur olarak da düzenlenmemiştir. Çünkü, dava dilekçesinde ileri sürülen vakıalara uygulanacak hukuk kuralını belirlemek hâkimin görevidir. Nitekim HMK m.33 hükmüne göre "Hâkim Türk hukukunu re'sen uygular". Dolayısıyla HMK m. 107/1 hükmünde ifade edilen hukuki ilişkiden, davanın dayanağını oluşturan vakıalar ve bunların delilleri anlaşılmalıdır[27]. Belirsiz alacak davası açan davacı, dava dilekçesinde davanın dayanağını oluşturan vakıaları (dava sebebini) ve bunların delillerini bildirmek zorundadır. Çünkü belirsiz alacak davasında, davanın dayanağını oluşturan vakıalar ve talep sonucu belirsiz değildir[28]. Belirsiz olan sadece, davanın açıldığı anda alacağın miktarı ya da değerinin üst

---

[25] Davacının belirsiz alacak davasında hukuki ilişkiyi belirtmek zorunda olması, muhtemelen belirli alacaklar için de belirsiz alacak davasının açılmasının engellenmesi amacını taşımaktadır. Zira belirsiz alacak davası normal eda davasının sağladığı korumayı sağlamakla beraber, davacıya geçici değer üzerinden harç yatırma olanağı sağlamaktadır (**Simi**l, s. 238). Davacının dava dilekçesinde hukuki ilişkiyi göstermesi, hâkimin, davacının belirsiz alacak davası açılmasında hukuki yararının var olup olmadığını belirlemesi bakımından önemlidir. Zira hâkim, talebin miktarının belirlenmesinin gerçekten imkânsız veya davacıdan beklenemez olduğunu ancak davacın dava dilekçesinde ileri sürdüğü hukuki ilişkiye göre tespit edebilecektir (**Simil**, s. 241). Çünkü dava dilekçesinde ortaya konulan hukuki ilişkiye göre alacağın miktarı belirli ya da belirlenebilecek nitelikte ise, belirsiz alacak davası açılmasında hukuki yarar olmayacak ve dolayısıyla dava, dava şartı olan hukuki yararın noksan olması dolaysısıyla usulden reddedilecektir (**Simil**, s. 244).

[26] **Kuru,** B./**Arslan,** R./**Yılmaz,** E.: Medeni Usul Hukuku, Ders Kitabı, 25. Baskı, Ankara 2014, s. 280, 295.

[27] **Yılmaz**, Dava Çeşitleri, s. 1993.

[28] Doktrinde **Pekcanıtez** (s. 49) bu durumu veciz bir şekilde "burada belirsiz olan dava değildir; bu sebeple davanın ismi "belirsiz dava" değil, "belirsiz alacak davasıdır" diyerek ifade etmiştir.

sınırıdır[29]. Belirsiz alacak davasına konu olan alacak aslında belirli bir alacaktır. Ancak bu belirlemenin yapılması davanın açıldığı anda imkânsızdır ya da davacıdan beklenememektedir. Dolayısıyla, davacı belirsiz olan talebini yargılama esnasında belirli hale getirirken yeni vakıalar ileri sürecek olursa, davayı değiştirme yasağıyla karşılaşacaktır[30].

III. Alacaklı Dava Dilekçesinde Geçici Talep Sonucunu Belirtmelidir

Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 107/1 hükmüne göre, davacı, dava dilekçesinde asgari bir miktar ya da değeri belirtmek suretiyle belirsiz alacak davası açabilir. O halde hukukumuzda davacı belirsiz alacak davası açarken, alacağının tutarını tam olarak belirleyememekle birlikte, dava dilekçesinde alacağının miktarını belirtmek bakımından tamamen muaf da tutulmamıştır. Yani davacının dilekçesinde hiçbir miktar ya da değer belirtmeden belirsiz alacak davası açmasına cevaz verilmemiştir. Aksine davacı dava açtığı ana kadar belirleyebildiği alacak miktarını dava konusunun geçici miktarı ya da değeri olarak dilekçesinde göstermek zorundadır[31]. Buradaki geçici değer veya miktar, sembolik olarak gösterilen ya da istenildiği kadar gösterilen bir miktar da değildir[32]. Dolayısıyla davacı burada tamamen keyfi bir şekilde geçici bir değer belirleyerek belirsiz alacak davası açamaz. Aksine davacı, somut olayın koşul ve özelliklerine göre, tespit edebildiği kadarıyla (ya da ölçüde) alacağının tutarını belirlemek durumundadır[33]. Asgari miktar davacı-

---

29 **Yılmaz**, s. 756. Ayrıntı için bkz. **Simil**, s. 237 vd.

30 **Pekcanıtez**, s. 49-50; **Simil**, s. 246-247; **Ercan**, s. 151.

31 Bu konu hakkında geniş bilgi için bkz. **Simil**, s. 260 vd.

32 **Pekcanıtez**, s. 48; **Simil**, s. 261; **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 456. Kaldı ki, dilekçede belirtilen asgari tutar hakimin karar verebileceği en az tutar anlamına gelmemektedir. Mahkeme, davacının alacağının geçici talep sonucundan daha az olduğuna da karar verebilecektir (**Meier**, I.: Unbezifferte Forderungsklage und Waffengleichheit der Parteien (Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı-X, İzmir 2012, s. 35-67), s. 55.

33 **Simil**, s. 263. **Tanrıver**'e göre, dava dilekçesinde belirtilmesi gereken asgari tutarın somut olayın koşul ve özelliklerine göre tespiti mümkün asgari tutar olduğu hususu açıkça vurgulanmalı ve m. 107/1 hükmü bu doğrultuda yeniden kaleme alınmalıdır. **Tanrıver**, Revizyon, s. 23.

nın talep ettiği en az miktar olarak da anlaşılmamalı, aksine davacının davayı açtığı anda tespit edebildiği asgari miktar olarak anlaşılmalıdır[34]. Davacının salt daha az harç ödemek için, tespit edebildiği değerin altında bir değer göstererek belirsiz alacak davası açması, dürüstlük kuralıyla bağdaşmaz[35]. Özetle, belirsiz alacak davası açan davacının, tespit edebildiği ölçüde asgari[36] bir miktar ya da değeri geçici talep sonucu olarak dava dilekçesinde belirtmesi gerekir[37].

---

34 Bu miktarın dava dilekçesinde belirtilmesi, açılan davada harç ve avans alınması, talep edilecek ihtiyati tedbirde teminat alınması açısından önem taşımaktadır. Bu nedenle geçici talep istenildiği kadar gösterilebilecek bir talep ya da davacının talep ettiği en az miktar olarak değerlendirilemez. **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 456.

35 **Pekcanıtez**, s. 48; **Simil**, s. 263; **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 456.

36 Hukukumuzda, belirsiz alacak davası açan davacının, alacağının tespit edebildiği kadarıyla asgari tutarını dilekçesinde belirtmesi zorunluluğu kabul edilmiş ise de, alacağının azami tutarını ya da üst sınırını belirtmesi zorunluluğu kabul edilmemiştir. Benzer durum belirsiz alacak davasının pozitif olarak düzenlenmiş olduğu İsviçre hukukunda da geçerlidir. Nitekim İsviçre Federal Usul Kanunu'nun 85 inci maddesinde alacağın asgari tutarının belirtilmiş olması yeterli sayılmıştır (Bkz. **Meier**, s. 55 vd.). Buna karşılık belirsiz alacak davasının pozitif olarak düzenlenmemiş olduğu Alman hukukunda ise, taleple bağlılık ilkesi nedeniyle alacağın asgari tutarı yanında azami (üst) tutarının da belirtilmesinin zorunlu olduğu yolunda görüşler bulunmaktadır. Bu konuda geniş bilgi için bkz. **Simil**, s. 250 vd.; **Pekcanıtez**, s. 20 vd. Yine Alman hukukunda davacı tarafından geçici talep sonucunun asgari değer olarak belirtilip, azami miktarın gösterilmediği hallerde, hakimin, talep edilen asgari değerden daha fazlasına karar verebileceği belirtilmiştir. Öte yandan dava dilekçesinde alacağın hacminin (Größenordnung) (yani alt sınırı ya da alt ve üst sınırının) belirtilmediği hallerde, mahkemenin ZPO §139 hükmüne göre davayı aydınlatma ödevi çerçevesinde bu belirlemeyi yapmasını davacıdan isteyebileceği, buna rağmen söz konusu belirleme yapılmazsa, mesmu olmaması nedeniyle davanın reddine karar verilmesi gerektiği ileri sürülmüştür (**Musielak,** H. J.: Grundkurs ZPO, 9. Auflage, München 2007, s. 40).

37 Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 119/1-d hükmüne göre davacı, malvarlığı haklarına ilişkin davalarda dava konusunun değerini göstermelidir. Ancak dava konusunun değerinin gösterilmesi Kanunda dava dilekçesinde bulunması gereken ve tamamlanması için mahkemenin kesin süre vereceği zorunlu unsurlar arasında sayılmamıştır. Ancak Harçlar Kanunu'nun 16 ncı maddesine göre, malvarlığı haklarına ilişkin davalarda dava konusunun değerinin gösterilmesi zorunludur. Davacı dava konusunun değerini hiç göstermemişse, bu değer kendisine tespit ettirilir. Davacının bu tespitten kaçınması halinde dava dilekçesi işleme konmaz. Harçlar Kanununun bu hükmü belirsiz alacak davası bakımın-

Dava dilekçesinde geçici talep sonucu belirlenerek belirsiz alacak davası açılmasından sonra, karşı tarafın verdiği bilgi veya tahkikat sonucu alacağın miktarı veya değerinin tam ve kesin olarak belirlenmesinin mümkün olduğu anda[38] davacı, iddianın genişletilmesi yasağına tabi olmaksızın davanın başında belirtmiş olduğu talebini artırabilecektir[39] (m. 107/2).

C. KOŞULLARI OLUŞMADAN AÇILAN BELİRSİZ ALACAK DAVASINDA MAHKEMECE VERİLECEK KARAR

I. Genel Olarak

Buraya kadar inceleme konumuza temel teşkil etmesi bakımından belirsiz alacak davası açılmasının koşullarını kısaca incelemiş bulunmaktayız. Bu genel açıklamalardan sonra, yukarıda belirtilen koşulları taşımayan belirsiz alacak davasında mahkemece nasıl bir karar verilmesi gerektiği sorunu incelenecektir. Burada özellikle, miktarı ya da değeri belirlenebilen (yani belirlenmesi imkânsız olmayan veya davacıdan beklenebilecek olan) bir alacak hakkında belirsiz alacak davası açılması hali irdelenecektir. Bir başka

---

dan da geçerlidir. Esasen dava dilekçesinde değer gösterilmemesi halinde, HMK Yönetmeliği'nin 36/3 üncü maddesi uyarınca, gerekli harçlar ödenmedikçe davanın tevzi işleminin yapılması ve davanın görülmesi mümkün olmayacaktır. Bu konuda bkz. **Simil**, s. 265-266.

38 Kanunda belirtilen bu anın ne kadar bir zaman dilimini kapsayacağı hususu belirsizdir. Diğer bir deyişle, alacağın miktarı ya da tutarının belirlendiği an acaba tam olarak hangi an olacaktır. Kanımızca da bu şekilde belirsiz bir ifade kullanılması yerine, alacağın tutarının belirlenmesinden sonra, davacının mahkemece kendisine verilecek kesin süre içinde (örneğin bir hafta içinde ya da bir sonraki duruşmaya kadar v.s.) alacağının tutarını belirlemesi yönünde bir düzenleme yapılması isabetli olurdu. Bkz. **Yılmaz**, s. 758.

39 Arttırma talebinin kaç kez yapılabileceğine ilişkin bir ifade ve sınırlamaya m.107 hükmünde yer verilmemiştir. Alacak miktarını bir kez artırmış olan davacının, yeniden arttırma talebinde bulunması halinde davayı değiştirme ve genişletme yasağıyla karşılaşması olasıdır. Bu nedenle, talep etmiş olduğu alacak miktarını bir kez arttırmış olan davacının; örneğin ek bilirkişi raporuyla alacak miktarı yine artmış ise, bu yeni miktar üzerinden de arttırma talebine, ıslaha veya karşı tarafın rızasına gerek kalmaksızın imkân tanınması isabetli olurdu (**Kiraz,** T. Ö.: 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Getirilen Yenilikler, 2. Baskı, Ankara 2012), s. 23; **Kiraz**, Belirsiz Alacak Davası, s. 16-17.

deyişle, alacağın miktarı ya da değerini belirlemek imkânsız değilse ya da bu değeri ya da miktarı belirleyebilmesi davacıdan beklenebiliyor ve buna karşılık davacı belirsiz alacak davası açmışsa, mahkemece bu dava hakkında nasıl bir karar verilecektir?

Hemen belirtmek gerekir ki, Hukuk Muhakemeleri Kanunu, m. 107 hükmünde belirtilen koşulları taşımadığı halde açılan bir belirsiz alacak davasında, mahkemece nasıl bir karar verilmesi gerektiği noktasında herhangi bir düzenleme getirmemiştir. Doktrinde ise, m. 107 hükmünde belirtilen koşulları taşımadığı halde açılan belirsiz alacak davasında, mahkemece nasıl bir karar verilmesi gerektiği hususunda farklı görüşler ileri sürülmüştür[40]. Biz de söz konusu görüşler çerçevesinde, konuyu incelemeye çalışacağız.

II. Doktrinde İleri Sürülen Görüşler

1. Mahkemenin Davacıya Süre Vermesi Gerektiği Görüşü ve Görüşün Değerlendirilmesi

a. Görüş

Bu görüşe göre, koşulları oluşmadan açılan belirsiz alacak davasında, mahkeme davanın reddine karar vermemeli, aksine HMK m. 119/2 veya HMK m. 115/2 hükümleri çerçevesinde davacıya süre vermelidir. Öncelikle bu görüşe göre, mahkeme davacıya HMK 119/2 hükmüne göre süre verebilir ve bu şekilde davacının talebini belirli hale getirmesini sağlayabilir. Bu görüş kısaca şu şekilde özetlenebilir: *"Kanunda belirsiz alacak davasının şartları gösterilmiş olmasına rağmen, şartları olmadan belirsiz alacak davası şeklinde açılmış olan bir davanın akıbetinin ne olacağı düzenlenmemiştir. Bu konuda uygulanması söz konusu olabilecek kanun hükümleri, dava dilekçesindeki eksikliklerin giderilmesiyle ilgili HMK m. 119/1-ğ, 2 hüküm-*

---

40 **Karslı**, bu konuda kesin bir görüş beyan etmemekle birlikte, bu konuda üç ihtimalin söz konusu olabileceğini belirtmektedir. Birinci ihtimal, dava şartının eksikliğinden dolayı davanın reddi; ikinci ihtimal hâkimin davayı eda davası olarak görmeye devam etmesi; üçüncü ihtimal ise HMK m. 119/2 hükmü çerçevesinde davacıya eksikliğin giderilmesi için bir haftalık kesin süre verilmesidir. (Bkz. **Karslı,** A.: Medeni Muhakeme Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 2012, s. 402).

leri ile dava şartı eksikliklerinin giderilmesine ilişkin HMK m. 115/2 hükmü olabilir. Her halde, kanımca şartları olmadan açılan belirsiz alacak davası hemen reddedilmemeli; davacıya talebini belirli hale getirmesi için süre verilmelidir"[41].

Yine bu görüşe göre[42], koşulları oluşmadan yani belirlenebilen bir alacak için belirsiz alacak davası açılması halinde, mahkeme bu davayı hemen reddetmemeli, HMK m. 115/2 hükmüne göre davacıya süre vermelidir[43]. Bu görüşe göre, belirli ya da belirlenebilen bir alacak için belirsiz alacak davası açılan hallerde, davacının hukuki yararı yoktur. Ancak burada, dava şartı teşkil eden hukuki yarar eksik olsa bile, bu giderilebilecek bir eksikliktir. Zira HMK 115/2 hükmüne göre, dava şartı noksanlığının giderilmesi mümkün ise, mahkeme bu eksikliği gidermesi için davacıya kesin süre verecektir[44]. Yani burada eksikliği giderilebilecek bir dava şartı (hukuki yarar) söz konusudur.

---

41 **Budak**, s. 84. Aynı yönde, 9. HD, 27.2.2012, 1756/5741: **Çil/Kar**, s. 198-202.

42 **Çil/Kar**, s. 51; **Budak**, s. 84.

43 İsviçre hukukunda da belirli alacaklar için belirsiz alacak davası açılamayacağı kabul edilmektedir. Dava açıldığı anda alacağın miktarı belirlenebilir ise dava şartı yokluğu nedeniyle belirsiz alacak davası açılamayacaktır. Ancak İsviçre hukukunda talebin miktarının belirli olması hukuki yarar ile ilişkilendirilmemiştir. Zira doktrinde belirli alacak için belirsiz alacak davası açıldığında dava şartının eksik olduğu kabul edilmekle birlikte ancak hâkimin talebini belirlemesi için davacıya süre vermesi gerektiği ifade edilmektedir (**Loosli**, P.: Die Unbezifferte Forderungsklage, unter Berücksichtigung des Kantons Zürich, Zürich 1986, s. 123-124**; Simil**, s. 235). Bundan hareketle İsviçre hukukunda belirli alacaklar için belirsiz alacak davası açıldığında bunun eksikliği giderilebilen bir dava şartı olarak kabul edildiği anlaşılmaktadır (**Simil**, s. 235). Alman hukukunda da talep miktarının belirli olduğu durumlarda belirsiz alacak davasının dinlenemeyeceğinin Alman doktrininde ifade edildiği belirtilmektedir (**Simil**, s. 235).

44 Nitekim Yargıtay 9 uncu Hukuk Dairesi'nin bir kararına göre de hukuki yarar eksikliği giderilebilecek dava şartları arasında yer alır. Koşulları oluşmadan belirsiz alacak davası açılan hallerde, mahkeme davacıya HMK m. 115/2 hükmüne göre süre vermelidir (9. HD, 27.2.2012, 1756/1741: **Çil/Kar**, s. 192 vd.). Yargıtay 19 uncu Hukuk Dairesi de kısmi davayla ilgili olarak aynı doğrultuda karar vermiştir (19. HD, 29.1.2013, 14789/1627: **Taşpınar Ayvaz**, s. 276). Yargıtay 19 uncu Hukuk Dairesi koşulları oluşmadığı halde açılan kısmi davada, davanın hukuki yarar yokluğu nedeniyle usulden reddedilemeyeceği, usul ekonomisi gereğince davacıya m. 115/2 hükmüne göre süre verilerek davasını harcını tamamlayarak tam davaya dönüştürmesi olanağının tanınması

Özetlemek gerekirse, bu görüşe göre, belirsiz alacak davasının koşullarını taşımayan bir dava mahkemece reddedilmemeli, aksine talebin belirli hale getirilmesi ve böylece hukuki yarar noksanlığının giderilmesi için davacıya HMK m. 119/2 ve HMK m. 115/2 hükümleri çerçevesinde süre verilerek dava görülmelidir.

b. Görüşün Değerlendirilmesi

Söz konusu görüşün HMK m. 119/2 ve HMK m. 115/2 hükümleri açısından ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekir.

aa. HMK m. 119/2 Hükmü Açısından

Buna göre öncelikle belirtmek gerekir ki, kanımızca, koşulları oluşmadan açılan belirsiz alacak davasında, HMK m. 119/2 hükmü uygulanarak, davacıya talebini belirlemesi için süre verilemez. Zira HMK m. 119/2 hükmünün uygulanabilmesi için HMK m. 119/1-ğ hükmünde ifade edilen ve dava dilekçesinde yer alması gereken zorunlu unsurlardan sayılan talep sonucunda bir *eksiklik* olması gerekir. Bu anlamda talep sonucunda eksiklik, talep sonucuna dava dilekçesinde hiç yer verilmemiş olması şeklinde anlaşılmalıdır[45]. Oysa belirli bir alacak için belirsiz alacak davasının açılması halinde, dava dilekçesinde bir eksiklik söz konusu değildir. Davacı dava dilekçesinde bir talep sonucu belirlemiştir. Davacının, belirsiz alacak davası açma hakkı bulunmadığı halde, bu davayı açma hakkı olduğunu düşünerek dilekçesinde sadece geçici bir talep sonucuna yer vermiş olması, dilekçede

---

gerektiği görüşündedir (19. HD, 29.1.2013, 14451/1610; 19. HD, 29.1.2013, 14789/1627; **Ateş**, s. 466-467.

[45] Dava dilekçesinde talep sonucunun hiç gösterilmemesi ya da dava konusunun değerinin eksik gösterilmesi ile hukuki yarar yokluğunu birbirine karıştırmamak gerekir. Talep sonucunun hiç gösterilmemesi dava dilekçesinin zorunlu unsurlarında eksiklik anlamına gelir ve bunun tamamlanması için m. 119/2 hükmüne göre süre verilebilir. Eksiklik tamamlanmazsa dava açılmamış sayılır. Bu husus bir dava şartı olarak öngörülmemiştir. Oysa hukuki yararın bulunması açıkça bir dava şartı olarak öngörülmüştür (m. 114/1-h). Dolayısıyla belirlenebilen bir alacak için belirsiz alacak davası açılması halinde, dava dilekçesinde mevcut olan bir eksiklikten söz edilemez. Ancak hukuki yarar eksikliğinden söz edilebilir ve bunun da mahkemece davacıya süre verilerek tamamlanması mümkün değildir (**Simil**, s. 235).

talep sonucunun eksik olarak gösterildiği anlamına gelemez. Böyle bir durumda, aslında belirsiz alacak davasının koşullarının mevcut olmadığını tespit eden mahkeme, talep sonucunu tamamlaması ya da tam olarak belirlemesi için davacıya süre veremez. Zira hâkim kural olarak tarafların talep sonucuyla bağlı olup, ondan fazlasına veya başka bir şeye karar veremez (m. 26). Taraflarca getirilme ilkesinin egemen olduğu bir yargılamada mahkemenin böyle bir görevi ve yetkisi söz konusu olamaz. Mahkeme davacıyı korumak adına, talebini mahkemeye eksik olarak getirdiğini, talebini artırmasını ve tam olarak belirlemesini davacıdan isteyemez. Aksine davranış, taleple bağlılık ve taraflarca hazırlama ilkesiyle bağdaşmaz[46]. Dava dilekçesinin en önemli zorunlu unsurlarından birisi, talep sonucunun açık ve belirli olmasıdır. Bu, bütün hukuk sistemlerinde kabul edilen bir hususdur.[47]. Belirli bir alacak için dava açan davacının, kanunen hakkı olmadığı halde belirsiz alacak davası şeklinde nitelendirip bir dava açmak yerine talebini tam dava açarak mahkemeye getirmesi gerekir[48]. Aksi takdirde, bu talebini ancak davayı değiştirme yasağı kuralları çerçevesinde değiştirebilir ve genişletebilir (m. 141). Böylece eksik olarak mahkemeye getirdiğini düşündüğü talebini de ancak bu yolla artırabilir. Oysa Kanun ancak koşulları mevcut olan belirsiz alacak davasında dilekçede geçici bir talep sonucunu belirtmenin yeterli olacağına cevaz vermiş, belirli alacaklar için açılan davada talep sonucunun bu şekilde belirtilmesine cevaz vermemiştir. Kanunun dahi vermediği bir hakkı, mahkemenin HMK m. 119/2 hükmünü uygulayarak davacıya vermesi kabul edilemez. Ayrıca bu durum kanımızca da hâkimin davayla ilgili olarak tarafa yol göstermesi (HMK m. 36/1-a) anlamına gelir

---

46 Belirli bir alacak için belirsiz alacak davası açan davacıya, mahkeme süre vererek talebini belirli alacak davasının gerektirdiği şekilde tamamlamasını ve böylece açma hakkı olmadığı ancak açtığı belirsiz alacak davasındaki hukuki yarar eksikliğini gidermesini hatırlatamaz, davacıya yol gösteremez. Hâkimin bu şekilde hareket etmesi tasarruf ilkesiyle de bağdaşmaz. Çünkü bu ilkeye göre yargılamanın içeriğini, davanın konusunu, hâkimin ne hakkında karar vereceğini belirleme yetkisi davacıya aittir. Mahkeme davacı tarafa neyi isteyip istemediğini sorma ve ona göre hareket etme yetkisini haiz değildir. Dava dilekçesinin belirli olması zorunluluğu hem davanın çeşidi hem de onun içeriği (yani mahkemeden istenilen hukuki himayenin türü) bakımından geçerlidir. Bu anlamda bkz. **Schilken,** E.: Zivilprozessrecht, 5. Auflage, Köln, Berlin, München 2006, s. 115.

47 **Karslı**, s. 388.

48 **Kiraz**, s. 22.

ve hâkimin reddi sebebi teşkil eder. Zira adı geçen hükme göre, "hâkimin davada iki taraftan birine öğüt vermiş ya da yol göstermiş olması" hâkimin reddi sebebi teşkil etmektedir. Hâkim davanın taraflarına eşit mesafede olmak durumundadır. Davada nasıl hareket etmesi gerektiği konusunda taraflara yol göstermesi, hâkimin tarafsızlığı ilkesi ile bağdaşmayacaktır. Belirsiz alacak davasının koşullarını taşımadığı için aslında reddedilmesi gereken bir davada, hâkimin, davacıya davasını tam eda davasına dönüştürmesi gerektiğini belirtmesi, davacıya yol göstermesi anlamına gelir. Hatta bu durum hâkimin davayla ilgili olarak kanunen gerekmediği halde görüşünü açıklaması (m. 36/1-b) yani ihsası reyde bulunması anlamına geldiği için de bir ret sebebi teşkil edebilir. Tüm bu nedenlerle, belirli alacak için belirsiz alacak davasının açılan hallerde, HMK m. 119/2 hükmü uygulanamaz ve mahkeme talebini belirlemesi için davacıya süre veremez.

bb. HMK m. 115/2 Hükmü Açısından

Öte yandan, yukarıda da belirtildiği üzere, bu görüşün HMK m. 115/2 hükmü açısından da incelenmesi gerekir. Zira bu görüş, HMK m.115/2 hükmü çerçevesinde önerdiği çözüm açısından da doktrinde haklı olarak eleştirilmiştir[49]. Şöyle ki; bilindiği üzere, HMK m. 114/1-h hükmünde,

---

[49] Bkz. **Simil**, s. 232 vd.; **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 454; **Pekcanıtez-**HMK Değerlendirmesi, s. 79; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 263-264; **Yılmaz**, s. 742, 752; **Taşpınar Ayvaz**, s. 277; **Özbay,** İ.: 6110 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Neler Getirdi, Ankara-2012, s. 128. Nitekim Yargıtay 10 uncu Hukuk Dairesi de bir kararında isabetli olarak koşulları oluşmadan açılan bir belirsiz alacak davasının hukuki yarar yokluğu nedeniyle reddedilmesi gerektiğine karar vermiştir (10. HD, 1.3.2012, 9799/3613: **Simil**, s. 233). Aynı şekilde Yargıtay 22 nci Hukuk Dairesi de bir kararında isabetli olarak açıkça bu duruma işaret etmiştir. Karara göre "…Bu noktada şu da açıklığa kavuşturulmalıdır ki, **şartları bulunmadığı halde dava dilekçesinde davanın belirsiz alacak davası olarak açıldığı durumda davacıya herhangi bir süre verilmeden hukuki yarar yokluğundan davanın reddi yoluna gidilmelidir. Çünkü, alacağın belirlenebilmesi mümkün iken, böyle bir davanın açılmasına kanun izin vermemiştir. Böyle bir durumda, belirsiz alacak davası açmakta hukuki yarar yokluğundan dava reddedilmeli, ek bir süre verilmemelidir**. **Zira, burada talep açıktır, bu sebeple 6100 s. kanunun 119/1-ğ. maddesinin uygulanarak süre verilmesi mümkün değildir; aslında açılmaması gerektiği halde belirsiz alacak davası açılmış olduğundan, bu konudaki eksiklik de süre verilerek tamamlanamayacağından, dava hukuki yarar yokluğun-**

"Davacının dava açmakta hukuki yararının bulunması" dava şartı olarak düzenlenmiştir. Dava şartı, mahkemenin bir davayı esastan karara bağlayabilmesi için bulunması veya bulunmaması gereken şartlardır[50]. Dava şartı eksik ise ve HMK m. 115/2 hükmü çerçevesinde tamamlanması mümkün değil ya da mümkün olmakla birlikte mahkemece verilen kesin süre içinde tamamlanmazsa, mahkeme davayı usulden reddetmek zorundadır. Hukuki yarar da kanunda dava şartı olarak öngörülmüştür. Bu nedenle, dava şartı teşkil eden hukuki yararın "bulunmamasının" müeyyidesi davanın usulden reddedilmesi olacaktır[51].

Doktrinde, haklı olarak ifade edildiği gibi, hukuki yarar eksikliği belirli bir süre verilerek tamamlanabilecek, giderilebilecek bir dava şartı olamaz. Davacının yararı kural olarak davanın açıldığı tarihte var olmalıdır. Aksi

---

dan reddedilmelidir. Buradaki hukuki yarar, sonradan tamamlanacak nitelikte bir hukuki yarar değildir. Çünkü, dava açıldığında o sırada mevcut olmayan hukuki yarar, bunun da açıkça mahkemece bilindiği bir durumda, tamamlanacak bir hukuki yarar değildir. Aksinin kabulü, aslında açık olan talep sonucunun süre verilerek davacı tarafından değiştirilmesi ve bulunmayan hukuki yararın sağlanması için davacıya ek imkân sağlanması anlamına gelecektir ki, buna usul bakımından imkân yoktur, böyle bir durum taraflar arasındaki eşitlik ilkesine de aykırı olacaktır (H. **Pekcanıtez**/O. **Atalay**/M. **Özekes**, Medeni Usul Hukuku, 14. Bası, Ankara 2013, s. 454). **Bunun yanında, şayet açılan davada asgari bir miktar gösterilmişse ve bunun alacağın bir bölümü olduğu anlaşılmakla birlikte, belirsiz alacak davası mı yoksa belirli alacak olmakla birlikte kısmi dava mı olduğu anlaşılamıyorsa, bu durumda 6100 s. kanunun 119/1-ğ. maddesinin aradığı şekilde açıkça talep sonucu belirtilmemiş olacaktır.** Talep, talep türü ve davanın niteliği açıkça anlaşılamıyorsa, talep muğlâksa, aynı kanunun 119/2 nci maddesi gereğince, davacıya bir haftalık kesin süre verilerek talebinin belirsiz alacak davası mı, yoksa kısmi dava mı olduğunun belirtilmesi istenmelidir. Verilen bu süreden sonra, davacının talebini açıklamasına göre bir yol izlenmelidir. Eğer talep, davacı tarafından belirsiz alacak davası şeklinde açıklanmış olmakla birlikte, gerçekte belirsiz alacak davası şartlarını taşımıyorsa, o zaman yukarıdaki şekilde hareket edilmeli, hukuki yarar yokluğundan dava reddedilmelidir. Açıklamadan sonra talep belirsiz alacak davası şartlarını taşıyorsa, bu davanın sonuçlarına göre, talep kısmi davanın şartlarını taşıyorsa da kısmi davanın sonuçlarına göre dava yürütülerek karar verilmelidir…" (22. HD, 25.02.2014, 5518/3772: www.corpus.com.tr).

50 **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 246; **Önen,** E.: Medeni Yargılama Hukuku, Ankara 1979, s. 148.

51 **Berkin,** N.: Tatbikatçılara Medeni Usul Hukuku Rehberi, İstanbul 1981, s. 350.

takdirde, davacının açmış olduğu bir dava kabule şayan değildir ve hukuki yarar yokluğu nedeniyle esası incelenmeksizin reddedilmesi gerekir[52]. Çünkü dava şartları davanın açıldığı[53] ana göre belirlenir[54]. Hukuki yarar da kanunda dava şartı olarak düzenlendiğine göre, bunun varlığı davanın başında öncelikle incelenecektir[55]. Bir başka deyişle, dava şartı teşkil eden hukuki yarar davanın açıldığı anda var olan ve korunmaya değer bir yarar olmalıdır. Eğer açılan bir davada hukuki yarar yoksa (ve sonradan tamamlanması da mümkün değilse) bu dava esasa girmeden usulden reddedilecektir[56]. Davacının dava açmakta hukuki yararının bulunmasından maksat, davacının sübjektif hakkına hukuki korunma sağlanması hususunda mahkemeye başvurmasında hali hazırda hukuken korunmaya değer bir yararının bulunmasıdır. Diğer bir deyişle davacı hakkına kavuşmak için, hali hazırda mahkeme kararına muhtaç bir konumda değilse onun hukuki yararının bulunduğundan söz edilemez[57].

---

52 **Kuru**, Usul-II, s. 1391; **Kuru,** B.: Dava Şartları (Makaleler, İstanbul 2006, s. 147-188), s. 178; **Postacıoğlu, İ**. E.: Medeni Usul Hukuku Dersleri, İstanbul 1975, s. 187; **Taşpınar Ayvaz**, s. 277; **Hanağası**, s. 323.

53 Nitekim HMK m. 115/3 hükmünde "başlangıçtaki" dava şartı eksikliğinin giderilmesinden söz edilmiştir. Bu dahi dava şartlarının davanın açıldığı ana göre belirleneceğinin bir başka kanıtıdır (**Taşpınar Ayvaz**, s. 277).

54 **Kuru**, Dava Şartları, s. 144; **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 454; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 262; **Önen**, s. 148; **Alangoya,** Y./**Yıldırım,** K./**Deren- Yıldırım,** N.: Medeni Usul Hukuku Esasları, 7. Baskı, İstanbul 2009, s. 197. Ancak HMK m. 115/3 hükmüne göre, dava şartı noksanlığı, mahkemece davanın esasına girilmesinden önce fark edilmemiş; taraflarca ileri sürülmemiş ve fakat hüküm anında bu noksanlık giderilmişse, başlangıçtaki dava şartı noksanlığından ötürü, dava usulden reddedilemez. Belirsiz alacak davasının koşulları oluşmadığı halde açılması durumunda bir dava şartı teşkil eden hukuki yararın ancak bu hüküm çerçevesinde başlangıçta noksan olması göz ardı edilebilir. Yoksa HMK m. 115/2 hükmünün burada uygulanarak hukuki yarar bakımından dava şartı noksanlığının giderilmesi söz konusu olamaz (**Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 454).

55 **Hanağası**, s. 321 vd.; **Önen**, s. 151. Davanın başında, öncelikle ifadesinden anlaşılması gereken ise, mahkemenin, dava şartlarının var olup olmadığını dilekçelerin karşılıklı verilmesinden sonra ve esas hakkında incelemeye girişmeden önce araştırması gerektiğidir. Diğer bir anlatımla dava şartları, maddi hukuka ilişkin haklılık sebeplerinden önce incelenmelidir. Bu konuda ayrıntı için bkz. **Hanağası**, s. 295 vd.

56 **Önen**, s. 151.

57 Nitekim HMK m. 114/1-h hükmünün gerekçesinde bu duruma açıkça işaret edilmiştir. Gerekçeye göre "Maddenin birinci fıkrasının (h) bendinde ise davacının dava açmakta

Her dava davacının ihtiyacı olan ve yargılama sonunda verilecek esasa ilişkin bir kararla karşılanacak bir hukuki himayenin elde edilmesi için açılır[58]. Davayı kabule şayan kılacak menfaat, davacının bir hükme duyduğu ihtiyaç ile özdeşleşmektedir. Ancak, hukuki himaye ihtiyacını karşılayacak hükmün, davacı için "iyi, uygun, avantajlı ve yararlı" olması gerekir. Bir başka deyişle, dava açmakta menfaatin varlığı, "talep edilen kararın yararlı bir etkisi" olup olmadığı ile ilgilidir[59]. Söz konusu bu yararlı etkinin bulunup bulunmadığının belirlenmesi ise, kaçınılmaz olarak davacının talep sonucunun incelenmesini gerektirecektir. Çünkü talep sonucu, mahkemenin davayı kabul etmesi halinde kararında neyi hüküm altına alacağı hususunun açıkça beyan edilmesi keyfiyetidir[60]. Bu çerçevede davacının, davasının başarılı olması halinde elde edeceği hükmün yararlı bir etkisinin bulunmasının anlamı, talep sonucunun kabul edilmesi halinde davacının yarar elde edecek olmasıdır. Ancak bu durumda, davacının dava açmakta bir menfaatinin bulunduğu kabul edilebilecektir[61].

Davacının mahkemeye başvurmakta korunmaya değer hukuki bir yararı olabilir. Bir başka deyişle, aslında belirli olan alacağına kavuşmak için mahkeme kararına muhtaç olabilir[62]. Örneğin alacağının ödenmediği iddiasıyla

---

hukukî yararının bulunmasının bir dava şartı olduğu hususu açıkça vurgulanmıştır. Burada sözü edilen hukukî yarardan maksat, davacının sübjektif hakkına hukukî korunma sağlanması hususunda mahkemeye başvurmasında hâli hazırda hukuken korunmaya değer bir yararının bulunmasıdır. Bir başka ifadeyle, davacı hakkına kavuşmak için, hâli hazırda mahkeme kararına muhtaç bir konumda değilse onun hukukî yararının bulunduğundan söz etmek mümkün değildir. Bu şekilde anlam ve içerik yüklenen hukukî yarar kavramına grup davası bağlamında yeni bir açılımın getirilmesi de sağlanmış; hâli hazırda kollektif hukukî himaye ihtiyacı içerisinde bulunma da, bu kapsamda mütalaa edilmiştir…".

58 **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 193.

59 **Hanağası**, s. 127-128.

60 **Üstündağ,** S.: Medeni Yargılama Hukuku, C. I-II, 7. Baskı, İstanbul 2000, s. 466; **Bilge,** N./**Önen,** E.: Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, Ankara 1978, s. 440.

61 **Hanağası**, s. 128.

62 Her dava aslında mahkemeye yöneltilmiş bir iddiayı bünyesinde barındırmaktadır. Zira davanın açılması esnasında davacının varlığını iddia ettiği hak bakımından gerçekten haklı olup olmadığı bilinemez. Bu konu ancak mahkemenin davanın esasına ilişkin olarak vereceği kararla aydınlanacaktır. Bu nedenle çağdaş hukuk düzenlerinde dava

davacının mahkemeye başvurarak dava açmakta hukuki yararı olmadığı söylenemez. Ancak ihlal edildiği ileri sürülen her hak iddiasının dava açılmak suretiyle sadece mahkemeye taşınmış olması, bizi açılan her davada menfaatin de mevcut olduğu şeklinde bir ön kabule ve her durumda davanın esastan görülmesi sonucuna götürmeyecektir[63]. Önemli olan davacının dilekçesiyle açmış olduğu davasında hukuki yararının bulunmasıdır. Burada, açılan bir davada gerçekten mevcut olmayan hukuki yarar eksikliğinin, talebin başka bir davaya dönüştürülerek devamına olanak sağlanması ve esastan görülmesi yoluyla giderilmesinin mümkün olmaması gerekir. Derdest bir dava bakımından başlangıçta gerçekten mevcut olmayan bir hukuki yararın sonradan tamamlanması amacıyla mahkemece davacıya süre verilmesi söz konusu olamaz[64].

Bu bağlamda incelemekte olduğumuz sorun, davacının aslında belirli olan ya da kendisi tarafından belirlenmesi mümkün olan bir alacağını, belirsiz alacak davası şeklinde mahkemeye getirmesinde hukuki yararın olup olmadığıdır[65]. HMK m. 114/1-ğ hükmünde "dava açmakta hukuki yararın

---

açmak suretiyle mahkemelere özgürce başvuru hakkı herkese tanınmış ve bu hak anayasal bir hak (Anys. m. 36) olarak da güvence altına alınmıştır. Bir başka deyişle herkes davasının haklılığı ve hatta kabule şayanlığını önemsemeden ve hiçbir şart öngörülmeden, herhangi bir taleple mahkemeye başvurarak dava açabilir. Buna rağmen menfaat kavramı ile dava hakkı arasında hiçbir ilişki olmadığı söylenemez. Çünkü menfaat kavramı, dava yetkisi kavramı aracılığıyla bu hak bakımından "davanın ölçüsü" olarak ortaya çıkar. Esasa ilişkin bir karar elde etmek, ancak dava yetkisini haiz bir davacı için mümkündür. Menfaat dava yetkisinin varlık şartlarından biridir. Bu çerçevede, dava açmakta menfaati olmayan bir davacı, dava hakkı mevcut olduğundan serbestçe mahkemeye başvurup dava açabilir. Fakat açılmış olan bu dava, davanın konusuna ilişkin olarak dava yetkisi bulunmadığından esası incelenmeksizin usulden reddedilir. Bkz. **Hanağası**, s. 57-58.

63 Bu bağlamda hukuki ve meşru menfaat kavramı hakkında geniş bilgi için bkz. **Hanağası**, s. 136 vd.

64 **Simil**, s. 234.

65 Davacının belirsiz alacak davasına konu olamayacak (yani tam eda davası şeklinde açabileceği) talepleri ile belirsiz alacak davasına konu olabilecek taleplerini, aynı dava dilekçesi ile dava yığılması (m. 110) şeklinde açmasına bir engel yoktur. Bu bağlamda örneğin davacı aynı dilekçede kıdem ve ihbar tazminatı, ücret alacağı taleplerini tam eda davası, iş kazası ve meslek hastalığından doğan tazminat taleplerini ise belirsiz alacak davası şeklinde aynı dava dilekçesinde dava yığılması şeklinde açılabilir (**Kiraz**,

bulunması" ifadesinde yer alan *"dava açmakta"* ibaresine dayanılarak sadece belli bir talebin mahkemeye getirilmesi, uyuşmazlığın bir şekilde mahkemeye taşınması tek başına hukuki yararın da mevcut olduğu anlamına gelemez. Davacının aslında belirli olan bir alacağını kendi nitelendirmesine göre belirsiz alacak davası şeklinde açması, talep sonucunun da bu şekilde belirlemesi, az önce yapılan açıklamalar çerçevesinde, bu konuda gerçekten haklı olsa bile, hukuki yararının bulunduğunu göstermez[66]. Belirli bir alacak ancak tam eda davası şeklinde mahkemeye getirilirse dava açılmasında hukuki yarar olduğu kabul edilebilir[67]. Mahkeme, kanunun öngördüğü koşulları taşımadığı ve kendisinin de bu koşulların davacı tarafından tamamlanmasını temin ederek yargılamaya devam etmek yetkisi olmadığı halde, yargılama yaparak talebi esastan karara bağlayamaz. Bir başka deyişle mahkeme, kendisine kanunun öngördüğü şekilde yöneltilmeyen bir hukuki koruma talebinin gereğini, her halükarda uyuşmazlığın esası hakkında hüküm verecek şekilde yerine getirmek yükümlüğü altında olamaz. Aksine mahkeme, böyle bir durumda uyuşmazlık hakkında esasa ilişkin bir karar

---

Belirsiz Alacak Davası, s. 19). Dava yığılmasının söz konusu olduğu hallerde, dava yığılmasını teşkil eden birden fazla talepten her birinin (koşullarını taşımak şartıyla) belirsiz alacak davası şeklinde açılmasına da bir engel yoktur. Nitekim Yargıtay bir kararında bu duruma işaret etmiştir. "…6100 s. Kanunun 110. maddesinde düzenlenen, davacının aynı davalıya karşı birbirinden bağımsız birden fazla asli talebini aynı dava dilekçesinde ileri sürmesi olarak tanımlanan davaların yığılması (objektif dava birleşmesi) halinde, talep sayısı kadar dava bulunduğu kabul edildiğinden ve aynı Kanunun 297/2 nci maddesi uyarınca da her bir talep bakımından ayrı ayrı hüküm verilmesi gerektiğinden, bu durumda da dava dilekçesinde ileri sürülen taleplerin belirsiz alacak olup olmadığının her bir talep bakımından ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekecektir…" (22. HD, 25.2.2014, 5518/3772: www.corpus.com.tr).

66 Kaldı ki, belirli bir alacak için açılan dava, salt davacının dilekçesinde onu belirsiz alacak davası olarak nitelendirmesi ile belirsiz alacak davası haline gelemez. Önemli olan belirsiz alacak davasının kanunda öngörülen koşullarının gerçekleşmiş olmasıdır. Ayrıca, gerçekten belirsiz alacak davası şeklinde açılması mümkün olan bir davanın, tam eda davası şeklinde açılmasına da bir engel yoktur. Davacının davayı bu gibi hallerde tam eda davası şeklinde açması halinde, mahkeme de bu davayı belirsiz alacak davası olarak nitelendiremez. Belirsiz alacak davası yerine açılabilecek davalar hakkında bkz. **Pekcanıtez**, s. 67 vd.; **Simil**, s. 116 vd.

67 Zira belirli bir alacak için belirsiz alacak davası açılamayacağı gibi kısmi dava da (m. 109/1) açılamaz.

vermeden davayı usulden reddetme yetkisine sahiptir. Bilhassa tamamlanması mümkün olmayan dava şartı noksanlıklarında durum böyledir. Bu bağlamda önemli olan davacının tam eda davası açmasında hukuki yararının bulunması değil, belirli bir alacak için belirsiz alacak davası açmasında hukuki yararının bulunmamasıdır. Tam eda davası açılmasında hukuki yarar olsa bile, dava bu şekilde açılmamışsa, mahkeme davacıya talebini ve davasını tam eda davasına dönüştürmesi için süre veremez. Tam eda davası şeklinde açılması gerekirken belirsiz alacak davası şeklinde açılan (ve aslında hukuki yarar yokluğu nedeniyle reddedilmesi gereken) bir davadaki hukuki yarar noksanlığı, hâkim tarafından davacıya süre verilerek, davanın tam eda davasına dönüştürülmesine olanak sağlanması suretiyle tamamlatılamaz. Çünkü davacı tam eda davası açmamış, davasını belirsiz alacak davası şeklinde açmıştır. Belirli bir alacak için bu şekilde dava açılmasında ise hukuki yarar yoktur. İşte açılması caiz olmayan bu şekildeki bir belirsiz alacak davasındaki hukuki yarar noksanlığının, davanın tam eda davasına dönüştürülmesi suretiyle giderilmesi olanaklı değildir.

Belirsiz alacak davası olarak açılan bir davada, dava açmakta hukuki yararın bulunduğundan söz edilebilmesi için, HMK m. 107/1 hükmünde öngörülen koşulların gerçekleşmiş olması gerekir. Çünkü kanun ancak, m.107/1 hükmünde öngörülen koşulları taşıyan bir talebin belirsiz alacak davası şeklinde dava konusu yapılmasına cevaz vermiştir[68]. Hükmün konu-

---

[68] **Hanağası**'na göre, dava şartı olan menfaat kavramı ile hukuken korunan menfaat olarak anlaşılan ve bu nedenle de davanın esasına ilişkin bulunan hukuki menfaat kavramı birbirinden farklı iki kavramdır. Davacının dava açmaktaki menfaati, haklı olması ihtimalinde talebinin, onun mevcut hukuki durumunu değiştirmeye, iyileştirmeye elverişli olması halinde vardır. Ancak hukuken korunan bir menfaat ihlal edilmediği halde açılan bir dava onun hukuki durumunun iyileştirmeye elverişli görünüyorsa kabule şayan olacak, ancak böyle bir dava esastan reddedilecektir. Çünkü bu davada, davan haklılık şartı olan hakkın varlığı eksik olacaktır (**Hanağası**, s. 152). Öte yandan, davanın kabule şayanlığının değerlendirilmesi ve dolayısıyla, menfaate ilişkin her türlü inceleme, hâkim önüne taşınan talebin esasına ilişkin incelemeden bağımsız olarak yapılmalıdır. Hâkim dava şartlarının varlığını incelerken sadece bir kabule şayanlık sorununu incelemelidir (**Hanağası**, s. 153). Yine **Hanağası**'na göre, hukuki menfaatin varlığı, davacının dava sonucunda elde edeceği faydanın, talep ettiği hukuki himayenin dayanağını teşkil eden iddiaya bağlanmasını gerektirir. Davacının talebinin kabulü ihtimalinde elde edeceği fayda ile talebini dayandırdığı ve pozitif hukukun sonuç bağladığı iddia arasında uygun

luş amacı da bunu gerektirir. Aksi takdirde, belirsiz alacak davası açılmasının koşullarının[69] kanunda özel olarak düzenlenmesinin hiçbir anlamı kalmayacaktır. Her ne kadar eda davalarında hukuki yararın varlığı asıl, yani davacı dava açmakta hukuki yararı bulunduğunu ispat etmek zorunda değil ise de[70], hukuki nitelik olarak bir eda davası olan[71] belirsiz alacak davası buna bir istisna teşkil etmektedir. Yani ancak m. 107/1 hükmündeki koşulları taşıyan bir eda davası belirsiz alacak davası olarak nitelendirilebilir ve ancak bu takdirde hukuki yararın var olduğu kabul edilebilir. Bu bağlamda, davacının dava açarken alacağının tutarını belirlemesi imkânsız ya da bu belirlemeyi yapması kendisinden beklenemeyecek ise, eda davası şeklinde belirsiz alacak davası açmasında hukuki yararının mevcut olduğu kabul edilebilir; aksi takdirde bu şekilde bir davayı açmasında hukuki yararın bulunduğundan söz edilemez[72].

---

bir sebep sonuç ilişkisi olmalıdır. Davacının açtığı davayla elde edeceği faydanın nedeni, talebini dayandırdığı iddia değilse, davada hukuki menfaat eksik demektir (**Hanağası**, s. 154). Bu bağlamda belirli bir alacak için açılan belirsiz alacak davasında da elde edilecek fayda ile ileri sürülen iddia arasında uygun bir sebep sonuç ilişkisi bulunduğu söylenemeyecektir. Dolayısıyla, belirli bir alacak için belirsiz alacak davası açılan hallerde, davacının bir hakkı gerçekten ihlal edilmiş olsa bile, hâkim dava şartı olan hukuki yararı öncelikle sadece kabule şayanlık bakımından incelemeli ve bu davanın koşulları oluşmadan açıldığını tespit ederse, davayı esasını incelemeden usulden reddetmelidir.

69 Bundan maksat belirsiz alacak davası açılabilmesinin şartlarıdır (m. 107/1). Bu ifade belirsiz alacak davası için özel dava şartının öngörülmüş olduğu şeklinde anlaşılmamalıdır. Zira kanımızca da, belirsiz alacak davası için özel dava şartı ihdas etmeye ihtiyaç yoktur. Her davada aranan ve genel dava şartı teşkil eden hukuki yararın bulunması sorunun çözümü için yeterlidir (**Simil**, s. 236).

70 **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 250. Doktrinde belirtilen (**Çil/Kar**, s. 39) "Davacı bu tür dava açtığında hukuki yararının varlığını bildirmek ve kanıtlamak zorundadır" şeklindeki görüşe katılmak olanaklı değildir.

71 **Loosli**, s. 9-10; **Pekcanıtez**, s. 31; **Simil**, s. 94 vd.; **Yılmaz**, s. 735; **Ercan**, s. 127; **Özbay**, s. 147. "…Belirsiz alacak davası öncelikle bir eda davasıdır. Eda davasından farkı ise talep sonucunda istenilen alacağın dava açıldığı anda tam olarak belirlenememesidir…" (9. HD, 24.10.2011, 47206/39092: **Çil/Kar**, s. 203-206).

72 Nitekim HMK m. 107 hükmünün Adalet Komisyonu Gerekçesinde de bu duruma işaret edilmiştir. Gerekçeye göre "Belirsiz alacak ve tespit davalarına ilişkin hükümlerin mukayeseli hukukta da yer aldığı dikkate alınarak, davanın açıldığı tarihte alacağın

Öte yandan belirsiz alacak davası hukuki nitelik olarak mahkemeden istenilen hukuki himayeye göre bir eda davası[73,74] ise de, belirli bir alacak için açılan eda davasından özellikle davanın yürütülmesi ve karara bağlanması açısından önemli farklılıkları bulunmaktadır[75]. Öncelikle, belirsiz alacak davasında, eda davasından farklı olarak, dava dilekçesinde tespit edilebildiği ölçüde geçici bir talep sonucunun belirtilmesi yeterlidir. Yargılama esnasında alacağın tutarının tam ve kesin olarak belirlendiği anda davacı, davayı genişletme yasağına tabi olmaksızın talebini artırabilecektir (m. 107/2) Oysa belirli bir alacak için açılan eda davasında, alacağın tutarının tam olarak belirtilmesi gerekir. Aksi takdirde davacı davayı genişletme yasağı ile karşılaşacak, ancak diğer tarafın açık rızası ya da ıslah yoluna başvurarak talebini artırabilecektir. *Dolaysıyla kanun, belirli bir alacak için açılan eda davasında değil, ancak belirsiz bir alacak için açılan eda davasında, geçici bir talep sonucu belirtilmesine ve davayı genişletme yasağı ile karşılaşıl-*

---

miktarını yahut değerini tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin kendisinden beklenemeyeceği veya bunun imkânsız olduğu hâllerde, alacaklının, hukukî ilişki ile asgarî bir miktar ya da değer belirterek belirsiz alacak davası açabilmesi kabul edilmiştir. Alacaklının bu tür bir dava açması için, dava açacağı miktar ya da değeri tam ve kesin olarak gerçekten belirlemesi mümkün olmamalı ya da bu objektif olarak imkânsız olmalıdır. **Açılacak davanın miktarı biliniyor yahut tespit edilebiliyorsa, böyle bir dava açılamaz. Çünkü, her davada arandığı gibi, burada da hukukî yarar aranacaktır, böyle bir durumda hukukî yararın bulunduğundan söz edilemez.** Özellikle, kısmî davaya ilişkin yeni hükümler de dikkate alınıp birlikte değerlendirildiğinde, baştan tespiti mümkün olan hâllerde bu yola başvurulması kabul edilemez. Belirsiz alacak davası veya tespit davası açılması hâlinde, alacaklı, tüm miktarı belirtmese dahi, davanın başında hukukî ilişkiyi somut olarak belirtmek ve tespit edebildiği ölçüde de asgarî miktarı göstermek durumundadır…".

73 **Simil**, s. 94 vd.; **Pekcanıtez**, s. 31; **Karahacıoğlu/Parlar**, s. 432.

74 Gerek kısmi dava gerekse belirsiz alacak davası mahkemeden istenilen hukuki himayeye göre eda davasıdır. Ancak doktrinde belirsiz alacak davasının kısmi davanın bir türü olduğu şeklindeki nitelendirmeye (**Kuru,** B./**Budak,** A. C.: Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Getirdiği Başlıca Yenilikler, (Bankacılar Dergisi, 2011/78, s. 77-112, s. 12) biz de katılamamaktayız. Ayrıca bkz. **Simil**, s. 96; **Ercan**, s. 127. Zira kısmi davada davacının iradesi alacağının yalnız bir kısmını dava etmeye yöneliktir. Oysa belirsiz alacak davasında davacının iradesi alacağının tamamını dava etmek yönündedir.

75 Belirsiz alacak davası, tam eda davasından farklı olarak alacağın tutarı davanın açıldığı anda tam olarak belirlenemediği için özel olarak düzenlenmiştir (**Simil**, s. 95).

madan talebin artırılmasına izin vermiştir. Belirli bir alacak için dava dilekçesinde (belirsiz alacak davasında olduğu gibi) geçici bir talep sonucu belirtilerek tam eda davası ve kısmi dava açılmasına kanun müsaade etmemiştir. Bu şekilde dava açılmasında hukuki yarar görmemiştir[76]. Öyle olsaydı, bütün eda davalarında sadece geçici bir talep sonucu belirtilerek dava açılmasının mümkün olması gerekirdi. Mahkemenin talebini tam eda davasına çevirmesi, diğer bir deyişle talebini artırması için davacıya m.115/2 hükmüne göre süre vermesi, taleple bağlılık ilkesine de (m. 26/1) açık bir aykırılık oluşturacaktır[77].

Yukarıda da belirtildiği üzere, dava açılmasında hukuki yararın bulunması dava şartı teşkil etmektedir. Bir davanın belirsiz alacak davası şeklinde açılabilmesi için de dava şartı teşkil eden hukuki yararın bulunması gerekir[78]. Belirli bir alacak için belirsiz alacak davası açılmasında ise hukuki yarar yoktur[79]. Çünkü kanun belirsiz alacak davası açılmasında hukuki yararı, onun koşullarının gerçekleşmiş olmasında görmüştür. Dolayısıyla ancak bu koşulların gerçekleşmesi halinde davacının tam eda davasında sahip olmadığı bazı avantajlardan[80] yararlanabilmesi mümkün olacaktır. Kanun koyucu alacağın miktarını ya da tutarını dava açarken belirlemenin imkânsız olduğu hallerde, talebin mutlaka belirlenerek dava açılması halinde

---

76 Öyle ki kanun koyucu miktarı tartışmalı olmayan belirli bir alacak için kısmi dava açılmasında dahi hukuki yarar görmemiştir. Bu nedenle kanun koyucu tam eda davası şeklinde açılması gereken bir davanın kısmi dava şeklinde açılmasına cevaz vermemiştir (m.109/2).

77 **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 454.

78 **Yılmaz**, s. 742.

79 **Yılmaz**, s. 735; **Karahacıoğlu/Parlar**, s. 432. Ancak davacı belirlenebilen alacağı için belirsiz alacak davası açmış, fakat yargılama esnasında bu durum fark edilmeksizin davacı karşı tarafın açık rızasıyla veya ıslah yoluyla talep sonucunu değiştirmiş (yani alacağının tamamını talep edip davasını tam eda davasına dönüştürmüş ise), artık mahkeme bundan sonra HMK m. 115/3 hükmü karşısında hukuki yarar yokluğu nedeniyle davanın usulden reddine karar vermemelidir (**Pekcanıtez**, HMK Değerlendirmesi, s. 79-80; **Simil**, s. 236).

80 Geçici talep sonucunu belirtmenin yeterli olması, sadece bu miktar üzerinden dava açılırken harç ödenmesi, davayı genişletme yasağına tabi olmadan alacağın tutarının arttırılabilmesi nedeniyle karşı tarafın rızasına ve ıslaha başvurmaya gerek olmaması, alacağın tamamı için zamanaşımı kesilmesi, alacağın tamamı için faiz işlemesi gibi.

davacı aleyhine ortaya çıkabilecek bazı olumsuz durumları önlemek, hak arama özgürlüğü ve etkin hukuki koruma kavramlarıyla bağdaşmayan bazı durumları ortadan kaldırmak amacıyla bu dava türünü hukukumuza dâhil etmiştir[81]. Dolayısıyla, burada söz konusu olan hukuki yarar noksanlığı, HMK m. 115/2 hükmüne göre davacıya süre verilerek giderilebilecek bir noksanlık değildir. Çünkü alacak belirli veya belirlenebilen bir alacaktır. Mahkemenin süre vermesi halinde alacak belirsiz hale gelecek de değildir. Alacak zaten nitelik olarak dava açılmasından önce de belirli bir alacaktır. Mahkemenin hukuki yarar eksikliğini gidermek adına davacıya alacağını tam eda davasına dönüştürmesi, diğer bir deyişle talebini tam olarak belirlemesi için süre vermesi söz konusu olamaz. Önemli olan belirsiz alacak davası şeklinde açılamayacak bir davanın açılmış olmasıdır. Kanun bu şekilde bir talebin belirsiz alacak davası olarak nitelendirilip mahkemeye getirilmesine (dava konusu yapılmasına) cevaz vermemiştir. Talep bu

---

81 Nitekim HMK m. 107 hükmünün Adalet Komisyonu Gerekçesinde de bu duruma işaret edilmiştir. Söz konusu gerekçeye göre "Hak arama durumunda olan kişi, talepte bulunacağı hukukî ilişkiyi, muhatabını ve bu ilişkiden dolayı talep edeceği miktarı asgarî olarak bilmesine ve tespit edebilmesine rağmen, alacağının tamamını tam olarak tespit edemeyebilir. Özellikle, zararın baştan belirlenemediği, ancak bir incelemeden sonra tam olarak tespiti mümkün olan tazminat taleplerinde böyle bir durumla karşılaşılabilmesi söz konusudur. Hukuk sistemimiz içinde, böyle bir durumla karşılaşan kişinin hak araması bakımından birçok güçlük söz konusudur. Öncelikle kendisinden aslında tam olarak bilmediği bir alacak için dava açması istenmekte, ayrıca, daha sonra kendi talebinden daha fazla bir miktar alacağının olduğu ortaya çıktığında da bunu davayı genişletme yasağı çerçevesinde ileri sürmesi mümkün olabilmekteydi. Böyle bir durumda, gerçekten bilinmeyen bir alacak için dava açmaya zorlamak gibi, hak aramanın özüyle izah edilemeyecek bir yol ve aslında tarafın kendi ihmali ya da kusuru olmadığı hâlde bir yasakla karşılaşması gibi de bir engel söz konusuydu. Oysa, hak arama özgürlüğü, böyle bir sınırlamayı ve gerçek dışı davranmaya zorlamayı değil, gerçekten hakkı ihlâl edilen veya ihlâl tehlikesi altında olan kişiyi, mümkün olduğunca geniş şekilde korumayı amaçlamalıdır. Son dönemde, gerek mukayeseli hukukta gerekse Türk hukukunda artık salt hukukî korumanın ötesine geçilerek "etkin hukukî koruma"nın gündeme gelmiş olması da bunu gerektirir. Kaldı ki, miktar ya da değeri belirsiz bir alacak için dava açılması gerektiğinde birtakım sınırlamalar getirmek, dava içinde yeni taleplere veya o davanın dışında yeni davalara yol açarak, usûl ekonomisine aykırı bir durum da meydana getirecektir. Ayrıca, miktarı veya değeri bilinmeyen bir alacak için klasik kısmî davanın da tam bir çözüm üretmediği gerçektir…"

şekilde dava konusu yapılsa bile, davacıya süre verilerek hukuki yarar eksikliğini giderme yetkisini Kanun mahkemeye tanımamıştır. Aksine davranış, yukarıda da belirtildiği üzere hâkimin davacıya davayla ilgili olarak yol göstermesi anlamına gelir ve hâkimin reddi sebebi teşkil eder (m. 36/1-a).

Aslında koşulları oluşmadığı halde belirsiz alacak davası açılması halinde, davacı dava açarken sadece dilekçesinde belirttiği tutar üzerinden harç[82] ödeyecektir. Ayrıca, talebini davayı genişletme yasağı ile karşılaşmadan ve dolayısıyla karşı tarafın rızasına ya da ıslah yoluna başvurmaksızın arttırabilecektir. Sadece dava konusu yaptığı alacak tutarı için değil alacağın tamamı için dava açıldığı anda zamanaşımı kesilecektir[83]. Yine alacağın tamamı için davanın açıldığı andan itibaren faize hükmedilecektir[84]. Eğer belirsiz alacak davası açılmasının koşulları oluşmamışsa, davacı sadece bu davanın açılması koşullarının gerçekleşmesi halinde sahip olacağı hak ve avantajlara, koşullarını taşımadan belirsiz alacak davası açtığı takdirde de sahip olacaktır. Bu ise kanun koyucunun amacına aykırı olacaktır. Zira kanun koyucu ancak alacağın tutarının davanın açıldığı anda belirlenmesinin

---

82 Ayrıntı için bkz. **Simil**, s. 327 vd.

83 Belirsiz alacak davasında alacağın tamamı için zamanaşımın kesilip kesilmeyeceği hususunda da doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre, zamanaşımı kesilmesi davanın açılmasına bağlanan bir maddi hukuk kuralıdır. Hem eski hem de yeni Borçlar Kanunu zamanaşımını kesen halleri ve sebepleri belirlemiştir. Henüz dava konusu edilmeyen veya takip konusu yapılmayan talepler zamanaşımı kesmez. Buna ilişkin kanunlarda bir düzenleme ne kabul edilen yeni HMK hükümlerinde, ne Alman hukukunda ne de İsviçre hukukunda mevcuttur. Yorum yoluyla böyle bir maddi hukuk kuralı değiştirilemez (**Kılıçoğlu** A. M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 15. Bası, Ankara 2012, s. 866). Buna karşılık doktrinde hâkim olan ve bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre ise, belirsiz alacak davasında alacağın tamamı bakımından davanın açılmasıyla birlikte zamanaşımı kesilir. Çünkü belirsiz alacak davasında, kısmi davada olduğu gibi alacağın bir kısmı değil tamamı dava edilmektedir. Sadece alacaklı davanın açıldığı esnada belirleyebildiği kadarıyla alacak tutarını geçici talep sonucu olarak dava dilekçesinde belirtmektedir. **Loosli**, s. 163 vd.; **Gottwald,** s. 21; **Pekcanıtez**, s. 58 vd.; **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 443; **Simil**, s. 347 vd.; **Umar,** B.: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Ankara 2014, s. 319-320; **Kuru/Budak**, s. 85; **Yılmaz**, s.757, 762; **Ercan**, s. 157-158; **Özbay**, s. 147; **Kiraz**, s. 23; **Kiraz**, Belirsiz Alacak Davası, s. 17; **Tutumlu,** M. A.: Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Yeni ve Değişik Hükümlerinin Yorumu, 2. Baskı, Ankara 2012, s. 116; **Akil**, s. 281; **Çil/Kar**, s. 29.

84 **Simil**, s. 346-347; **Pekcanıtez**, s. 72-73.

imkânsız olduğu ya da davacıdan beklenemeyecek olduğu hallerde belirsiz alacak davası açılmasına izin vermiştir ve ancak bu şartlar altında davacının bu davayı açmakta hukuki yararı olduğunu kabul ederek bazı avantajlardan davacının yaralanmasına cevaz vermiştir. Aksi takdirde, kanunun dahi davacıya tanımadığı hak ve avantajları mahkeme davacıya tanımış olacaktır ki, bu kabul edilemez.

Bu nedenle, kanaatimizce de, belirsiz alacak davasının koşulları oluşmadan açılan bir davanın, mahkemece kendiliğinden tam eda davası olarak kabul edilmesi ve bu şekilde yargılama yapılarak hüküm verilmesi de isabetli olmayacaktır[85]. Aksi takdirde, belirsiz alacak davasının koşullarının açıkça düzenlenmesinin bir anlamı kalmazdı. Kaldı ki, böyle bir davanın tam eda davası olarak kabul edilmesi ve sonuçta bu yönde hüküm kurulması davacının menfaatlerine de aykırı olabilecektir. Zira davacı, belirsiz alacak davası açma hakkı olduğunu düşünerek aslında belirli bir alacak için bu davayı açmış ise, ileride davayı genişletme yasağı ile karşılaşmadan talebini artırabileceğine inanmıştır. Eğer yargılama esnasında ıslah yoluna başvuru hakkını başka bir sebeple kullanmış ise artık bu yolla da talebini arttırmayacaktır. Ayrıca davacının alacağı dava dilekçesinde belirttiği miktar üzerinden hüküm altına alındığı ve bu hüküm de kesinleştiği takdirde, alacağının gerçek miktarı için dava açtığı takdirde, bu kez kesin hüküm engeliyle karşılaşabilecektir. Oysa dava hukuki yarar yokluğu nedeniyle usulden reddedilecek olursa, davacının alacağını tam eda davası şeklinde yeniden açması mümkün olacaktır[86]. Bu nedenle, belirli bir alacak için belirsiz alacak davası açılan hallerde, mahkeme bu davaya kendiliğinden eda davası olarak devam edemeyeceği gibi davacıya süre vererek talebini eda davasına dönüştürmesini de isteyemez.

Belirsiz alacak davasının koşullarını taşımayan bir davanın usul ekonomisi ilkesi gereğince eda davası olarak kabul edilmesi ya da mahkemenin bu

---

85 **Simil**, s. 236.

86 Hukuki yarar yokluğu nedeniyle mahkemece verilecek usulden ret kararı, sadece hukuki yararın bulunmadığı noktasında kesin hüküm teşkil edecektir (**Kuru**, Dava Şartları, s. 187; **Berkin**, s. 351; **Hanağası**, s. 325). Bu nedenle, belirlenebilen bir alacak için açılan ve usulden reddedilen belirsiz alacak davasına konu yapılan talep daha sonra normal eda davasına konu yapıldığı takdirde, davalı maddi anlamda kesin hüküm itirazında bulunamayacaktır (**Simil**, s. 237).

amaçla davacıya süre vermesi de savunulamaz. Eğer koşullarını taşımadığı halde belirsiz alacak davası adı altında açılan bir davanın usulden reddi, usul ekonomisi ilkesine aykırı sayılacaksa, bu bizi koşulları oluşmadan açılan her davada aynı sonucu kabul etmeye götürecektir ki, bu sonuç kabul edilemez. HMK m. 30 hükmüne göre "Hâkim, yargılamanın makul süre içinde ve düzenli bir biçimde yürütülmesini ve gereksiz gider yapılmamasını sağlamakla yükümlüdür". Koşulları oluşmadığı halde belirsiz alacak davası açılan hallerde, bu davanın mahkemece davacıya süre verilerek tam eda davasına dönüştürülmesi ve davaya devam edilmesi, ne yargılamanın makul süre içinde ve düzenli olarak yürütülmesi ne de gereksiz gider yapılmamasının sağlanması olarak değerlendirilebilir. Koşullarını taşımayan belirsiz alacak davasının usulden reddi yerine, mahkemece süre verilerek başka bir davaya dönüştürülmesi gereksiz yere yeni bir davanın açılmasının önlenmesine hizmet ettiği gerekçesiyle de usul ekonomisine uygun sayılamaz. Aksi takdirde koşullarını taşımayan her davanın usul ekonomisi ilkesi gereğince bir şekilde mahkemece koşulları tamamlatılarak o davaya devam edilmesi soncuna yol açar ki, bu sonuç kabul edilemez. Bu bağlamda nasıl ki eda davası açılabilecek hallerde tespit davası açılmasında hukuki yarar yoksa[87] ve mahkemece davaya eda davası olarak devam edilmesi mümkün değilse, koşullarını taşımayan bir belirsiz alacak davasının da tam eda davasına dönüştürülerek davaya devam edilmesinin mümkün olmaması gerekir. Usul ekonomisi ilkesi her ne kadar usul kurallarının yorumunda dikkate alınması gereken bir ilke ise de[88], kanunun açık hükümlerinden kanuna aykırı bir sonuç çıkarmak için bir yorum aracı olarak kullanılamaz. Hâkim hukuk kurallarını yorumlamada ve uygulamada usul ekonomisi ilkesini ölçüt olarak alırken, çok dikkatli davranmalı, bu ilkeyi her fırsatta başvurulan bir can simidi olarak görmemeli ve her işlemine gereksiz yere dayanak olarak da göstermemelidir[89].

Usul ekonomisine aykırılık teşkil eden kural emredici nitelikte değilse ve hâkime takdir hakkı tanıyorsa, hâkim ancak bu takdirde takdir yetkisini

---

87 **Kuru,** B./**Budak,** A. C.: Tespit Davaları, 2. Baskı, Ankara 2010, s. 127 vd.; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 261; **Hanağası**, s. 253 vd.

88 **Rüzgaresen,** C.: Medeni Muhakeme Hukukunda Usul Ekonomisi İlkesi, Ankara 2013, s. 72; **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 80.

89 **Rüzgaresen**, s. 72.

kullanarak usul ekonomisine uygun bir yol izleyebilir. Buna karşılık uygulanacak kural emredici nitelikte ise, hâkim bu kural ile bağlı olup, usul ekonomisini gerekçe göstererek kuraldan sapamaz ve kuralın içini boşaltamaz. Zira hâkim hukuk devleti ilkesinin gereği olarak bu normu uygulamak zorundadır. Aksi halde yargılama düzeninin bozulmasına sebebiyet vermiş olur. Bundan hareketle, usul ekonomisinin sınırlarının yargılama hukukunun emredici kuralları olduğu ifade edilmektedir[90]. Bu bağlamda belirsiz alacak davasının koşullarını belirleyen HMK m. 107/1 hükmünün emredici nitelikte olduğu söylenebilir. Bunun sonucu olarak, bu davanın koşullarını taşımayan bir dava açıldığı takdirde, hâkimin söz konusu davaya tam eda davası olarak devam edilmesini sağlamak için usul ekonomisi ilkesini de gerekçe göstererek davacıya süre verme hususunda bir takdir hakkı bulunduğundan söz edilemez.

2. Mahkemenin HMK m. 31 Hükmüne Göre Davacıya Süre Vermesi Gerektiği Görüşü ve Görüşün Değerlendirilmesi

a. Görüş

Bu görüşe göre[91], koşulları oluşmadan açılan belirsiz alacak davasında, hâkim HMK m. 31 hükmünde düzenlenmiş olan davayı aydınlatma ödevi[92] çerçevesinde davacıya süre vererek talep sonucundaki eksikliği gidermelidir. Bu görüşe göre koşulları oluşmadan açılan belirsiz alacak davası, hukuki yarar yokluğu nedeniyle reddedilmemeli, hâkim davayı aydınlatma ödevi bağlamında davacıya dava dilekçesinde belirttiği talep sonucundaki eksikliği gidermesi için süre vermelidir. Bu görüşe göre, davanın türü dava dilekçesinde yanlış olarak nitelendirilmiş olsa bile hâkimin aydınlatma ödevi ile bu eksiklik giderilebilir. Talep konusunun miktarının taraflar arasında tartışmasız ya da açıkça belirli olup olmadığı, davaya cevap verilmesinden sonra belli olur. Bu bakımdan davanın belirsiz alacak davası ya da kısmi dava olarak görülmesinde hukuki yararın eksik olup olmadığı ön inceleme aşamasında değerlendirilmelidir. Davcının belirsiz alacak davası açmasında hukuki

---

90 **Rüzgaresen**, s. 81.

91 **Çil/Kar**, s. 51 vd.

92 Bu konuda geniş bilgi için bkz. **Karaaslan,** V.: Medeni Usul Hukukunda Hakimin Davayı Aydınlatma Ödevi, Ankara 2013.

yararının olmadığı tespit edilirse, dava şartı eksikliği nedeniyle dava hemen reddedilmemeli, hukuki yarar eksikliğinin giderilmesi amacıyla davacıya süre verilmelidir. Bir başka deyişle, hukuki yarar noksanlığı giderilmesi mümkün olan dava şartları arasında yer aldığından, mahkemenin davayı aydınlatma ödevi çerçevesinde davacıya bir ya da iki hafta süre vererek buna olanak sağlaması gerekir[93]. Bu görüşe göre, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda noksanlığı halinde giderilmesi mümkün olan dava şartlarının hangileri olduğu açıkça belirtilmediğine göre, hukuki yararın noksanlığı giderilmesi mümkün olmayan dava şartlarından olduğu ileri sürülemez. Belirli bir alacak için belirsiz alacak davası açılan hallerde, talebin tam eda davasına dönüştürülmesi için davacıya süre verilmesi, davanın değiştirilmesi yasağının kapsamına da girmez. Kaldı ki, bu şekilde açılan bir davaya tam eda davası olarak devam edilmesi, usul ekonomisine de uygun olacaktır[94]. İşçilik alacakları ile ilgili davaların belirsiz alacak davası veya kısmi dava şeklinde açılamayacağını ileri sürmek, adil sonuçlar doğurmayacağı gibi iş hukukuna hâkim olan ilkelerden, işçinin korunması ilkesiyle de bağdaşmayacaktır. Ayrıca işçilik alacaklarının belirsiz alacak davası şeklinde açılmasına olanak tanınması, özellikle ıslah ve ek dava gibi kurumları devreden çıkaracağı gibi adaletin daha hızlı olarak tecelli etmesine de fırsat sağlayacaktır. İşçilik alacaklarının hesabı ispatı gereken birçok unsura dayandığı için, hesabın unsurlarında oluşacak her hangi bir uyuşmazlık, belirsiz alacak davası açılmasını mümkün hale getirecektir[95].

b. Görüşün Değerlendirilmesi

Bu görüş de yukarıdaki görüşlere paralellik göstermekle birlikte, gerekçe bakımından farklılık taşımaktadır. Zira yukarıda da belirtildiği üzere, bir görüşe göre HMK m. 119/2 hükmü, diğer bir görüşe göre HMK m. 115/2 hükmü uygulanarak dava dilekçesindeki eksiklik ve hukuki yarar noksanlığı giderilmeli, bu son görüşe göre ise HMK m. 31 hükmünde düzenlenen hâkimin davayı aydınlatma ödevi çerçevesinde talep sonucundaki eksiklik ve hukuki yarar noksanlığı giderilmelidir.

---

93 **Çil/Kar**, s. 50-51.

94 **Çil/Kar**, s. 52.

95 **Çil/Kar**, s. 189-190.

Bu son görüş de doktrinde haklı olarak eleştirilmiştir. Doktrinde bu görüşe yönelik olarak ileri sürülen eleştirilere[96] biz de aynen katılmaktayız. Hâkimin davayı aydınlatma ödevi başlığını taşıyan HMK m. 31 hükmüne göre "Hâkim, uyuşmazlığın aydınlatılmasının zorunlu kıldığı durumlarda, maddi veya hukuki açıdan belirsiz yahut çelişkili gördüğü hususlar hakkında, taraflara açıklama yaptırabilir; soru sorabilir; delil gösterilmesini isteyebilir". Konunun daha iyi değerlendirilebilmesi için hâkimin davayı aydınlatma ödevi hakkında burada kısa bir açıklama yapılmasının yararlı olacağını düşünüyoruz.

Hâkimin davayı aydınlatma ödevi, taraf irade özgürlüğüne bırakılmış ve taraflarca getirilme ilkesinin geçerli olduğu bir yargılamada, tarafların yargısal faaliyet iddialarının ve getirdiklerinin eksiklik barındırması ve belirsiz olması durumunda bunların giderilerek yargılamanın devamının sağlanması konusunda hâkimin taşıdığı yükümlülüğü ifade etmektedir[97]. Dolayısıyla bu kavram[98] hukuki bir hükmün uygulanmasına veya uygulanmamasına yönelik iddia edilmemiş veya getirilmemiş bir unsuru veya defiyi değil, sadece yargılamanın kapsamına bir şekilde girmiş iddia ve delilleri içerir[99]. Öte yandan hâkimin kanuna bağlı olması ve yargılama faaliyetini bu çerçevede yerine getirme yükümlülüğü, hâkimin taraflar karşısında tarafsızlığına ilişkin bir emri de ihtiva eder. Bu tarafsızlık nedeniyle hâkim, yabancısı olduğu uyuşmazlığa ilişkin olarak taraflara eşit uzaklıkta durarak hukuki koruma talepleri hakkında yargılama yapmalıdır. Bunun temini için, hâkimin pasif konumda olması zorunludur[100].

Hâkimin davayı aydınlatma ödevi, taraflarca getirilen vakıalara ilişkin olabileceği gibi[101], talep sonucuna da ilişkin olabilir. Bir başka deyişle

---

96 Bkz. **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 454; **Simil**, s. 236.

97 **Meriç,** N.: Hakimin Davayı Aydınlatma Yükümlülüğü (Prof. Dr. Bilge Umar'a Armağan DEÜHFD, C. 11, Özel Sayı 2009, İzmir 2010, s. 377-424), s. 378.

98 Hâkimin davayı aydınlatma ödevinin, açıklama, tamamlama ve bilgilendirme, işaret etme ve dönüştürme (değiştirme) gibi fonksiyonları bulunmaktadır. Bu konuda geniş bilgi için bkz. **Karaaslan**, s. 29 vd.; **Meriç**, s. 404 vd.

99 **Meriç**, s. 378; **Karaaslan**, s. 30.

100 **Meriç**, s. 383.

101 Bu konuda bkz. **Meriç**, s. 396 vd.

davayı aydınlatma ödevi sadece vakıaları ve bunların ispatına yönelik olarak ileri sürülen delilleri değil, tarafların talep sonuçlarını da kapsar[102]. Davacının dava dilekçesinde belirtmiş olduğu talep sonucu bazen belirsizlik taşıyabilir. Böyle bir durumda hâkim, davayı aydınlatma ödevi çerçevesinde, davacıya talebini açıklattırabilir. Belirsiz de olsa eğer dava dilekçesinde bir talep sonucu belirtilmiş ise, mahkemeye yönelik olarak bir hukuki korunma talebi mevcut olacağından, dava dilekçesinde bir eksiklik bulunduğundan söz edilemez. Ancak dava dilekçesinde belirtilmiş olan bir talebin belirsizlik taşıması halinde hâkim davayı aydınlatma ödevi çerçevesinde bu belirsizliğin giderilmesini isteyebilir[103]. Bu bağlamda örneğin talep sonucu olarak eda davası mı yoksa tespit davası mı açtığı belli olmayan davacıya, hâkim neyi talep etiğini bu ödev çerçevesinde sorabilir ya da tarafın mahkemeye sunduğu bir vakıa iki ayrı talep oluşturacak şekilde ifade edilmiş, fakat neyin istendiği tam olarak anlaşılmıyorsa, hâkim bu durumda da davayı aydınlatma ödevi çerçevesinde ilgili tarafa soru sorarak talebi açıklığa kavuşturabilir[104].

Hâkimin davayı aydınlatma ödevi taraf egemenliğine bırakılmış bir yargılamada doğal olarak tarafların iddialarıyla sınırlı olacaktır. HMK m.25 hükmünde, hâkimin tarafların söylemediği şeyi veya vakıaları kendiliğinden dikkate alamayacağı ve onları hatırlatabilecek hallerde dahi bulunamayacağı belirtilerek bu ödevin sınırları belirlenmiştir. Bu bağlamda tarafların iddia ve savunmaları içinde hiç yer almayan bir vakıanın hâkim tarafından yargılamaya sokulması, bu ödevin sınırları dışında kalır[105] ve bu durum hâkimin reddi sebebi teşkil eder (m. 36/1-a)[106]. Dolayısıyla hâkim ancak mevcut olan

---

102 **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 312; **Meriç**, s. 391 vd.

103 **Meriç**, s. 392.

104 **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 374-375; **Alangoya**, Y.: Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delilerin Toplanmasına İlişkin İlkeler, İstanbul 1979, s. 143.

105 **Meriç**, s. 404; **Karaaslan**, s. 115 vd.

106 Hatta hâkimin davayı aydınlatma ödevinin sınırlarını aşması halinde bir taraf bundan zarar görmüş ise bu durum hâkimin sorumluluğuna da sebebiyet verebilir. Ancak hâkimin yargılama faaliyetinden dolayı Devlete karşı açılacak sorumluluk davasının sebepleri tahdidi olarak düzenlenmiş olduğundan (HMK m. 46) ve söz konusu durum bu sebeplere dâhil edilemediğinden, davayı aydınlatma ödevinin ihlali görev esnasında işlenmiş bir haksız fiil gibi değerlendirilmeli ve haksız fiilin unsurlarının gerçekleşmesi halinde, bu sebeple sorumluluk davasının açılması mümkün olmalıdır (**Meriç**, s. 411).

vakıa ve taleplere ilişkin belirsizlik ve çelişkilerin giderilmesini sağlamaya çalışır, bu çerçevede dilekçelerde mevcut olan boşlukları, kapalı, belirsiz ve çelişkili durumları ortadan kaldırmaya çaba gösterir. Bir başka deyişle hâkim sadece taraflarca usulüne uygun bir şekilde ileri sürülen vakıaları tamamlayıcı ve açıklayıcı nitelikteki vakıaların getirilmesine işaret edebilir. Bunun dışında yeni vakıaların davaya dâhil edilmesi aydınlatma ödevinin amaçlarından değildir. Hâkimin bu bağlamda taraflara yaptıracağı açıklama, daha önceden mahkemeye sundukları dava malzemesinin nasıl anlaşılması gerektiği noktasında olmalıdır. Hâkimin davayı aydınlatma ödevini yerine getirirken yapacağı uyarılar dava değişikliğine yol açmamalıdır[107]. Ancak hâkim bunu yaparken davada mevcut olmayan vakıa ve talepleri ortaya çıkarmaya çalışamaz, kaldı ki esasen bunu yapması da yasaktır[108]. Özetle, taraflarca iddia edilmiş olan hususlardaki eksikliklerin tamamlanması, belirsizliklerin ve çelişkilerin açıklığa kavuşturulması, açık olmayan talep sonucunun belirgin hale getirilmesi, hukuki nitelendirmeler konusunda tarafların açıklamada bulunabilmeleri, ancak tarafların belirlediği kapsamda söz konusu olabilir. Hâkimin bu kapsamın dışına çıkması, eşit olanaklara sahip olan taraflar arasındaki dengenin bozulmasına da neden olacaktır[109].

Hâkimin davayı aydınlatma ödevine ilişkin olarak yapılan bu kısa açıklama çerçevesinde, koşulları oluşmadan açılan belirsiz alacak davasında, hâkimin aydınlatma ödevinin işlerlik kazanıp kazanamayacağının irdelenmesi gerekir. Hemen belirtmek gerekir ki doktrinde isabetli olarak belirtildiği üzere, koşulları oluşmadan açılan belirsiz alacak davasında hâkim aydınlatma ödevi çerçevesinde, talebini belirlemesi, bunu arttırarak tam eda davasına dönüştürmesi için davacıya süre veremez[110]. Bir başka deyişle, koşulları oluşmadığı halde belirsiz alacak davası şeklinde açılan bir dava, hâkimin aydınlatma ödevi çerçevesinde davacıya süre verilerek tam eda davasına dönüştürülemez, bu yolla talep sonucundaki belirsizlik veya çelişkilerin ve aslında eksik olan hukuki yararın giderildiğinden söz edilemez[111].

---

107 **Karaaslan**, s. 30.

108 **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 375.

109 **Meriç**, s. 402.

110 **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 454; **Simil**, 236.

111 Aksi görüş, **Çil/Kar**, s. 51 vd.

Çünkü yukarıda da belirtildiği üzere, her ne kadar hâkimin davayı aydınlatma ödevi talep sonucuna ilişkin olabilir ise de, bu ödev ancak tarafların ileri sürdüğü vakıalarda ve talep sonuçlarında bir belirsizlik ya da çelişkinin bulunması halinde işlerlik kazanabilir. Oysa burada incelenen sorunda ileri sürülen talep sonucunda hâkimin davayı aydınlatma ödevine başvurulmasını gerektirecek bir belirsizlik ya da çelişki söz konusu değildir[112]. Davacı dava dilekçesinde belli bir talep sonucu belirleyerek dava açmıştır. Onun bu talebinin belirsiz alacak davasına konu olamaması (bu davanın koşullarını taşımaması) ileri sürülen talebin belirsiz olduğu ya da çelişki taşıdığı anlamına gelemez. Belirsiz alacak davasında geçici bir talep sonucu belirlenerek dava açılmasının nedeni, davacının dava açarken gerçekten alacağının tutarını belirlemesinin imkânsız ya da kendisinden beklenemeyecek olmasıdır. Oysa aslında tam eda davası şeklinde açılması gereken bir davayı belirsiz alacak davası şeklinde nitelendirerek açan davacının, alacağının tutarını dava açarken belirlemesi ne imkânsızdır ne de kendisinden beklenemeyecek niteliktedir. Davacının, aslında tam eda davası olarak açması ve nitelendirmesi gereken bir davayı, belirsiz alacak davası olarak açıp nitelendirmesi, talebin belirsizliği anlamına gelemez ve hâkimin davayı aydınlatma ödevinin işlerlik kazanmasına yol açamaz.

Öte yandan her ne kadar hâkimin davayı aydınlatma ödevinin değiştirme (ya da dönüştürme) gibi bir fonksiyonu var ise de, bu ödev, hâkimin sadece talep sonucundaki belirsizliği giderme konusunda söz konusu olabilir. Yoksa *hâkimin uygun bir talep sonucunun ileri sürülmesini sağlama hususunda herhangi bir ödevi bulunmamaktadır*[113]. Önemle vurgulamak gerekir ki, talep sonucunu arttırma ve değiştirmenin davayı değiştirme sonucunu beraberinde getirmesi ve bunun ancak diğer tarafın açık muvafakati ve ıslah ile mümkün olması karşısında (m. 141), hukukumuz bakımından uygun bir talep sonucunun ileri sürülmesini sağlama konusunda hâkimin davayı aydınlatma gibi bir ödevi bulunduğundan söz edilemez[114]. Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümleri çerçevesinde, hâkim talep sonucunun davacının vakıa iddialarına uygun olmadığını fark etse bile, davayı değiştirme ve genişletme

---

112 **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 454.

113 **Karaaslan**, s. 41, s. 126; **Alangoya**, s. 143-144, s. 155.

114 **Karaaslan**, 40-41.

yasağı nedeniyle, bu durumun giderilmesi için tarafa uyarıda bulunması mümkün olmayacaktır. Zira kanunda aydınlatma ödevinin yerine getirilmesi sonucu dilekçe içerikleri ile uyumlu olacak şekilde talep sonucunun değiştirilmesi davayı değiştirme ve genişletme yasağının bir istisnası olarak kabul edilmemiştir[115]. Bu nedenle, dava dilekçesinde belirsiz alacak davasına uygun olmayacak (konu olamayacak) şekilde bir talep ileri süren davacıya, hâkimin davayı aydınlatma ödevinden söz edilerek ileri sürdüğü talebi tam eda davasına uygun olacak şekilde değiştirmesi (dönüştürmesi) için süre verilemez.

Diğer yandan belirsiz alacak davasında, davanın temelini oluşturan vakıalarda da bir belirsizlik söz konusu değildir. Talep sonucunun aksine, davanın dayanağını oluşturan vakıalar bellidir, davacı bu vakıaları tam olarak yargılamaya getirmek durumundadır. Aksi takdirde davayı değiştirme ve genişletme yasağı ile karşılaşacaktır[116]. Dolayısıyla davanın dayanağını oluşturan vakıaların eksik olarak yargılamaya getirilmesi halinde de hâkim davayı aydınlatma ödevi çerçevesinde davacıya süre vererek vakıaları yargılamaya getirmesini isteyemez. Şüphesiz belirsiz alacak davasında da ileri sürülen vakıalarda bir belirsizlik ya da çelişki varsa, hâkim davayı aydınlatma ödevini devreye sokarak bunların giderilmesini sağlamaya çalışacaktır.

Belirli bir alacak için tam eda davası açılması gerekirken belirsiz alacak davası açılmış ise, davacı alacağının miktarını davanın açıldığı anda tam olarak bildiği halde, alacağının tamamını talep etmeyip sadece geçici bir değeri dilekçesine yazarak dava açmış olacaktır. Hâkim de bu talebin belirsiz alacak davası olarak açılmasının mümkün olmadığını tespit etmesi halinde, davacıya süre vererek, *"talebini eksik olarak belirtmişsin, senin alacağın bu kadar değildir, alacağının tam tutarını belirterek dava aç; senin normalde bu şekilde belirsiz alacak davası açmakta hukuki yarar olmasa da, davayı usulden reddetmek yerine ben sana süre veriyorum talebini tam eda davasına dönüştür"* diyecektir. Hâkimin bu şekilde hareket etmesi kabul edilemez. Hâkimin bu davranışı öncelikle tasarruf ilkesiyle bağdaşmaz. Çünkü tasarruf ilkesine göre, yargılamayı başlatmak, yargılamanın içeriğini (yani dava konusunu) belirlemek ve onu sona erdirmek tarafların tasarrufun-

---

115 **Karaaslan**, s. 162.

116 **Pekcanıtez**, s. 49-50; **Simil**, s. 140.

dadır[117]. Hâkimin tarafların dilekçeleriyle bağlı olması tasarruf ilkesinin bir sonucudur. Davacı dava konusunu belirlemekte özgür ise de, bu durum hâkim bakımından bir sınırlama olarak ortaya çıkacak, yani hâkim ancak dava konusu yapılmış olan talep hakkında yargılama yaparak hüküm verebilecektir[118]. Bu durum aynı zamanda taleple bağlılık ilkesinin de bir sonucudur. Çünkü davacı talebini belirleyerek dava açmıştır. Hâkimin bu şekilde hareket ederek talep sonucunu artırması için davacıya süre vermesi, açıkça talep sonucunun arttırılmasıdır[119]. Talep sonucunun arttırılması ise davayı genişletme yasağına tabidir. Davacı bunu ya diğer tarafın açık rızasıyla ya da ıslah yoluna başvurarak yapabilir (m. 141). Oysa hâkim davacıya süre verecek olursa, davalının rızası olmadığı halde talep sonucu arttırılmış olacaktır. Bu ise hâkimin tarafsızlığı, taraflara eşit davranma ilkesine açık bir aykırılık teşkil edecektir. Hâkim hiçbir şekilde adeta taraflardan birisine "hukuki danışmanlık" yapacak şekilde hareket edemez ve yol gösteremez. Aksine hâkim yargılama görevini her iki tarafın da menfaatlerini eşit şekilde gözeterek ve tarafların iddiaları kapsamında yerine getirmek durumundadır.

Yukarıda da belirtildiği üzere, hâkimin davayı aydınlatma ödevi, vakıalar yanında talep sonucuna ilişkin olabilir ise de buradaki durumun hâkimin davayı aydınlatma ödevi ile bir ilgisi yoktur. Çünkü tarafın talebi belirsiz ya da çelişkili değildir. Böyle bir durum yoksa yani talep açık ise, hâkimin aydınlatma ödevini gerekçe göstererek, talebin artırılmasına veya değiştirilmesine yol açacak şekilde davacıya süre vermesi kabul edilemez. Hâkimin davayı aydınlatma ödevi, eksik olan dava şartının giderilmesinin bir aracı da değildir. Zira dava şartlarındaki eksikliklerin tamamlanmasının taraflardan istenmesi, hâkimin davayı aydınlatma yükümlülüğü dolayısıyla değil, davanın görülebilirliğinin temini dolayısıyladır[120]. Hâkimin davayı aydınlatma ödevi, koşulları oluşmayan bir davanın açılması halinde, bu davanın başka bir davaya dönüştürülmesine yönelik olarak mahkemenin davacıyı aydınlatma ödevi olarak değerlendirilemez. Yukarıda belirtildiği gibi buna usul ekonomisi de gerekçe gösterilemez. Çünkü usul ekonomisi ilkesi, mevcut

---

117 **Meriç,** N.: Medeni Yargılama Hukukunda Tasarruf İlkesi, Ankara 2011, s. 53 vd.

118 **Meriç**, Tasarruf İlkesi, s. 98.

119 **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 454.

120 **Meriç**, s. 400.

kanun hükümlerine açıkça aykırı bir yorum yapılmasının aracı ya da gerekçesi olarak kullanılamaz[121]. Kanun hükümlerine aykırı şekilde mahkemeye yöneltilen bir hukuki korunma talebinin, dava şartı olan hukuki yararın bulunmadığı gerekçesiyle usulden reddedilmesi gerekirken, sadece yeni davalar açılmasının önüne geçilmesi amacıyla ne pahasına olursa olsun ayakta tutulması usul ekonomisine uygun bir düşünce olamaz.

3. Sorunun Kısmi Dava Çerçevesinde Çözümlenebileceği Görüşü

a. Görüş

Bu görüşe göre, gerçekte belirsiz alacak davası niteliğinde olmamakla birlikte davacının açtığı davayı bu sıfatla tanımlaması halinde hâkimin nasıl karar vereceği ayrı bir sorun teşkil etmektedir. Mevcut sistemde özel bir hüküm bulunmadığından, davanın belirsiz alacak niteliğinde olmadığı hususunda bir ara kararı verilmesi, görüş açıklama yasağı çerçevesinde, mümkün gözükmemektedir. Bu konuda ilk akla gelen çözüm tarzı, hâkimin koşulları mevcut olmayan ancak belirsiz alacak davası olarak tanımlanan ve yargılama aşamasında toplanan kanıtlara göre müddeabihi arttırılan davada, kısmi dava durumuna göre ilk taleple bağlı olarak davayı sonuçlandırmak olacaktır. Bu durumda davacının yapması gereken iş, ek dava açmak gibi gözükmektedir[122].

b. Görüşün Değerlendirilmesi

Kanaatimizce, belirsiz alacak davasının koşullarını taşımayan bir davanın kısmi dava olarak nitelendirilmesi ve davaya bu şekilde devam edilmesi mümkün değildir. Çünkü HMK m. 109/2 hükmüne göre "Talep konusunun miktarı, taraflar arasında tartışmasız veya açıkça belirli ise kısmî dava açılamaz". Görüldüğü üzere alacağın belirli olduğu hallerde belirsiz alacak davası açılamayacağı gibi kısmi dava da açılamaz[123]. Dolaysıyla böyle bir

---

121 **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 454.

122 **Tutumlu**, s. 111.

123 Yargıtay 11 inci Hukuk Dairesine göre de "Dava, davalı bankaya teslim edilen çeklerin sahte çıktığını, davalı banka uhdesinde bulunan çeklerin sahte olduğunun mevzuat hükümlerine aykırı olarak müvekkiline bildirilmemesi nedeniyle davalı bankanın yol

davaya kısmi dava olarak da devam edilemez. Bu durumda davacının hem kısmi dava hem de belirsiz alacak davası açmasında hukuki yararı olmayacaktır. Ayrıca talep konusunun miktarının tartışmasız olduğu hallerde hem belirsiz alacak davası hem de kısmi dava açılamaz. Talep konusunun miktarının taraflar arasında tartışmalı olduğu hallerde ise kanun sadece kısmi dava açılmasına izin vermiş, belirsiz alacak davası açılmasına ise izin vermemiştir[124]. Belki bu olasılıkta (yani alacağın miktarının tartışmalı olduğu hallerde) belirsiz alacak davası şeklinde nitelendirilmiş olan bir davanın, bu davanın koşullarını taşımamakla beraber kısmi davanın koşullarını taşıdığı için usul ekonomisi ilkesi uyarınca da ayakta tutulması gerektiği düşünülebilir. Nitekim HMK m. 109 hükmünde davacının kısmi dava açtığını açıkça belirtmesi gerektiği yönünde bir koşul öngörülmemiştir. Bir başka deyişle özellikle Yargıtay tarafından HUMK zamanında kabul edildiği gibi davacının kısmi dava açarken fazlaya ilişkin haklarını saklı tuttuğunu açıkça belirtmesine gerek yoktur. HMK m.109 hükmü karşısında davacı kısmi dava açarken fazlaya ilişkin haklarını saklı tutmazsa, alacağının geri kalan kısmın-

---

açtığı zararların tazminine ilişkindir. Davacı talep konusu uyuşmazlığın miktarını kendisi tarafından keşide edilen ihtarname ile açıkça belirlemiştir. Bu nedenle davacının fazlaya ilişkin haklarını saklı tutarak kısmi dava açmasında hukuki yararı olmadığı gibi, dava konusunun açık talebi karşısında ortada belirsiz alacak davasının koşullarının da bulunmadığı gerekçesiyle açılan davanın reddedilmesi hukuka uygundur" (11. HD, 15.11.2013, 19128/20655: MİHDER, 2014/1, s. 111-112). Karara konu olan olayda ilk derece mahkemesince belirli bir alacak için kısmi dava ve belirsiz alacak davası açılamayacağı gerekçesiyle ve hukuki yarar yokluğu nedeniyle HMK m. 114/1-h hükmü uyarınca davanın dava şartı yokluğu nedeniyle reddine karar verilmiştir. Yargıtay 11 inci Hukuk Dairesi, mahkemenin davaya tam eda davası olarak devam edilmesi ve HMK m. 115/2 hükmü uyarınca noksan olan dava şartının (hukuki yarar) tamamlanması için davacıya süre vermemesini bozma nedeni saymamış, aksine mahkemenin kararını isabetli olarak onamıştır.

[124] Bir görüşe göre (**Çil/Kar**, s. 25, 28), davacı, alacak miktarının tartışmalı olduğu hallerde kısmi dava yerine belirsiz alacak davası da açabilmelidir. Dava konusu alacak miktarı açıkça belirli değil veya taraflar arasında tartışmalı ise belirsiz alacak davası veya kısmi dava açılabilir (**Çil/Kar**, s. 30). Bu görüşe katılmaya imkân göremiyoruz. Aksinin kabulü halinde belirsiz alacak davası ile kısmi dava kurumlarının ayrı ayrı düzenlenmesinin bir anlamı kalmayacaktır. Bu nedenle, alacağın miktarı ya da tutarı belirsiz ise belirsiz alacak davası ya da kısmi dava açılabilir. Ancak alacağın miktarın tartışmalı olduğu hallerde yalnız kısmi dava açılabilir, belirsiz alacak davası açılamaz.

dan feragat etmiş[125] sayılmayacaktır[126]. Yani davalının artık "örtülü kısmi dava"[127] açması mümkündür. Alacaklının açıkça kısmi dava açması zorunlu olmadığına göre, belirsiz alacak davası olarak nitelendirdiği, ancak gerçekte bu davanın koşullarını taşımamakla beraber kısmi davanın koşullarını taşıyan bu davaya kısmi dava olarak devam edilmesi gerektiği ileri sürülebilir. Ancak bu görüş de başka sorunları bünyesinde barındırmaktadır. Bu bağlamda örneğin davacı belirsiz alacak davası açtığı düşüncesiyle hareket ederken mahkeme davaya kısmi dava olarak devam edecektir. Davacı daha sonra alacağının tutarını artırmak istediğinde davayı genişletme yasağıyla karşılaşacaktır. Ayrıca mahkeme davayı kısmi dava olarak kabul edip karara bağladığında, kalan kısmı dava etmek isteyen alacaklı, bu kez kalan kısmın zamanaşımına uğraması sonucuyla karşı karşıya kalabilecektir[128]. Yani

---

125 Kısmi davada fazlaya ilişkin hakların saklı tutulmaması halinde, talebin geri kalan kısmından feragat edilmiş sayılacağına ilişkin HUMK zamanındaki Yargıtay uygulaması ve eleştirisi için bkz. **Akyol Aslan,** L.: Medeni Usul Hukukunda Davadan Feragat, Ankara 2011, s. 152 vd.

126 Nitekim HMK m. 109/3 hükmüne göre dava açılırken, talep konusunun kalan kısmından açıkça feragat edilmiş olması hali dışında, kısmi dava açılması, talep konusunun geri kalan kısmından feragat edildiği anlamına gelmez.

127 Bu konuda geniş bilgi için bkz. **Akil**, s. 108 vd.

128 Belirsiz alacak davasının koşullarını taşıyan bir davanın, kısmi dava şeklinde açılmasına bir engel yoktur. Bu gibi durumlarda, belirsiz alacak davası açılması davacının daha lehine ise de, davcının kısmi dava açması kendi tercihi olacaktır. Böyle bir durumda belirsiz alacak davasının koşullarını taşımasına rağmen kısmi dava şeklinde açıldığı açıkça belli olan (örneğin HMK'na göre artık zorunlu olmasa bile fazlaya ilişkin hakların açıkça saklı tutulduğu) bir davaya mahkemece kendiliğinden belirsiz alacak davası olarak devam edilemez. Hâkim burada davacının talebi ile bağlı olup davayı kısmi dava çerçevesinde karara bağlamak zorundadır. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararına konu olan bir olayda, belirsiz alacak davası şeklinde açılması mümkün olduğu halde davacı tarafından fazlaya ilişkin haklar saklı tutularak kısmi dava açılmıştır. Daha sonra davacı alacağın kalan kısmını aynı davada ıslah yoluyla talep etmiştir. Davalı ıslah yoluyla talep edilen kısım için zamanaşımı savunmasında bulunmuştur. Hukuk Genel Kurulu, bu olayda davayı belirsiz alacak davası olarak değil kısmi dava olarak kabul etmiş ve zamanaşımı savunmasını haklı bulmuştur. Yani belirsiz alacak davasının koşullarını taşımakla birlikte kısmi dava şeklinde açılan bir davayı belirsiz alacak davası olarak değil, kısmi dava olarak nitelendirmiştir. Hukuk Genel Kurulu, mahkemenin davacıya süre vererek davasını belirsiz alacak davasına dönüştürmesi gerekliliğinden ya

kısaca, belirsiz alacak davasının avantajlarından yaralanmak amacıyla bu davayı açan davacı, mahkemenin davayı kısmi dava olarak kabul edip karara bağlamasıyla belki de beklemediği sürpriz bir kararla karşılaşacaktır. Oysa mahkeme başlangıçta belirsiz alacak davasının koşullarının oluşmadığı gerekçesiyle, hukuki yarar yokluğundan dolayı davayı usulden reddetseydi, davacı en azından alacağının tamamını talep ederek yeniden tam bir eda davası açabilecekti. Dolayısıyla alacağın tutarının tartışmalı olduğu hallerde belirsiz alacak davası açılması halinde dahi kanımızca bu davanın kısmi dava olarak kabul edilip davaya devam edilmesi mümkün olmamalıdır. Çünkü belirsiz alacak davasının koşularını taşımayan bu davada hukuki yarar yoktur ve davanın hukuki yarar eksikliği nedeniyle usulden reddedilmesi gerekir.

4. Mahkemenin Davayı Usulden Reddetmesi Gerektiği Görüşü ve Görüşün Değerlendirilmesi

a. Görüş

Doktrinde ileri sürülen diğer bir görüşe göre, davacının koşulları oluşmadan belirsiz alacak davası açmasında korunmaya değer hukuki bir yararı yoktur[129]. Çünkü belirsiz alacak davası açılabilmesinin koşulları HMK m. 107 hükmünde belirlenmiştir. Burada belirtilen koşullar oluşmadığı halde, yani belirli bir alacak için belirsiz alacak davası açılması halinde, davacının hukuki yararının bulunduğundan söz edilemez. Hukuki yarar ise, HMK m. 114/1-h hükmüne göre dava şartı teşkil etmektedir. Her ne kadar HMK m. 115/2 hükmüne göre dava şartı noksanlığının giderilmesinin mümkün olduğu hallerde mahkemece davacıya kesin süre verilebilir ise de, *hukuki yarar noksanlığının giderilmesi mümkün değildir.* Yani burada eksikliği

---

da her ne kadar dava dilekçesinde dava kısmi dava olarak nitelendirilmiş ise de mahkemece re'sen davaya belirsiz alacak davası olarak devam edilmesi gerektiğinden söz etmemiştir. (HGK, 06.03.2013, 4-824/305: MİHDER, 2013/2, s. 274-280). Esasen aksine bir düşünce hâkimin taleple bağlı olması ilkesine aykırı olur ve hâkimin tarafa yol göstermesi anlamına gelirdi.

129 **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 454; **Simil**, s. 234, 236; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 263-264; **Özbay**, s. 128.

giderilebilecek bir dava şartı bulunmadığı için mahkemenin davacıya eksikliği gidermek için süre vermesi de söz konusu olamaz[130].

b. Görüşün Değerlendirilmesi

Doktrinde ileri sürülen bu görüşe, yukarıda incelenen diğer görüşlerin değerlendirilmesi bağlamında yapılan eleştiriler çerçevesinde biz de katılmaktayız. Esasen yukarıda incelenen diğer görüşlere getirilen eleştiriler doktrinde bu son görüşü savunanlar tarafından da ileri sürülmüştür. Dolayısıyla daha önce incelenen diğer görüşlere getirilen eleştiriler bağlamında aslında bu son görüş de bir anlamda değerlendirilmiştir. Oradaki değerlendirmelere ilaveten burada kısaca şunlar söylenebilir: Gerçekten de dava şartları davanın açıldığı ana göre tespit edilir. Belirli bir alacak için belirsiz alacak davası açılması halinde, davanın açıldığı anda davacının hukuki yararı söz konusu olmadığına göre, bunun sonradan tamamlanması da mümkün değildir. Öte yandan belirli bir alacak için belirsiz olacak davası açılan hallerde, mahkemenin talep sonucunu artırması, böylece talebini tam eda davasına dönüştürmesi için davacıya süre vermesi de söz konusu olamaz[131]. Zira talep sonucunun artırılması ya da değiştirilmesi, davayı değiştirme yasağının kapsamına girer. Mahkemenin davayı aydınlatma ödevi çerçevesinde dahi davacıya süre vererek onun, talebini artırmasına olanak sağlaması mümkün değildir. Çünkü burada hâkimin davayı aydınlatma ödevini kullanmasına yol açacak şekilde talep sonucunda bir belirsizlik ya da çelişki söz konusu değildir. Bu nedenle, koşulları oluşmadan açılan bir belirsiz alacak davasında hukuki yarar yoktur; hukuki yarar noksanlığı sonradan da tamamlanamaz, bu nedenle mahkemenin davayı usulden reddetmesi gerekir[132].

D. SONUÇ

Belirsiz alacak davasının koşulları HMK m. 107 hükmünde belirlenmiştir. Bu dava hukuki nitelik olarak bir eda davası ise de, genel eda davasına oranla istisnaî nitelikte bir dava olduğunun unutulmaması gerekir.

---

130 **Simil**, s. 234.

131 **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 454; **Simil**, s. 235.

132 **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 454; **Simil**, s. 234-236.

Mahkeme belirsiz alacak davasının istisnaîlik niteliğini daima göz önünde bulundurmalıdır. Dolayısıyla mahkemeye yöneltilen her eda talebinin, belirsiz alacak davası şeklinde açılması mümkün değildir.

Kanunda öngörülen koşullar mevcut olmadığı halde belirsiz alacak davası açılması halinde, yukarıda açıklanan gerekçelerle, mahkemenin davacıya HMK m. 119/2 hükmüne göre süre vermesi mümkün değildir. Zira HMK m. 119/2 hükmünün uygulanabilmesi için dava dilekçesinin zorunlu unsurlarında bir eksikliğin bulunması gerekir. Oysa belirli bir alacak için belirsiz alacak davası açılan hallerde, davacı dava dilekçesinde talep sonucunu belirttiğine göre, m. 119/2 hükmünün uygulanmasını gerektiren bir eksiklikten söz edilemez.

Koşulları oluşmadığı halde belirsiz alacak davası açılan hallerde, mahkemenin m. 115/2 hükmüne göre de davacıya süre vermesi mümkün değildir. Zira m.115/2 hükmü, tamamlanması mümkün olan dava şartı noksanlıklarında uygulanabilecek bir hükümdür. Belirli bir alacak için belirsiz alacak davası açılmasında hukuki yarar yoktur. Hukuki yarar davanın açıldığı ana göre tespit edilir. Dolayısıyla davanın açıldığı anda noksan olan hukuki yararın sonradan tamamlanması mümkün olmamak gerekir. Mahkemenin koşullarını taşımayan bir belirsiz alacak davasındaki hukuki yarar noksanlığını gidermesi ve davayı başka bir davaya dönüştürmesi için davacıya süre vermesi söz konusu olamaz. Mahkemenin böyle bir yola başvurması tarafa yol göstermek (m. 36/1-a) anlamına geleceği gibi hâkimin ihsası reyde bulunması (m. 36/1-b) anlamına da gelebilir ve bu durumlar hâkimin reddi sebebi teşkil eder.

Koşulları oluşmadan açılan belirsiz alacak davasının, yukarıda açıklanan gerekçelerle hâkimin davayı aydınlatma ödevi çerçevesinde tam eda davasına dönüştürülmesi de mümkün değildir. Mahkemenin davayı aydınlatma ödevini gerekçe göstererek, talebini tam eda davasına dönüştürmesi için davacıya süre vermesi söz konusu olamaz. Davacının talebi, çelişkili ya da belirsiz olmadığına göre, burada hâkimin davayı aydınlatma ödevine ilişkin hükmün (m. 31) uygulanmasını gerektiren bir durum olmayacaktır.

Koşulları oluşmadan açılmış olan bir belirsiz alacak davasının yukarıda belirtilen gerekçelerle mahkemece kendiliğinden tam eda davası olarak kabul edilmesi de mümkün olmamak gerekir. Ayrıca belirli bir alacak için

açılmış olan böyle bir davaya kısmi davanın koşullarını taşımayacağı için, kısmi dava olarak da devam edilemez.

Sonuç olarak, HMK m. 107 hükmünde belirtilen koşulları taşımadığı halde belirsiz alacak davası şeklinde dava açılmasında hukuki yarar bulunmamaktadır. Hukuki yarar m. 114 hükmüne göre dava şartı teşkil etmektedir. Dava şartı olan hukuki yararın m. 115/2 hükmüne göre mahkemece süre verilerek tamamlanması da mümkün değildir. Bu nedenle, koşulları oluşmadan belirsiz alacak davası şeklinde açılan bir davanın, dava şartı noksanlığı nedeniyle mahkemece usulden reddedilmesi gerekir.

Yararlanılan Kaynaklar

Akil, C.; Kısmi Dava, Ankara 2013.

Akyol Aslan, L.; Medeni Usul Hukukunda Davadan Feragat, Ankara 2011.

Alangoya, Y.; Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delilerin Toplanmasına İlişkin İlkeler, İstanbul 1979.

Alangoya, Y./**Yıldırım,** K./**Deren-Yıldırım,** N.; Medeni Usul Hukuku Esasları, 7. Baskı, İstanbul 2009.

Ateş, M.; Hukuk Muhakemeleri Kanunu Yargıtay İlke Kararları, 1. Cilt, Ankara 2013.

Berkin, N.; Tatbikatçılara Medeni Usul Hukuku Rehberi, İstanbul 1981.

Bilge, N./**Önen,** E.; Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, Ankara 1978.

Budak, A. C.; Belirsiz Alacak Davası, (Bankacılar Dergisi, Özel Sayı, Ocak 2013, s. 82-86).

Çelik, A. Ç.; 6100 Sayılı Hukuk Yargılama Yasası'na Göre Tazminat ve Alacak Davaları, Ankara 2012.

Çil, Ş./**Kar,** B.; 6100 Sayılı HMK'ya Göre İş Yargısında Belirsiz Alacak Davası ve Kısmi Dava, 2. Baskı, Ankara 2012.

Deynekli, A.; Medeni Usul Hukukunda Islah, Ankara 2013.

Ercan, İ.; Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Belirsiz Alacak Davası (Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı-X, Türkiye Adalet Akademisi Yayını, İzmir 2012, s. 102-183).

Gottwald, P.; Die Unbezifferte Forderungsklage (Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı-X, İzmir 2012, s. 18-25).

Karaaslan, V.; Medeni Usul Hukukunda Hakimin Davayı Aydınlatma Ödevi, Ankara 2013.

Karahacıoğlu, A. H./**Parlar,** A.; 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2012.

Karslı, A.; Medeni Muhakeme Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 2012.

Kılıçoğlu A. M.; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 15. Bası, Ankara 2012.

Kılıçoğlu, M.; 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu El Şerhi, İstanbul 2012.

Kiraz, T. Ö.; 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Getirilen Yenilikler, 2. Baskı, Ankara 2012.

Kiraz, T. Ö.; Belirsiz Alacak Davası, TMSF Çatı Dergisi, 2012/30, 16-19, (Kiraz, Belirsiz Alacak Davası).

Kuru, B./**Arslan,** R./**Yılmaz,** E.; Medeni Usul Hukuku, Ders Kitabı, 25. Baskı, Ankara 2014.

Kuru, B./**Budak,** A. C.; Tespit Davaları, 2. Baskı, Ankara 2010.

Kuru, B./**Budak,** A. C.; Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Getirdiği Başlıca Yenilikler, (Bankacılar Dergisi, 2011/78, s. 77-112).

Kuru, B.; Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. II, İstanbul 2001, (Kuru, Usul II).

Kuru, B.; Dava Şartları, Makaleler, İstanbul 2006, (Kuru, Dava Şartları).

Loosli, P.; Die Unbezifferte Forderungsklage, unter Berücksichtigung des Kantons Zürich, Zürich 1986.

Meier, I.; Unbezifferte Forderungsklage und Waffengleichheit der Parteien (Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Topantısı-X, İzmir 2012, s. 35-67).

Menges, V.; Die Zulässigkeit des unbezifferten Klageantrags, Hamburg 2004.

Meriç, N.; Hakimin Davayı Aydınlatma Yükümlülüğü (Prof. Dr. Bilge Umar'a Armağan DEÜHFD, C. 11, Özel Sayı 2009, İzmir 2010, s. 377-424).

Meriç, N.; Medeni Yargılama Hukukunda Tasarruf İlkesi, Ankara 2011, (Meriç, Tasarruf İlkesi).

Musielak, H. J.; Grundkurs ZPO, 9. Auflage, München 2007.

Nomer, H. N.; Manevi Tazminat Alacağında Kısmi Dava Açmak Mümkün müdür? (İÜHFM, 2002/1-2, s. 221-229).

Önen, E.; Medeni Yargılama Hukuku, Ankara 1979.

Özbay, İ.; 6110 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Neler Getirdi, Ankara 2012.

Pekcanıtez, H./**Atalay,** O./**Özekes,** M.; Medeni Usul Hukuku, 14. Bası, Ankara 2014.

Pekcanıtez, H.; Hukuk Muhakemeleri Kanunu Değerlendirmesi, HUKAB Yayınları, Ankara 2012, (Pekcanıtez, HMK Değerlendirmesi).

Pekcanıtez, H.; Belirsiz Alacak Davası, Ankara 2011, (Pekcanıtez).

Pekcanıtez, H.; HMK Hakkında Genel Değerlendirme, Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı-X, İzmir-2012, s. 464-476).

Postacıoğlu, İ. E.; Medeni Usul Hukuku Dersleri, İstanbul 1975.

Rüzgaresen, C.; Medeni Muhakeme Hukukunda Usul Ekonomisi İlkesi, Ankara 2013.

Schilken, E.; Zivilprozessrecht, 5. Auflage, Köln, Berlin, München 2006.

Simil, C.; Belirsiz Alacak Davası, İstanbul 2013.

Tanrıver, S.; 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Revizyonu Üzerine Bazı Düşünceler (TBBD, 2012/99, s. 15-34), (Tanrıver, Revizyon).

Tanrıver, S.; Kısmi Dava Kurumu Üzerine Bazı Düşünceler, Makalelerim-II, Ankara 2011, s. 95-113.

Taşpınar Ayvaz, S.; Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Zaman Bakımından Uygulanması, Ankara 2013.

Tutumlu, M. A.; Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Yeni ve Değişik Hükümlerinin Yorumu, 2. Baskı, Ankara 2012.

Umar, B.; Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Ankara 2014.

Üstündağ, S.; Kısmi Davaya İlişkin Bazı Hukuki Sorunlar, (Makaleler, İçtihat Tahlilleri ve Çeviriler, Ankara 2010, s. 409-423).

Üstündağ, S.; Medeni Yargılama Hukuku, C. I-II, 7. Baskı, İstanbul 2000.

Yavaş, M.; Belirsiz Alacak Davasının İş Davalarına Etkileri, İş Hukukunda Güncel Sorunlar (2), Seminer, İstanbul 2012.

Alangoya, Y./**Yıldırım,** K./**Deren-Yıldırım,** N.; Medeni Usul Hukuku Esasları, 7. Baskı, İstanbul 2009.

Yılmaz, E.; Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Değiştirilmiş 2. Baskı, Ankara 2013.

Yılmaz, E.; Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre Dava Çeşitleri, Makaleler, 2. Cilt, Ankara 2014, (Yılmaz, Dava Çeşitleri).

Kısaltmalar

Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
m.	: madde
MİHDER	: Medeni Usul ve İcra İflâs Hukuku Dergisi
s.	: sayfa
S.	: Sayı
TBBD	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
vd.	: ve devamı
YDK	: Yargıtay Kararları Dergisi
ZPO	: Zivilprozessordnung

[H]YABANCILIK UNSURUNUN MAHİYETİ VE YARGILAMADAKİ ROLÜ

Yrd. Doç. Dr. Mesut AYGÜN[*]

GİRİŞ

Yabancılık unsuru (yabancı unsur), hem kanunlar ihtilâfı hukuku, hem de milletlerarası usul hukuku bakımından varlık nedenidir. Uyuşmazlığın yabancılık unsuru taşıması halinde, yargılama faaliyeti bakımından Türk milletlerarası usul hukuku sahasına; uygulanacak hukuk bakımından ise Türk kanunlar ihtilâfı hukuku sahasına girilmektedir. Keza, 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK)un[1] 1. maddesinin 1. fıkrasında[2] bu husus açıkça düzenleme altına alınmıştır. Öte yandan MÖHUK dışında diğer kanunlarda da kanunlar ihtilâfı kuralları bulunabilir. Bu düzenlemelerde açıkça yabancılık unsurundan söz edilmese dahi, kanunlar ihtilâfı kurallarının ancak yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar bakımından söz konusu olması, aslında her kanunlar ihtilâfı kuralının içeriğinde onun uygulanmasını emreden gizli bir yabancılık unsurunun varlığına işaret etmektedir. Bir kanunlar ihtilâfı kuralının içeriğinde dört unsur vardır: Bağlama konusu, bağlama noktası, uygula emri ve yap-

---

H Hakem incelemesinden geçmiştir.

* Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, maygun@anadolu.edu.tr

1 Kanun için bkz. RG. 12.12.2007 - 26728.

2 **Kapsam**
MÖHUK Madde 1 – (1) **Yabancılık unsuru taşıyan** özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkilerde uygulanacak hukuk, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi, yabancı kararların tanınması ve tenfizi bu Kanunla düzenlenmiştir.
(2) Türkiye Cumhuriyetinin taraf olduğu milletlerarası sözleşme hükümleri saklıdır.

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Özel Sayı 2014, s. 1025-1066 (Basım Yılı: 2015)
Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ'e Armağan

tırım unsurları. Bağlama konusu ve bağlama noktası unsuru, kanunlar ihtilâfı kurallarını karakterize eden unsurlar olmakla birlikte, diğer iki unsur aslında her hukuk kuralının içerisinde olması gereken unsurlardır. Uygulama emri unsuru, uygulayıcısına, kuralın uygulanmasını işaret ve emreder. Kanunlar ihtilâfı kurallarının uygulanmasının ancak uyuşmazlığın yabancılık unsuru taşıması halinde mümkün olması, kuralın uygulanması sağlayacak olan uygula emri ile yabancılık unsuru arasındaki sebep sonuç ilişkisini açıkça ortaya çıkarmaktadır.

Bilindiği üzere, kambiyo senetlerine ilişkin kanunlar ihtilâfı kuralları, Türk Ticaret Kanununda (TTK) düzenlenmiştir (m. 766-775; m. 819-823). TTK'nın ilgili hükümlerinde yabancılık unsurundan söz edilmemesine rağmen, söz konusu kanunlar ihtilâfı kurallarının, yabancılık unsuru taşıyan kambiyo senetlerinden doğan uyuşmazlıklara uygulanacağı yukarıdaki tespitlerimizden hareketle şüphesizdir. Bu tür kanunlar ihtilâfı kurallarında yer alan yabancılık unsurunu bir örnek üzerinden gösterelim (TTK m. 766/I. f.):

"Poliçe ile yapılan borçlanmaların şekli, bu borçlanmaların imzalandığı ülkenin hukukuna **tâbidir**."

Uygula Emri ve Yaptırım Unsuru Bağlama Konusu Unsuru Bağlama Noktası Unsuru

(**Yabancılık Unsuru**)

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun (HMK) 33. maddesine göre: "Hâkim Türk hukukunu resen uygular". Yabancı unsurlu bir uyuşmazlıkta, yabancı hukukun davada hangi hallerde uygulanacağının tespit edilmesi, Türk hukukunun kanunlar ihtilâfı kurallarına göre yapılmaktadır ki, bu, Türk hukukunun uygulanması anlamını taşır, şüphesiz bu işi hâkim resen yapacaktır[3]. Uyuşmazlığa yabancı hukukun uygulanması söz konusu olduğunda, yabancı hukuktaki ilgili kuralın belirlenmesi ve yorumlanması noktasında HMK m. 33 hükmünün tek başına yeterli olmayacağı açıktır. Bu

[3] **Umar,** Bilge (2011), Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara, Yetkin Yayınevi, s. 141

durumda MÖHUK m. 2/I ve II. fıkra[4] devreye girecektir. MÖHUK'un ilgili hükümleri, hâkime bazı görevler yüklemektedir. Buna göre hâkim, yabancı unsurlu uyuşmazlık söz konusu olduğunda, Türk kanunlar ihtilâfı kurallarını araştırıp uygulamakla[5]; eğer kanunlar ihtilâfı kuralları yabancı bir hukukun uygulanmasını işaret ediyorsa, bu yabancı hukuku da uygulamakla resen yükümlüdür. Kıta Avrupası Hukuk Sisteminde, yabancı hukukun uygulanması bakımından, bir vakıa gibi tarafların iddia ve ispat etmesine gerek olmaksızın, hukuk kuralının uygulanmasında olduğu gibi hâkimin resen hareket etme yükümlülüğünün bulunduğu, artık tartışma götürmeyen bir konudur[6]. MÖHUK'a da yansıyan bu görüş, sadece hâkim açısından değil, uyuşmazlığın lehine çözümünde hukuki yararı bulunan davanın tarafları açısından da önem taşımaktadır. Bu bağlamda tarafların yabancılık unsurunu belirlemeleri; hukuki sebep, kanunlar ihtilafı kuralı ve uygulanacak hukukun hükümlerine yönelik hazırlık yaparak dava malzemelerini mahkemeye sunmaları yargılamanın yürütülmesi ve etkinliği bakımından çok önemlidir. Dolayısıyla öncelikle uyuşmazlığın yabancı unsur taşıyıp taşımadığının tespit edilmesi gerekmektedir.

Bilindiği üzere, medeni yargılama hukukunda taraflarca hazırlama ilkesi geçerlidir. Bu ilke HMK m. 25'te düzenlenmiştir. Buna göre, *kanunda öngörülen istisnalar dışında, hâkim, iki taraftan birinin söylemediği şeyi*

---

4 **Yabancı hukukun uygulanması**

MÖHUK Madde 2 -(1) Hâkim, Türk kanunlar ihtilâfı kurallarını ve bu kurallara göre yetkili olan yabancı hukuku re 'sen uygular. Hâkim, yetkili yabancı hukukun muhtevasının tespitinde tarafların yardımını isteyebilir.

(2) Yabancı hukukun olaya ilişkin hükümlerinin tüm araştırmalara rağmen tespit edilememesi hâlinde, Türk hukuku uygulanır.

…

5 Hâkimin araştırmakla yükümlü olduğu kanunlar ihtilâfı kurallarından sadece MÖHUK'ta yer alan kanunlar ihtilâfı kuralları değil, MÖHUK dışında diğer kanunlarda (örneğin TTK'da) yer alan kanunlar ihtilâfı kuralları da anlaşılmalıdır. Dolayısıyla, Hâkim, MÖHUK dışında diğer kanunların kapsamında yer alan özel hukuka ait işlem ve ilişkilerden doğan tüm uyuşmazlıkların yabancılık unsuru taşıyıp taşımadığını tespit etmelidir. Bu tespitin, söz konusu uyuşmazlığın kendi lehine çözümünde menfaati olan yanlar bakımından da öneme sahip olduğu unutulmamalıdır.

6 Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: **Nomer,** Ergin (1972), Davada Yabancı Kanun, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 1739 (Davada Yabancı Kanun).

veya vakıaları kendiliğinden dikkate alamaz ve onları hatırlatabilecek davranışlarda dahi bulunamaz. Yine, *kanunla belirtilen durumlar dışında, hâkim, kendiliğinden delil toplayamaz.* Dolayısıyla, dava malzemelerinin mahkemeye tam olarak getirilmemesinin sorumluluğu davanın taraflarına aittir[7].

Peki, yabancı unsur taşıyan bir uyuşmazlıkta, davanın tarafları yabancılık unsurunu gözden kaçırmışlar ancak dava malzemesinin içeriğinden yabancılık unsuru basit bir inceleme ile anlaşılabilmekteyse, hâkim yabancılık unsurunu kendiliğinden dikkate alabilir mi? Yabancılık unsuru, bir vakıa unsuru mudur yahut hukukî bir unsur mudur? Yabancılık unsuru dava şartı olarak değerlendirilebilir mi? Hâkimin yabancılık unsurunu göz ardı etmesinin ne gibi yaptırımları söz konusu olabilir?

Bu çalışmada yukarıdaki sorulara cevaplar ararken, yabancı hukukun nasıl uygulanacağından ziyade, kanunlar ihtilâfı kurallarını devreye sokan, yabancı hukukun uygulanabilme ihtimalini de ortaya koyan yabancılık unsurunun mahiyeti, tespiti ve yargılamadaki rolü üzerinde durulacaktır. Çalışma plânı olarak, öncelikle yabancılık unsuru genel hatlarıyla incelenecek, daha sonra medeni usul hukukuna hâkim olan ilkeler, vakıa unsur-hukukî unsur, dava şartı, ön inceleme, hâkimin sorumluluğu gibi medeni usul hukukunun temel konuları ile yabancı unsur arasındaki ilişki ele alınacaktır. Ayrıca çalışma konumuzu ilgilendiren yargı kararlarına da yer verilecek olup, ulaştığımız neticeleri içeren sonuç kısmı ile çalışma son bulacaktır.

I. YABANCILIK UNSURU

Bir uyuşmazlığın kanunlar ihtilâfı hukukunun kapsamına girebilmesi için o uyuşmazlığın yabancı unsur (milletlerarası unsur) içermesi gerekir. Yabancı unsur içeren uyuşmazlık, yabancı unsurun temas ettiği hukuk düzenleri ile irtibatlı hale gelir. O hukuk düzenleridir ki, uyuşmazlığın kendi otoriteleri altında çözümünü istemekte ve karşı karşıya gelmektedirler. Söz konusu uyuşmazlığa doğrudan davanın açıldığı mahkemenin hukukunu uygulamak, tarafların beklentileri veya uyuşmazlığa konu hukuki işlem veya

---

7 **Pekcanıtez,** Hakan/**Atalay,** Oğuz/**Özekes,** Muhammet (2013), Medenî Usûl Hukuku, 14. Bası, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 363.

olayın gerçekleştiği yerin menfaatleriyle uyuşmayabilir. Yabancı unsurlu uyuşmazlıkların çözümünde ulaşılması hedeflenen milletlerarası özel hukuk adaletini sağlama gayesi, kanunlar ihtilâfı hukuku metodolojisi çerçevesinde uyuşmazlığa uygulanacak hukukun tespit edilmesini gerektirmektedir.

Mahiyeti itibariyle kanunlar ihtilâfı hukukundan farklı yönleri olan milletlerarası usul hukukunun da devreye girebilmesi için uyuşmazlığın yabancılık unsuru taşıması gerekmektedir. Keza, milletlerarası yetki kuralları, davada yabancıların tâbi oldukları statüye ilişkin (örneğin, teminat göstermeye yükümlülüğünü düzenleyen) kurallar ile yabancı mahkeme ve hakem kararlarının tanınması ve tenfizini, yabancı ülkelerde yapılacak tebligat ve davetler gibi yargılamaya ilişkin hususları düzenleyen milletlerarası usul hukukuna özgü kuralların uygulanması söz konusu olacaktır. Bu tür kuralların uygulanabilmesi için, hukuki olay veya ilişkinin yabancı ülkede gerçekleşmesi, davanın taraflarından en az birinin yabancı uyruklu olması veya tanıma ve tenfiz gibi müesseseleri devreye sokan yabancı mahkeme kararının etkilerinin ülkeye taşınması talebi gibi dış hukuk ile irtibat sağlayan yabancılık unsurunun varlığını tayin etmek önem arz eder[8].

Yabancılık unsuru, herhangi bir hukukî olay veya ilişkiyi hâkimin mensup olduğu devletin hukuk düzeni dışında, en az bir veya daha fazla hukuk düzeni ile irtibatlı hale getiren unsurdur[9]. Bu tanımdan hareketle, hukukî olay veya ilişkinin yabancı unsur taşıdığının kabul edilebilmesi için, o olay veya ilişkinin yabancı ülkeyle illaki yer bakımından irtibatının bulunması

---

8 **Nomer,** Ergin (2013), Devletler Hususi Hukuku, 20. Bası, İstanbul, Beta Yayınevi, s. 365 (Devletler Hususi Hukuku).

9 **Nomer,** Devletler Hususi Hukuku, s. 5 vd.; **Çelikel,** Aysel/**Erdem,** B. Bahadır (2014), Milletlerarası Özel Hukuk, 13. Bası, İstanbul, Beta Yayınevi, s. 5 vd.; **Doğan,** Vahit (2013), Milletlerarası Özel Hukuk, 2. Bası, Ankara, Seçkin Yayınevi, s. 25-27 (Milletlerarası Özel Hukuk); **Tekinalp,** Gülören/**Uyanık Çavuşoğlu,** Ayfer (2011), Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, 11. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 22; **Aybay,** Rona/**Dardağan,** Esra (2001), Yasaların Uluslararası Düzeyde Çatışması (Kanunlar İhtilâfı), İstanbul, Aybay Yayınları, s. 7 vd.; **Şanlı,** Cemal/**Esen,** Emre/ **Ataman Figanmeşe,** İnci (2014), Milletlerarası Özel Hukuk, 2. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 59 vd.; **Aygün,** Mesut, "Güncel Gelişmelerin Işığında Çekten Doğan Yabancı Unsurlu Uyuşmazlıklara Uygulanacak Hukukun Tespiti", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2012, C. LXI, S. 3: 925-972, s. 928 vd.

şart değildir. Olay veya ilişkinin yabancı hukuk düzeni ile herhangi bir şekilde irtibatlı hale gelmesi gerekli ve yeterlidir[10]. Örneğin, evlenmede, eşlerden birinin yabancı uyruklu olması, evlenmenin yabancı bir ülkede yapılması; haksız fiilde, haksız fiilin yabancı bir ülkede meydana gelmesi; sözleşmelerde, sözleşmenin konusunun, yapıldığı yerin veya ifa yerinin yabancı ülkede bulunması, sözleşmenin taraflarından birisinin yabancı olması; milletlerarası usul hukuku bakımından yabancı mahkeme veya hakem kararının ülkedeki kesin hüküm veya icra edilebilirlik etkisinin sağlanması gibi hususlar yabancılık unsurunun varlığını ortaya çıkarmaktadır[11]. Buradan hareketle, klâsik anlayışa göre, yabancılık unsurunun, ya şahıs bakımından, ya da yer bakımından olmak üzere genellikle iki şekilde ortaya çıktığını söyleyebiliriz[12].

Ancak, son dönemde, özellikle sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde, hukukî ilişki, klâsik anlamda yabancı unsur içermese dahi, milletlerarası ticaretin menfaatleri söz konusu ise, hukuki ilişkinin yabancı unsurlu olduğu kabul edilmektedir[13]. 1920'lı yıllardan itibaren Fransız mahkeme kararla-

---

10 **Doğan,** Milletlerarası Özel Hukuk, s. 26.

11 **Ekşi,** Nuray, "Yabancılık Unsuru Taşıyan Akitler ve Bu Akitlerin AT Roma Konvansiyonu'na Göre Anlamı", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Y. 12, 1992, S. 1-2: 1-10, s. 3 ("Yabancılık Unsuru Taşıyan Akitler"); **Çelikel/ Erdem,** s. 8 vd.; **Doğan,** Milletlerarası Özel Hukuk, s. 26 vd.

12 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da vermiş olduğu bir kararda bu hususa vurgu yapmıştır: "… İş akdi, kişiler arasında karşılıklı ve uygun irade beyanıyla oluştuğu ve bunların menfaatlerini düzenlediğinden dolayı, bir özel hukuk ilişkisi olduğu ve kişi ve toprak bakımından yabancı unsur taşıdığı takdirde, Milletlerarası Özel Hukukun uygulama alanına gireceği ve akdin taraflarından en az birinin yabancı tebaalı olması veya işin görüldüğü yerin yabancı toprağı olması halinde, kişi ve toprak bakımından yabancı unsurun oluşacağı belirgindir…". Karar için bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 7.6.1989 tarih E. 1989/10-316, K. 1989/411 (Kazancı İçtihat Bilgi Sistemi).

13 **Lando,** Ole, "The Conflict of Laws of Contracts. General Principles (General Course of Private International Law)", Recueil Des Cours, Vol. 189, 1984, N. VI: 225-447; s. 286; **Delaume,** G. R. (1986), Transnational Contracts, *New York*, s. 408; **Mayer,** Pierre (1991), Droit International Privé, 4e éd., Paris, s. 437; **Şanlı,** Cemal (1986), Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s. 29 vd.; **Akıncı,** Ziya (1994), Milletlerarası Ticari Hakem Kararları ve Tenfizi, Ankara, s. 25-26; **Tiryakioğlu,** Bilgin (1996), Taşınır

rında gelişen ve sözleşmenin ekonomik yönünü ön plâna çıkaran bu anlayışa göre, ülkeler arasında mal veya sermaye girişi ile iktisadi değer çıkışını konu edinen sözleşmeler, milletlerarası nitelikte olup, yabancılık unsuru taşımaktadırlar[14]. Bu bağlamda, milletlerarası ticareti ilgilendiren veya milletlerarası ticaretin menfaat alanına giren sözleşmeler yabancı unsurlu sözleşme olarak kabul edilmektedir[15]. Burada öne çıkan husus, sözleşmenin doğurduğu ekonomik sonuçların, birden fazla devletle ilgili olmasının, sözleşmeyi milletlerarası sözleşme niteliğine büründürmesidir[16]. Sözleşmeden kaynaklanan milletlerarası tahkim uyuşmazlıkları bakımından da kabul gören bu görüş, 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununun yabancılık unsuru başlığını

Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, s. 6; **Akıncı,** Ziya (1996), Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmeleri, Ankara, s. 8 (Milletlerarası İnşaat Sözleşmeleri); **Şanlı,** Cemal (2011), Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, 4. Bası, İstanbul, Beta Yayınevi, s. 6 (Uluslararası Ticari Akitler); **Ekşi,** "Yabancılık Unsuru Taşıyan Akitler", s. 5; **Çelikel/Erdem,** s. 328; **Doğan,** Milletlerarası Özel Hukuk, s. 26; **Doğan,** Vahit (2011), Banka Teminat Mektupları, 4. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, s. 159; **Çalışkan,** Yusuf (2014), Uluslararası Satım Hukukunda Kanunlar İhtilâfı Meseleleri, İstanbul, Beta Yayınevi, s. 55; **Toker,** Ali Gümrah, "Yabancı Unsurlu Teminat Mektubu Sözleşmesine Uygulanacak Hukuk", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, İzmir 2010, C. XII, Özel Sayı (Burhan Ceyhan'a Armağan-II): 991-1052, s. 993 vd.

14 **Akıncı,** Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmeleri, s. 8.

15 Doktrinde, bu görüşü açıklamaya yönelik teminat mektubu ilişkisi üzerinden örnek verilmiştir: Türkiye'de açılan milletlerarası bir ihalede yabancı firma lehine, Türk vatandaşı A, Türk bankasından teminat mektubu verilmesini talep etmiştir. Teminat mektubu ilişkisi, muhatap Türk vatandaşı ile Türk bankası arasında olup, lehdar yabancı firma ile muhatap Türk arasındaki temel ilişkiden bağımsızdır. Temel ilişkide yabancılık unsuru bulunmasına rağmen, teminat mektubu ilişkisinde yabancılık unsuru bulunmamaktadır. Yazara göre, teminat mektubu ilişkisi klâsik manada yabancı unsur taşımasa bile, taraflar arasındaki ilişkinin milletlerarası ticaretin menfaatlerine hizmet eden bir ilişki olup olmadığı değerlendirilmelidir. Eğer teminat mektubu ilişkisi, milletlerarası ticaret hayatını ilgilendiriyorsa, taraflar arasındaki ilişki, milletlerarası niteliğe haizdir ve yabancı unsurlu borç ilişkisinin varlığından söz edilebilir: **Doğan,** Banka Teminat Mektupları, s. 159.

16 **Delaume,** s. 408.

taşıyan 2. maddesinde[17] yerini bulmuş ve Türk pozitif hukukuna yansımıştır. Ancak yabancılık unsuru için ekonomik ölçüt getiren bu yaklaşımın genel kabul görmesini sağlayacak MÖHUK'ta açık bir hüküm bulunmamaktadır. Keza bu yaklaşımın, sadece ticari sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklar bakımından söz konusu olabileceği de unutulmamalıdır.

Yabancılık unsuru her hukuki işlem veya ilişki türü açısından farklılık arz edebilir[18]. Nitekim MÖHUK m. 1'de "yabancılık unsuru taşıyan özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkilerden" söz edilmiş, ancak yabancılık unsurunun hangi durumlarda ortaya çıkacağı düzenlenmemiştir; bunun tespiti doktrin ve uygulamaya aittir. Özel hukuka ilişkin hukuki işlem veya ilişkilerde hangi durumda yabancı unsurun bulunduğunu önceden tespit etmek mümkün değildir. Bu nedenle, her somut uyuşmazlık açısından hukuki işlem veya ilişkinin türüne göre yabancı unsurun mevcut olup olmadığı araştırılmalıdır[19].

---

17 **Yabancılık unsuru**

MTK Madde 2 - Aşağıdaki hâllerden herhangi birinin varlığı, uyuşmazlığın yabancılık unsuru taşıdığını gösterir ve bu durumda tahkim, milletlerarası nitelik kazanır.

…

3. Tahkim anlaşmasının dayanağını oluşturan asıl sözleşmeye taraf olan şirket ortaklarından en az birinin yabancı sermayeyi teşvik mevzuatına göre yabancı sermaye getirmiş olması veya bu sözleşmenin uygulanabilmesi için yurt dışından sermaye sağlanması amacıyla kredi ve/veya güvence sözleşmeleri yapılmasının gerekli olması.

4. Tahkim anlaşmasının dayanağını oluşturan asıl sözleşme veya hukukî ilişkinin, bir ülkeden diğerine sermaye veya mal geçişini gerçekleştirmesi.

…

18 Örneğin, "… ödenmek üzere bir Türk bankasına ibraz edilen ve keşidecisinin de Alman vatandaşı olduğu çekle ilgili Türk mahkemelerinin önüne gelen bir uyuşmazlıkta yabancılık unsuru bulunmaktadır…": **Aygün,** s. 928 vd.; İş sözleşmesi bakımından, "…işverenin işletme merkezinin yurt dışında bulunması, iş sözleşmesinin yabancılık unsuru içerdiğinin bir göstergesidir…": **Tarman,** Zeynep Derya, "Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2010, C. LIX, S. 3: 521-550, s. 526; Başka bir örnek vermek gerekirse, "…iki Türk firmasının Romanya'da bir köprü yapımı işi için açılan ihaleye müşterek taahhüt vermek ve işi birlikte üstlenmek için aralarında yapacakları bir ortak girişim sözleşmesi yabancılık unsuru taşıyacaktır…": **Öztürk,** Pınar (2001), Ortak Girişim (Joint Venture) ve Uygulanacak Hukuk, İstanbul, Beta Yayınevi, s. 92.

19 **Doğan,** Milletlerarası Özel Hukuk, s. 27.

Yabancılık unsurunun hukuki işlem veya ilişkide bulunma zamanını da tespit etmek gerekir. Bu, hukuki işlem veya ilişkinin mahiyetine göre farklı şekilde gerçekleşebilir. Kural olarak, hukuki işlem veya ilişkide yabancılık unsurunun bulunma zamanı bakımından davanın açıldığı tarih dikkate alınmalıdır. Örneğin, Türkiye'de yaşayan Alman vatandaşı Hans'ın yine Türkiye'de yaşayan eşi Helga'dan boşanmak için Antalya Aile Mahkemesi'nde dava açmasında şahıs bakımından yabancılık unsuru bulunmaktadır. Yabancılık unsurunun bulunma zamanı bakımından, Hans'ın Türkiye'de dava açtığı tarihteki yabancı uyrukluğu dikkate alınacaktır. Ancak bu kuralın iki istisnası söz konusu olabilir. İlki, hukuki işlem veya ilişkinin mahiyetinden kaynaklanan durumlardır. Örneğin, haksız fiilin gerçekleştiği yerin yabancı ülkede olması bakımından, yabancılık unsurunun bulunma zamanı olarak, haksız fiil ilişkisinin gerçekleştiği an dikkate alınacaktır. Başka bir örnek verecek olursak, sözleşme konusunun yabancı ülkede olmasının yabancı unsur olarak kabul edildiği durumlarda, yabancı unsurun gerçekleşme zamanı bakımından, sözleşme konusunun, sözleşmenin yapıldığı anda yabancı ülkede mevcut olması gerekir. İkinci istisna, gerçekleşme ihtimali çok sınırlı olsa da, Türk hukukunun emredici hükümlerinden kaçınmak amacıyla, iyi niyet kurallarına aykırı olarak, sonradan yabancılık unsuru tesis edilerek dava açılması halidir. Kanuna karşı hile arz eden bu durumda yabancılık unsurunun varlığı şüphe altındadır. Böyle bir durumda hâkim, yabancı hukuk düzeni veya düzenleri ile irtibatı olan, gerçek anlamda yabancılık unsurunun bulunup bulunmadığını araştıracaktır. Bu araştırma yükümlülüğü hâkimin davayı aydınlatma ödevinden doğmaktadır. Şu husus unutulmamalıdır ki, hukuki işlem veya ilişkinin türüne göre, en az bir yabancı hukuk düzeni ile irtibat sağlayan yabancılık unsurunun bulunup bulunmadığı, her somut uyuşmazlık bakımından ayrıca değerlendirilmelidir.

Bir hukuki ilişki veya olayın bütün unsurları davanın açıldığı devlet (for) ile bağlantılı ve yabancı bir devlet ile herhangi bir bağlantı söz konusu değilse, o hukuki olay veya ilişkiden doğan uyuşmazlığın çözümü iç hukuka aittir. Eğer hukuki ilişki veya olayın unsurlarından en az biri for devleti dışında bir devlet ile bağlantılı ise (ki böyle bir durumda objektif anlamda yabancılık unsurunun varlığından söz edilmektedir) yabancılık unsuru taşı-

yan bir uyuşmazlık söz konusu olur[20]. Örneğin, bir İngiliz vatandaşı hakkında vesayet kararı verilmesi ve kendisine vasi tayin edilmesi için İstanbul mahkemesine başvurulmasında ilgilinin İngiliz vatandaşı olması bakımından yabancılık unsuru söz konusudur.

Yabancılık unsuru, uyuşmazlığa bakan mahkeme açısından tespit edilir. Yukarıdaki vesayete ilişkin örnekten hareket edecek olursak, yabancı bir devlet ile herhangi bir bağlantısı olmayan vesayete ilişkin uyuşmazlık için İngiliz mahkemelerine başvurulsaydı, İngiltere açısından yabancılık unsuru bulunmayan, tamamen İngiliz hukukuna tâbi bir uyuşmazlıktan söz edecektik. Aslında iç hukuka ait bir uyuşmazlığın yabancı bir ülkede dava konusu yapılması uyuşmazlığa yabancılık unsuru katmaktadır[21]. Dolayısıyla yabancılık unsuru, davaya bakan mahkeme açısından gerçekleşeceğinden göreceli (nisbi) yönünün bulunduğu da söylenebilir[22].

Doktrinde ve uygulamada yabancılık unsuru kavramı yanında, milletlerarası unsur, kanunlar ihtilâfı içeren unsurgibi terimler de kullanılmaktadır. Milletlerarası unsur veya kanunlar ihtilâfı içeren unsur kavramları ile çalışma konumuz olan yabancılık unsuru (yabancı unsur) kavramı esasen aynı anlamı taşımaktadırlar. Ancak, sözleşmeden doğan borç ilişkileri alanına özgü olarak, MÖHUK'un kapsamına giren sözleşmeleri tespit etmek için milletlerarası sözleşmeler ile yabancı unsurlu sözleşmeler arasında bir ayrım yapılması gerektiği yönünde doktrinde görüşler ileri sürülmüştür[23].

Yukarıda da ifade edildiği üzere, sözleşmeden doğan uyuşmazlığın yabancılık unsuru taşıyıp taşımadığının tespiti, hâkimin, sözleşmenin içerdiği irtibat noktalarının for devleti açısından gerçekleşip gerçekleşmediğini araştırmasıyla ortaya çıkacağından, bu tür faaliyetin sübjektif bir değerinin

---

20 **Ekşi,** "Yabancılık Unsuru Taşıyan Akitler", s. 3; **Özdemir,** Hatice, "MÖHUK Kapsamına Giren Sözleşmelerin Tespiti Bağlamında "Yabancılık Unsuru Taşıyan Sözleşme" ve "Uluslararası Sözleşme" Kavramları", İstanbul Barosu Dergisi, 1999, C. LXXIII, S. 4: 926-941, s. 927 ("MÖHUK Kapsamına Giren Sözleşmelerin Tespiti Bağlamında").

21 **Diamond,** A. L., "Harmonisation of Private International Law Relating to Contractual Obligations", Recueil Des Cours, 1986, Vol. 199, N. IV:233-312, s. 251; **Çelikel/ Erdem,** s. 5; **Ekşi,** "Yabancılık Unsuru Taşıyan Akitler", s. 3.

22 **Ekşi,** "Yabancılık Unsuru Taşıyan Akitler", s. 3.

23 **Özdemir,** "MÖHUK Kapsamına Giren Sözleşmelerin Tespiti Bağlamında", s. 927.

olacağı şüphesizdir[24]. Dolayısıyla, sözleşme bir ülke açısından yabancılık unsuru içermekte iken, diğer ülke açısından yabancılık unsuru içermeyebilir. Bu anlamıyla yabancılık unsuru taşıyan sözleşme, milletlerarası sözleşmeye nazaran daha geniş bir içeriğe sahiptir[25]. Milletlerarası sözleşme ise, objektif açıdan iki veya daha çok ülke hukuku ile bağlantılı olan sözleşmedir[26]. Bununla kastedilen, sözleşmenin unsurları itibariyle, daha herhangi bir devletin mahkemesine başvurulmadan, iki veya daha fazla hukuk düzeniyle ilişki içinde olduğudur. Bu bağlamda sözleşmeden doğan uyuşmazlık için hangi devlet mahkemesine başvurulduğunun bir önemi yoktur, bu sözleşme, uyuşmazlık için mahkemenin yapacağı değerlendirmeden bağımsız olarak, "*a apriori*" milletlerarası karaktere haizdir[27]. Dolayısıyla, bu tür sözleşmelerden doğan uyuşmazlık için, hangi ülkenin mahkemesine gidilirse gidilsin, sözleşme, milletlerarası niteliktedir[28]. Netice olarak her milletlerarası sözleşme, yabancılık unsuru taşıyan bir sözleşme olmakla birlikte, her yabancılık unsuru taşıyan sözleşmenin de milletlerarası sözleşme olmadığını söyleyebiliriz[29].

Şu husus önemle vurgulanmalıdır ki, sözleşmeden kaynaklananlar dâhil, bir uyuşmazlığın 5718 sayılı MÖHUK'un kapsamına girebilmesi için, uyuşmazlığın sübjektif bakımdan milletlerarası olması yeterlidir. Başka bir ifadeyle, uyuşmazlığın bağlantı noktalarından veya uyuşmazlığın süjelerinden herhangi birinin for ülkesi dışında bir ülke ile bağlantılı olması (dolayısıyla hâkimin uygulanacak hukuku araştırma yükümlülüğün ortaya çıkması),

---

24 **Ekşi,** "Yabancılık Unsuru Taşıyan Akitler", s. 4; **Turhan,** Turgut (1997), Milletlerarası Sözleşmelerde Yabancı Para Kayıtları, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s. 6 vd.; **Özdemir,** "MÖHUK Kapsamına Giren Sözleşmelerin Tespiti Bağlamında", s. 927.

25 **Ekşi,** "Yabancılık Unsuru Taşıyan Akitler", s. 4.

26 **Ekşi,** "Yabancılık Unsuru Taşıyan Akitler", s. 3; **Özdemir,** "MÖHUK Kapsamına Giren Sözleşmelerin Tespiti Bağlamında", s. 930.

27 **Turhan,** s. 6.

28 **Turhan,** s. 6; **Özdemir,** "MÖHUK Kapsamına Giren Sözleşmelerin Tespiti Bağlamında", s. 930.

29 **Ekşi,** "Yabancılık Unsuru Taşıyan Akitler", s. 5; **Özdemir,** "MÖHUK Kapsamına Giren Sözleşmelerin Tespiti Bağlamında", s. 930.

yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıktan söz edilebilmesi için yeterli olacaktır[30].

Yine sözleşmeden doğan borç ilişkileri alanına özgü olmak kaydıyla, yabancılık unsuruyla ilgili bir hususa daha değinmekte fayda bulunmaktadır. Tarafları Türk vatandaşı olan ve herhangi bir yabancılık unsuru taşımayan sözleşmede, ileride aralarında doğacak uyuşmazlığa uygulanmak üzere, yabancı ülke hukukunun seçilmesi, bu sözleşmeden doğan borç ilişkisini yabancı unsurlu hale getirir mi? Başka bir ifadeyle, milletlerarası ticareti ilgilendirmeyen, tamamıyla iç hukuka ait bir sözleşme ilişkisine, tarafların MÖHUK m. 24'ten hareketle yabancı hukukun uygulanmasını kararlaştırmaları, sözleşme ilişkisinin milletlerarası özel hukukun kapsamına girmesine yol açar mı?

Bu konuya ilişkin olarak doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür[31]. Bir görüşe göre, tarafların yabancı bir hukuku seçmiş olmaları, sözleşmeden doğan borç ilişkisinin yabancı unsurlu olması sonucunu doğurur. Yabancı bir hukukun seçimi için, sözleşmenin yabancılık unsuru taşımasına gerek

---

30 **Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu,** s. 22; **Ekşi,** "Yabancılık Unsuru Taşıyan Akitler", s. 5; **Turhan,** s. 7. Sözleşmeden doğan borç ilişkileri ile ilgili olarak, doktrinde, MÖHUK'un kapsamına girecek sözleşmeleri tespit ederken "yabancılık unsuru taşıyan" veya "kanunlar ihtilâfına yol açan" gibi, herhangi bir yabancılık unsurunun dikkate alınmasına imkân tanıyan kavramlar yerine, "milletlerarası sözleşme" gibi sözleşmenin gerçek manada uluslararası yönünü orta koyan kavramların tercih edilmesini savunan görüş ileri sürülmüştür. Bu görüşe göre, sözleşmenin uluslararası nitelikte olup olmadığı, sözleşmenin içerdiği unsurların hem hukuki hem ekonomik bakımdan değerlendirilmesi neticesinde tespit edilir. Bu değerlendirmede sözleşmenin hukuki ve ekonomik yönden birden çok ülke ile bağlantılı olduğu tespit edilirse objektif manada yabancılık unsuru taşıyan sözleşme ortaya çıkmaktadır. İşte bu durumda kanunlar ihtilâfı hukukunun kapsamına giren, gerçek anlamda milletlerarası sözleşmeden söz edilebilecektir. Bu görüş çerçevesinde "uluslararası" nitelikte sözleşmelere tipik örnek olarak, para, mal veya hizmet gibi ekonomik bir değerin ülkeler arası transferini öngören "milletlerarası ticari sözleşmeler" verilmektedir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: **Özdemir,** "MÖHUK Kapsamına Giren Sözleşmelerin Tespiti Bağlamında", s. 926-941.

31 **Özdemir Kocasakal,** Hatice, "Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m. 24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Yıl: 30, 2010, S. 1-2: 27-88, s. 32 vd. ("Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk"); **Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe,** s. 257.

yoktur. Eğer taraflar aralarındaki sözleşmeye yabancı bir hukukun uygulanacağını kararlaştırmışlarsa, bu sözleşme artık yabancılık unsuru taşıyan bir sözleşmedir[32]. Bu görüşü savunan yazarlara göre, MÖHUK m. 24 uygulanacak hukukun seçiminde herhangi bir sınırlama getirmemiştir; nasıl ki taraflar akdin yapıldığı yer veya ifa yerini yabancı bir ülke olarak kararlaştırdıklarında yabancılık unsuru ortaya çıkıyor ise, iradelerini yabancı bir hukuku seçmeleri yönünde kullanmaları durumunda da sadece bu hukuk seçiminin dahi yabancılık unsuru yaratması doğaldır[33].

Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre, MÖHUK m. 24/I.f.ya göre bir hukuk seçiminden söz edebilmek için, sözleşmenin, seçilen yabancı hukuk dışında, objektif olarak yabancılık unsuru taşıyan bir sözleşme olması gerekmektedir[34]. Sözleşmenin içerdiği unsurların objektif nitelikte yabancılık unsuru taşımasından kasıt, sözleşmenin yapıldığı yer, ifa yeri, tarafların işyerleri, vatandaşlığı gibi unsurlarından en az birisi ile yabancı ülke hukuku arasında bağlantı kurulmasıdır ki ancak bu türden yabancılık unsuru taşıyan sözleşmeler bakımından MÖHUK m. 24'e göre hukuk seçimi yapılabilir. Milletlerarası ticareti ilgilendirmeyen ve herhangi bir yabancılık unsuru da taşımayan, tamamıyla iç hukuka ait sözleşmelerden doğacak uyuşmazlıkların

---

32 **Nomer,** s. 309; **Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe,** s. 258; **Çelikel/Erdem,** s. 328; **Ekşi,** "Yabancılık Unsuru Taşıyan Akitler", s. 7; Yargıtay'ın da bu görüş istikametindeki bir kararını aktaralım: "… Uyuşmazlığın doğduğu borç ilişkisinde, taraflardan birinin veya her ikisinin yabancı olması veya akdin yapıldığı yerin veya icra yerinin yabancı ülke olması veya akid konusunun yabancı ülkede bulunması veya borç ilişkisinin yabancı ülkede doğması veya *borç ilişkisine uygulanacak, hukukun yabancı bir hukuk olması gibi,* bir yabancılık unsurunun bulunması gereklidir…". Karar için bkz.: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 6.5.1998 tarih E. 1998/12-287, K. 1998/325 (Kazancı İçtihat Bilgi Sistemi).

33 **Nomer,** s. 309; **Ekşi,** "Yabancılık Unsuru Taşıyan Akitler", s. 7; **Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe,** s. 257.

34 **Özdemir Kocasakal,** "Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk", s. 33; **Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu,** s. 352 vd.; **Doğan,** Milletlerarası Özel Hukuk, s. 27; **Aybay/Dardağan,** s. 214; **Akıncı,** Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmeleri, s. 70-71; **Tarman,** Zeynep Derya, "5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) Uyarınca Yabancılık Unsuru Taşıyan Akdi Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi", BATİDER, 2010, C. XXVI, S. 1: 143-168, s. 146 ("Akdi Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi"); **Öztürk,** s. 95.

yabancı bir hukuka tâbi kılınmasıyla, Türk hukukunun konuya ilişkin emredici hükümlerin bertaraf edilmesi söz konusu olabilir[35].

Bu görüşü savunan yazarlara göre, bu türden sözleşmelerde yer alan hukuk seçimine ilişkin kayıtlar ile tarafların tâbi olmak istedikleri hukukun hükümlerini sözleşme metnine dâhil ettikleri (*incorporation*) kabul edilmelidir. Elbette, sözleşme metnine dâhil edilen bu hükümlerin Türk Borçlar Kanununun 26 ve 27. maddelerinde öngörülen sınırlar içerisinde (geniş anlamda, Türk hukukunun emredici hükümlerine aykırı olmamak kaydıyla) uygulama alanı bulacağı da unutulmamalıdır[36].

Yabancılık unsurunun tespit edilmesi noktasında uygulamada ortaya çıkan durumun da değerlendirilmesi gerekmektedir. Mülga 2675 sayılı MÖHUK'un yürürlüğe girdiği tarihten günümüze kadar olan dönemde, çalışma konumuza ilişkin olarak Yargıtay'ın ulaşabildiğimiz kararlarını değerlendirdiğimizde, genellikle ilk dereceli mahkemelerinin yabancılık unsurunun tespitinde eksiklikleri olduğu yönünde sonuç çıkmaktadır[37]. Yabancılık unsurunun tespit edilememesi nedeniyle Yargıtay'ın vermiş olduğu (kanun yararına olanları dâhil) bozma kararları o kadar fazladır ki[38], hepsine bu çalışma kapsamında yer vermek mümkün değildir. İlk derece mahkemelerinin vermiş olduğu kararlardan temyiz kabiliyeti olmayan, temyiz edilmeyen, temyiz edilmesine rağmen Yargıtay'ın da yabancılık unsurunu tespit edemediği ve yine temyiz üzerine Yargıtay'ın vermiş olduğu ancak kamuoyunun bilgisine sunulmayan kararları da hesaba katacak olursak, bu sorunun boyutları sanıldığından daha büyük olacaktır.

---

35 **Özdemir Kocasakal,** "Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk", s. 34.

36 **Özdemir Kocasakal,** "Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk", s. 33. *Incorporation* kavramı ve *incorporation* ile hukuk seçimi arasındaki farklılıklar için bkz. **Ekşi,** Nuray, "Kanunlar İhtilafı Alanında "*Incorporation*"", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Y. 19-20, 1999-2000, S. 1-2 (Prof. Dr. Aysel Çelikel'e Armağan): 263-292.

37 Bu sonucun ortaya çıkmasıyla ilgili olarak, Sayın Nomer'in yazmış olduğu bir makalesinde yer alan, "ilk derece mahkemelerinin yabancı hukukları uygulamadaki "isteksiz" veya "çekimser" davranmaları" ifadesi dikkat çekicidir: **Nomer,** Ergin, "Yargıtay Kararlarında Devletler Özel Hukuku Kanunu", Oğuz İmregün'e Armağan, İstanbul 1998: 685-730, s. 685 ("Yargıtay Kararlarında Devletler Özel Hukuku Kanunu").

38 Bu bozma kararlarına ilişkin ayrıca bkz.: **Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe,** s. 59-60, dn. 107.

Yargıtay'ın önüne gelen kanun yararına bozma istemli bir uyuşmazlıkta aslında çok açık şekilde mevcut olan şahıs bakımından yabancılık unsurunu hatalı yorumlayarak, bunun yabancılık unsuru olmadığı yönünde vermiş olduğu kararın ilgili kısmını aktaralım:

> "… Dava boşanma isteğine ilişkin olup, 7.9.2006 tarihinde açılmıştır. Dosyaya alınan nüfus kaydına göre; davacının Türk vatandaşı, davalının ise, doğumla Türk vatandaşı iken, 403 sayılı Kanunun 20. maddesi gereğince "çıkma izniyle" 16.5.2002 tarihinden itibaren Türk vatandaşlığını kaybettiği, Alman uyruklu olduğu anlaşılmaktadır… Türk Vatandaşlığı Kanununun 29. maddesinde "…doğumla Türk vatandaşı olup da, İçişleri Bakanlığından vatandaşlıktan çıkma izni alanlar ve bunların vatandaşlıktan çıkma belgesinde kayıtlı reşit olmayan çocukları; Türkiye Cumhuriyetinin millî güvenliğine ve kamu düzenine ilişkin hükümler saklı kalmak kaydıyla, askerlik hizmetini yapma yükümlülüğü ve seçme-seçilme, kamu görevlerine girme ve muafen araç veya ev eşyası ithal etme hakları dışında, sosyal güvenliğe ilişkin kazanılmış hakları saklı kalmak ve bu hakların kullanımında ilgili kanunlardaki hükümlere tâbi olmak şartıyla Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanmaya devam edecekleri..." hükme bağlanmıştır. Davalı doğumla Türk vatandaşı olduğuna göre, sözü edilen değişiklik gereğince Türk vatandaşlarına tanınan haklardan yararlanacağı ve boşanma davasında "yabancı" muamelesine tâbi tutulamayacağı açıktır. Bu durumda dava yabancılık unsuru taşımadığından, 2675 sayılı MÖHUK'un kapsamına girmemektedir. Bu nedenle uygulanacak yabancı hukukun araştırılması gerekli değildir..."[39].

Şu hususu belirtmekte fayda vardır ki, çıkma yoluyla Türk vatandaşlığından ayrılan kişiler Türk vatandaşlığını kayıp tarihinden itibaren (diğer Türk vatandaşlığını kayıp hallerinde olduğu gibi) yabancı muamelesine tâbi tutulurlar. Gerek mülga 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanununda, gerek 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanununda çıkma yoluyla Türk vatandaşlığından

---

[39] Yargıtay 11. HD, E. 2007/4200, K. 2008/3495 ve 17.03.2008 tarihli karar için bkz.: **Çiçekli,** Bülent (2014), Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun - Yargıtay Kararları, Ankara, Seçkin Yayınevi, s. 13-14.

ayrılan kişilerin önemli bir kısmı için, yaşadıkları ülkenin vatandaşlığına geçmelerini teşvik etmek için, Türkiye'deki hukuki durumları açısından yine Türkiye'de bulunan diğer yabancılara oranla imtiyazlı bir statü (özel statülü yabancılar kategorisi) yaratılmıştır[40]. Keza bu kişiler istisnalar saklı kalmak kaydıyla Türkiye'de Türk vatandaşlarının sahip olduğu pek çok haktan faydalanabileceklerdir. Ancak bu imtiyazlı durum, yukarıdaki kararda Yargıtay'ın hükmettiği gibi, bu kişilerin yabancı statüsünde olduğu gerçeğini ortadan kaldıramaz. Bu kapsamda yer alan bir yabancı için, örneğin Türkiye'de dava açtığında kendisine teminat yatırma gibi bir yükümlülük yüklenemeyecektir. Ancak bu kişiyle ilgili uyuşmazlığın, şahıs bakımından yabancılık unsuru taşıdığı da muhakkaktır. Özel statülü yabancının Türkiye'de Türk vatandaşları gibi haklara sahip olabilmesi, onun, Türk vatandaşı olduğu anlamına gelmez. Dolayısıyla, yukarıda aktardığımız kararda şahıs bakımından yabancılık unsuru bulunmaktadır, bu yönden Yargıtay'ın vermiş olduğu karara katılmamaktayız[41].

---

40 **Turhan,** Turgut, "Türk Vatandaşlığından Çıkanların Hakları (TVK m. 29 üzerine bir inceleme)", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1997, C. VLI, S. 1-4: 41-66, s. 59.

41 Yargıtay'ın yabancılık unsurunu tespit **edememesine** örnek teşkil edebilecek bir kararını daha özetle aktaralım: Yargıtay'ın önüne gelen davada, davacı vekili, müvekkili olan bankanın İngiltere'de tanzim edilen ve uyuşmazlığa konu olan bononun hamili, davalının da bononun borçlusu olduğunu; bonoda yazılı miktarın ödenmemesi üzerine ihtiyati haciz kararı alındığını, buna rağmen bono bedelinin ödenmediğini ileri sürerek, 11.200.000.000 TL tutarındaki bono alacağının tespitini ve reeskont faizi ile birlikte tahsilini talep ve dava etmiştir. Davalı vekili cevabında çeşitli yönlerden karşı tarafın iddialarına karşı çıkmış ve davanın reddini istemiştir. İlk derece mahkemesi, icra takip dosyası, dosyadaki yazılar, bilirkişi kurulu raporu ve toplanan delillere dayanarak dava konusu senedin İngiliz hukuku yönünden bono niteliğini taşıdığı, cirosunun uygun olduğu, üzerindeki ibraz ve ödememe protestosundan feragat edildiğine ilişkin kaydın geçerli olduğu, Türk hukuku yönünden de senedin bono niteliği taşıdığı, ciro silsilesine uygun olduğu, cirosu yasaklanan bir bono olmadığı, tespit ettiği miktarın faizi ile birlikte davalıdan alınıp davacıya ödenmesine karar vermiştir. Davalı vekili kararı temyiz etmiştir. Yargıtay'ın ilgili dairesi de, dava konusu ödeme taahhüdü belgesinin gerek Türk hukuku, gerek İngiliz hukuku yönünden şartları haiz bir bono niteliğinde bulunması, usulüne uygun ciro işlemi ile davacı bankaya intikal etmesi sebebi ile bankanın yetkili hamil sıfatını kazanmış olması, bononun geçerliliğini haleldar edecek bir nedenin bulunmaması ve bononun İngiliz hukukuna tâbi olmasının sonuca etkili bulunmama-

Yabancılık unsurunun tespit edilememesi nedeniyle sıklıkla bozma kararları alan ilk derece mahkemelerinin durumu daha vahimdir[42]. Çalışmanın sınırları aşmamak bakımından, Yargıtay'ın bu yönde vermiş olduğu yüzlerce karardan sadece birkaçını aktarabiliyoruz:

Yargıtay 2. HD'nin E. 2010/13616, K. 2010/15652, 29.09.2010 tarihli kararında "…Dava, 26.12.2005 doğumlu küçük E.'nin evlat edinilmesi isteğine ilişkindir. Evlat edinme isteğinde bulunan davacıların Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti vatandaşı oldukları anlaşılmaktadır. Bu durumda dava, kişi bakımından "yabancılık" unsuru içermektedir. Yabancılık unsuru taşıyan özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkilerde uygulanacak hukuk, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukukuna göre belirlenir (5718s.K.md.1/1)…" ifadesi yer almaktadır[43].

---

sından hareketle ilk derece mahkemesi kararını onamıştır. Yargıtay 11. HD'nin E. 1992/7563, K. 1993/8747, 28.12.1993 tarihli kararı için bkz.: **Ertekin,** Erol/**Karataş,** İzzet (1996), Uygulamada Ticari Senetler - Menfi Tespit ve İstirdat Davaları ile 3167 Sayılı Çek Yasası Hakkında Açıklama-Uygulama: Poliçe, Bono, Çek, İkinci Bası, Ankara, Yetkin Yayınevi, s. 268 vd.

Bu uyuşmazlığa ilişkin olarak, ilk derece mahkemesinin kararı ile bu kararı onayan Yargıtay'ın ilgili dairesinin kararına katılmamaktayız. Çünkü uyuşmazlığa konu olan kambiyo senedi, uyuşmazlığa bakan mahkeme açısından yabancı bir ülke olan İngiltere'de tanzim edilmiştir. Dolayısıyla, bu uyuşmazlıkta yer bakımından yabancı unsur bulunmaktadır. Yabancı unsurlu uyuşmazlıklarda, MÖHUK'un 2. m.si uyarınca, "hâkim, Türk kanunlar ihtilâfı kurallarını ve bu kurallara göre yetkili olan yabancı hukuku re 'sen uygulamak" zorundadır. Yabancı unsur bulunan bu uyuşmazlıkta hâkim, öncelikle uyuşmazlığa konu olan ödeme taahhüdü belgesinin kambiyo senedi niteliklerini taşıdığını tespit etmeli ve uyuşmazlığı, kambiyo senedinin (bononun) şeklen geçerli olup olmadığına ilişkin bir uyuşmazlık olarak vasıflandırmalıydı (adlama). Sonra da, TTK' da yer alan bononun şekline uygulanacak hukuku gösteren kanunlar ihtilâfı kuralı olan m. 767'den hareketle (6762 sayılı eski TTK m. 679) yetkili hukuku tespit etme yoluna gitmeliydi (altlama). TTK m. 767'ye göre, bono ile yapılan borçlanmaların şekli, borçlanmaların imzalandığı ülkenin hukukuna tâbidir. Uyuşmazlığa konu olan bono da İngiltere'de düzenlendiğinden, bu uyuşmazlık İngiliz hukukuna göre çözüme kavuşturulmalıydı: **Aygün,** s. 930.

42 Benzer yönde tespitler için bkz.: **Nomer,** "Yargıtay Kararlarında Devletler Özel Hukuku Kanunu", s. 685.

43 Karar için bkz.: Kazancı İçtihat Bilgi Sistemi.

Yargıtay 11. HD'nin E. 2012/5453, K. 2013/6689, 03.04.2013 tarihli kararında "…Muhatabı Banque Internationale Bankası olan dava konusu çekin keşidecisi de yabancı olup, bu çek nedeniyle olayda yabancılık unsuru bulunmaktadır. Hüküm tarihinde yürürlükte bulunan 6762 sayılı TTK'nın 734/8. maddesi hükmüne göre, çekin kaybedilmesi veya çalınması halinde alınacak tedbirler bakımından çekin ödeneceği memleketin kanunlarının uygulanması gereklidir. Buna göre, dava konusu çek bakımından uygulanacak kanun, muhatap bankanın bulunduğu İngiltere kanunlarıdır…" ifadesi yer almaktadır[44].

Yargıtay 11. HD'nin E. 2013/8103, K. 2013/11770, 05.06.2013 tarihli kararı, ihtiyati haciz istemli davada mahkemenin milletlerarası yetkisine ilişkin olup; kararda "…taraflar arasında Frankfurt am Main'da imzalanmış kredi sözleşmesinin ilgili hükmünde tüm anlaşmazlıklar için Alman hukukunun geçerli olduğunu kararlaştırdıkları…" ifadesi yer almaktadır. Yargıtay bu kararında, Alman hukukuna tâbi kılınan kredi sözleşmesinin, tarafları ve imzalandığı yer bakımından objektif nitelikte yabancılık unsuru taşıdığını tespit etmiştir[45].

Yargıtay 2. HD'nin E. 2010/14140, K. 2012/615, 19.01.2012 tarihli kararında "…davalı annenin ve evlat edinilmek istenilen çocuğun Türkmenistan vatandaşı oldukları anlaşılmakta olup, dava, kişi bakımından yabancılık unsuru içermektedir…" ifadesi yer almaktadır[46].

Yine, Yargıtay 2. HD'nin E. 2012/27366, K. 2013/13115, 09.05.2013 tarihli kararında, boşanmaya ilişkin davada, davalının Alman vatandaşı olması nedeniyle mevcut olan yabancılık unsurunu hem ilk derece mahkemesinin, hem ilgili Dairenin gözden kaçırdığı, karara karşı oy kullanan Üye Mahmut Kamacı'nın yazısından anlaşılmaktadır[47].

---

44 Karar için bkz.: **Çiçekli,** s. 18-19.

45 Karar için bkz.: **Lale,** Muktedir (2014), Yargıtay Uygulamasında Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku (Özetli-İçtihatlı), Ankara, Seçkin Yayınevi, s. 22-23.

46 Karar için bkz.: **Lale,** s. 16-17.

47 Karar için bkz.: **Lale,** s. 20. Benzer şekilde karşı oy kullanan, ancak ismini öğrenemediğimiz Daire Üyesinin yazısıyla, hem ilk derece mahkemesinin, hem Yargıtay'ın ilgili Dairesi'nin yabancılık unsurunu gözden kaçırdığına ilişkin Yargıtay 2. HD'nin E. 2007/4214, K. 2008/1476, 13.02.2008 tarihli kararı için bkz.: **Ekşi,** Nuray (2014), Milletler-

Yargıtay 11. HD'nin E. 2010/10188, K. 2012/13865, 20.09.2012 tarihli kararında "…Dava, davalıların ortak olduğu ve Suudi Arabistan'da Suudi kanunlarına göre kurulduğu anlaşılan "…Ltd." şirketinin icra müdürü olarak atanan davacının görevinin şirketin faaliyetine son verilmesine rağmen resmi makamlar nezdinde kaldırılmadığı, bu nedenle davacının başka şirketler ile çalışamadığı iddiasına dayalı tazminat istemine ilişkindir. Yukarıdaki özetten de anlaşılacağı üzere taraflar arasındaki ilişkide yabancılık unsuru bulunduğu…" ifadesi yer almaktadır. Şirket ile onun temsilcisi olan şahıs arasındaki iç temsil ilişkisiyle ilgili uyuşmazlığın yabancılık unsuru taşıdığını, Yargıtay'ın isabetli şekilde tespit ettiği anlaşılmaktadır[48].

Yargıtay 18. HD'nin E. 2012/3306, K. 2012/5779, 17.05.2012 tarihli kararında "…Babalığın tespitine ilişkin açılan davada, davacı Alman uyruklu olup, davada yabancılık unsuru bulunmaktadır…" ifadesi yer almaktadır[49].

Yargıtay 11. HD'nin E. 2007/2089, K. 2008/3738, 24.03.2008 tarihli kararında "…Muhatabı National Westminister- Town Center Bankası olan dava konusu çekin keşidecisi de yabancı olup, bu çek nedeniyle olayda yabancılık unsuru bulunmaktadır…" ifadesi yer almaktadır[50].

Yargıtay 2. HD'nin E. 2007/5428, K. 2008/4768, 24.03.2008 tarihli kararında "…Hakkında gaiplik kararı verilmesi talep edilen kişi Bulgar uyruklu olduğuna göre olayda "yabancılık unsuru" mevcut olup, 5718 sayılı Kanun hükümleri uygulanmalıdır…" ifadesi yer almaktadır[51].

Yargıtay 2. HD'nin E. 2006/21951, K. 2007/17742, 25.12.2007 tarihli kararında "…Dosyaya alınan nüfus kaydından; tarafların ikisinin de 23.12.1998 tarihli 12264 sayılı kararla Türk Vatandaşlığından çıktıkları, çıkma belgesinin teslim alındığı 20.8.1999 ve 20.9.1999 tarihinden itibaren Türk Vatandaşlığını kaybettikleri anlaşılmaktadır. Şu halde davada; hukuki ilişkinin tarafları (öznesi) yönünden, yabancılık unsuru taşıyan özel hukuka

---

arası Özel Hukuk I Pratik Çalışma Kitabı, 2. Bası, İstanbul, Beta Yayınevi, s. 8 (Pratik Çalışma).

48 Karar için bkz.: **Lale,** s. 17-18.

49 Karar için bkz.: **Çiçekli,** s. 17-18.

50 Karar için bkz.: **Çiçekli,** s. 15-16.

51 Karar için bkz.: **Ekşi,** Pratik Çalışma, s. 19.

ilişkin işlem ve ilişkilerde uygulanacak hukuk, 5718 sayılı kanunla düzenlenmiştir (md.1)…" ifadesi yer almaktadır[52].

Yargıtay 11. HD'nin E. 2003/9984, K. 2004/5573, 18.05.2004 tarihli kararında "…Muhatabı *Citibank/Brooklyn-N.Y.* olan dava konusu çekin keşidecisi de Amerikalı olup, bu çek nedeniyle olayda yabancılık unsuru bulunmaktadır…" ifadesi yer almaktadır[53].

Yargıtay 11. HD'nin E. 1986/64, K. 1986/2029, 18.04.1986 tarihli, davalının üstlendiği taşıma işi sonucu uğranılan zararın tazminiyle ilgili davaya ilişkin kararında "…Davalı Kuveytli olduğuna göre uyuşmazlıkta yabancılık unsuru bulunduğu aşikârdır. Yabancılık unsuru taşıyan özel hukuka ilişkin işlem ve münasebetlerde uygulanacak kurallar 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanunun 1. maddesi hükmüne göre bu kanunla düzenlenmiş bulunmaktadır… Davalı tarafın 2675 sayılı Kanuna dayanarak yaptığı savunma üzerinde durulmadan eksik inceleme ile hüküm tesisi doğru görülmemiştir. Bu durumda mahkemece yapılacak iş; uyuşmazlıkta yabancılık unsuru bulunduğu göz önünde tutularak…" ifadesi yer almaktadır[54].

Yargıtay HGK'nun E. 1994/2-949, K. 1994/189, 30.03.1994 tarihli kararında "…Bu dava yabancı unsur taşımaktadır. Davacının İzlanda, davalının Türkiye vatandaşı iken İzlanda'da evlendikleri, davalının daha sonra İzlanda vatandaşlığını da aldığı ileri sürülmüştür…" ifadesi yer almaktadır[55].

Yargıtay 2. HD'nin 14.09.1990 tarih E. 1990/1764, K. 1990/8271 tarihli kanun yararına bozma kararında "…Davacı İtalyan uyruklu olup, şahıs bakımından yabancılık unsuru bulunmaktadır. 2675 sayılı Kanunun 18. maddesi uyarınca evlat edinme ehliyeti ve şartları hakkında davacının milli hukukunun uygulanması gerekmektedir. Aynı Kanunun 2. maddesi uyarınca

---

52 Karar için bkz.: **Ekşi,** Pratik Çalışma, s. 5.

53 Karar için bkz.: İstanbul Barosu Dergisi, 2005, C. LXXIX, S. 1, s. 241.

54 Karar için bkz.: **Sakmar,** Ata/**Ekşi,** Nuray/**Yılmaz,** İlhan (2001), Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun - Mahkeme Kararları, 3. B., İstanbul, Beta Yayınevi, s. 7-10.

55 Karar için bkz.: **Çelikel,** Aysel/**Nomer,** Ergin/**Giray,** F. Kerem/**Esen,** Emre **(**2014), Devletler Hususi Hukuku (Milletlerarası Özel Hukuk) - Çözülmemiş Örnek Olaylar - Seçilmiş Mahkeme Kararları, 12. Bası, İstanbul, Beta Yayınevi, s. 519-523.

yetkili yabancı hukuku resen uygulama durumunda olan Mahkemenin bu konuda hiçbir araştırma yapmadan yazılı şekilde hüküm kurması usul ve kanuna aykırıdır…" ifadesi yer almaktadır[56].

II. YARGILAMA HUKUKU BAKIMINDAN YABANCILIK UNSURU

Bilindiği üzere, davanın açılmasıyla birlikte mahkemenin davayı incelemesi ve dava konusu hakkında bir karar verme zorunluluğu bulunmaktadır[57]. Peki, dava malzemesi önüne gelen mahkeme, yabancılık unsurunun tespiti bakımından nasıl hareket etmelidir? Bu hususun medeni yargılama hukukunun konuları bakımından değerlendirilmesi gerekmektedir.

A. Yabancılık Unsurunun -Vakıa- Olup Olmaması Bakımından

Vakıanın tanımına ilişkin doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, *vakıalar, yer ve zaman bakımından belirli, somut, geçmişte olmuş ya da halen devam eden, dış dünyaya veya kişinin iç dünyasına ait ve hukuk düzeninin sonuç bağladığı olay veya durumlardır*[58]. Bu tanımdan hareket edildiğinde, ilk bakışta yabancılık unsurunun maddi vakıa olduğu değerlendirilebilir. Nitekim kanunlar ihtilâfı kuralının bağlama konusunu (hukuki olay veya ilişkiyi) yabancı hukuk düzeni ile irtibatlandıran vatandaşlık, yerleşim yeri, mutat mesken, ika yeri, ifa yeri, varma yeri gibi bağlama noktalarının maddi vakıa oldukları şüphesizdir[59]. Resen araştırma ilkesinin uygulandığı davalar dışında, hâkimin maddi vakıaları kendiliğinden araştırması ve bu konuda taraflara hatırlatmada bulunması hukuken mümkün değildir (taraflarca geti-

---

56 Karar için bkz.: Resmi Gazete: T.: 28.10.1990, S.: 20679, s. 15.

57 Yarg. 16. HD'nin E. 2002/12548, K. 2002/13159 ve 27.12.2002 tarihli kararında "…Hâkim açılan davalarla ilgili olarak olumlu ya da olumsuz karar vermek ve uyuşmazlığı çözümlemekle yükümlüdür…" ifadesi yer almaktadır: **Pekcanıtez/Atalay/Özekes,** s. 521.

58 **Pekcanıtez/Atalay/Özekes,** s. 644 vd.; **Göksu,** Mustafa, "Hukuk Yargılamasında Vakıa ve Hukuk", Haluk Konuralp Anısına Armağan, Ankara, Yetkin Yayınevi, 2009, C. I: 323-350, s. 325; **Karaaslan,** Varol (2013), Medeni Usul Hukukunda Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi, Ankara, Seçkin Yayınevi, s. 103.

59 **Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe,** s. 64.

rilme ilkesi). Bağlama noktasının işaret ettiği hukukun uygulanmasını talep eden şahıs, bu bağlama noktasını (vakıayı) ispat etmekle yükümlüdür[60]. Bir örnekle durumu izah edelim: Bakıma muhtaç durumda Selanik'te yaşayan ve Yunanistan vatandaşı olan *Dimitri*, İstanbul'da yaşayan (2013 yılı gelir vergisi rekortmeni) armatör oğlu, Türk vatandaşı Kahraman'ın kendisinin geçimini sağlayacak miktarda nafaka ödemesi için İstanbul mahkemelerine müracaat etmiştir. Bu örnek bakımından davacının vatandaşlığı, yabancılık unsurunu teşkil etmektedir. İstanbul mahkemesinin bu davaya bakmak için milletlerarası yetkisinin bulunduğu varsayımından hareket edecek olursak, yabancı unsur taşıyan yardım nafakası alacağına ilişkin (adlama) uyuşmazlığın çözümü için hâkim, MÖHUK m. 19/I. f.'da yer alan, "Nafaka talepleri, nafaka alacaklısının mutat meskeni hukukuna tâbidir" (altlama) bağlama kuralını uygulayacaktır[61]. Bu bağlama kuralının bağlama noktası olan nafaka alacaklısının mutat meskeninin bulunduğu yer, maddi vakıadır. Hâkimin nafaka alacaklısının mutat meskeninin bulunduğu ülke hukukunu (örneğin, Yunanistan hukukunu) uygulayabilmesi için, nafaka alacaklısının mutat meskeninin o ülkede bulunduğu vakıasının ispat edilmesi gerekir.

Yukarıdaki örnekten devam edecek olursak, yabancılık unsuru olan, yabancı uyrukluğun da maddi vakıa gibi ispat edilmesi gerektiği ortadadır. Ancak, yabancılık unsurunun bulunmasının ortaya çıkardığı neticeler, yabancılık unsurunu, alelade bir maddi vakıa olmanın ötesine taşır. Keza, yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlığın çözümü için izlenecek yol haritası, tamamıyla iç hukuka tâbi olan bir uyuşmazlığın çözümü için izlenecek yol haritasından farklıdır. Uyuşmazlığın yabancı unsur içermesi, gerek mahkemenin milletlerarası yetkisi başta olmak üzere yargılama hukukuna ait meselelerin çözümünde, gerek uyuşmazlığın maddi hukuk açısından çözümünde, farklı bir hukuk alanına (milletlerarası usul hukuku-kanunlar ihtilâfı hukukuna)

---

60 **Pekcanıtez/Atalay/Özekes,** s. 363; **Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe,** s. 64.

61 Aslında bu uyuşmazlık, MÖHUK m. 1/II. fıkradan hareketle, Türkiye'nin de taraf olduğu Nafaka Yükümlülüğüne Uygulanacak Kanuna Dair Lahey Sözleşmesi'nin kapsamına girmektedir. İlgili Sözleşmenin 1. ve 4. maddesinden hareketle, yardım nafakası yükümlülüğüne, nafaka alacaklısının mutat mesken hukuku olan Yunanistan hukuku uygulanacaktır. Ancak, konunun anlaşılırlığını sağlaması bakımından, bağlama noktasına ilişkin, iç hukuktan ilgili bağlama kuralını (MÖHUK m. 19) örnek olarak vermeyi uygun bulduk.

ilişkin metodolojinin devreye girmesine sebebiyet vermektedir. Bu bağlamda yabancılık unsurunun, hukukun (veya hukuk kuralının) uygulanmasına koşul **hukuki vakıa** olduğunu söyleyebiliriz. Vakıa olması, yabancılık unsurunun en azından davanın taraflarınca dava malzemesi haline getirilmesi ve ispat edilmesi gereğinden doğmaktadır. Hâkim, tarafların ileri sürmediği, ve dahi dava malzemesinden anlaşılamayan bir vakıayı kendiliğinden yabancı unsur olarak dikkate alamaz. Buna rağmen, yabancılık unsurunun, gerçekte var olmasına rağmen, dava malzemesi haline gelmemesi çok nadiren karşılaşılabilecek bir durumdur. Keza, dava ve cevap dilekçesinde yer alması zorunlu unsurların varlığı; çoğu uyuşmazlık açısından hükmün kurulmasına esas alınan vakıalar ile yabancılık unsurunun örtüşmesi veya bütünlük arz etmesi; davayı kaybetme riski ile karşılaşmak istemeyen yanların dava malzemelerini eksiksiz hazırlamak istemeleri; tarafların dürüst davranma yükümlülüğü ile doğruyu söyleme ödevine uymamalarının ortaya çıkaracağı olumsuzluklara karşılaşmaktan kaçınma gibi nedenler, bir şekilde yabancılık unsurunun dava malzemesi haline gelmesi neticesini doğuracaktır.

Yabancılık unsurunun vakıadan ziyade hukukî niteliği daha çok öne çıkmaktadır; keza yabancılık unsuru, hâkimin hukuku uygulama yükümlülüğünün koşul ögesidir. Vermiş olduğumuz nafaka örneğinden hareket edecek olursak, uyuşmazlığın yabancı unsur taşıdığı (yabancı uyrukluk) tespit edilmeden, ne mahkemenin milletlerarası yetkisinin olup olmadığından; ne de uyuşmazlığın hangi hukuka tâbi olacağından söz edilebilir. Yabancılık unsurunun tespit edilmesi, hâkimin hukuku resen uygulama yükümlülüğünün bir parçasıdır. Bir şekilde davanın malzemesi haline gelmiş yabancılık unsuru göz ardı edilirse, yanlış hukuk normuna ulaşılması, dolayısıyla hukuka aykırı karar verilmesi kuvvetle muhtemeldir. Yabancılık unsurunu tespit edemeyen hâkim, yukarıda pek çok örneğini gördüğümüz şekilde, vermiş olduğu kararın üst dereceli mahkeme tarafından bozulması riski ile karşı karşıya kalabilecektir. Yabancılık unsurunun gözden kaçırılması gibi bir dikkatsizlik, hem uyuşmazlığın çözümünde gecikmeye, hem de tarafların adalete olan inançlarının sarsılmasına neden olacaktır. Bu da dar anlamda usul ekonomisine, geniş anlamda adil yargılanma hakkına aykırılık sonucunu doğurur. Bu bağlamda, yabancılık unsuru, hukuka uygun karar verme yükümlülüğü açısından mutlaka hâkimin denetime tâbi tutulmalı; maddi vakıadır denilerek, taraflarca hazırlama ilkesi gereği, tarafların inisiyatifine

bırakılmamalıdır. Nitekim çalışmamızın ileri kısımlarında değineceğimiz üzere, yabancılık unsurunun tespiti faaliyeti, hâkimin hukuku resen uygulama yükümlülüğünden ayrı düşünülemeyecek, yargılama hukukuna özgü usuli bir faaliyettir.

B. Yabancılık Unsurunun Dava Şartı Olup Olmaması Bakımından

Dava şartları, davanın esastan incelenip karar verilebilmesi için varlığı veya yokluğuna mutlak anlamda sonuç bağlanan şartlardır[62]. Bu tanımdan hareketle, dava şartları, davanın esası hakkında inceleme yapılabilmesi için (görev, dava ehliyeti, hukuki yarar gibi) varlığı gerekli olan, olumlu dava şartları; yine davanın esası hakkında inceleme yapılabilmesi için (derdestlik, kesin hüküm gibi) yokluğu gerekli olan olumsuz dava şartları şeklinde ortaya çıkabilir[63]. Bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, yabancılık unsuru ne olumlu, ne de olumsuz anlamda dava şartı değildir. Çünkü bir uyuşmazlık, yabancılık unsuru taşısa da, taşımasa da, başkaca herhangi bir engel mevcut değilse, esas hakkında inceleme yapılması ve karar verilmesi mümkündür. Uyuşmazlığın yabancı unsurlu olması, uyuşmazlığa ilişkin açılan davanın esası hakkında yargılama yapılmasına mâni değildir.

Yabancılık unsuru, her ne kadar yargılamada dava şartı gibi rol oynamasa da, dava şartı seviyesinde incelenmesi gereken bir husustur. Uyuşmazlıkta yabancılık unsurunun mevcut olup olmadığı, ön inceleme safhası başta olmak üzere, davanın başından karar verilinceye kadar ki süreçte hâkim tarafından kendiliğinden dikkate alınmalıdır. Şüphesiz ki, hâkimin yabancılık unsurunun mevcut olup olmadığı yönünde yapacağı inceleme, yargılamaya getirilen dava malzemesi üzerinden olacaktır. Yabancılık unsurunun dava malzemesi haline gelmesi, iddia veya savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağından bağımsız, geniş olarak yorumlanmalıdır. Hâkim, yabancılık unsurunu yargılamanın son aşamalarında (örneğin, sözlü yargılamada) fark etse bile, derhal yabancılık unsurunu sübuta erdirmeli, uyuşmazlığın yabancılık unsuru taşıdığını taraflara açıklamalıdır. Yabancılık unsuru tespit edildikten sonra, milletlerarası usul hukukunun kapsamında yer

---

62 **Pekcanıtez/Atalay/Özekes,** s. 413; **Kuru,** B./**Arslan,** R./**Yılmaz,** E. (2011): Medeni Usul Hukuku (Ders Kitabı), 22. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 256.

63 **Pekcanıtez/Atalay/Özekes,** s. 413; **Kuru/Arslan/Yılmaz,** s. 256.

alan yargılamaya ilişkin hususlar değerlendirilmelidir (örneğin, davacının yabancı bir devletin vatandaşı olması nedeniyle şahıs bakımından yabancılık unsuru varsa, muafiyet kapsamında da değilse, teminat yatırması için davacıya derhal kesin süre verilmelidir). Uygulanacak hukuk açısından ise, hâkim, öncelikle, MÖHUK m. 1/II. f. uyarınca, uyuşmazlığa ilişkin Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşme varsa, bu sözleşme hükümlerine göre; diğer durumlarda, Türk hukukunun kanunlar ihtilâfı kuralını tespit ederek; bu kanunlar ihtilâfı kuralı gereğince yetkili olan hukukun hükümlerini resen uygulayıp uyuşmazlığı çözmelidir.

C. Medeni Usul Hukukuna Hâkim Olan İlkeler Açısından

Dava malzemesinin hazırlanması bakımından üzerinde durmamız gereken iki ilke söz konusudur. İlki, dava malzemesinin, taraflarca getirilmesine gerek olmaksızın mahkeme tarafından resen temin edilmesi şeklinde ifade edebileceğimiz, kendiliğinden araştırma ilkesidir. Bu ilkenin söz konusu olduğu durumlarda hâkim, tarafların ileri sürdükleri vakıalar ve delillerle bağlı olmayıp, kendisi de vakıaları araştırabilir, hangi delillere başvurabileceğini tayin edebilir. Esas olarak, ceza yargılamasında geçerli olan bu ilke, hukuk yargılamasında, babalık, nesebin reddi, evlenmenin butlanı davası gibi kamu düzenini ilgilendiren davalar ile çekişmesiz yargı işlerinde uygulanan bir ilkedir[64].

Diğer ilke, taraflarca getirilme ilkesidir. Bu ilkeye göre, dava malzemesinin temini taraflara ait bir ödevdir, başka bir ifadeyle vakıalar ve delillerin mahkemeye sunulması tarafların hâkimiyetinde olan bir hususdur. Hâkim, kendiliğinden taraflarca ileri sürülmeyen vakıaları inceleyemez, hükmünü kurarken sadece tarafların dava malzemesi olarak getirdikleri vakıa ve delilleri esas alabilir. Medeni yargılama hukukunda esas olan, taraflarca hazırlama ilkesidir, aynı zamanda bu ilke HMK m. 25'te hüküm altına alınmıştır. Bu ilkenin kabul edilmesi nedenleri arasında, uyuşmazlığa konu olan olay veya ilişkiyi, uyuşmazlığın tarafları olarak en iyi kendilerinin bilecekleri; özel hukuk alanına ilişkin hakların gerçekleşmesinde çoğu defa kamu

---

64 **Pekcanıtez/Atalay/Özekes,** s. 361 vd.; **Umar,** s. 108 vd.; **Karaaslan**, s. 91-92; **Alangoya,** Yavuz (1979), Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 2571, s. 95 vd.

yararının bulunmaması ve tarafların menfaatlerini en iyi şekilde kendilerinin koruyabilecekleri gibi hususlar gösterilmektedir[65]. Ancak, medeni yargılama hukukunda taraflarca hazırlama ilkesinin kabul edilmiş olması, hâkimin yetkilerini çok sınırlandırdığı anlamına gelmemelidir. Her ne kadar dava malzemesinin getirilmesi ve ispat faaliyeti taraflara ait bir iş olsa da, hukuki nitelendirme yapmak, delilleri incelemek ve nihayetinde hüküm vermek hâkimin işidir[66]. Yargıtay da vermiş olduğu bir kararında *"... Hâkim, deyim yerindeyse arif kişidir. Hâkim, tarafların davada ne istediklerini, hangi hukuki yararlarını korumak istediklerini, neyi amaçladıklarını saptamak, uyuşmazlığın niteliğini ve türünü belirlemekle yükümlüdür...*" ifadelerini kullanmıştır[67]. Hâkim önüne gelen dava ve cevap dilekçelerindeki tarafların beyanlarını değerlendirerek, uyuşmazlığın hukuki niteliğini saptayacaktır[68]. Şüphesiz ki bu faaliyetin kapsamında uyuşmazlığın yabancılık unsuru taşıyıp taşımadığının tespiti de bulunmaktadır.

Hemen belirtelim ki, taraflarca hazırlama ilkesi, yabancılık unsuru bakımından sınırlı bir etkiye sahiptir. Yabancılık unsurunun bir vakıa olarak davanın yanlarınca getirilmesi ve ileri sürülmesi durumunda ispat edilmesi gerekliliği, bu ilkenin bir sonucudur. Ancak yabancılık unsurunun hukuki niteliğinin daha bariz olması nedeniyle, bu ilke katı bir şekilde uygulanamaz. Uyuşmazlığın niteliğini belirlemekle yükümlü olan hâkimin, yabancılık unsurunun tespit edilmesinde aktif konumda bulunması gerekir. Özellikle, iddia ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağı, yabancılık unsurunun tespiti bakımından uygulanamaz.

Yabancılık unsurunun mahiyetine en uygun düşen, yabancılık unsurunun tespit edilmesini belki de en iyi şekilde açıklayan ilke, hâkimin davayı aydınlatma ödevi ilkesidir[69]. HMK m. 31'de yer alan bu ilkeye göre, "*hâkim,*

---

65 **Pekcanıtez/Atalay/Özekes,** s. 361-362; **Karaaslan**, s. 92-93; **Alangoya,** s. 3.

66 **Pekcanıtez/Atalay/Özekes,** s. 366.

67 Yarg. 7. HD'nin, E. 2006/2017, K. 2006/2017 ve 20.06.2006 tarihli kararı için bkz.: MİHDER, 2007/2, s. 494 vd.

68 **Akil,** Cenk, "Hâkimin Hukuku Kendiliğinden Uygulama İlkesi", AÜHFD, 2008, C. LVII, S. 3: 1-32, s. 3.

69 Hâkimin davayı aydınlatma ödevi ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz.: **Karaaslan,** Varol (2013), Medeni Usul Hukukunda Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi, Ankara, Seçkin Yayınevi.

uyuşmazlığın aydınlatılmasının zorunlu kıldığı durumlarda, maddi veya hukuki açıdan belirsiz yahut çelişkili gördüğü hususlar hakkında, taraflara açıklama yaptırabilir; soru sorabilir; delil gösterilmesini isteyebilir". Bu ilke ile maddi gerçeğe ulaşılması ve hukuka uygun hüküm verilebilmesi amaçlanmıştır[70]. Hâkimin davayı aydınlatma ödevinin içeriğinde, açıklama, tamamlama, bilgilendirme ve değiştirme işlevi olmak üzere dört temel işlevin yer aldığı bildirilmektedir[71]. Farklı işlevleri olmakla birlikte davayı aydınlatma ödevi, genel olarak, doğru hüküm kurulabilmesine zemin olacak dava malzemesinin temininde, hâkimin taraflarla işbirliği içinde olmasını, bu bağlamda taraflara sorular sormasını ve hükmün esasına etki edecek temel hukuki konularda tarafları bilgilendirerek, onlarla müzakere etmesini ifade etmektedir[72]. Her ne kadar uyuşmazlığın nitelendirilmesi, hukuk kurallarının uygulanması hâkimin vazifesi olsa da tarafların bu konuda hiçbir rollerinin olmadığı söylenemez. Maddi vakıaların gösterilmesi yanında taraflar hukukun uygulanmasını sağlama hakkına sahip olmaları gerektiği doktrinde ifade edilmiştir[73]. Bu bağlamda davayı aydınlatma ödevi ilkesinin işlerlik kazanması, sadece hâkimin değil, tarafların da katkısıyla mümkün olabilecektir. Özellikle, yabancı hukuk kuralının belirlenmesinde, tarafların açıklama haklarını kullanmaları, hâkimin de taraflara hatırlatmada bulunması, onlardan yardım talep etmesi mümkünken[74], yabancı hukuk kuralının uygulanmasına dayanak teşkil eden yabancılık unsurunun tespiti bakımından tarafların ve hâkimin sınırlandırılması hukuka uygun düşmeyecektir.

Hâkim, yabancılık unsurunun tespiti bakımından, dava malzemesinde görünür hususları aydınlatmaya çalışmalıdır. Örneğin, HMK m. 119'a göre, dava dilekçesinde tarafların ad ve soyadları ile adresleri yer almak zorun-

---

70 **Karaaslan**, s. 55 vd.; **Pekcanıtez/Atalay/Özekes,** s. 373; **Meriç,** Nedim, "Hâkimin Davayı Aydınlatma Yükümlülüğü" Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2009, C. XI, Özel Sayı (Bilge Umar'a Armağan Sayısı, C. I): 377-424, s. 386.

71 **Alangoya,** s. 141 vd.; **Karaaslan**, s. 29 vd.; **Meriç,** s. 404 vd.

72 **Karaaslan**, s. 29.

73 **Özekes,** Muhammet (2003), Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı, Ankara, Yetkin Yayınevi, s. 131 vd. (Hukuki Dinlenilme Hakkı).

74 **Özekes,** Hukuki Dinlenilme Hakkı, s. 137 vd.

dadır[75]. Dava dilekçesinde davalının ad ve soyadı olarak "*Guiseppe Federico*" yazılı olduğunu varsayalım. Taraflar yabancılık unsurunun bulunduğunu belirtmeseler bile, hâkim davaya konu olan uyuşmazlıkta şahıs bakımından yabancılık unsurunun bulunup bulunmadığı araştırması gerekmektedir. Hâkim, bu konuda taraflara soru sorabileceği gibi, açıklama yapmalarını da isteyebilir. İtalyan vatandaşı olduğu ileri sürülen davalının, tâbiiyetini ispat etmesi sağlanmalıdır. Buradaki ispatın ölçüsü, yabancılık unsurunun doğruluğu hakkında hâkimin kanaate varmasına yetecek düzeyde olmalıdır. Örneğimizle ilgili olarak, ilgili kişinin sadece kimlik belgesini ibraz etmesi bile ispat bakımından yeterli olabilecektir. Bütün bunların sonucunda uyuşmazlığın şahıs bakımından yabancı unsur taşıdığı ortaya çıkarsa, hâkim, taraflara yabancı unsurlu bir uyuşmazlığın söz konusu olduğunu bildirmeli; milletlerarası usul hukuku ve kanunlar ihtilâfı hukukuna ait metodoloji çerçevesinde yargılama faaliyetini yürütmelidir.

D. Ön İnceleme Aşaması Bakımından

HMK'dan önceki dönemde, uygulamada yargılama aşamalarının iç içe geçtiği; yargılamaya ilişkin işlemlerin kanuna aykırı şekilde, neredeyse her mahkemenin kendine ait usulü çerçevesinde yürütüldüğü, karmaşıklığın söz konusu olduğu; mahkemelerin dava dosyalarına tam olarak hazırlanamadıklarından taraflara da gerekli açıklamaların yapılamadığı; tüm bunların yargılama faaliyetini geciktirdiği, neticeten adil yargılanma hakkının önemli ölçüde zedelendiği gibi nedenlerle yargılamada tüm bu karmaşaya son verecek yeni bir yargılama aşamasının gerekli olduğu ileri sürülmüştür[76].

---

75 Bu bağlamda dava ve cevap dilekçelerinde, dava sebepleri (vakıalar) yanında hukuki sebeplerin de bildirilmesinin zorunlu olması, yabancılık unsurunun tespiti bakımından hayati öneme sahip olmaktadır. Hukuki sebeplerin bildirilme zorunluluğuna ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz.: **Özekes,** Muhammet, "Dava Dilekçesinde Hukuki Sebep Bildirmek Zorunludur", Halûk Konuralp Anısına Armağan, 2009, C. I, Ankara, Yetkin Yayınevi, s. 745-781.

76 **Pekcanıtez/Atalay/Özekes,** s. 563-564; **Özekes,** Muhammet, "Hukuk Yargılamasında Yeni Bir Aşama, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısında Ön İnceleme", Hukuki Perspektifler Dergisi, Eylül 2006: 101-110, s. 101 vd. ("Ön İnceleme"); **Ermenek,** İbrahim, "Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre Ön İnceleme", İnönü Üniversitesi

Yargılamanın gereksiz yere uzaması başta olmak üzere sözünü ettiğimiz sakıncaların önüne geçmek için, dilekçelerin verilmesinden sonra ve tahkikattan önce gelmek üzere yeni bir yargılama aşaması kabul edilmiştir (HMK m. 137-142)[77].

Ön incelemenin kapsamını düzenleyen HMK m. 137'ye göre, "*(1) Dilekçelerin karşılıklı verilmesinden sonra ön inceleme yapılır. Mahkeme ön incelemede; dava şartlarını ve ilk itirazları inceler, uyuşmazlık konularını tam olarak belirler, hazırlık işlemleri ile tarafların delillerini sunmaları ve delillerin toplanması için gereken işlemleri yapar, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği davalarda onları sulhe veya arabuluculuğa teşvik eder ve bu hususları tutanağa geçirir. (2) Ön inceleme tamamlanmadan ve gerekli kararlar alınmadan tahkikata geçilemez ve tahkikat için duruşma günü verilemez."*.HMK'nın ilgili maddelerinde açıkça yabancılık unsurundan söz edilmemesine rağmen, uyuşmazlığın yabancılık unsuru taşıyıp taşımadığının incelenmesi, ön incelemenin kapsamında yer alması gereken bir hususdur. Ancak tereddüte yer vermemesi açısından, çalışmanın sonuç kısmında HMK'nın ilgili maddelerinde değişiklik yapılması yönünde önerimiz olacaktır.

Hâkim, ön inceleme aşamasında dava şartlarını nasıl incelemesi gerekiyorsa, uyuşmazlığın yabancılık unsuru taşıyıp taşımadığını da aynı usul çerçevesinde inceleyecektir. Her ne kadar, ön inceleme aşamasıyla birlikte kural olarak iddia ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağı işlemeye başlayacaksa da (HMK m. 141), yabancılık unsurunun tespiti bakımından bu yasağın işlemesi söz konusu olamaz. Çünkü yabancılık unsurunun tespiti hukuki nitelendirmeye ilişkin bir konu olup, hâkimin kendiliğinden yapması gereken usuli bir faaliyettir. Bu nedenle incelenme sırası bakımından, yabancılık unsurunun tespitinin dava şartlarıyla birlikte yapılması uygun düşer. Bu açıklamalardan yabancılık unsurunun tespitinin, yargılama sona erinceye kadar hâkimin kendiliğinden dikkate alması gerektiği, usuli bir faaliyet olduğu sonucuna ulaşmak mümkündür. Her ne kadar yabancılık unsurunun yargılama sona erinceye kadar ortaya çıkması muhtemel de olsa,

---

Hukuk Fakültesi Dergisi, 2011, C. II, S. 1: 139-175, s. 140 vd.; **Şeker,** Hilmi (2012), İlkeler Işığında Ön İnceleme Kurumu, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, s. 22 vd.

77 **Pekcanıtez/Atalay/Özekes,** s. 564.

yargılamanın başında yol haritasının belirlenmesi ve gereksiz gecikmeye yol açmaması bakımından yabancılık unsurunun tespitinin ön inceleme aşamasında yapılmasından daha doğal bir yol yoktur. Bu bakımdan ön inceleme safhası, yabancılık unsurunun tespit edilmesi bakımından oldukça önemlidir.

Ön inceleme aşaması duruşmalı veya duruşmasız şekilde yapılabilmektedir (HMK m. 138-140). Yabancılık unsurunun iddia ve ispat edilerek, bu hususun taraflar arasında çekişmesiz olması mümkündür. Veya taraflar bunu adlandırmamış olmalarına rağmen, dava malzemesi üzerinden uyuşmazlığın yabancılık unsuru taşıdığı çok net anlaşılabilir (örneğin, dava ve cevap dilekçesinde davacının adı ve soyadı yabancı dilde yazılmış olup, yabancı uyrukluğu tevsik eden pasaport örneği dava dosyasına dâhil olmuşsa). Bu gibi hallerde yabancılık unsurunun tespiti için hâkimin duruşma yapmasına gerek yoktur, dosya üzerinden karar verebilir.

Ancak, uyuşmazlığın yabancılık unsuru taşıyıp taşımadığı taraflar arasında çekişmeli olabileceği gibi; taraflardan birinin ileri sürmesine rağmen, dava malzemesinde bu hususta çelişkiler olduğu sonucuna da varılabilir. Veya tarafların her ikisi de yabancılık unsuruna değinmemiş olmakla birlikte, dava malzemesinden yabancılık unsurunun bulunabileceği konusunda şüphe ortaya çıkabilir. Bütün bu hallerin varlığında hâkim, ön inceleme duruşmasında tarafları dinlemeli, yabancılık unsurunun bulunup bulunmadığı hususunda kesin kanaate ulaştıktan sonra kararını vermeli ve kararını tutanağa geçirtmelidir.

Hâkim, ister dosya üzerinden, ister ön inceleme duruşması neticesinde uyuşmazlığın yabancı unsur taşıdığı kanaatine ulaşırsa, bu hususu tutanağa geçirtmeli, taraflara açıklama yapmalıdır. Uyuşmazlık yabancılık unsuru taşıdığı için, yargılamanın yürütülmesi bakımından milletlerarası usul hukukuna ait konuların devreye girmesi söz konusu olacaktır. Örneğin, mahkemenin milletlerarası yetkisinin bulunup bulunmadığının tespiti ile davacı, yabancı bir devletin vatandaşı ise, teminat yatırma yükümlülüğü söz konusu olabilecektir. Ancak, teminat yatırma yükümlülüğünün yerine getirilip getirilmediği dava şartı çerçevesinde ele alınacakken, mahkemenin milletlerarası yetkisinin olup olmadığı, ilk itirazların ileri sürülebileceği devredeki tarafların taleplerine göre ortaya çıkacaktır.

Uyuşmazlığın maddi hukuka göre çözümü bakımından da kanunlar ihtilâfı hukukunun devreye girmesi söz konusu olacaktır. Bu bağlamda önce yabancı unsurlu uyuşmazlığın vasıflandırılması söz konusu olacaktır. Vasıflandırılması yapılan yabancı unsurlu uyuşmazlık bakımından Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşme varsa ve söz konusu uyuşmazlık bu uluslararası sözleşmenin kapsamına giriyorsa uluslararası sözleşme hükümleri tespit edilmeli ve uygulanmalıdır (MÖHUK m. 1/II). Eğer Türkiye'nin taraf olduğu ve söz konusu uyuşmazlığı kapsamına alan bir uluslararası sözleşme söz konusu değilse, önce Türk hukukunun kanunlar ihtilâfı hukuku kuralları tespit edilmelidir. Daha sonra, atıf dâhil kanunlar ihtilâfı hukukunun diğer genel problemleri de dikkate alınarak, bağlama kuralının işaret ettiği hukukun hükümleri tespit edilmeli ve uygulanmalıdır.

E. Hâkimin Sorumluluğu Bakımından

Yabancılık unsurunun tespit edilememesi bakımından hâkimin hukuki sorumluluğuna gidilebilmesi mümkündür. Hâkimin hukuki sorumluluğu bakımından HMK m. 46'da hüküm bulunmaktadır. Bu hükme göre, hâkimlerin birinci derece sorumluluğu yerine, devletin birinci derece sorumluluğu kabul edilmiştir. Ancak, devletin tazminata mahkûm olması durumunda, ödediği tazminat nedeniyle, ödeme tarihinden itibaren bir yıl içinde sorumlu hâkime rücu edecektir (HMK m. 46/III. f.). HMK m. 46'da kullanılan hâkim terimi, sadece ilk derece mahkemesi hâkimleri için değil, aynı zamanda istinaf hâkimi, Yargıtay üyeleri ve başkanlarını da kapsayacak şekilde anlaşılmalıdır[78]. Hâkimin sorumluluğunu doğuran sebepler, HMK m. 46'da beş bent halinde, sınırlı sayıda düzenlenmiştir. Bunlar arasında yabancılık unsurunun tespit edilememesi durumunda hâkimin sorumluğuna, ilgili maddenin (c) bendinde yer alan "*farklı bir anlam yüklenemeyecek kadar açık ve kesin bir kanun hükmüne aykırı karar veya hüküm verilmiş olması*" hükmü nedeniyle gidilebilir. Yabancılık unsurunun tespiti hukuki nitelendirmeye yönelik usuli bir faaliyettir. Yabancılık unsuruna ilişkin MÖHUK m. 1'de yer alan açık hüküm ile örtülü şekilde yabancılık unsurunu ihtiva ettiği kabul edilen kanunlar ihtilâfı kuralının göz ardı edilerek yanlış karar veya hüküm verilmesi, hâkimin, açıkça kanuna aykırı hareket ettiğinin bir göstergesidir.

---

78 **Pekcanıtez/Atalay/Özekes,** s. 221.

Ancak şu hususa dikkat edilmelidir ki, yabancılık unsurunun taraflarca ileri sürülmediği durumlarda, hâkimin sorumluluğunun doğması için, yabancılık unsurunun, dava malzemesinden basit bir araştırmayla tespit edilebilecek nitelikte olması gerekir. Aynı zamanda, yabancılık unsurunun tespit edilemediğinin kanun yolunda ileri sürülmesi de gerekir. Keza, ilk derece mahkemesinde de, kanun yolunda da tarafların ileri sürmediği bir hususun dolayı, sorumluluk davası açmaları hakkın suiistimali olur.

Henüz yürürlükte olmasa bile istinaf yolunda, temyiz kanun yolunda, karar düzeltmede ve hatta yargılamanın iadesi yolunda dahi yukarıda açıklandığı gibi yabancılık unsurunun tespit edilememesi halinde, yabancılık unsurunu tespit edemeyen her hâkimin (veya hâkimlerin) sorumluğu yoluna gidilmesi mümkündür.

SONUÇ

Türk mahkemelerinin önüne gelen yabancı unsur taşıyan uyuşmazlığa ilişkin gerek yargılama süreci, gerek uyuşmazlığın maddi hukuk bakımından çözümü, tamamıyla iç hukuka tâbi olan bir uyuşmazlığın çözümünden farklıdır. Milletlerarası usul hukukunda *lex forinin* hâkim olması, tanıma ve tenfiz başta olmak üzere, yabancı unsur içeren uyuşmazlıklara ait yargılamaya ilişkin konuların, Türk mahkemelerinin ilgisine mazhar olmasına neden olmuştur. Ancak aynı hususu kanunlar ihtilâfı hukuku bakımından söylemek mümkün değildir. Yabancı hukukun uygulanma ihtimalinin olması, ilk derece mahkemelerinin bu konuda çekimser kalmalarına neden olabilir. Esasen bu çalışmanın amacı yabancı hukukun uygulanması üzerine odaklanmamakla birlikte, yabancılık unsurunun tespit edilememesi ve dolayısıyla yetkili hukukun uygulanamaması nedeniyle Yargıtay'ın vermiş olduğu bozma kararlarının bir hayli fazla olması, yabancılık unsurunun tespit edilmesi noktasında yeterli özenin gösterilmediğini ortaya koymaktadır. Vermiş olduğu bazı kararlardan anlaşıldığı üzere, Yargıtay'ın bile yabancılık unsurunu tespit edemediği davalar söz konusudur. Yabancılık unsurunun tespit edilememesine bağlı olarak yanlış karar verilmesi nedeniyle hâkimin hukuki sorumluluğuna gidilebilmesi mümkündür. Ancak yanlış karar verilmesi nedeniyle adaletin tecelli edememesinin veya sonradan aykırılık giderilse bile, adalete erişimin gecikmesinin, hukukta istikrar ve güvenlik ilkesi

ile adil yargılanma hakkına aykırılık oluşturacağı muhakkaktır. Bu sonucun ortaya çıkmasından sadece hâkimin değil, davasında yeterli özeni göstermeyen tarafların (aynı zamanda avukatlarının) da payı bulunmaktadır.

Yabancılık unsuru, maddi vakıa niteliğinde değildir, hukukun (veya hukuk kuralının) uygulanmasına koşul **hukuki vakıadır**. Vakıa olması, yabancılık unsurunun en azından davanın taraflarınca dava malzemesi haline getirilmesi ve ispat edilmesi gereğinden doğmaktadır. Keza hâkim, tarafların ileri sürmediği, ve dahi dava malzemesinden anlaşılamayan bir vakıayı tarafların yerine geçerek yabancı unsur olarak dikkate alamaz. Ancak yabancılık unsurunu karakterize eden husus, onun vakıadan ziyade hukukî niteliğiyle açıklanabilir. Hukuki olması, yabancılık unsurunun, hâkimin hukuku resen uygulama yükümlülüğünün koşul ögesi olmasından kaynaklanmaktadır. Bu nedenle yabancılık unsurunun tespit edilmesi faaliyeti, hâkimin hukuku uygulama yükümlülüğünden bağımsız düşünülemeyecek, yargılama hukukuna özgü usuli bir faaliyettir. Yabancılık unsuru, davanın herhangi bir aşamasında tespit edilebilmekle beraber, sözlü yargılama aşamasında dahi davanın malzemesi haline gelebilir. Bu bağlamda iddia ve savunmanın değiştirilmesi veya genişletilmesi yasağı, yabancılık unsurunun tespiti bakımından uygulanmayacaktır.

Her ne kadar ön incelemeye ilişkin hükümlerde açıkça yabancılık unsurundan söz edilmese de, yabancılık unsurunun tespiti bakımından ön inceleme aşaması çok önemlidir. Hâkim, ön inceleme aşamasında dava şartlarını nasıl incelemesi gerekiyorsa, uyuşmazlığın yabancılık unsuru taşıyıp taşımadığını da aynı usul çerçevesinde inceleyecektir. Hâkim, ister dosya üzerinden, ister ön inceleme duruşması neticesinde uyuşmazlığın yabancı unsur taşıdığı kanaatine ulaşırsa, bu hususu tutanağa geçirtmeli, taraflara açıklama yapmalıdır. Artık bu noktadan sonra, uyuşmazlığın yabancılık unsuru taşıdığı sabit olduğundan, yargılamanın yürütülmesi bakımından milletlerarası usul hukukunun, uyuşmazlığın maddi hukuka göre çözümü bakımından da kanunlar ihtilâfı hukukunun devreye girmesi söz konusu olacaktır.

Son olarak, yabancılık unsurunun tespiti bakımından herhangi bir tereddüdün kalmaması ve uygulamaya ışık tutması bakımından ön incelemeye ilişkin 6100 sayılı HMK'nın 137, 138,140 ve 141. maddelerinde

aşağıda belirttiğimiz şekilde değişikliklerin (sadece koyu bold yazıyla ifade edilen değişikliklerin) yapılmasını önermekteyiz:

Ön incelemenin kapsamı

*MADDE 137- (1) Dilekçelerin karşılıklı verilmesinden sonra ön inceleme yapılır. Mahkeme ön incelemede; dava şartlarını, **uyuşmazlığın yabancılık unsuru taşıyıp taşımadığını** ve ilk itirazları inceler, uyuşmazlık konularını tam olarak belirler, hazırlık işlemleri ile tarafların delillerini sunmaları ve delillerin toplanması için gereken işlemleri yapar, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği davalarda onları sulhe veya arabuluculuğa teşvik eder ve bu hususları tutanağa geçirir.*

(2) Ön inceleme tamamlanmadan ve gerekli kararlar alınmadan tahkikata geçilemez ve tahkikat için duruşma günü verilemez.

*Dava şartları, **yabancılık unsuru** ve ilk itirazlar hakkında karar*

*MADDE 138- (1) Mahkeme, öncelikle dava şartları, **uyuşmazlığın yabancılık unsuru taşıyıp taşımadığını** ve ilk itirazlar hakkında dosya üzerinden karar verir; gerektiği takdirde kararını vermeden önce, bu konuda tarafları ön inceleme duruşmasında dinleyebilir.*

Ön inceleme duruşması

*MADDE 140- (1) Hâkim, ön inceleme duruşmasında, dava şartları, **uyuşmazlığın yabancılık unsuru taşıyıp taşımadığı** ve ilk itirazlar hakkında karar verebilmek için gerekli görürse tarafları dinler; daha sonra, tarafların iddia ve savunmaları çerçevesinde, anlaştıkları ve anlaşamadıkları hususları tek tek tespit eder.*

(2) Uyuşmazlık konularının tespitinden sonra hâkim, tarafları sulhe veya arabuluculuğa teşvik eder; bu konuda sonuç alınacağı kanaatine varırsa, bir defaya mahsus olmak üzere yeni bir duruşma günü tayin eder.

(3) Ön inceleme duruşmasının sonunda, tarafların sulh veya arabuluculuk faaliyetinden bir sonuç alıp almadıkları, sonuç alamadıkları takdirde anlaşamadıkları hususların nelerden ibaret olduğu tutanakla tespit edilir. Bu tutanağın altı, duruşmada hazır bulunan taraflarca imzalanır. Tahkikat bu tutanak esas alınmak suretiyle yürütülür.

(4) Ön inceleme tek duruşmada tamamlanır. Zorunlu olan hâllerde bir defaya mahsus olmak üzere yeni bir duruşma günü tayin edilir.

(5) Ön inceleme duruşmasında, taraflara dilekçelerinde gösterdikleri, ancak henüz sunmadıkları belgeleri mahkemeye sunmaları veya başka yerden getirtilecek belgelerin getirtilebilmesi amacıyla gereken açıklamayı yapmaları için iki haftalık kesin süre verilir. Bu hususların verilen kesin süre içinde tam olarak yerine getirilmemesi hâlinde, o delile dayanmaktan vazgeçilmiş sayılmasına karar verilir.

İddia ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi

MADDE 141- (1) Taraflar, cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçeleri ile serbestçe; ön inceleme aşamasında ise ancak karşı tarafın açık muvafakati ile iddia veya savunmalarını genişletebilir yahut değiştirebilirler. Ön inceleme duruşmasına taraflardan biri mazeretsiz olarak gelmezse, gelen taraf onun muvafakati aranmaksızın iddia veya savunmasını genişletebilir yahut değiştirebilir. Ön inceleme aşamasının tamamlanmasından sonra iddia veya savunma genişletilemez yahut değiştirilemez.

(2) İddia ve savunmanın genişletilip değiştirilmesi konusunda ıslah ve karşı tarafın açık muvafakati hükümleri saklıdır.

(3) Uyuşmazlığın yabancı unsur taşıyıp taşımadığı hususunda iddia ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağı ileri sürülemez.

Kaynakça

Akıncı, Ziya (1996), Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmeleri, Ankara, (Milletlerarası İnşaat Sözleşmeleri).

Akıncı, Ziya (1994), Milletlerarası Ticari Hakem Kararları ve Tenfizi, Ankara.

Akil, Cenk, "Hâkimin Hukuku Kendiliğinden Uygulama İlkesi", AÜHFD, 2008, C. LVII, S. 3: 1-32.

Alangoya, Yavuz (1979), Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 2571.

Aybay, Rona/**Dardağan,** Esra (2001), Yasaların Uluslararası Düzeyde Çatışması (Kanunlar İhtilâfı), İstanbul, Aybay Yayınları.

Aygün, Mesut, "Güncel Gelişmelerin Işığında Çekten Doğan Yabancı Unsurlu Uyuşmazlıklara Uygulanacak Hukukun Tespiti", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2012, C. LXI, S. 3: 925-972.

Çalışkan, Yusuf (2014), Uluslararası Satım Hukukunda Kanunlar İhtilâfı Meseleleri, İstanbul, Beta Yayınevi.

Çelikel, Aysel/**Erdem,** B. Bahadır (2014), Milletlerarası Özel Hukuk, 13. Bası, İstanbul, Beta Yayınevi.

Çelikel, Aysel/**Nomer,** Ergin/**Giray,** F. Kerem/**Esen,** Emre **(**2014), Devletler Hususi Hukuku (Milletlerarası Özel Hukuk) - Çözülmemiş Örnek Olaylar - Seçilmiş Mahkeme Kararları, 12. Bası, İstanbul, Beta Yayınevi.

Çiçekli, Bülent (2014), Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun - Yargıtay Kararları, Ankara, Seçkin Yayınevi.

Delaume, G. R. (1986), Transnational Contracts, *New York*.

Diamond, A. L., "Harmonisation of Private International Law Relating to Contractual Obligations", Recueil Des Cours, Vol. 199, 1986, N. IV: 233-312.

Doğan, Vahit (2013), Milletlerarası Özel Hukuk, 2. Bası, Ankara, Seçkin Yayınevi, (Milletlerarası Özel Hukuk).

Doğan, Vahit (2011), Banka Teminat Mektupları, 4. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi.

Ekşi, Nuray (2014), Milletlerarası Özel Hukuk I Pratik Çalışma Kitabı, 2. Bası, İstanbul, Beta Yayınevi, (Pratik Çalışma).

Ekşi, Nuray, "Kanunlar İhtilafı Alanında "*Incorporation*"", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Y. 19-20, 1999-2000, S. 1-2 (Prof. Dr. Aysel Çelikel'e Armağan), 263-292.

Ekşi, Nuray, "Yabancılık Unsuru Taşıyan Akitler ve Bu Akitlerin AT Roma Konvansiyonu'na Göre Anlamı", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Y. 12, 1992, S. 1-2: 1-10, ("Yabancılık Unsuru Taşıyan Akitler").

Ermenek, İbrahim, "Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre Ön İnceleme", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2011, C. II, S. 1: 139-175.

Ertekin, Erol/**Karataş,** İzzet (1996), Uygulamada Ticari Senetler - Menfi Tespit ve İstirdat Davaları ile 3167 Sayılı Çek Yasası Hakkında Açıklama-Uygulama: Poliçe, Bono, Çek, İkinci Bası, Ankara, Yetkin Yayınevi.

Göksu, Mustafa, "Hukuk Yargılamasında Vakıa ve Hukuk", Haluk Konuralp Anısına Armağan, Ankara, Yetkin Yayınevi, 2009, C. I, 323-350.

Karaaslan, Varol (2013), Medeni Usul Hukukunda Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi, Ankara, Seçkin Yayınevi.

Kazancı İçtihat ve Mevzuat Bilgi Sistemi, (2014) (Anadolu Üniversitesi Merkez Kütüphane E-Kaynaklar - Veri Tabanları - Lisanslı Ürün).

Kuru, B./**Arslan,** R./**Yılmaz,** E. (2011), Medeni Usul Hukuku (Ders Kitabı), 22. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.

Lale, Muktedir (2014), Yargıtay Uygulamasında Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku (Özetli-İçtihatlı), Ankara, Seçkin Yayınevi.

Lando, Ole, "The Conflict of Laws of Contracts. General Principles (General Course of Private International Law)", Recueil Des Cours, Vol. 189, 1984, N. VI, 225-447.

Mayer, Pierre (1991), Droit International Privé, 4e éd., Paris.

Meriç, Nedim, "Hâkimin Davayı Aydınlatma Yükümlülüğü" Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2009, C. XI, Özel Sayı (Bilge Umar'a Armağan Sayısı, C. I), 377-424.

Nomer, Ergin (2013), Devletler Hususi Hukuku, 20. Bası, İstanbul, Beta Yayınevi, (Devletler Hususi Hukuku).

Nomer, Ergin, "Yargıtay Kararlarında Devletler Özel Hukuku Kanunu", Oğuz İmregün'e Armağan, İstanbul 1998, 685-730, ("Yargıtay Kararlarında Devletler Özel Hukuku Kanunu").

Nomer, Ergin (1972), Davada Yabancı Kanun, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 1739 (Davada Yabancı Kanun).

Özdemir Kocasakal, Hatice, "Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m. 24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Yıl: 30, 2010, S. 1-2: 27-88 ("Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk").

Özdemir, Hatice, "MÖHUK Kapsamına Giren Sözleşmelerin Tespiti Bağlamında "Yabancılık Unsuru Taşıyan Sözleşme" ve "Uluslararası Sözleşme" Kavramları", İstanbul Barosu Dergisi, 1999, C. LXXIII, S. 4: 926-941, ("MÖHUK Kapsamına Giren Sözleşmelerin Tespiti Bağlamında").

Özekes, Muhammet, "Dava Dilekçesinde Hukuki Sebep Bildirmek Zorunludur", Halûk Konuralp Anısına Armağan, 2009, C. I, Ankara, Yetkin Yayınevi, s. 745-781.

Özekes, Muhammet, "Hukuk Yargılamasında Yeni Bir Aşama, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısında Ön İnceleme", Hukuki Perspektifler Dergisi, Eylül 2006: 101-110 ("Ön İnceleme").

Özekes, Muhammet (2003), Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı, Ankara, Yetkin Yayınevi, (Hukuki Dinlenilme Hakkı).

Öztürk, Pınar (2001), Ortak Girişim (Joint Venture) ve Uygulanacak Hukuk, İstanbul, Beta Yayınevi.

Pekcanıtez, Hakan/**Atalay,** Oğuz/**Özekes,** Muhammet (2013), Medenî Usûl Hukuku, 14. Bası, Ankara, Yetkin Yayınları.

Sakmar, Ata/**Ekşi,** Nuray/**Yılmaz,** İlhan (2001), Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun - Mahkeme Kararları, 3. Bası, İstanbul, Beta Yayınevi.

Şanlı, Cemal/**Esen,** Emre/**Ataman Figanmeşe,** İnci (2014), Milletlerarası Özel Hukuk, 2. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık.

Şanlı, Cemal (2011), Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, 4. Bası, İstanbul, Beta Yayınevi, (Uluslararası Ticari Akitler).

Şanlı, Cemal (1986), Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü.

Şeker, Hilmi (2012), İlkeler Işığında Ön İnceleme Kurumu, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları.

Tarman, Zeynep Derya, "5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) Uyarınca Yabancılık Unsuru Taşıyan Akdi Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi", BATİDER, 2010, C. XXVI, S. 1: 143-168.

Tarman, Zeynep Derya, "Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2010, C. LIX, S. 3: 521-550.

Tekinalp, Gülören/**Uyanık Çavuşoğlu,** Ayfer (2011), Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, 11. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık.

Tiryakioğlu, B./**Aygün,** M./**Küçük,** E. (2014), Türk Uluslararası Özel Hukuk Mevzuatı, 7. Bası, Ankara, Yetkin Yayınevi.

Tiryakioğlu, Bilgin (1996), Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.

Toker, Ali Gümrah, "Yabancı Unsurlu Teminat Mektubu Sözleşmesine Uygulanacak Hukuk", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, İzmir 2010, C. XII, Özel Sayı (Burhan Ceyhan'a Armağan-II): 991-1052.

Turhan, Turgut**,** "Türk Vatandaşlığından Çıkanların Hakları (TVK m. 29 üzerine bir inceleme)", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1997, C. VLI, S. 1-4: 41-66.

Turhan, Turgut (1997), Milletlerarası Sözleşmelerde Yabancı Para Kayıtları, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü.

Umar, Bilge (2011), Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara, Yetkin Yayınevi.

Kısaltmalar

A.Ş. : Anonim Şirket
AÜHFD : Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
B. : Bası
b. : Bent
BATİDER : Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
Bkz.(bkz.) : Bakınız
BTHAE : Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü
C. : Cilt
c. : Cümle
Çev.(çev.) : Çeviren
DEÜHFD : Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
DHH : Devletler Hususî Hukuku
Dn.(dn.) : Dipnot
E. : Esas
Ed.(ed.) : *Edition*
f. : Fıkra
HD : Hukuk Dairesi
HGK : Hukuk Genel Kurulu
HMK : Hukuk Muhakemeleri Kanunu
K. : Karar
karş. : Karşılaştırınız
Ltd. Şti. : Limitet Şirket
m. : Madde
MHB : Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni
MİHDER : Medeni Usul ve İflas Hukuku Dergisi
MÖHUK : Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
MTK : Milletlerarası Tahkim Kanunu

No.(no.) : Numara
Ör. : Örnek
RG : Resmî Gazete
S. : Sayı
s. : Sayfa
T. : Tarih
TTK : Türk Ticaret Kanunu
vd. : Ve devamı
Vol.(vol.) : *Volume* (Cilt)
vs. : Ve saire
Y. : Yıl
Yarg. : Yargıtay
yuk. : Yukarıda

[H]BİR KARAR IŞIĞINDA YETKİ SÖZLEŞMESİNE BAKIŞ

Yrd. Doç. Dr. Nilüfer BORAN GÜNEYSU*

I. İNCELEME KONUSU KARAR

İnceleme konusunu, Yargıtay'ın 12. Hukuk Dairesi'nin 21.3.2013 tarih ve 1198/10471 sayılı kararı oluşturmaktadır[1]. Söz konusu kararın tam metni aşağıda verilmiştir;

"…Alacaklı tarafından bonoya dayalı icra takibine karşı icra mahkemesine borca itiraz yanında icra dairesinin yetkisine de itiraz edilmiştir.6100 S.K. yetki sözleşmesi düzenleyebilecek şahıslar sadece tacirler veya kamu tüzel kişileri olarak belirlenmiştir ve tacirden anlatılmak istenen, işin ticarî nitelikte olması değil, tarafların kanunlarda tacir olarak tanımlanan kişiler olmasıdır. Sözleşmenin konusunun ticarî iş olması gerçek kişilere yetki sözleşmesi yapma imkanı vermemektedir. Takip dayanağı bonolarda tanzim yerinin ve muteriz borçlunun adresinin Tekirdağ olduğu, ödeme emrinin de bu adreste borçluya tebliğ edildiği görülmektedir. Takibe konu bir kısım bonolarda Samsun İcra Dairelerinin yetkili olduğunun yazılması yetki sözleşmesi niteliğinde olup, takip tarihi itibari ile yürürlükte olan 6100 Sayılı HMK'nun 17. maddesi gereğince yetki sözleşmesi düzenleyebilecek şahıslar sadece tacirler veya kamu tüzel kişileri olabileceğinden yetki sözleşmesi geçersizdir. Mahkemece, borçlunun yetkiye yönelik itirazının kabulü gerekir.

DAVA : Yukarıda tarih ve numarası yazılı mahkeme kararının müddeti içinde temyizen tetkiki borçlu tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili

---

H Hakem incelemesinden geçmiştir.

* Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, nboran@anadolu.edu.tr

1 Karar metni için bkz. (http://www.kazanci.com/).

dosya mahallinden daireye gönderilmiş olup, dava dosyası için Tetkik Hakimi Melikşah Şener tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve dosya içerisindeki tüm belgeler okunup incelendikten sonra işin gereği görüşülüp düşünüldü :

KARAR : Alacaklı tarafından 16 adet bonoya dayalı olarak kambiyo senetlerine mahsus haciz yoluyla icra takibine başlandığı, örnek 10 numaralı ödeme emri tebliği üzerine borçlunun yasal sürede icra mahkemesine yaptığı başvuruda, borca itirazının yanında, icra dairesinin yetkisine de itiraz ettiği anlaşılmıştır.

İİK.nun 50.maddesi göndermesiyle, bonoya dayalı olarak, borçlunun ikametgahının bulunduğu yerdeki genel yetkili icra dairesinde (HMK. 6.md.), bonoda öngörülen ödeme yerinde ancak, TTK'nun 689/3. maddesine göre ödeme yeri gösterilmeyen bonoda, tanzim yerinin ödeme yeri olduğunun kabulü gerekeceğinden, bononun tanzim yerinde icra takibi yapılabilir.

6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile yürürlükten kaldırılan 1086 Sayılı HUMK.nun 22. maddesinde, tarafların yetki sözleşmesi yapmak suretiyle yetkili olmayan bir mahkemenin yetkisini kabul edebilecekleri, buna göre, tüzel kişilerin yanında gerçek kişilerin de yetki sözleşmesi yapabilecekleri düzenlenmiş bulunmaktadır.

6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yetki sözleşmesini düzenleyen 17. maddesinde ise; "Tacirler veya kamu tüzel kişileri, aralarında doğmuş veya doğabilecek bir uyuşmazlık hakkında, bir veya birden fazla mahkemeyi sözleşmeyle yetkili kılabilirler. Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça dava sadece sözleşmeyle belirlenen bu mahkemelerde açılır" düzenlemesine yer verilmiştir. Görüldüğü üzere, Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile getirilen yeniliklerden bir tanesi de yetki sözleşmelerine ilişkin olup, yetki sözleşmesi düzenleyebilecek şahıslar sadece tacirler veya kamu tüzel kişileri olarak belirlenmiştir.

Yetki sözleşmesine ilişkin olarak yapılan bu düzenlemede, tacirler veya kamu tüzel kişileri ile diğer kişiler, yetki sözleşmesi yapmak açısından birbirinden ayırt edilmiştir. Tacirler veya kamu tüzel kişileri, kendi aralarındaki hukuki ilişkilerde hukuken eşit konumda sayılabilirler. Buna karşılık, tacirler veya kamu tüzel kişileri, gerçek kişiye göre, daha güçlü konumda bulunmaktadır. Daha zayıf konumda olan kişilerin daha güçlü olan tacir veya kamu

tüzel kişilerine karşı korunma ihtiyacının ortaya çıkması nedeniyle kanun koyucu böyle bir düzenlemeye gitmiştir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, yeni düzenlemeye bakıldığında, tacirler veya kamu tüzel kişileri dışındaki diğer kişilerin, kendi aralarında yetki sözleşmesi yapmaları da kabul edilmemiştir.

Sözkonusu düzenleme ile ilgili olarak belirtilmesi gereken bir başka husus da, yetki sözleşmesi yapılmasında, tarafların tacir veya kamu tüzel kişisi olması aranmıştır. Diğer bir anlatımla, maddedeki tacirden anlatılmak istenen, işin ticarî nitelikte olması değil, tarafların kanunlarda tacir olarak tanımlanan kişiler olmasıdır. Sözleşmenin konusunun ticarî iş olması gerçek kişilere yetki sözleşmesi yapma imkanı vermemektedir.

Yapılan bu açıklamalar ışığında somut olaya bakıldığında; Alacaklının 16 adet bonoya dayalı olarak 10.07.2012 tarihinde kambiyo senetlerine mahsus haciz yoluyla takibe başladığı, takip dayanağı bonolardan 30.07.2011 vade tarihli 7.000,00 TL miktarlı, 30.08.2011 vade tarihli 7.000,00 TL miktarlı ve 30.09.2011 vade tarihli 7.832,00 TL miktarlı bonolarda İstanbul (icra dairelerinin) mahkemelerinin, takibe konu diğer bonolarda Samsun (icra dairelerinin) mahkemelerinin yetkili kılındığı, ödeme emrinin borçluya 23.07.2012 tarihinde tebliği üzerine borçlunun yasal süresinde (25.07.2012 tarihinde) icra mahkemesine yetki itirazı ile başvurduğu görülmektedir. Bu durumda, HMK.nun 448.maddesi gereğince, bu kanun hükümlerinin tamamlanmış işleri etkilememek kaydıyla (olayımızda tamamlanmış bir iş bulunmadığından) derhal uygulanacağı ilkesi de dikkate alınarak, takip tarihi itibariyle yürürlükte olan HMK.nun 17. maddesi kapsamında itirazın değerlendirilmesi gerekmektedir.

Somut olayda, takip dayanağı bonolarda tanzim yerinin ve muteriz borçlunun adresinin Tekirdağ olduğu, ödeme emrinin de bu adreste borçluya tebliğ edildiği görülmektedir. Takibe konu bir kısım bonolarda Samsun İcra Dairelerinin yetkili olduğunun yazılması yetki sözleşmesi niteliğinde olup, takip tarihi itibari ile yürürlükte olan 6100 Sayılı HMK'nun 17. maddesi gereğince yetki sözleşmesi geçersizdir.

O halde mahkemece, borçlunun yetkiye yönelik itirazının kabulü yerine işin esasının incelenerek yazılı gerekçe ile istemin reddine karar verilmesi isabetsizdir.

SONUÇ : Borçlunun temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK'nun 366 ve HUMK'nun 428. maddeleri uyarınca (BOZULMASINA), ilamın tebliğinden itibaren 10 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 21.03.2013 gününde oybirliğiyle karar verildi."

II. OLAYIN ÖZETİ

Alacaklı tarafından borçluya karşı, bonoya dayalı icra takibi başlatılmıştır. Bu takip üzerine borçlu, borca itiraz yanında icra dairesinin yetkisine de itiraz etmiştir. İtiraz üzerine duran takibe karşı alacaklı, icra mahkemesinde itirazın kaldırılması yoluna başvurmuştur. İcra mahkemesi, yetki itirazını reddederek işin esasına yönelik bir değerlendirme yapmıştır. İlgili kararının borçlu tarafından temyizi üzerine Yargıtay, borçlunun yetkiye yönelik itirazının kabul edilmemesi gerekçesiyle icra mahkemesi kararını oybirliği ile bozmuştur.

III. MERCİ KARARLARI

A. İlk Derece Mahkemesi Kararı

Alacaklı, 16 adet bonoya dayalı olarak 10.07.2012 tarihinde kambiyo senetlerine özgü haciz yoluyla takibe başlatmıştır. Takip dayanağı bonolardan 30.07.2011 vade tarihli 7.000,00 TL miktarlı, 30.08.2011 vade tarihli 7.000,00 TL miktarlı ve 30.09.2011 vade tarihli 7.832,00 TL miktarlı bonolarda İstanbul (icra dairelerinin) mahkemelerinin, takibe konu diğer bonolarda Samsun (icra dairelerinin) mahkemelerinin yetkili kılındığı, ödeme emrinin borçluya 23.07.2012 tarihinde tebliği üzerine borçlunun yasal süresinde (25.07.2012 tarihinde) icra mahkemesine yetki itirazı ile başvurmuştur. Kararda icra mahkemesinin gerekçesi gösterilmemekle birlikte mahkeme, borçlunun yetki itirazını dikkate almadan bir değerlendirme yapmıştır.

B. Yargıtay 12. Hukuk Dairesi'nin Kararı

Yargıtay, takibe konu bir kısım bonolarda Samsun icra dairelerinin yetkili olduğunun yazılmasının yetki sözleşmesi niteliğinde olduğunu belirtmiştir. Takip tarihinde yürürlükte olan 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri

Kanunu'nun 17. maddesi gereğince yetki sözleşmesi, sadece tacirler veya kamu tüzel kişileri tarafından yapılabileceği ifade edilmiştir. Takibin dayanağı bonolarda tanzim yerinin ve borçlunun adresinin Tekirdağ olduğu, ödeme emrinin de bu adreste borçluya tebliğ edildiği görülmektedir. 12. Hukuk Dairesi'ne göre, takibe konu bir kısım bonolarda Samsun İcra Dairelerinin yetkili olduğunun yazılması yetki sözleşmesi niteliğindedir; ancak Hukuk Muhakemeleri Kanunu gereğince yetki sözleşmesi geçersizdir. Borçlunun temyiz itirazlarının kabulü ile icra mahkemesi kararının İcra ve İflâs Kanunu 366 ve Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 428. maddeleri uyarınca bozulmasına oybirliği ile karar verilmiştir.

IV. KARARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Hukukî Sorun

Çalışmaya konu olan Yargıtay kararında, yetki sözleşmesi, yetki sözleşmesinin tarafları ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun uygulanma zamanı tartışılmıştır. Bilindiği üzere, Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile getirilen yeniliklerden biri de yetki sözleşmesine yöneliktir; buna göre yetki sözleşmesi düzenleyebilecek kişiler sadece tacirler veya kamu tüzel kişileri olarak belirlenmiştir. Bu çalışmada, ticarî iş ve tacir kavramları, taraflar arasında ilişkinin ticarî iş niteliğinde olmasının taraflara yetki sözleşmesi yapma hakkını verip vermeyeceği değerlendirilecektir. Ayrıca Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun uygulanma zamanı, yetki sözleşmeleri bakımından incelenecektir.

B. Yetki Sözleşmesi

Tacir veya kamu tüzel kişisi olmak şartıyla[2] tarafların, belirli veya belirlenebilir bir uyuşmazlık için kanunen yetkili olmayan bir mahkemeyi

---

[2] Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenen pazarlamacılık sözleşmesinin (TBK m. 448-460) 449. maddesinde "Pazarlamacılık sözleşmesi, sözleşmenin süresini, sona ermesini, pazarlamacının yetkilerini, ücret ve masrafların nasıl ödeneceğini, taraflardan birinin yerleşim yeri yabancı ülkede ise uygulanacak hukukun ve yetkili mahkemenin hangisi olduğunu içerir" ifadesi ile pazarlamacılık sözleşmelerinde yetkili mahkemeyi de içermesi gerektiği düzenlenmiştir. Pazarlamacılık sözleşmesinin taraflarından biri ticarî

yetkili kılmak için yaptıkları anlaşma, yetki sözleşmesi olarak tanımlanmaktadır (HMK m. 17)[3]. Yetki sözleşmesi, etkilerini usûl hukuku alanında gösteren usûl hukukuna ilişkin bir sözleşmedir[4]. Yetki sözleşmesine öncelikle Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK m. 17-18) bunun dışında ise Türk Borçlar Kanunu hükümleri kıyasen uygulanmaktadır[5].

Yetki sözleşmesi, ayrı bir sözleşme şeklinde yapılabileceği gibi yetki şartı olarak da hazırlanabilir. Dar anlamda yetki sözleşmesi ile kast edilen konusu sadece yetkili mahkemeyi kararlaştırmak olan yetki sözleşmesidir. Yetki şartı ise, tarafların aralarında yaptıkları bir sözleşmeye, ilgili sözleşmenin uygulanmasından kaynaklanan uyuşmazlıklar için belirli bir mahkemenin yetkili olacağına ilişkin koydukları şartı ifade etmektedir[6].

Yetki sözleşmesi kural olarak, tüm uyuşmazlıklar için yapılabilir; ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği konularda ve kesin yetkinin bulunduğu hallerde yetki sözleşmesi yapılamaz (HMK m. 18). Örneğin taşınmazın aynına ilişkin davalar (HMK m. 12), boşanma veya ayrılık davaları (TMK m. 168) veya iflâs davasında (İİK m. 154) yetki sözleşmesi yapılabilmesi mümkün değildir[7]. Yetki sözleşmesi yazılı olarak yapılmalıdır ve yazılılık[8] yetki sözleşmesi için bir geçerlilik şartıdır (HMK m. 18/2, TBK m.

---

işletme sahibidir; ancak sözleşmenin diğer tarafının tacir olması gerekmemektedir. Bu anlamda pazarlamacılık sözleşmesinin yetki sözleşmesinin taraf şartına bir istisna niteliğinde olduğu düşünülebilir.

3 **Bolayır,** Yetki, s. 29-33.

4 **Adolphsen,** s. 74, Rn. 85; **Aşık,** s. 18-21; **Bolayır,** Yetki, s. 42-48; **Rosenberg/Schwab/Gottwald,** s. 183, Rn. 3.

Yetki sözleşmesinin hukukî niteliğine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Aşık,** s. 18-21;**Bolayır,** Yetki, s. 42-48.

5 **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım,** s. 106; **Aşık,** s. 12; **Bolayır,** HMK, s. 131; **Kuru/Arslan/Yılmaz,** s. 152; **Pekcanıtez/Atalay/Özekes,** s. 176-177; **Üstündağ,** s. 210.

6 **Bolayır,** Yetki, s. 51-54; **Karslı,** s. 279; **Kuru/Arslan/Yılmaz,** s. 153; **Üstündağ,** s. 212; **Yılmaz,** s. 201.

7 **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım,** s. 106; **Aşık,** s. 29-31; **Bolayır,** HMK, s. 135-138; **Bolayır,** Yetki, s. 79 vd.; **Karslı,** s. 278; **Kuru/Arslan/Yılmaz,** s. 154; **Umar,** s. 66; **Üstündağ,** s. 212; **Yılmaz,** s. 210.

8 Alman hukukunda tacirler veya kamu tüzel kişiler arasında yapılan yetki sözleşmeleri için belirli bir şekil şartı aranmamaktadır; ancak Kanunun 38. maddesinin 2. fıkrası gereğince yapılan yetki sözleşmelerinin yazılı olması veya yazılı olarak teyit edilmesi

12/II). Yetki sözleşmesinde şekil şartı ile tarafların dikkatli davranması, yapılan sözleşmenin sonuçlarını ve önemini kavrayabilmesi amaçlanmıştır. Kanun koyucu yetki sözleşmesi için adî yazılı şekli yeterli görmüştür, yetki sözleşmesi resmî yazılı şekle tâbi değildir[9].

Uyuşmazlığın belirli veya belirlenebilir olması, yetki sözleşmesi için bir geçerlilik şartıdır (HMK m. 18/2). Uyuşmazlığın belirli veya belirlenebilir olması, tarafları koruma düşüncesine dayanmaktadır. Yetki sözleşmesi ile bir veya birden fazla mahkeme yetkili kılınabilir; ancak yetkili kılınan mahkeme veya mahkemelerin de belirli olması gerekmektedir. Bu hükmün aksine yapılan sözleşmeler kamu düzenine aykırı olduğundan geçersizdir. Bu durumda, yetkili mahkemenin belirlenmesi tamamen davacının iradesine bağlanmakta ve davalının savunma hakkı sınırlanmaktadır[10].

Hukuk Muhakemeleri Kanunu yetki sözleşmesi yapabilecek kişileri sınırlamıştır; buna göre sadece tacirler ve kamu tüzel kişileri[11] yetki sözleşmesi yapabilmektedir (HMK m. 17). Tacir ve kamu tüzel kişisi olma şartı, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu döneminde aranmamaktaydı (HUMK m. 22); bu nedenle herkes yetki sözleşmesi yapabilme hakkına sahipti. Ancak bu serbestînin zamanla hukukî ilişkinin zayıf tarafının aleyhine bir durum haline gelmeye başladı ve yetki sözleşmesi ile davalı, tabiî hâkim

---

gerekmektedir (**Adolphsen,** s. 75, Rn. 87; **Lüke,** s. 98; **Rosenberg/Schwab/Gottwald,** s. 184, Rn. 5 ve 8).

9 **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım,** s. 106; **Aşık,** s. 27-29; **Bolayır,** HMK, s. 138; **Bolayır,** Yetki, s. 133-142; **Kuru/Arslan/Yılmaz,** s. 154; **Pekcanıtez/Atalay/Özekes,** s. 182-183; **Umar,** s. 66; **Üstündağ,** s. 212; **Yılmaz,** s. 210-211.

10 **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım,** s. 106-107; **Aşık,** s. 35-39; **Bolayır,** HMK, s. 140-141; **Bolayır,** Yetki, s. 148-158; **Kuru/Arslan/Yılmaz,** s. 154-155; **Pekcanıtez/Atalay/Özekes,** s. 183-185; **Umar,** s. 62-63; **Üstündağ,** s. 217; **Yılmaz,** s. 210-211.

11 Öğretide belirtildiği üzere, İsviçre Medeni Usul Kanunu'nda yetki sözleşmesi yapabilecek kişiler bakımından bir sınırlama getirilmemiştir. Kanunda emredici veya kısmî emredici bir yetki kuralı öngörülmedikçe taraflar yetki sözleşmesi yapabilmektedir. Fransız Medeni Usul Kanunu'nda ise sadece tacirlerin yetki sözleşmesi yapmasına imkân tanınmıştır (**Aşık,** s. 17-18; **Bolayır,** HMK, s. 132, dn. 3). Alman hukukunda ise tacirler, yetki sözleşmesi yapılabilmektedir; ancak bunun dışında kimlerin yetki sözleşmesi yapabileceği 38. maddenin 2 ve 3. fıkrasında gösterilmiştir (**Adolphsen,** s. 75, Rn. 87; **Lüke,** s. 97, Rn. 89; **Rosenberg/Schwab/Gottwald,** s. 184, Rn. 5).

ilkesi[12] gerekince çıkması gereken mahkemeden (Ana. m. 37) farklı mahkeme önüne çıkmaktaydı. Sözleşmenin güçlü tarafı, güçsüz tarafa yetkisiz bir mahkemeyi, yetkili olarak kabul ettirmekteydi. Kanun koyucu, sosyal veya ekonomik bakımdan güçlü olan tarafın karşı tarafı sözleşme yapmaya zorlayacağı ve diğer tarafı tabiî hâkim ilkesinden uzaklaştıracağını dikkate alarak[13] böyle bir düzenleme yoluna gitmiştir. Kanun koyucu bu şartla tarafların sözleşme yapma hürriyetlerine bir sınırlama getirmiştir[14].

C. Tacir ve Ticarî İş Kavramları

1. Tacir Kavramı

Tacir sıfatı[15], ticarî işletmeye veya şekle dayanılarak belirlen bir kavramdır, ticarî iş ile tanımlanmamaktadır[16]. Tacir, gerçek kişi veya tüzel kişi tacir olmak üzere ikiye ayrılmakta[17]; gerçek kişi tacir, bir ticarî işletmeyi

---

12 *Tanrıver,* "yargılanacak olan uyuşmazlığın gerçekleşmesinden önce, yürürlükte bulunan kanunlar aracılığıyla görev, yetki ve işleyişi belirlenmiş olan mahkemenin hâkimine tabiî hâkim; bunu öngören ilkeye de tabiî hâkim ilkesi" olarak tanımlamaktadır. Bu ilke, dayanağını Anayasa'nın 37. maddesinde yer alan kanunî hâkim güvencesinden almaktadır (**Tanrıver,** s. 12-16).

13 Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun genel gerekçesi ve madde gerekçesinde de bu duruma vurgu yapılmaktadır.

14 **Aşık,** s. 15-16; **Bolayır,** HMK, s. 132; **Karslı,** s. 277-278; **Kuru/Arslan/Yılmaz,** s. 154-155; **Umar,** s. 61; **Yılmaz,** s. 199-200.

15 Sözleşmenin tarafları, tacir veya kamu tüzel kişi olmamakla birlikte, ticarî veya hukukî bilgiye sahip olsalar bile, yetki sözleşmesi yapamayacakları öğretide ifade edilmektedir (**Aşık,** s. 22).

16 Tacir sıfatının, yetki sözleşmesinin kurulma anında mevcut olması gerekmektedir. Bu sıfatının sonradan ortadan kalkması, yetki sözleşmesinin geçerliliğini etkilemeyecektir; ancak sözleşmenin kurulma anında tacir sıfatına sahip olmayan bir kişinin daha sonra bu sıfatı kazanması, yetki sözleşmesini geçerli hale getirmeyecektir (**Aşık,** s. 26).

17 Yargıtay, tacir sıfatının belirlenmesinde tarafların tacir olduklarına dair bir ibare veya alacaklı tarafından tarafların tacir olduğuna ilişkin bir belgeden hareket etmektedir. "…takip dayandığı bonoda tarafların tacir olduklarına dair bir ibare bulunmadığı gibi, alacaklı tarafından da tarafların tacir olduğuna ilişkin bir belge sunulmadığından anılan bononun tacirler arasında düzenlenen bir bono olarak kabulü mümkün değildir…" 12. HD, 19.2.2013, E.2012/28593, K.2013/5042; 12. HD, 6.6.2013, 12519/21170 (**Ateş,** s.173-174, s. 181-182).

kısmen de olsa kendi adına işleten kişi olarak ifade edilmektedir (TTK m. 12/1). Tüzel kişilerin tacir sıfatı, Türk Ticaret Kanunu'nun 16. maddesinde düzenlenmiştir; buna göre ticaret şirketleri, tüzel kişi tacir olarak kabul edilmektedir (TTK m. 16/I). Ticaret şirketleri bilindiği üzere, kolektif, komandit, anonim, limited şirket ve kooperatiflerden oluşmaktadır (TTK m. 124). Amacına varmak için ticarî bir işletme işleten vakıf ve dernekler de tacir sıfatına sahiptir (TTK m. 16/I). Kendi kuruluş kanunları gereğince özel hukuk hükümlerine göre yönetilmek veya ticarî şekilde işletilmek üzere Devlet, il özel idaresi, belediye ve köy ile diğer kamu tüzel kişileri tarafından kurulan kurum ve kuruluşlar da tacir olarak kabul edilmektedir (TTK m. 16/I)[18]; bu duruma İSKİ, ASKİ, KASKİ, TEDAŞ gibi işletmeler örnek gösterilebilir. Tacirlere ilişkin hükümler donatma iştirakine de uygulanmaktadır (TTK m. 17/I). Bu nedenle, donatma iştirakinin kendisi olmasa da, bir ticarî işletmeyi kısmen dahi olsa kendi adına işletiyor olmaları nedeniyle donatanlar da tacir kabul edilmektedir[19].

Bunların dışında kanun koyucu, bazı kişileri tacir olarak kabul etmiştir. Buna göre, kişisel durumları ya da yaptığı işlerin niteliği nedeniyle yahut meslek ve görevleri dolayısıyla, kanundan veya bir yargı kararından doğan bir yasağa aykırı bir şekilde ya da başka bir kişinin veya resmî bir makamın iznine gerek olmasına rağmen izin veya onay almadan bir ticarî işletmeyi işleten kişi de tacir sayılmaktadır (TTK m. 14/1). İlk duruma, devlet memurları örnek verilmektedir, zira devlet memurlarının ticaretle uğraşmaları yasaklanmıştır (DMK m. 28). Buna rağmen bu kişilerin ticaretle ilgilenmeleri halinde, tacir sayılacakları kabul edilmektedir. İkinci duruma da eczacılık mesleği gösterilebilir, eczacılık mesleğinin icra edilebilmesi için Sağlık Bakanlığı'ndan ruhsat alınması gerekmektedir. Ruhsat alınmadan eczane işletilmesi halinde, işleten kişi tacir sayılmaktadır[20]. Bu kişiler, tacirlere sağlanan tüm hak ve yükümlülüklerden yararlanmaktadır. Öğretide, bu kişilerin

---

18 Devlet, il özel idaresi, belediye ve köy ile diğer kamu tüzel kişileri ile kamu yararına çalışan dernekler ve gelirinin yarısından fazlasını kamu görevi niteliğindeki işlere harcayan vakıflar, bir ticari işletmeyi, ister doğrudan doğruya ister kamu hukuku hükümlerine göre yönetilen ve işletilen bir tüzel kişi eliyle işletsinler, tacir olarak kabul edilmezler.

19 **Arkan,** s. 113-117 ve 119-128; **Karahan,** s. 86-89; **Poroy/Yasaman,** s. 126-135, Kn. 164-180.

20 **Arkan,** s. 117-118; **Karahan,** s. 85-86; **Poroy/Yasaman,** s. 130-131, Kn. 172-173.

tacirlere tanınan haklardan yararlandırmamanın daha uygun olabileceği ifade edilmektedir; ancak kanunun (TTK m. 12/2) "tacir sayılma" ifadesi karşısında, bu kişilerin tacir olmanın sağladığı haklardan yararlanabilecekleri vurgulanmaktadır[21].

Karslı, tacir sayılan kişilerin tacir olmanın külfetine katlandıkları gibi nimetlerinden yararlanmalarından hareketle, bu kişilerin yetki sözleşmesi yapabileceklerini belirtmektedir[22]. Tacir sayılan kişiler, kanunun ifadesi gereği (TTK m. 12/2), tacir olmanın sağladığı haklardan yararlanabileceklerdir; bu anlamda tacirlerden hiçbir farkları bulunmamaktadır. Bu nedenle, tacir sayılan kişiler, yetki sözleşmesi yapabilecek kişilerdendir.

Tacir kavramının yanında, Türk Ticaret Kanunu'nda tacir gibi sorumlu olma kavramı yer almaktadır (TTK m. 12-13). Tacir sayılan kişi, tacir sıfatından kaynaklan tüm hak ve imkânlardan yararlanmaktadır; ayrıca tüm borç ve yükümlülüklere de tâbidir. Ancak tacir gibi sorumlu olan kişi, sadece tacir sıfatından kaynaklanan borç ve yükümlülüklere tabi iken, tacire sağlanan hak ve imkânlardan yararlanamamaktadır. Buna göre, bir ticarî işletme açmış gibi, ister kendi adına, ister adî bir şirket veya her ne suretle olursa olsun hukuken var sayılmayan diğer bir şirket adına ortak sıfatıyla işlemlerde bulunan kimse, iyiniyetli üçüncü kişilere karşı tacir gibi sorumlu olmaktadır (TTK m. 12/3). Bu noktada dikkat edilmesi gereken husus, ilgili kişilerin iyiniyetli 3. kişilere karşı tacir gibi sorumlu olmalarıdır, gerçek durumu bilen kişilere karşı, tacir gibi sorumlu olma hükümleri uygulanmayacaktır. Örneğin ticarî işletme açmış gibi ister kendi adına ister hukuken var sayılmayan bir şirket adına işlemlerde bulunan kişi, sadece iyiniyetli 3. kişilere karşı sorumlu olmaktadır; ancak gerçek durumu bilenler iflâs yoluyla takip yapamayacaklardır[23]. Yine küçük ve kısıtlılara ait ticarî işletmeyi bunların adına işleten yasal temsilci, tacir sayılmamaktadır. Tacir sıfatı, temsil edilene aittir, ancak, yasal temsilci ceza hükümlerinin uygulanması yönünden tacir gibi sorumlu olmaktadır (TTK m. 13)[24].

---

21 **Arkan,** s. 118.

22 **Karslı,** s. 280.

23 **Arkan,** s. 132-133.

24 **Karahan,** s. 89-90.

Karslı, tacir gibi sorumlu olanların, tacirlere sağlanan haklardan yararlanamamaları nedeniyle yetki sözleşmesi yapamayacaklarını ifade etmektedir[25]. *Yılmaz* da, tacir gibi sorumlu olanların yetki sözleşmesi yapamayacaklarını; ancak tacir sayılan kişilerin yetki sözleşmesi yapabileceklerini ve özellikle iyiniyetli 3. kişilerle yapılan yetki sözleşmelerinin geçerli olduğunu dile getirmektedir[26].

Bu noktada, yetki sözleşmesinin "borç ve yükümlülük" mü yoksa "hak ve imkân" mı olup olmadığının belirlenmesi gerekmektedir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yetki sözleşmesi yapma yetkisini sadece tacir ve kamu tüzel kişilerine tanıdığı, yetki sözleşmesi ile davalının tabiî hâkim ilkesi gerekince çıkması gereken mahkemeden (Ana. m. 37) farklı mahkeme önüne çıktığı dikkate alınırsa, yetki sözleşmesi bir hak ve imkândır. Tacir gibi sorumlu olan kişiler, tacirlere sağlanan hak ve imkânlardan yararlanamamakta, sadece tacir sıfatından kaynaklan borç ve yükümlülüklere tabidir. Yetki sözleşmesinin tacirlere sağlanan bir hak olarak kabul edersek, bu kişilerin yetki sözleşmesi yapması mümkün değildir; bu kişilerin yaptıkları yetki sözleşmesi de geçersizdir. Tacir gibi sorumlu olanların sadece iyiniyetli 3. kişilere karşı sorumlu olacakları, basiretli bir iş adamı gibi davranma (TTK m. 18/2) ve medeni yargılama hukukunda düzenlenen dürüstlük kuralının da (HMK m. 29/1) dikkate alınması gerekmektedir.

2. Ticarî İş Kavramı

Ticarî iş kavramı, Türk Ticaret Kanunu'nun 3. ve 19. maddelerinde düzenlenmiştir. Türk Ticaret Kanunu'nun 3. maddesine göre, bu Kanun'da düzenlenen hususlarla bir ticarî işletmeyi ilgilendiren tüm işlem ve fiiller ticarî iş niteliğindedir; buna göre, Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenen işler, ticarî işletmeyle ilgili olup olmadığına bakılmaksızın ticarî iş olarak kabul edilmektedir. Kambiyo senetleri (TTK m. 670-823), kambiyo senetlerine benzeyen senetler (TTK m. 824-849), taşıma (TTK m. 850-930) sigorta ilişkileri (TTK m. 1401-1520) bu tür ticarî işlere örnek gösterilebilir ve bu tür ticarî işler mutlak ticarî iş olarak nitelendirilmektedir. Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenen hususların yanında bir ticarî işletmeyi ilgilendiren

---

25 **Karslı,** s. 280.

26 **Yılmaz,** s. 200.

tüm işlem ve fiiller de ticarî iş niteliğindedir. Bu anlamda ticarî işletmeyi ilgilendiren kira, alım satım işleri veya haksız fiiller ticarî iş olarak kabul edilmektedir[27].

Türk Ticaret Kanunu'nun 19. maddesinde ise, ticarî iş karinesi düzenlenmiştir. Bu madde gereğince, bir tacirin borçlarının ticarî iş olması asıldır; ancak, gerçek kişi olan bir tacir, işlemi yaptığı anda bunun ticarî işletmesiyle ilgili olmadığını diğer tarafa açıkça bildirdiği veya işin ticarî sayılmasına durum elverişli olmadığı takdirde ilgili borç, adî sayılmaktadır (TTK m. 19/1). Ayrıca taraflardan yalnız biri için ticarî iş niteliğinde olan sözleşmeler, Kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, diğeri için de ticarî iş sayılmaktadır (TTK m. 19/2).

Bu noktada, tacirlerin adî veya ticarî her türlü işlerinde yetki sözleşmesi yapıp yapamayacakları sorusu akla gelmektedir. *Karslı,* bu sorunun gerçek kişi tacirleri ilgilendirdiğini, tüzel kişi tacirlerin yaptığı işlerinin tamamının ticarî olduğunu ifade etmektedir[28]. *Karslı,* ticarî iş olarak kabul edilmeyen bu gibi durumlarda gerçek kişi tacirin yetki sözleşmesi yapamayacağını belirtmektedir[29]. *Aşık* ise, gerçek veya tüzel kişi tacir ayrımı yapmadan, tacir veya kamu tüzel kişilerinin kişisel ilişkilerindeki uyuşmazlıklarda yetki sözleşmesi yapabileceklerini ifade etmektedir. *Aşık,* kanun koyucunun bir sınırlama getirmediğini, Alman hukukunda da[30] tacirlerin ticarî olmayan işlerinde yetki sözleşmesi yapabildiklerini söylemektedir[31].

Türk Ticaret Kanunu'nun 19. maddesinin birinci fıkrasındaki ticarî iş tanımında, tacir sıfatından hareket edilmektedir ve burada tacir sıfatı belirleyici noktadır; ancak gerçek kişi tacirlerin tacir sıfatından ayrılarak yapabilecekleri iş ve işlemler olduğundan hareket eden kanun koyucu, işlemi yaptığı anda bunun ticarî işletmeyle ilgili olmadığını diğer tarafa açıkça bildirildiği veya işin ticarî sayılmasına durum elverişli olmadığı takdirde ilgili borcu adî olarak kabul edilmektedir. Biz de, tacir açısından ticarî iş olarak kabul edilmeyen iş ve işlemlerde yetki sözleşmesi yapılamayacağını

---

27 **Arkan,** s. 64-65; **Karahan,** s. 45-48; **Poroy/Yasaman,** s. 74-76, Kn. 98-102.

28 **Karslı,** s. 280.

29 **Karslı,** s. 280.

30 **Rosenberg/Schwab/Gottwald,** s. 184, Rn. 5.

31 **Aşık,** s. 25-26.

düşünmekteyiz. Gerçek kişi tacirler açısından Hukuk Muhakemeleri Kanunu anlamında geçerli bir yetki sözleşmesinin varlığından söz edilebilmesi için, işlemin her iki tarafının da tacir olması ve ilgili işin ticari işletmelerini ilgilendiriyor olması gerekmektedir.

D. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Zaman Bakımından Uygulanması

1. Doktrinin Görüşü

Bir hukuk kuralı, yürürlüğe girdiği tarih ile yürürlükten kaldığı tarih arasında uygulanmaktadır; ancak yeni yürürlüğe giren hükümlerin mevcut uyuşmazlıklara uygulanıp uygulanmayacağı zaman bakımından uygulanmanın konusunu oluşturmaktadır. Kanunların zaman bakımından yürürlüğüne ilişkin iki ilke bulunmaktadır. Bunlardan ilki, genel ilke niteliğini taşıyan, özel hukuk ve kamu hukuku tarafında kabul edilen "kanunların geçmişe etkili olmaması" ilkesidir. İkinci ise, yargılama hukukuna yönelik kanunlar açısından benimsenen "derhal uygulanma" ilkesidir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 448. maddesinde "*Bu Kanun hükümleri tamamlanmış işleri etkilememek kaydıyla derhal uygulanır*" ifadesiyle yeni hükümlerin zaman bakımından uygulanması düzenlenmiştir. Bu hüküm gereğince, Hukuk Muhakemeleri Kanunu yürürlüğe girdiği andan itibaren tüm işlemlere uygulanacaktır; ancak tamamlanmış usûl işlemleri bakımından yeni kanun hükümlerinin uygulanmasına imkân bulunmamaktadır[32].

Bu noktada, Hukuk Muhakemeleri Kanunu yürürlüğe girdiği tarihte bir usûl işleminin tamamlanıp tamamlanmadığının tespiti önem arz etmektedir. Davanın açılmasından sonuçlanmasına kadar gerek taraflarca gerekse mahkemece birçok işlem yapılmaktadır. Dava dilekçesi ile davanın açılması, tarafların duruşmaya çağrılması, tarafların iddia ve savunmaları, bu iddia ve savunmalar için tarafların delil ikâme etmeleri, mahkemenin delilleri incelemesi ve bir karar vermesi, kararın taraflarca temyizi birer usûl işlemidir. Yargılamaya etki eden bu işlemlere usûlî işlemler adı verilmektedir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda usûlî işlemler tanımlanmamıştır[33]; bu nedenle

---

32 **Karslı,** s. 81-82; **Pekcanıtez/Atalay/Özekes,** s. 53-54; **Özekes,** s. 102-103.

33 Öğretide, Alman Hukukunda da pozitif bir tanımın yer almadığı, karşılaştırmalı hukuk açısından usûl işleminin Vatikan Usûl Kanunu'nda (Vatikan Usûl Kanunu m. 144)

tanımı[34] ve bağlı olacağı hükümlere ilişkin tartışma bulunmakla beraber, asıl etkisini doğrudan doğruya usûlî alanda gösteren işlemlere, usûlî işlem denilmektedir, bu işlemler yapılmaları, etkileri ve şartları bakımından usûl hukukuna bağlıdır[35]. Bu noktada, 1086 sayılı Kanun zamanında yapılan yetki sözleşmelerinin 6100 sayılı Kanun karşısındaki durumu değerlendirilmelidir.

Budak/Kuru, yetki sözleşmesini sadece tacirler ve kamu tüzel kişileri ile sınırlayan bu hükmün, Hukuk Muhakemeleri Kanunu yürürlüğe girmeden önce yapılan yetki sözleşmelerine uygulanmayacağı kanısındadır. Zira yetki sözleşmeleri, kurulmaları ve geçerlilikleri bakımından maddî hukuk sözleşmelerinin bağlı olduğu hükümlere tabidir, Türk Borçlar Kanununun Yürürlük Kanunu'nun 1. maddesinin ilk cümlesi "*Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girdiği tarihten önce fiil ve işlemlere, bunların hukuken bağlayıcı olup olmadıklarına ve sonuçlarına, bu fiil ve işlemler hangi kanun yürürlükte iken gerçekleşse, kural olarak o kanun uygulanır*" şeklindedir. Buna göre, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu döneminde yapılan yetki sözleşmeleri, tarafları tacir veya kamu tüzel kişi olmasa bile geçerlidir[36].

*Pekcanıtez/Atalay/Özekes*yetki sözleşmelerinin kuruluşu ve geçerliliği bakımında maddi hukuka bağlı olmakla birlikte, bu sözleşmeyi usûl hukuku sözleşmesi olarak kabul etmekte ve bu sözleşmelerin etkilerini usûl hukukunda gösterdiğini ifade etmektedir. Bu nedenle, 1.10.2011 tarihinden önce örneğin tacir olmayan kişilerce yapılmış bir yetki sözleşmesine dayanarak, 1.10.2011 tarihinden sonra dava açılmak istenirse ilgili sözleşme geçersiz

---

tanımlandığı ifade edilmektedir. Buna göre usûl işlemi, bir usûlî ilişkinin doğuşu, gelişimi, değişimi veya sona erdirilmesine doğrudan etki eden işlemler olarak tanımlanmaktadır (**Taşpınar,** s. 66).

34 *Karslı,* usûlî işlemin ortak bir tanımının bulunmadığını belirtmekte, tanımı zorlaştıran sebepleri de; usûlî işlemin kapsamının geniş olması, birden fazla etkisinin bulunması, şartlarının usûl hukukunca düzenlenmiş olmaması, içtinap şeklinde işlemleri de kapsaması, davanın açılmasından önce yapılabilmesi, usûl sözleşmelerini de kapsaması ve sadece usûl hukukuna ait olmaması şeklinde sıralamaktadır (**Karslı,** Usûlî İşlem, s. 26-40).

35 **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım,** s. 161; **Karslı,** Usûlî İşlem, s. 413-414; **Pekcanıtez/Atalay/Özekes,** s. 253 vd.; **Postacıoğlu,** s. 297; **Üstündağ,** s. 416; **Yılmaz,** Islah, s. 97-98.

36 **Kuru/Budak,** s. 5-6.

olacaktır, bu konuda kazanılmış haktan veya tamamlanmış işlemden söz etmek mümkün değildir[37].

Karslı, yetki sözleşmelerini tacir ve kamu kamu tüzel kişileri ile sınırlayan bu hükmün, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden önce yapılan yetki sözleşmelerine uygulanmayacağını dile getirmektedir. *Karslı*, usûl sözleşmeleri kurulmaları ve geçerlilikleri bakımından maddî hukuk sözleşmelerinin tâbi olduğu hükümlere bağlı olduğunu kabul etmekte ve Borçlar Kanununun Yürürlük Kanunu'nun 1. maddesinin ilk cümlesini dikkate almaktadır[38].

Bolayır, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu döneminde kurulmuş olan yetki sözleşmeleri Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre geçerli değilse, 1 Ekim 2011 tarihinden itibaren hüküm doğurmayacağını belirtmektedir. Yetki sözleşmesinde gösterilen mahkemede dava açılmadan önce Hukuk Muhakemeleri Kanunu yürürlüğe girmesi ve bu durumda derhal uygulanma ilkesinin söz konusu olduğu ifade edilmektedir[39].

Taşpınar, usûl sözleşmelerinin davadan önce veya sonra yapılabileceğini; ancak bu sözleşmelerin etkilerini davada göstereceklerini belirtmektedir. Yetki sözleşmelerinin yapılıp tamamlanma anı ile davada etkisini göstereceği an birbirinden ayrılmalıdır. Yetki sözleşmelerinin dava açılma anında etkisini göstermektedir ve dava açılma anının dikkate alınması gerekmektedir. *Taşpınar,* kanun koyucunun geçiş hükmü getirmemekle eski sözleşmeleri geçerli kılmama yönünde bir eğilimi olduğunu düşünmektedir. Bu nedenle 1 Ekim 2011 tarihinden önce yapılan sözleşmeler, bu tarihten önce dava açılması şartıyla geçerli olacaktır[40].

Aşık, yetki sözleşmelerinde hukuki işlemin tamamlanma anını uyuşmazlığın yargı önüne getirildiği tarih olarak değerlendirmektedir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu yalnızca tacirler ve kamu tüzel kişilerinin yetki sözleşmesi yapmasına izin verdiği için ilgili kanunun yürürlüğe girmesinden

---

37 **Pekcanıtez/Atalay/Özekes,** s. 179-181; **Pekcanıtez,** s. 466.

38 **Karslı,** s. 84-85.

39 **Bolayır,** HMK, s. 145-146.

40 **Taşpınar-Ayvaz,** Zaman, s. 226-238.

sonra tacir veya kamu tüzel kişi olmayanlar arasında daha önce yapılan yetki sözleşmelerinin geçersiz olacağını ifade etmektedir[41].

Umar, kamu hukuku ve yargılama hukukuna ilişkin kuralların yürürlüğe girmelerinden itibaren uygulandığını, kural olarak müktesep hak tanımadıkları belirtmektedir. Bu nedenle daha önce tacir veya kamu tüzel kişi olmayanlarca yapılan yetki sözleşmelerinin, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlüğe girmesi ile geçersiz olacağını belirtmiştir[42].

2. Yargıtay'ın Görüşü

Görebildiğimiz kadarıyla Yargıtay, incelemeye çalıştığımız kararda da olduğu gibi, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu döneminde hazırlanmış bir yetki sözleşmesi, Hukuk Muhakemeleri Kanunu yürürlüğe girdikten sonra açılan davalarda geçersiz olarak kabul edilmektedir.*"...01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı HMK'nın 17/1. maddesine göre bu tarihten itibaren sadece tacirler ve kamu kurumları arasında yetki sözleşmesi düzenlenebileceği, özel şahıslar arasında yetki sözleşmesi düzenlenmesinin mümkün bulunmadığı, takip tarihi itibari ile 6100 sayılı HMK yürürlüğe girmiş bulunduğundan aynı kanunun 448/1 maddesi gereğince söz konusu takip hakkında yeni kanunun hükümlerinin uygulanması gerektiği, her ne kadar davaya konu bono önceki tarihte düzenlenmiş olsa da yeni kanuni düzenlemede tamamen ortadan kaldırılmış bulunan özel şahıslar arasındaki yetki sözleşmelerinin (daha önceden açılan dava ve takipler haricinde) artık uygulanmalarının mümkün olmadığı, 6100 sayılı HMK'nın geçici 2 maddesindeki düzenlemenin senetlerin geçerliliğine ilişkin olup, yetki sözleşmelerinin geçerliliğine dair bir hüküm içermediği, davaya konu senede yetkiye dair bir unsur eklenmesinin olayımızda bu maddenin uygulanmasını gerektirmeyeceği, bu kaydın sadece taraflar arasında kararlaştırılan yetki sözleşmesinden öteye bir anlamının bulunmadığı, kambiyo senedi alacaklısının kendi ikametgahında kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile takip de yapamayacağı anlaşıldığından, davacıların davasının kabulüne karar ver-*

---

41 **Aşık,** s. 43-45.

42 **Umar,** s. 64.

mek gerekmiş dosya kapsamı göz önüne alınarak aşağıdaki şekilde hüküm kurulmuştur…"[43].

Yargıtay, "derhal uygulanırlık" ilkesinin tamamlanmış işleri etkilemediğini; yetki sözleşmesinde tamamlanma şartının, dava açılma tarihine göre belirleneceğini düşünmektedir. *"…Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun zaman bakımından uygulanmasına ilişkin md. 448 hükmüne göre; "Bu kanun hükümleri, tamamlanmış işlemleri etkilememek kaydıyla derhal uygulanır." Şu halde; 6100 Sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihe kadar, 1086 sayılı Kanun'a göre yargılaması başlanmış ve tamamlanmış usuli işlemleri etkilememek kaydıyla, 6100 Sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten sonra yapılacak olan işlemler yeni kanuna tâbi olacaktır. Ayrıca HMK'nun yürürlüğe girdiği tarihten sonra açılacak davalara ise yeni kanun uygulanacaktır. Bu açıklamadan sonra somut olaya gelindiğinde, tacir veya kamu tüzel kişisi olmayanlar arasında yapılmış olan yetki sözleşmesine dayanılarak yetkili kılınmış mahkemede, 1 Ekim 2011 tarihinden sonra dava açılamayacaktır. Bu nedenle dava tarihi itibarıyla, HMK'nın 17. md. uyarınca geçerliliği kalmayan yetki şartına göre yetkisizlik kararı verilmesi doğru görülmemiş, kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir…"*[44].

Yargıtay, yetki sözleşmesinin yapıldığı anı değil, dava veya takip anını veya kambiyo senetlerinde keşide tarihini dikkate alarak değerlendirme yapmaktadır. *"…Bu durumda söz konusu takibe konu bonolar 16.04.2007 tarihinde, 1086 sayılı HUMK yürürlükte iken keşide edilmiştir. HMK'nın 448 ve 451. maddeleri gereğince, HMK tamamlanmış işleri etkilememek kaydıyla senetlerin keşide ve vade tarihlerinden sonra 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe girmiş olduğundan takibe konu bonolarda HMK'nın 17. maddesi uygulanamayacaktır…"*[45].

Yargıtay, tacir veya kamu tüzel kişi olmayan arasındaki yetki sözleşmelerinin geçerliliği konusunda kural olarak dava açılma anını dikkate alırken, sözleşmenin diğer unsurları bakımında sözleşmenin imzalanma anını dikkate almaktadır[46]. Ancak Yargıtay'ın bu yönde verdiği kararların karşı oy

---

43 12. HD, 19.6.2012, 840/21254 (www.kazanci.com.tr).

44 11. HD, 2.7.2012, 8430/11618 (www.kazanci.com.tr).

45 12. HD, 11.6.2012, 4672/20024 (www.kazanci.com.tr).

46 "…sözleşmenin imzalandığı 06.06.2010 tarihi itibariyle 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu yürürlüğe girmemiş bulunduğundan sözleşmede kararlaştırılan İstanbul

yazılarında "…*Davanın tarafları arasında yetki sözleşmesi yapılmışsa; usûl işlemi yetki sözleşmesinin yapıldığı tarihte değil, davanın açıldığı tarihte tamamlanmış olur. Bu sebeple yukarda sözü edilen HMK'nın 448. maddesindeki usûl işleminin tamamlanma tarihinin dava tarihi olarak kabulü gerekir. Dava tarihinde yürürlükte bulunan HMK'nın yetki sözleşmesini düzenleyen 17. maddesinde ise; taraflarca aksi kararlaştırılmadığı sürece, davanın ancak yetki sözleşmesinde belirtilen mahkemede açılabileceği belirtilmiş olup, bu yetki kuralı kesin yetkiyi içermektedir. Temyize konu dava ise Ankara 9. Asliye Ticaret Mahkemesi'nde açılmış olup, mahkemenin yetki sözleşmesinde belirtilen İstanbul Ticaret Mahkemeleri'nin yetkili olması sebebiyle yetkisizlik kararı vermesi HMK'nın 448 ve 17. maddeleri hükmü uyarınca yerinde olup kararın onanması düşüncesiyle çoğunluk görüşüne katılmıyorum…"* şeklinde görüş belirtilmiştir[47].

Mahkeme'sinin kesin yetkili olduğunun kabulü de mümkün değildir. Böyle bir kabul sözleşmenin imzalandığı tarihte üç ayrı yer mahkemesinde dava açma imkanı bulunan tarafların seçimlik haklarını ortadan kaldıracağından, sözleşmeyle kararlaştırılan kesin yetkinin 6100 Sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği 01.10.2011 tarihinden sonra imzalanan yetki sözleşmeleri hakkında tatbiki uygun olacaktır. Aksinin kabulü tarafların sözleşmeyle kazandıkları ve o tarih itibariyle yasayla yetkili kılınan mahkemelerde dava açma imkanını ortadan kaldıracak nitelikte olduğundan eşitlik ilkesine de aykırıdır…" 15.HD, 13.6.2012, 3501/4402;"…Eski Kanun zamanında yapılan yetki sözleşmelerinin, eski kanuna göre geçerli iseler bugün dahi geçerliliklerini muhafaza ettikleri kabul edilmelidir. Çünkü usûl sözleşmelerinin kurulmaları ve geçerlilikleri bakımından maddi hukuk hükümlerine tâbi oldukları genel kabul gören bir ilkedir. Buna göre maddi hukuk alanında yapılan yeni kanunlar eski kanuna göre geçerli olarak yapılmış olan sözleşmeleri hükümsüz hale getirmedikleri gibi usûl sözleşmelerine ilişkin yeni kanun hükümlerinin dahi eski kanun zamanında yapılmış usûl sözleşmelerinin geçerliliğini etkileyemeyeceğini kabul etmek gerekir…" 15. HD, 19.3.2013, 563/1842;"…Sözleşme 1086 Sayılı HUMK'nın yürürlükte olduğu dönemde imzalanmıştır. Söz konusu usûl yasası hükümlerine ve Dairemizin yerleşik içtihat ve uygulamalarına göre eser sözleşmesinden doğan davaların genel hükümler gereği davalının yerleşim yeri, işin ifa olunacağı yer ve sözleşmeyle kararlaştırılan yer mahkemelerinden birinde açılması mümkündür. 1086 Sayılı Yasaya göre yetki sözleşmesi yapılması genel yetkili mahkemelerin yetkisini kaldırmamaktadır. Sözleşmenin imzalandığı tarih itibariyle 6100 Sayılı HMK yürürlüğe girmediğinden sözleşmede kararlaştırılan yer mahkemesinin kesin yetkili olduğunun kabulü mümkün değildir…" 15. HD, 11.9.2012, 4213/5645 (www.kazanci.com.tr).

47 15. HD, 11.9.2012, 4213/5645. Benzer bir karşı oy yazısı için bkz. 15. HD, 13.6.2012, 3501/4402 (www.kazanci.com.tr).

E. Değerlendirme

Yargıtay, takibe konu bir kısım bonolarda Samsun icra dairelerinin yetkili olduğunun yazılmasının yetki sözleşmesi niteliğinde olduğunu; ancak Hukuk Muhakemeleri Kanunu gereğince yetki sözleşmesinin geçersiz olduğunu kabul ederek yetki itirazını kabul etmiştir. Daha önce de ifade ettiğimiz gibi, yetki sözleşmesi sözleşme şeklinde yapılabileceği gibi yetki şartı olarak da yapılabilmektedir. Yetki şartı, tarafların aralarında yaptıkları bir sözleşmeye, ilgili sözleşmenin uygulanmasından kaynaklanan uyuşmazlıklar için belirli bir mahkemenin yetkili olacağına ilişkin koydukları şartı ifade etmektedir. İlgili Yargıtay kararında da, isabetli olarak da belirtildiği gibi, bonoya konulan yetki şartı, bir yetki sözleşmesidir ve bu şekilde yetki sözleşmesi yapılabilmektedir.

Burada değerlendirilmesi gereken, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümlerine göre yapılmış bir yetki sözleşmesine dayanarak, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden sonra dava açılması halinde hangi kanun hükümlerinin uygulanması gerektiği konusudur. Yetki sözleşmesi, yargılama hukukuna ilişkin bir sözleşmedir ve etkilerini yargılama hukukunda göstermektedir. Yetki sözleşmeleri, kurulmaları ve geçerlilikleri bakımından maddî hukuk hükümlerine bağlıdır; ancak yetki sözleşmesi, usûl hukuku sözleşmesidir ve bu sözleşme, etkilerini usûl hukukunda göstermektedir[48]. Bu nedenle sözleşmenin yargılama kuralları bakımından geçerliliği için, Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümlerinin esas alınması gerekmektedir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yetki sözleşmelerine yönelik ilgili maddenin yürürlüğüne ilişkin özel bir düzenleme bulunmamaktadır ve yargılama hukukunda geçerli olan "derhal uygulanırlık" kuralı dikkate alınmalıdır. Bu nedenle 1.10.2011 tarihinden örneğin tacir olmayan kişilerce yapılmış bir yetki sözleşmesine dayanarak, 1.10.2011 tarihinden sonra dava açılmak istenirse ilgili sözleşme geçersiz olacaktır.

Yargıtay, yetki sözleşmesinin geçerliliği konusunda dava açılma anını dikkate alırken, sözleşmenin diğer unsurları bakımından sözleşmenin imzalanma anını dikkate alınarak bir değerlendirme yapmaktadır. Bize göre, etki sözleşmelerinin dava açılma anında etkisini göstermekte ise, yetki sözleşme-

---

48 **Adolphsen,** s. 74, Rn. 85; **Rosenberg/Schwab/Gottwald,** s. 183, Rn. 3.

sinin geçerliliği ve diğer unsurların değerlendirilmesi bakımından dava açılma anının dikkate alınması gerekmektedir. Taraflar arasında yetki sözleşmesi yapılmışsa, usûl işlemi yetki sözleşmesinin yapıldığı tarihte değil, davanın açıldığı tarihte tamamlanmaktadır. Yetki sözleşmelerinin geçerliliği, etkileri ve sonuçları bakımından dava açılma anındaki yargılama kuralları dikkate alınarak bir değerlendirme yapılmalıdır.

Bilindiği üzere, kesin yetkinin söz konusu olduğu durumlarda, taraflar yetki itirazını davanın her aşamasında ileri sürebilecekleri gibi, mahkeme de bu durumu davanın her aşamasında re'sen dikkate almaktadır (HMK m. 19/1). Bu dışındaki durumlarda yetki itirazı, bir ilk itirazdır ve cevap dilekçesinde ileri sürülmelidir (HMK m. 116/1-a). Davalı, yetki itirazını süresinde ileri sürmezse bu durum mahkeme tarafından dikkate alınmaz ve dava, yetkisiz mahkemede görülmeye devam eder (HMK m. 19/2). Tacir veya kamu tüzel kişi olmayan bir kişiyle yapılan yetki sözleşmesine dayanılarak dava açılması halinde bu durum, davalı tarafından süresinde ve geçerli bir biçimde ileri sürülürse dikkate alınabilecektir. Yetki sözleşmesinin kesin yetkinin olmadığı hallerde yapılabildiği de dikkate alınırsa, mahkemenin kendiliğinden gözetmesinden söz edilemeyecektir[49].

İncelemeye çalıştığımız Yargıtay kararında, isabetli olarak, yetki sözleşmesi yapabilmekteki ölçüt, "tacir" olarak belirlenmiştir. Tacir kavramı ile ifade edilmek istenen, işin ticarî nitelikte olması değil, tarafların kanunlarda tacir olarak tanımlanan kişiler olmasıdır. Kambiyo senetleri (TTK m. 670-823), Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenen hususlardan biridir ve mutlak ticarî iş olarak kabul edilmektedir; ancak kambiyo senetlerinin ticarî iş niteliğinde olması, senedin taraflarının tacir olmasını gerektirmemektedir. Bu nedenle, sadece kambiyo senedinin varlığı, tarafların yetki sözleşmesi yapabilecekleri anlamına gelmemelidir.

İncelemeye çalıştığımız kararda tartışılmamakla birlikte tacir sayılanlar ve tacir gibi sorumlu olanların durumunun da değerlendirilmesi gerekmektedir. Tacir sayılan kişiler, kanunun ifadesi gereği (TTK m. 12/2), tacir olmanın sağladığı haklardan yararlanabileceklerdir; bu anlamda tacirlerden hiçbir farkları bulunmamaktadır. Bu nedenle, tacir sayılan kişiler, yetki

---

49 **Pekcanıtez/Atalay/Özekes,** s. 186-188.

sözleşmesi yapabilecek kişilerdendir. Tacir gibi sorumlu olan kişiler, tacirlere sağlanan hak ve imkânlardan yararlanamamakta, sadece tacir sıfatından kaynaklan borç ve yükümlülüklere tabidirler. Yetki sözleşmesinin tacirlere sağlanan bir hak olarak kabul edersek, bu kişilerin yetki sözleşmesi yapması mümkün değildir; bu kişilerin yaptıkları yetki sözleşmesi de geçersizdir.

Kaynakça

Adolphsen, Jens; Zivilprozessrecht, Baden-Baden 2006.

Alangoya, Yavuz/**Yıldırım**, Kâmil M./**Deren-Yıldırım**, Nevhis; Medenî Usûl Hukuku Esasları, 8. Baskı, İstanbul 2011.

Arkan, Sabih; Ticarî İşletme Hukuku, 19. Baskı, Ankara 2014.

Aşık, İbrahim; "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Yetki Sözleşmesi", TBBD 2011/97.

Ateş, Mustafa; Hukuk Muhakemeleri Kanunu Yargıtay İlke Kararları 1. Cilt, Ankara 2014.

Bolayır, Nur; "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Yetki Sözleşmeleri," İBD, Eylül-Ekim, Cilt 85, Sayı 2011/5, (HMK).

Bolayır, Nur; Medenî Usûl Hukukunda Yetki Sözleşmeleri, İstanbul 2009, (Yetki).

Karahan, Sami; Ticarî İşletme Hukuku, 25. Baskı, Konya 2013.

Karslı, Abdürrahim; Medeni Muhakeme Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 2012.

Karslı, Abdürrahim; Medeni Usûl Hukukunda Usulî İşlemler, İstanbul 2001, (Usûlî İşlem).

Kuru, Baki/**Arslan**, Ramazan/**Yılmaz**, Ejder; Medenî Usûl Hukuku, 24. Baskı, Ankara 2013.

Kuru, Baki/**Budak**, Ali Cem; "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Getirdiği Başlıca Yenilikler," İBD, Eylül-Ekim, Cilt 85, Sayı 2011/5.

Lüke, Wolfgang; Zivilprozessrecht, 9. Auflage, München 2006.

Pekcanıtez, Hakan/**Atalay**, Oğuz/**Özekes**, Muhammet; Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2013.

Pekcanıtez, Hakan; HMK Hakkında Genel Değerlendirme, Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı X, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Değerlendirilmesi, Ankara 2013.

Poroy, Reha/**Yasaman**, Hamdi; Ticarî İşletme Hukuku, 14. Baskı, İstanbul 2012.

Rosenberg, Leo/**Schwab**, Karl Heinz/**Gottwald**, Peter; 17. Auflage, Zivilprozessrecht, München 2010.

Tanrıver, Süha; "Tabiî Hâkim İlkesi ve Medeni Yargı," TBBD, Sayı no 104: 11-35, (2013).

Taşpınar, Sema; Medeni Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri, Ankara Yetkin Yayınları 2001.

Taşpınar-Ayvaz, Sema; Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Zaman Bakımından Uygulanması, Ankara 2013, (Zaman).

Özekes, Muhammet; Temel Hukuk Bilgisi, 3. Baskı, Ankara 2012.

Umar, Bilge; Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2011.

Üstündağ, Saim; Medeni Yargılama Hukuku, İstanbul 2000.

Yılmaz, Ejder; Medeni Yargılama Hukukunda Islah, Ankara 1982, (Islah).

Yılmaz, Ejder; Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Ankara 2013.