

DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Cilt: 16

Özel Sayı

2014



PROF. DR.
HAKAN PEKCANITEZ'E
ARMAĞAN

III

İZMİR - 2015

ISSN 1303-6963



Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ



**DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ
DERGİSİ**

Cilt / Volume : 16

Özel Sayı / Special Issue

Yıl / Year : 2014

**PROF. DR.
HAKAN PEKCANİTEZ'E
ARMAĞAN**

**A Festschrift for Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ
Festschrift für Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ**

ISSN : 1303 - 6963

III

İzmir - 2015

DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ YAYINLARI

HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ**Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ'e Armağan - III**Cilt: 16 Özel Sayı Yıl: 2014

Yayın No: 09.1300.0000.000/BY.015.060.776**ISSN:** 1303-69631. 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 yayımlanır.
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 YEŞİLİRMAK, 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

- ▶ **Akıl ve bilim**
- ▶ **Dürüstlük, adalet ve etik**
- ▶ **Sevgi ve hoşgörü**
- ▶ **Hukukun üstünlüğü ve egemenliği**
- ▶ **Demokrasi kültürü**
- ▶ **İnsan haklarına saygı**

Temel Amacımız

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

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Y a y ı n İ l k e l e r i

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. Yayınlanmayan 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 diskette 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 ağabeyin* 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 yığımından 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

VIII

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 dönülme zorunda kalmıştır. Aktif Eğitimin benimsenmesi sürecinde *Hakan ağabeyin* 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 *Hocamıza* şükran borçluyuz.

Dekan adaylığı önerisi, o dönemde benim de içinde bulunduğum *genç öğretim üyeleri* tarafından yapılmış ve desteklenmiştir. Dekanlık görevi sona erdikten sonra, Fakültenin ayrılıp *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesine* 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.

Fakültenin ayrılıp 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 itibarıyla

ülkemizin en etkili medenî usûl ve icra-ıflâs hukuku ekibi olmak özelliklerini-ayrıcılıklarını sürdürmektedir.

Hakan ağabey, sadece geçmişte ve/ya da şu an görev yaptığı fakülterde 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 bırakanlardan* 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*, *Hocamızın* hukuk camiasında tanınmışlığının ve sevildiğinin bir göstergesidir. Sevenlerinin yazılarından oluşan bu *Güldesteyi* kendilerine *Armağan-Takdim* etmekten mutluluk duyuyorum.

Kendisinden çok şeyler öğrendiğimiz ve öğrenmeye devam ettiğimiz *Hocamıza*, değerli *ağabeyime* 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

<i>SUNUŞ/Preface/Vorwort</i> Prof. Dr. Yusuf Karakoç	VII
Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'in Özgeçmişi	XXXV
<i>Biography of Prof. Dr. Hakan Pekcanitez</i>	
<i>Die Biographie von Prof. Dr. Hakan Pekcanitez</i>	
Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'in Eserleri	XXXIX
<i>Publications of Prof. Dr. Hakan Pekcanitez</i>	
<i>Die Veröffentlichungen von Prof. Dr. Hakan Pekcanitez</i>	

ANILAR / MEMOIRS / ERINNERUNGEN

Prof. Dr. Bilge UMAR	XLV
<i>Biraz Anı Biraz Hukuk</i>	
<i>A Little Memoir, A Little Law</i>	
Prof. Dr. Ramazan ARSLAN	LIII
<i>Değerli Meslektaşım Prof. Dr. Hakan Pekcanitez</i>	
<i>My Dear Colleague Prof. Dr. Hakan Pekcanitez</i>	
Prof. Dr. M. Polat SOYER	LV
<i>Hakan İçin (Yetersiz de Olsa) Birkaç Söz</i>	
<i>A Few Words for Hakan (Although not Enough)</i>	

XII

Prof. Dr. Oğuz ATALAY	LVII
Hakan Hoca'yı Anlatamamak	
<i>Having Difficulty to Explain Professor Hakan Pekcanitez</i>	
Prof. Dr. Muhammet ÖZEKES	LIX
Değerli Hocam ve Ustam Prof. Dr. Hakan Pekcanitez	
<i>Dear Teacher and Master, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez</i>	
Doç. Dr. Güray ERDÖNMEZ	LXIII
Hocam Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e	
<i>To Prof. Dr. Hakan Pekcanitez</i>	

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	
<i>The Patent Jurisdiction of European Union in the Future</i>	
Prof. Dr. Recep AKCAN	19-34
Hal Hakem Heyeti	
<i>Arbitration Tribunal of Market Place</i>	
Prof. Dr. Christoph ALTHAMMER	35-51
European Principles of Civil Procedure und nationale Mindeststandards –	
Überlegungen aus deutscher Perspektive	
<i>European Principles of Civil Procedure and National Minimum Standards-</i>	
<i>Thoughts from a German Perspective</i>	
Prof. Dr. Oğuz ATALAY	53-76
Anonim Şirketlerde Bilgi Alma ve İnceleme Haklarının Mahkeme	
Aracılığıyla Kullanılması	
<i>The Use of the Right to Information and Examination by Court Order</i>	
<i>in Joint Stock Companies</i>	

Prof. Dr. Ali Cem BUDAK	77-103
6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a Göre Tüketici Hakem Heyetleri	
<i>Consumer Arbitration Tribunals under Public Law No. 6502 on Protection of Consumers</i>	
Prof. Dr. Adnan DEYNEKLİ	105-122
Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye'de Tanınması ve Tenfizinde Karşılaşılan Sorunlar	
<i>Problems Faced in the Recognition and Approval of Foreign Arbitration Awards in Turkey</i>	
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	
<i>Remedies against Judgements in Germany: abundance, complexity, cliches, and questionable legitimations</i>	
Prof. Dr. iur. Tarkan GÖKSU	133-169
Prozessarmut im Schiedsverfahren: Rechtslage nach der schweizerischen lex arbitri	
<i>Procedure Deficiency In Arbitration Procedure: Legal Position in Accordance with Swiss Lex Arbitri</i>	
Prof. Dr. Burkhard HESS	171-179
Private Streitbeilegung und staatliche Justiz: auf der Suche nach der richtigen Balance	
<i>Private Dispute Settlement and State Justice: In Search of Right Balance</i>	
Prof. Dr. Georg E. KODEK	181-200
Justizielle Zusammenarbeit zwischen der Türkei und Österreich – Eine Nachlese	
<i>Judicial Cooperation Between Turkey and Austria- An Afterthought</i>	
Prof. Dr. Hans KUDLICH	201-216
Nichtige Urteile im Zivil- und Strafprozessrecht	
<i>Null and Void Decisions in Civil and Criminal Procedure Law</i>	

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 Adli Yargının Görevine Dahil Edilmesi	
<i>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</i>	
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	
<i>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</i>	
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	
<i>Interim Legal Protection in Swiss Law between Optimization and Standardization</i>	
Prof. Dr. Muhammet ÖZEKES	263-300
HMK Bakımından Dava Dilekçesinde Eksiklik Halinde Yapılması Gereken İşlemler	
<i>Proceedings to be Made in Case of Deficiency of Lawsuit Petition in Terms of Civil Procedure Code</i>	
Prof. Dr. Hanns PRÜTTING	301-309
Neues zum Streitgegenstand	
<i>New to Object of Litigation</i>	

Prof. DDr. h.c. Dr. Walter H. RECHBERGER	311-327
Das neue türkische Zivilprozessrecht aus der Sicht eines österreichischen Prozessualisten	
<i>The New Turkish Civil Procedure Law from the Viewpoint of one Austrian Civil Procedure Lawyer</i>	
Prof. Dr. Herbert ROTH.....	329-344
Die „tatsächliche Vermutung“ im Zivilprozess	
<i>The “Actual Presumption” in Civil Procedure</i>	
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	
<i>About Local Jurisdiction of Filing Lawsuit by State Prosecutor Against Both Husband and Wife Upon Nullification of their Marriage</i>	
Prof. Dr. Andreas SPICKHOFF	381-397
Die Haftung des Notars zwischen öffentlicher Amtshaftung und privater Berufshaftung	
Ein Beitrag aus Deutschland	
<i>The Liability of Notaries Between Public Liability of Officer and Private Professional Liability</i>	
<i>A Contribution from Germany</i>	
Prof. Dr. Meral SUNGURTEKİN ÖZKAN	399-410
Anayasal Şikayet ve Adalet Erişim	
<i>Constitutional Complaint and Access to Justice</i>	
Prof. Dr. iur. Thomas SUTTER-SOMM	411-429
Dr. iur. Benedikt SEILER	
Die Schweizerische ZPO und ihre Auslegung -kritische Anmerkungen zur Rechtsprechung des Bundesgerichts	
<i>The Swiss Code of Civil Procedure and Its Interpretation- Critical Dictum in Addition to a Judicial Decision of the German Federal Court</i>	

- 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

Doç. Dr. Mine AKKAN	555-609
Medenî Usûl Hukukunda Tanığa Soru Kâğıdı Gönderilmesi <i>Sending Questionary to a Witness in Civil Procedure Law</i>	
Doç. Dr. İbrahim AŞIK	611-630
Hakimin Yargılama Faaliyeti Sebebiyle Devlete Karşı Açılan Tazminat Davasına İlişkin Yargıtay Büyük Genel Kurulunun Bir Kararı Üzerine Düşünceler <i>On The Decision of The Court of Appeal Related to the Action of Damages Because of the Judicial Activities of the Judge</i>	
Doç. Dr. Murat ATALI	631-652
Hizmet Tespit Davasının Sosyal Güvenlik Kurumuna İhbarı <i>Notice of Proceeding to Social Security Institution in Action for Fixing of Period of Service</i>	
Doç. Dr. Ahmet BAŞÖZEN	653-694
Güncel Yargıtay Kararları Işığında İhtiyati Tedbirlerde “Yaklaşık İspat” ve “İhtimal” Kavramı <i>The Concepts of “Presumptive Evidence” and “Probability” in Provisional Injunctions in Light of the Current Decisions of the Supreme Court of Appeals</i>	
Doç. Dr. Güray ERDÖNMEZ	695-755
HMK. m.57/1, c Hükümü Çerçevesinde İhtiyari Dava Arkadaşlığının Mümkün Olduğu Haller <i>Cases Where Simple Joinder is Applicable According to Civil Procedure Code art.57/1-c</i>	
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 <i>The American Rule: Assuring the Lion His Share</i>	
Doç. Dr. İbrahim ÖZBAY.....	779-811
Yargıtay’ın Son Kararları Işığında Hakem Kararlarına Karşı Açılacak İptal Davasına İlişkin HMK m. 439 Hükümünün Zaman Bakımından Uygulanması <i>In The Viewpoint of Supreme Court Decisions with Regard to Time of Action for Nullity Related To Turkish Civil Procedure Code Art. 439</i>	

Doç. Dr. H. Özden ÖZKAYA-FERENDECI	813-830
Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndaki Belge Terimi ve İspat Hukukundaki Yeri	
<i>The Concept of Document in the New Turkish Civil Procedure Code and its Place in the Law of Evidence</i>	
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	
<i>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</i>	
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)	
<i>Voluntary Substitution of a Party in Civil Procedure Law (CPA Art. 124)</i>	
Yrd. Doç. Dr. Aziz Serkan ARSLAN	943-974
HMK Hükümlerine Göre Teminat Kurumu ve Dava Şartı Niteliği	
<i>According to Article of HMK Guarantee and Terms of Case</i>	
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	
<i>The Decision ruled by the Court about Action of Debt that Sued before the Conditions Occurred</i>	
Yrd. Doç. Dr. Mesut AYGÜN	1025-1066
Yabancılık Unsurunun Mahiyeti ve Yargılamadaki Rolü	
<i>The Essential Character of Foreign Element and Its Role on Trial</i>	

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

 **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	
<i>Nature of the Attorney Fee Shifting as to Civil Procedure Law</i>	
Yrd. Doç. Dr. Evrim ERİŞİR.....	1141-1213
Yetki Şartlarının Genel İşlem Koşulu Denetimi	
<i>Standard Terms Control of Choice of Court Agreement</i>	
Yrd. Doç. Dr. İbrahim ERMENEK	1215-1252
Hakem Yargılamasında Bağlantılı Davalar	
<i>Interrelated Actions in Arbitration Procedure</i>	
Yrd. Doç. Dr. Mustafa GÖKSU.....	1253-1273
Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre İhtiyati Tedbirin Uygulanmasını Talep Etme Zorunluluğu	
<i>Requirement of Request for the Execution of Provisional Remedy According to The Code of Civil Procedure</i>	
Yrd. Doç. Dr. Elif Kısmet KEKEÇ	1275-1297
Topluluk Davalarında Elde Edilen Hükümün Münferiden Açılacak Davalarda Kesin Hüküm Etkisi	
<i>The Res Judicata Effect of Class Litigations on Individual Cases</i>	
Yrd. Doç. Dr. Nesibe KURT KONCA.....	1299-1320
Yabancı Bayraklı Gemilerde Çalışan Gemi Adamlarının Hizmet Sözleşmelerinden Kaynaklanan Davalarda Görevli Mahkemenin Belirlenmesi	

XX

*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 <i>A Decision of German Federal Court with Regard to Recording of Evidence</i>	
Dr. Nazlı GÖREN ÜLKÜ	1613-1624
Dava Ortaklığı veya Davaya Müdahale Halinde Hakimin Reddi Talebinde Bulunabilecek Kişiler <i>The Person Who Has the Right to Recuse in Case of an Interplead or Joinder of Parties</i>	
RA Dr. Christoph LIEBSCHER	1625-1643
Objektive Schiedsfähigkeit - eine Skizze <i>Objective Arbitrability – an Outline</i>	
Dr. Mert NAMLI	1645-1668
Yargılamanın Yenilenmesi Yoluna Tekrar Başvurma Yasağı <i>Ban of Recourse Again to New Trial Procedure</i>	
Arş. Gör. Ali Çetin ASLAN	1669-1711
Avukatlık Tekeline Genel Bir Bakış <i>A General Overview of Lawyer Monopoly</i>	
Arş. Gör. Özlem CANBELDEK AKIN	1713-1739
Dünya Ticaret Örgütü Uyuşmazlık Çözüm Mekanizmasında Misilleme Yaptırımı <i>Retaliation in the World Trade Organization Dispute Settlement Mechanism</i>	
Arş. Gör. Pınar ÇİFTÇİ	1741-1821
Boşanma Sisteminin Yargılamada Doğurduğu Temel Hak İhlalleri ve İspat Sorunları <i>Breach of Fundamental Rights and Problems Related to the Law of Evidence in Divorce Cases Arise from Grounds for Divorce</i>	
Arş. Gör. Buse DİŞEL	1823-1855
Alman Federal Mahkemesinin Verdiği Bir Karar Işığında Derneklerin “Statüleri Çerçevesinde” Açtığı Topluluk Davaları <i>Group Actions Taken by Associations “Within The Scope of Their Charters” In The Light of a Judgement Rendered by the German Federal Court</i>	

- Arş. Gör. Ersin ERDOĞAN**..... 1857-1884
Milletlerarası Derdestlik (Lis Alibi Pendens)
International Pendency (Lis Alibi Pendens)
- Arş. Gör. Ekin (HACİBEKİROĞLU) 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 Cebri 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) <i>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)</i>	
Öğr. Gör. Dr. İdil TUNCER KAZANCI	2811-2834
İnançlı İşlemlerde İşlemin Taraflarının İflâsı ve İflâsın İnançlı İşleme Etkisi <i>Bankruptcy of Parts in Fiduciary Contract and the Influence of Bankruptcy on Fiduciary Contract</i>	
Arş. Gör. Erdem AKYAZILI	2835-2853
Akıllı Telefonların Haczi <i>Legal Attachment of Smart Phones</i>	
Arş. Gör. Orhan Emre KONURALP	2855-2880
Alacaklıya Rehni Özel Yoldan Paraya Çevirme Yetkisi Verilmesi <i>Granting Right to the Deptee for Liquidation of Real Securities</i>	
Arş. Gör. Ali ÖNAL	2881-2907
Yabancı Unsurlu İflâs Davalarında Türk Mahkemelerinin Yetkisi Sorunu <i>The Authority of The Turkish Courts in Cases of Bankruptcy Concerning The Foreign Elements</i>	
Arş. Gör. Volkan ÖZÇELİK	2909-2952
Genel Haciz Yoluyla Takipte İcra Müdürünün Zor Kullanma Yetkisi (İİK m. 80/4) <i>Right to Use Force of the Bailiff in the Proceeding Without Judgement</i>	
Arş. Gör. Ahmet ŞENSÖZ	2953-2969
İcra Kefaletinin Şekline İlişkin Bir Yargıtay Karar İncelemesi <i>The Study of a Decision by the Supreme Court of Appeal Regarding the Form of Surety of Execution'</i>	
Hakim Hilmi ŞEKER	2971-3004
İcra ve İflâs Kanunu'nun 89. Maddesi Üzerine Düşünceler <i>Thoughts on the Article 89 of the Enforcement and Bankruptcy Code</i>	

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

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	
<i>Abolition of a Bonus with Negative Workplace Practice - Review of the</i>	
<i>Decisions of Assembly of Civil Chambers and 22nd Civil Chamber</i>	
<i>of Supreme Court</i>	
Prof. Dr. Şeref ERTAŞ	3093-3104
Sürekli Borç İlişkilerinde (Dauerschuldverhaeltnisse) Zamanaşımı	
<i>Prescription In Continuous Obligations</i>	
Prof. Dr. Tekin MEMİŞ	3105-3121
Grup İmtiyazının Kabul Edildiği Bankalarda Grup İçindeki Bütün	
Paylar Nitelikli Pay Sayılır Mı?	
<i>Are Every Shares In The Group Regarded as a Qualified Share in the</i>	
<i>Banks Privilege of Group Granted?</i>	
Prof. Dr. Pascal PICHONNAZ	3123-3148
Die Schweiz und das Römische Recht Ein Bild in groben Zügen	
<i>A brief look at Swiss and Roman law</i>	
Prof. Dr. Pascal PICHONNAZ	3149-3174
Arş. Gör. Nilgün DİNÇER (Çev.)	
İsviçre ve Roma Hukuku Özet Halinde Bir Görünüş	
<i>A Brief Look at Swiss and Roman Law</i>	
Prof. Dr. Peter A. WINDEL	3175-3193
Der neue Vertragstyp des Behandlungsvertrages im deutschen BGB	
<i>The New Contract Type of Treatment Contracts in German Code of</i>	
<i>Civil Law</i>	

- 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)	
<i>Penalties Related to Cheques (Turkish Commercial Code 783/3)</i>	
Dr. Didem ÖZGÜR	3507-3534
Avrupa Birliği Hukukunda Alkollü Sert İçkilerin Üzerindeki Coğrafi İşaretlerin Korunması	
<i>The Protection of Geographical Indications on Spirit Drinks in the European Union Law</i>	
Av. Uğur ŞİMŞEK	3535-3556
Sağlık Hukukunda Aydınlatılmış Rıza	
<i>Informed Consent in Health Care Law</i>	
Özge KATIRCI	3557-3578
Die Culpa in contrahendo in der Zuständigkeitsordnung der EuGVO (Brüssel I-VO)	
<i>The Culpa in Contrahendo in the Jurisdiction Act Of EuGVO (Brüssel I-VO)</i>	
Burak KEÇECİOĞLU	3579-3612
Hayvan Satışında Ayıptan Sorumluluk	
<i>Liability From the Defect in Animal Sales</i>	

 **CİLT IV / VOLUME IV / BAND IV**

KAMU HUKUKU / PUBLIC LAW / ÖFFENTLICHES RECHT

Prof. Dr. Mahmut Tefrik BİRSEL	3615-3620
Bir Damlada Anadolu İnsanın Dünü, Bugünü, Yarını ve “Korkudan Azade Yaşama Özgürlüğü”	
<i>Past, Today, Future of Anatolian People in a Drop and One’s “Freedom of a Life Free From Fear”</i>	

XXX

- 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 Değişirme
(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 <i>Invitation Method for Joining Public Procurement</i>	
Yrd. Doç. Dr. Esra ALAN AKCAN	3949-3997
Ceza Hukukunda Mağdurun Korunmasına Yönelik Düzenlemeler <i>Regulations for the Protection of the Victims in the Criminal Law</i>	
Yrd. Doç. Dr. Gülsün Ayhan AYGÖRMEZ UĞURLUBAY	3999-4044
Güncel Tartışmalar ve Gelişmeler Işığında Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda İtiraz <i>Objection In Turkish Criminal Procedure Law in Light of the Current Discussions and Developments</i>	
Yrd. Doç. Dr. Turgay CİN	4045-4116
Yunanistan'daki Azınlıklar ve Bunların Hukuki Durumları <i>Minorities of Greece and Their Legal Status</i>	
Yrd. Doç. Dr. Gökhan GÜNEYSU	4117-4137
Uluslararası Hukuka Sosyolojik Bakış: Georges Scelle ve Uluslararası Hukuk Kuramı <i>Sociological Approach to International Law: Georges Scelle and His Theory of International Law</i>	
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) <i>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)</i>	
Yrd. Doç. Dr. Emine KARACAOĞLU (Çev.)	4211-4224
İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Dördüncü Bölüm Tabor- Polonya Kararı (2006) <i>Decision of the European Court of Human Rights regarding the Case of Tabor v. Poland (2006)</i>	
Yrd. Doç. Dr. İrem KARAKOÇ	4225-4259
Hicri Birinci Yüzyılda Hukukçu Kavramı <i>Jurist Concept in First Hijri Century</i>	

- 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 <i>Question of Limitation Applied In Discount of Added Value Tax Imposed With Regard to Goods Annihilated</i>	
Arş. Gör. Emine Sevcan ARTUN	4535-4566
Karar İncelemesi - Kamu İcra Hukukunda Haciz ve İhtiyatî Haciz İşlemlerine İlişkin Verilen Mahkeme Kararlarının Uygulanması <i>Review of a Decision - Execution of the Court Decision Given About Attachment and Provisional Attachment Proceeding in Public Enforcement Law</i>	
Arş. Gör. Cemal BAŞAR.....	4567-4611
Kamu İcra Hukukunun Anayasal Temelleri <i>Constitutional Foundations of Public Enforcement Law</i>	
Arş. Gör. İsa BAŞBÜYÜK.....	4613-4631
Kamu İcra Hukukunda Kamu Alacağı'nın Tahsiline Etki Eden Suçlar (AATUHK m.110-114) <i>Crimes with Regard to Collection of Public Receivables within the Public Enforcement Law</i>	
Arş. Gör. Uğur BULUT.....	4633-4670
Kamu İcra Hukukunda Borçlunun Üçüncü Kişilerdeki Haklarının Paraya Çevrilmesi ve Genel İcra Hukukuyla Karşılaştırılması <i>Encashment of the Debtor's Claims on Third Parties in Tax Enforcement Law by Comparison to Enforcement Law in General</i>	
Arş. Gör. Burcu DEMİRBAŞ AKSÜT	4671-4735
Kamu İcra Hukuku'nda Menfaat Dengesi <i>Balance of Interests in Public Enforcement Law</i>	
Arş. Gör. Türker ERTAŞ.....	4737-4783
Kamu İcra Hukukunda Sosyal Devlet İlkesi <i>The Principle of Welfare State in Public Enforcement Law</i>	

XXXIV

Arş. Gör. Gözde KAZAKER	4785-4814
Vergi Ceza Hukukunda Kanunilik İlkesine İlişkin Bir Anayasa Mahkemesi Kararı Üzerine Düşünceler <i>Thoughts Upon a Judgment of the Turkish Constitutional Court about the Principle of Legality in Criminal Tax Law</i>	
Arş. Gör. Müge VATANSEVER ÖZTÜRK	4815-4841
Vergilerin Kanuniliği İlkesinin Tarihî Gelişimi <i>The Historical Development of the Principle of Legality of Taxes</i>	
Arş. Gör. Dilara YÜZER	4843-4898
Kamu İcra Hukukunda Ölçülülük İlkesi <i>The Principle of Proportionality in Public Enforcement of Law</i>	
HUKUK VE BİREY	4899-4901
<i>Law and Individual</i>	
Yrd. Doç. Dr. Engin TOPUZKANAMIŞ	4903-4915
Hukuk ve Bireyi Anlamak Üzere Notlar <i>Notes on Understanding Law and Individual</i>	
Yrd. Doç. Dr. Pınar BACAKSIZ	4917-4941
Cezalandırma ve Topluma Yeniden Kazandırma <i>Punishment and Resocialization</i>	
Yrd. Doç. Dr. Yıldırım TAYLAR	4943-4987
Vergi Borcu İlişkisinin Pasif Süjesi Olarak Birey ve Vergilendirme Yetkisinin Bireyin Hak, Özgürlük ve Ödevlerine Etkisi <i>The Individual as a Passive Subject of the Relationship of Tax Debt and Impact of Taxation Power on Rights, Freedoms and Obligations of Individuals</i>	
Yrd. Doç. Dr. Şafak EVRAN TOPUZKANAMIŞ	4989-5010
Anayasalar Yoluyla Toplum Tasarımı ve İnşası: Anayasaların Gerçek Sahipleri ve Anayasacılık Süreçlerinde Birey <i>Construction and Design of a Society by Constitutions: The Real Owners of Constitutions and the Individual in Constitutional Processes</i>	

ICRÁ VE ÍFLÁS HUKUKU

DIE „VERLÄNGERTE VOLLSTRECKUNGSABWEHRKLAGE“

*Prof. Dr. Diederich ECKARDT**

I. Einführung

Mit der Vollstreckungsabwehrklage (oder: Vollstreckungsgegenklage) nach § 767 der deutschen Zivilprozessordnung¹ kann der Vollstreckungsschuldner geltend machen, dass die urteilsmäßig titulierte Forderung nicht mehr bestehe, und hierdurch erwirken, dass das Gericht die Zwangsvollstreckung aus dem Titel durch rechtsgestaltendes Urteil für unzulässig erklärt². Das erforderliche Rechtsschutzbedürfnis hierfür hat der Schuldner aber nur dann, wenn die Vollstreckung des Gläubigers aus dem Titel droht. Ist dies nicht mehr der Fall, weil die Vollstreckung insgesamt beendet ist – d.h. wenn der Gläubiger aus dem Erlös einer im Vollstreckungsverfahren durchgeführten Zwangsverwertung oder durch eine zur Abwendung der Vollstreckung erfolgte freiwillige Leistung hinsichtlich seines vollstreckbaren Anspruchs einschließlich der Kosten befriedigt worden ist und das Vollstreckungsorgan dem Schuldner deshalb nebst einer Quittung die vollstreckbare Ausfertigung ausgehändigt hat –, so entfällt hiermit zugleich das Rechtsschutzbedürfnis für die Vollstreckungsabwehrklage³. Eine ggf. bereits erhobene

* Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Zivilprozessrecht Universität Trier, Fachbereich Rechtswissenschaft

¹ Im Folgenden nur mit „ZPO“ abgekürzt. Ich bedanke mich zugleich dafür, einen Beitrag zur Festschrift für meinen geschätzten türkischen Kollegen *Hakan Pekcanitez* in meiner Muttersprache und zu meiner heimischen Rechtsordnung leisten zu dürfen.

² Hiervon zu unterscheiden ist die Vollstreckungsabwehrklage zur Geltendmachung einer Haftungsbeschränkung (§§ 780, 786 ZPO); auf diese soll hier nicht weiter eingegangen werden.

³ S. hierzu und zu den genannten Voraussetzungen BGH NJW 1984, 2826, 2827; BGHZ 100, 211, 212 = NJW 1987, 3266; ausführlich *Brehm*, ZIP 1983, 1420 ff.

Vollstreckungsabwehrklage wird also unzulässig und müsste durch den klagenden Vollstreckungsschuldner an sich zur Vermeidung der Klageabweisung für erledigt erklärt werden. Der Schuldner kann freilich den Rechtsstreit fortsetzen und zu diesem Zweck seinen Klageantrag auf Rückzahlung des Erlangten (bzw. auf Zahlung von Schadensersatz)⁴ umstellen⁵. Hierfür hat sich in der jüngeren Vergangenheit in der deutschen Rechtsprechung⁶ und Literatur⁷ der Begriff der „verlängerten Vollstreckungsabwehrklage“ etabliert; er soll zugleich die von vornherein selbständig erhobene Klage auf Rückzahlung des durch die Vollstreckung Erlangten erfassen.

⁴ Grundlage des Anspruchs auf Rückzahlung des durch die Vollstreckung Erlangten ist nach h.M. eine Eingriffskondiktion gemäß § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB (vgl. m.w.N. nur *Schilken*, in Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, Zwangsvollstreckungsrecht, 12. Aufl. 2010, § 53 Rn. 62). Daneben können im Einzelfall verschuldensabhängige Schadensersatzansprüche insbesondere aus §§ 823 Abs. 1, 826 BGB treten (vgl. *Schilken*, a.a.O.); sie sind im Folgenden mitgemeint, wenn vereinfachend von den bereicherungs- oder materiell-rechtlichen Ausgleichsansprüchen gesprochen wird.

⁵ Vgl. – in Anwendung von § 264 Nr. 3 ZPO – nur BGHZ 99, 292, 294 = NJW 1987, 1026; BGHZ 113, 169, 172 = NJW 1991, 1063; BGHZ 163, 339, 341 f. = NJW 2005, 2926; BGH DtZ 1995, 169; BAGE 31, 288 = NJW 1980, 141, 142.

⁶ Zuerst offenbar in BAGE 31, 288 = NJW 1980, 141, 142; s. später BGHZ 99, 292, 294 = NJW 1987, 1026; BGHZ 100, 211 = NJW 1987, 3266 (im amtlichen Leitsatz); BGH NJW-RR 1988, 957, 958; BGH DtZ 1995, 169; BGH NJW-RR 2001, 1450, 1451; BGH NJW 2013, 3243, 3245 [Rn. 15].

⁷ Vgl. BeckOK-ZPO/Preuß, Stand 12/2014, § 767 Rn. 74; HK-ZPO/Kindl, ZPO, 5. Aufl. 2013, § 767 Rn. 8; *Schneiders*, in Kindl/Meller-Hannich/Wolf, Gesamtes Recht der Zwangsvollstreckung, 2. Auflage 2013, § 767 Rn. 26; *K. Schmidt/Brinkmann*, in MünchKomm-ZPO, 4. Aufl. 2013, § 767 Rn. 21, 74; Musielak/Lackmann, ZPO, 10. Aufl. 2013, § 767 Rn. 9, 15, 18; *Schilken*, in Gaul/Schilken/Becker-Eberhard (Fn. 4), § 53 Rn. 61; *ders.*, JuS 1991, 51; *Heiderhoff/Skamel*, Zwangsvollstreckungsrecht, 2. Aufl. 2013, Rn. 630 ff.; *Jauernig/Berger*, Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht, 23. Aufl. 2010, § 12 Rn. 30; *Kainz*, Funktion und dogmatische Einordnung der Vollstreckungsabwehrklage in das System der Zivilprozessordnung, 1984, S. 31 f.; *Münch*, Vollstreckbare Urkunde und prozessualer Anspruch, 1989, S. 353; *Stamm*, Die Prinzipien und Grundstrukturen des Zwangsvollstreckungsrechts, 2007, S. 633 Fn. 432; *Gaul*, FS Schilken, 2015, S. 275, 283; *Kliebisch*, JuS 2013, 313, 318; *Lakkis*, ZZP 119 (2006), 435, 442; *Makowsky*, JuS 2014, 901, 902; *Otto*, FS Henckel, 1995, S. 615, 622.

Die mit diesem relativ neuen Begriff bezeichnete Rechtsschutzoption ist freilich der Sache nach praktisch von jeher anerkannt. So erklärte bereits *Oertmann*⁸: „Soweit dem Vollstreckungsschuldner zur Brechung des noch nicht durchgeführten Vollstreckungsrechts die Vollstreckungsabwehrklage zur Verfügung stand, steht ihm nach seiner Durchführung ein Bereicherungsanspruch offen.“ Der Bundesgerichtshof formuliert, der Schuldner, der es versäumt habe, die Erfüllung im Wege der Vollstreckungsabwehrklage geltend zu machen, gehe nicht etwa seiner Rechte deswegen verlustig, weil diese Klage nach der Beendigung der Zwangsvollstreckung nicht mehr erhoben werden könne; vielmehr setzten die rechtlichen Möglichkeiten der Vollstreckungsabwehrklage nach der Beendigung der Zwangsvollstreckung in einer materiell-rechtlichen Bereicherungsklage fort⁹. Der Umstand, dass die vollstreckungsrechtlichen Rechtsbehelfe zu Gunsten des Schuldners mit Beendigung der Zwangsvollstreckung entfallen, bedeutet also keine endgültige Festschreibung der Rechtslage, da die endgültige Güterverteilung nicht Aufgabe der Zwangsvollstreckung ist. Deren Ergebnis unterliegt vielmehr – in den im Folgenden noch näher zu bestimmenden verfahrensrechtlichen Grenzen – der Überprüfung durch das materielle Recht, dogmatisch „aufgehängt“ am infolge des Nichtbestehens der Forderung seinerseits nicht entstandenen Pfändungspfandrecht (so die „gemischte“ oder privatrechtlich-öffentlichrechtliche Theorie) bzw. am trotz Pfändungspfandrechts fehlenden materiellen Befriedigungsrecht (so die öffentlichrechtliche Theorie)¹⁰. Eine gegenteilige Ansicht, wonach die abgeschlossene Zwangsvollstreckung

⁸ *Hellwig/Oertmann*, System des deutschen Zivilprozeßrechts, Bd. II, 1919, § 286 III 2.

⁹ BGHZ 83, 278, 280 = NJW 1982, 1147; BGH NJW 1986, 2047, 2048; BGHZ 99, 143, 149 = NJW 1987, 651; BGHZ 100, 211 f. = NJW 1987, 3266; BGH NJW 1993, 3318, 3320; BGHZ 163, 339, 341 f. = NJW 2005, 2926; BGH NJW-RR 2008, 1075, 1076; BGH NJW 2013, 3243, 3245 [Rn. 15]; OLG Frankfurt NJW 1961, 1479, 1480; aus der Literatur vgl. m.w.N. zuletzt *Althammer*, Streitgegenstand und Interesse, 2012, S. 389 f., 593 f.; *Gaul*, JuS 1962, 1, 2; *ders.* in *Gaul/Schilken/Becker-Eberhard* (Fn. 4), § 40 Rn. 16, 175 ff.; *ders.*, FS *Schilken*, 2015, S. 275, 283; *Jauernig/Berger* (Fn. 7), § 12 Rn. 30.

¹⁰ Deshalb entbehrt die Güterverschiebung zugunsten des Vollstreckungsgläubigers des bereicherungsrechtlich rechtfertigenden Grundes, vgl. m.w.N. nur *Schilken*, in *Gaul/Schilken/Becker-Eberhard* (Fn. 4), § 53 Rn. 62.

vermittels der ihr innewohnenden „Vollstreckungskraft“ – als begriffliche Analogie zur materiellen Rechtskraft – den dauerhaften Bestand des Erlangten gewährleiste¹¹, hat in Deutschland deshalb zu Recht keine größere Anhängerschaft gewonnen¹².

Sofern sich die Vollstreckungsabwehrklage gegen die Vollstreckung aus einem der materiellen Rechtskraft fähigen Urteil richtet, ist die Zulässigkeit der bereicherungsrechtlichen „Verlängerung“ der Vollstreckungsabwehrklage freilich nur dann unproblematisch, wenn die damit zur Geltung gebrachte Einwendung gegen den titulierten Anspruch „neu“ ist. „Neu“ ist die Einwendung, wenn sie nicht schon zu einem Zeitpunkt objektiv vorlag, der schon ihre Geltendmachung in dem vorangegangenen und durch rechtskräftiges Urteil abgeschlossenen Leistungsprozess oder in einem früheren durch rechtskräftiges Urteil abgeschlossenen Vollstreckungsabwehrklage-Prozess möglich gemacht hätte. Handelt es sich dagegen um eine „alte“ Einwendung – also genau umgekehrt um eine Einwendung, die bereits zum Zeitpunkt eines dieser früheren Verfahren objektiv vorlag und geltend gemacht werden konnte –, so stellt sich die Frage nach den verfahrensrechtlichen Grenzen, die ihrer Geltendmachung mit einer „verlängerten Vollstreckungsabwehrklage“ entgegenstehen können.

Damit werden Fragen aufgeworfen, die sich auch für das Verhältnis der („eigentlichen“) Vollstreckungsabwehrklage zum vorangegangenen und rechtskräftig abgeschlossenen Leistungsprozess stellen und insoweit mindestens teilweise in § 767 ZPO, insbesondere in dessen Abs. 2 und Abs. 3, gesetzlich geregelt sind. Bei der Beantwortung der gleichen Fragen für die „verlängerte Vollstreckungsabwehrklage“ geht es deshalb mittelbar zugleich

¹¹ Vgl. insbes. *Böhm*, Ungerechtfertigte Zwangsvollstreckung und materiellrechtliche Ausgleichsansprüche, 1971, S. 19 f., 44 f., 68, 88; zweifelnd auch *Böttcher*, ZZP 85 (1972), 1, 14; *Günther*, AcP 178 (1978), 456, 463 f.

¹² S. zum Standpunkt der h.M. etwa BGHZ 119, 75, 86 = NJW 1992, 2576; BGH NJW 2000, 2022, 2023; BGH NJW-RR 2001, 1450, 1451; *Heiderhoff/Skamel* (Fn. 7), Rn. 631; *Gaul*, JuS 1962, 1, 2; *ders.*, AcP 173, 323, 327 ff.; *ders.*, ZZP 112 (1999), 135, 178; *ders.*, FS 50 J. BGH, Bd. III, S. 521, 522; *ders.*, in *Gaul/Schilken/Becker-Eberhard* (Fn. 4), § 40 Rn. 177; *Gerlach*, Ungerechtfertigte Zwangsvollstreckung und ungerechtfertigte Bereicherung, 1986, S. 14 f.; *Kainz* (Fn. 7), S. 182 ff.

darum, wofür der Begriff der „verlängerten Vollstreckungsabwehrklage“ eigentlich steht: Handelt es sich nur um eine griffige Bezeichnung dafür, dass mit der Bereicherungsklage wirtschaftlich das gleiche Interesse verfolgt wird wie zuvor mit der Vollstreckungsabwehrklage, oder bestehen zwischen beiden Rechtsschutzoptionen auch inhaltliche Berührungspunkte? Etwas salopp könnte man formulieren: Wieviel „eigentliche“ Vollstreckungsabwehrklage steckt in der „verlängerten“ Vollstreckungsabwehrklage?

Seine Entstehung dürfte der Begriff der „verlängerten Vollstreckungsabwehrklage“ ja vermutlich vor allem der Fragestellung verdanken, zu der die ersten einschlägigen Gerichtsentscheidungen ergangen sind, also der Klageänderung zum Zahlungsantrag im Vollstreckungsabwehrklageprozess; das Bild der „Verlängerung“ macht insoweit die für die Anwendung des § 264 Nr. 3 ZPO essentielle Identität des verfolgten Interesses anschaulich. Dass das aber nicht bedeutet (und bedeuten kann), die Zahlungsklage unreflektiert wie eine Vollstreckungsabwehrklage zu behandeln, zeigt sogleich der erste Regelungsgegenstand des § 767 ZPO, nämlich die praktisch besonders wichtige ausschließliche (§ 802 ZPO) örtliche und sachliche Zuständigkeit des Prozessgerichts des ersten Rechtszugs¹³; sie soll anerkanntermaßen für die „verlängerte Vollstreckungsabwehrklage“ gerade nicht gelten¹⁴. Da auch die *perpetuatio fori* des § 261 III Nr. 2 ZPO im Hinblick auf die Änderung des Streitgegenstands nicht eingreift, bedeutet dies, dass die eben erst erleichterte Klageänderung hin zum Zahlungsantrag im praktischen Ergebnis einen Teil ihrer Vorzüge einbüßt, weil die Zahlungsklage mangels rügeloser Einlassung ohnehin an den allgemeinen Gerichtsstand des Gläubigers (der den zur Erlangung des Titels führenden Prozess am allgemeinen Gerichtsstand des Schuldners führen musste) verwiesen werden muss¹⁵. Was

¹³ Vgl. für die sonstigen Vollstreckungstitel noch §§ 795, 796 Abs. 3, 797 Abs. 5, 800 Abs. 3 ZPO.

¹⁴ RG JW 1898, 506; RG WarnRspr 1911, Nr. 194; MünchKomm-ZPO/K. Schmidt/Brinkmann (Fn. 7), § 767 Rn. 21; Musielak/Lackmann (Fn. 7), § 767 Rn. 15; a.A. nur Steines, KTS 1987, 27, 30 ff.

¹⁵ S. insofern zutreffend Steines, KTS 1987, 27, 29 f.

die „Verlängerung“ kennzeichnet, ist also offenbar nicht so einfach auszumachen.

II. Sofortige „verlängerte“ statt „eigentlicher“ Vollstreckungsabwehrklage

Betrachtet werden soll zunächst die Fallkonstellation, dass der Kläger von der „eigentlichen“ zur „verlängerten“ Vollstreckungsabwehrklage übergeht, bevor über erstere entschieden ist (weil die Zwangsvollstreckung vor einer Entscheidung über die Vollstreckungsabwehrklage beendet war), oder dass ohne vorherige Vollstreckungsabwehrklage sogleich auf Rückgewähr des Erlangten geklagt wird (weil die Zwangsvollstreckung sogar schon vor erstmaliger Erhebung einer Vollstreckungsabwehrklage beendet war). In beiden Fällen stellt sich also die Frage, inwiefern prozessuale Besonderheiten der Vollstreckungsabwehrklage auf die Bereicherungsklage zu übertragen sind. Nahegelegt wird dies durch die oben zitierten Formulierungen der h.M., wonach die Bereicherungsklage möglich sei, „soweit“ zuvor die Vollstreckungsabwehrklage zur Verfügung stand, oder wonach sich „die rechtlichen Möglichkeiten“ der Vollstreckungsabwehrklage in der Bereicherungsklage fortsetzten und eine solche Bereicherungsklage folglich „denselben Einschränkungen“ unterliege, die für eine Vollstreckungsabwehrklage gelten würden¹⁶.

In der Tat leitet man hieraus allgemein die Folgerung ab, Voraussetzung für die Begründetheit einer solchen verlängerten Vollstreckungsabwehrklage sei es, dass die ursprüngliche Vollstreckungsabwehrklage zum Zeitpunkt der Beendigung der Zwangsvollstreckung zulässig und begründet gewesen sei (bzw. – für den Fall den Fall, dass noch keine Vollstreckungsabwehrklage erhoben worden war – dass eine gedachte Vollstreckungsabwehrklage zulässig und begründet wäre)¹⁷. Von Bedeutung ist diese Einschränkung insbesondere für die nach §

¹⁶ Nachweise in Fn. 9.

¹⁷ BGHZ 163, 339, 342 = NJW 2005, 2926, 2927; BGHZ 100, 211 f. = NJW 1987, 3266 f.; BGH NJW-RR 1988, 957, 958; BGH NJW 2013, 3243, 3245 [Rn. 15 ff.]; BeckOK-ZPO/Preuß (Fn. 7), § 767 Rn. 74; Musielak/Lackmann (Fn. 7), § 767 Rn. 15; Schuschke/Walker/Raebel, Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz, 5. Aufl. 2011,

767 Abs. 2 ZPO ausgeschlossenen Einwendungen gegen den titulierten Anspruch; sofern diese Einwendungen objektiv bereits zum Zeitpunkt der letzten Tatsachenverhandlung des Leistungsprozesses, in dem der Vollstreckungstitel erwirkt wurde, vorhanden waren, können sie daher ebenso wenig Grundlage einer „verlängerten“ wie einer „eigentlichen“ Vollstreckungsabwehrklage sein¹⁸. Dies ist im Ergebnis unstrittig. Nicht so klar ist allerdings die Begründung hierfür: Teils wird dies als „Ausstrahlungswirkung“ der für die Vollstreckungsabwehrklage aufgerichteten Schranken auf die materiellrechtlichen Ansprüche bezeichnet¹⁹. Andere Autoren argumentieren demgegenüber mit einer entsprechenden Anwendung von § 767 Abs. 2 ZPO²⁰ oder plädieren für einen unmittelbaren Rückgriff auf Rechtskraftgrundsätze²¹.

Die Beantwortung der Frage hängt zunächst wesentlich vom Verständnis der Vorschrift des § 767 Abs. 2 ZPO ab: Vorherrschend sieht man darin eine rechtskraftimmanente Präklusionswirkung, d.h. einen unmittelbaren Ausdruck der materiellen Rechtskraft des Urteils²². In der Tat

§ 767 Rn. 45; Stein/Jonas/Münzberg, ZPO, 22. Aufl. 2002 ff., § 767 Rn. 56 f.; Wieczorek/Schütze/Lüke, ZPO, 3. Aufl. 1999, § 804 Rn. 47; Brox/Walker, Zwangsvollstreckungsrecht, 10. Aufl. 2014, Rn. 1328; Baur/Stürner/Bruns, Zwangsvollstreckungsrecht, 13. Aufl. 2006, Rn. 45.30; vgl. auch OLG Frankfurt, NJW 1961, 1479, 1480.

¹⁸ BGHZ 83, 278, 280 = NJW 1982, 1147; BGH NJW-RR 1988, 957, 958; BGHZ 163, 339, 342 = NJW 2005, 2926, 2927; BeckOK-ZPO/Preuß (Fn. 7), § 767 Rn. 74; MünchKomm-ZPO/K. Schmidt/Brinkmann (Fn. 7), § 767 Rn. 21, 74; Musielak/Lackmann (Fn. 7), § 767 Rn. 31, 40; Heiderhoff/Skamel (Fn. 7), Rn. 630, 632 f.; Brox/Walker (Fn. 17), Rn. 1328; Schilken, in Gaul/Schilken/Becker-Eberhard (Fn. 4), § 53 Rn. 61.

¹⁹ So z.B. Heiderhoff/Skamel (Fn. 7), Rn. 630.

²⁰ So etwa Brox/Walker (Fn. 17), Rn. 1328; vgl. auch BGH NJW 2009, 1282 [Rn. 11], wonach dies „in Betracht zu ziehen“ sei.

²¹ Hierfür etwa Baur/Stürner/Bruns (Fn. 17), Rn. 45.39; wohl auch Stein/Jonas/Münzberg (Fn. 17), § 767 Rn. 56 f.

²² MünchKomm-ZPO/Gottwald (Fn. 7), § 322 Rn. 139; Zöller/Vollkommer, ZPO, 30. Aufl. 2014, vor § 322 Rn. 68; Gaul, in Gaul/Schilken/Becker-Eberhard (Fn. 4), § 40 Rn. 53; ders., FS Schilken, 2015, S. 275, 279; Althammer (Fn. 9), S. 534 ff., 573 ff., 578; Henckel, Parteilehre und Streitgegenstand im Zivilprozess, 1961, S. 302; Diersch, Präklusion und Rechtskraft beim Zivilurteil, 1954, S. 72 ff.; Reischl, Die objektiven

schließt bereits die materielle Rechtskraft im Rahmen des Streitgegenständlichen Lebenssachverhalts jeden Tatsachenvortrag aus, der auf eine abweichende Beurteilung der rechtskräftig zuerkannten Rechtsfolge gerichtet ist. Mithilfe dieser Präklusion sichert die Rechtskraft das Prozessergebnis grundsätzlich auch gegen solches Vorbringen alter Tatsachen ab, das zwar nicht zum Prozessstoff des Vorprozesses gehörte und deshalb im Vorprozess nicht vorgetragen und bei der Entscheidungsfindung auch nicht berücksichtigt wurde, das aber den getroffenen Feststellungen widerspräche. Die Rechtskraft erfasst nach heutigem Verständnis also das gesamte den prozessualen Anspruch betreffende Material und nicht etwa nur den durch die Parteien explizit dem Gericht unterbreiteten Tatsachenstoff²³. Dass es der Bestimmung des § 767 Abs. 2 ZPO neben den Rechtskraftgrundsätzen überhaupt bedurfte, liegt danach an dem spezifischen auf prozessuale Gestaltung gerichteten Klageziel der Vollstreckungsabwehrklage (auf das gleich noch näher einzugehen sein wird [sub III. 1.]); zumindest ein Klarstellungsbedürfnis wird man dem ZPO-Gesetzgeber deshalb nicht absprechen können. Ist die zweite Klage demgegenüber ebenfalls auf Leistung gerichtet, birgt die Bestimmung ihres Verhältnisses zum rechtskräftigen Vorjudikat keine Besonderheiten, die es rechtfertigen würden, hierfür eine besondere Vorschrift zu schaffen bzw. die für eine spezifische Konstellation geschaffene Sonderregel entsprechend

Grenzen der Rechtskraft im Zivilprozeß, 2002, S. 240; *Klimke*, ZZZ 126 (2013), 43, 46; *Thole*, ZZZ 124 (2013), 45, 50 ff.; modifizierend *K. Schmidt*, FG 50 J. BGH, Bd. III, S. 491, 498; MünchKomm-ZPO/K. *Schmidt/Brinkmann* (Fn. 7), § 767 Rn. 74; § 767 Abs. 2 ZPO diene (lediglich) dem Schutz der Rechtskraft.

²³ Dies wurde früher verbreitet anders gesehen, sei es aufgrund eines entsprechend limitierenden Streitgegenstandsverständnisses (*Habscheid*, AcP 152 (1952/53), 169ff., 171 f., 182 ff.; *ders.*, Der Streitgegenstand im Zivilprozeß und im Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 1956, S. 282ff., 289ff.; *ders.*, FS Nipperdey, Bd. I, S. 895, 902 ff.), sei es aufgrund eines engeren Begriffs der gerichtlichen „Entscheidung“ (*Rosenberg*, SJZ 1950, Sp. 313, 314; *Schwab*, Der Streitgegenstand im Zivilprozeß, 1954, S. 145 ff., 158, 162 ff., 167 ff., 169; *ders.*, FS Bötticher, 1969, S. 321, 328 f.; *ders.*, FS Lüke, 1997, S. 793, 798 f.; *Rosenberg/Schwab*, Zivilprozessrecht, 14. Aufl. 1986, § 156 II 1). Hiernach bleibt die Präklusion nach § 767 Abs. 2 ZPO bloßes „Schwesterprinzip“ der Rechtskraft (*Habscheid*), eine „zu § 322 Abs. 1 ZPO gehörende *lex fugitiva*“ (*Rosenberg*).

anzuwenden. Ebenso wenig bedarf es der Konstruktion einer „Ausstrahlungswirkung“ des § 767 Abs. 2 ZPO zu dem Zweck, dessen Umgehung durch eine spätere „verlängerte Vollstreckungsabwehrklage“ zu verhindern; allgemeine Rechtskraftgrundsätze reichen hierzu aus und sollten schon um der dogmatischen Stringenz willen dann auch vorrangig herangezogen werden. Festzuhalten ist also zunächst, dass sich der Ausschluss von „Alttatsachen“ als zulässiger Angriffsmittel für eine nachträgliche Bereicherungsklage aus der Rechtskraft ergibt, wenngleich mit demselben Ergebnis, das insoweit für die („eigentliche“) Vollstreckungsabwehrklage aus § 767 Abs. 2 ZPO herzuleiten ist.

Zumindest einer Erwähnung wert ist schließlich noch der Prüfungsort der behandelten Rechtsfrage: Ist die „Unzulässigkeit“ der Rückforderung des Geleisteten mit der Behauptung der Unrichtigkeit des Urteils eine Frage der Sachurteilsvoraussetzungen (mit der Folge, dass die Rechtskraft den Folgeprozess *qua ne bis in idem* schon im Ansatz verhindert) oder handelt es sich um eine Begründetheitsfrage (so dass es nur oder immerhin darum geht, die Angriffe gegen eine rechtskräftig festgestellte präjudizielle Rechtsfolge zu präkludieren)? Auch diese Frage ist streitig. Richtiger Ansicht nach kommt, wenn der Beklagte das aufgrund des Urteils und nach dessen Ergehen an den Kläger Geleistete nun zurückfordert, nicht die Unzulässigkeit der Klage unter dem Aspekt des „kontradiktorischen Gegenteils“ in Betracht²⁴, sondern allein die Unbegründetheit im Hinblick auf die unter dem Gesichtspunkt der Präjudizialität bestehende Rechtskraftwirkung²⁵: Die Parteien streiten jetzt nicht mehr um die Frage, ob

²⁴ Hierfür aber Thomas/Putzo/Reichold, 35. Aufl. 2014, § 322 Rn. 11; Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 17. Aufl. 2010, § 154 II 1; Doderer, NJW 1991, 878, 879; Koussoulis, Beiträge zur modernen Rechtskraftlehre, 1986, S. 231 f. (Unzulässigkeit wegen „unechter Präjudizialität“); vgl. ferner BGH, NJW 1984, 126, 127 f.; BGH NJW 2000, 2022, 2023 f. (der BGH prüft hier die nachträgliche Veränderung der zugrundeliegenden Tatsachen jeweils als Zulässigkeitsproblem und nicht, wie es bei bloßer Bindungswirkung wegen Präjudizialität geboten wäre, als Begründetheitsfrage), und BGH NJW 1995, 967 f. (der BGH stellt hier das als unzulässig abweisende erstinstanzliche Urteil wieder her).

²⁵ Vgl. MünchKomm-ZPO/Gottwald (Fn. 7), § 322 Rn. 46; Stein/Jonas/Leipold (Fn. 17), § 322 Rn. 206, 266; Behrendt, Materielle Rechtskraft und kontradiktorisches Gegenteil,

die Forderung besteht, sondern darum, ob sie bis zu der erfolgten Leistung bestanden hat; dadurch mutiert diese Frage vom prinzipalen Streitpunkt zum Präjudizialpunkt. Konstruktiv möglich wäre zwar auch die erstgenannte Lösung, indem man sich die spätere Erfüllung oder Vollstreckung als bloße Weiterentwicklung innerhalb eines nach der Verkehrsauffassung immer noch als einheitlich angesehenen Lebenssachverhalts vorstellt. Entscheidend muss aber sein, ob die für den Fall der Streitgegenstandsidentität (einschließlich seiner Variante des kontradiktorischen Gegenteils) vorgesehene Rechtsfolge, den Rechtsstreit ohne gerichtliche Aussage zur Sache selbst zu beenden, angemessen erscheint. Dies ist richtigerweise zu verneinen: Sind die jeweils streitgegenständlichen Rechtsfolgen nicht offensichtlich identisch, so sollte das zweite Urteil vorzugsweise klarstellend auch über die zweite Rechtsfolge eine Sachentscheidung treffen müssen.

III. „Verlängerte“ nach „eigentlicher“ Vollstreckungsabwehrklage

In der zweiten Konstellation – die Bereicherungsklage wird erhoben, nachdem bereits rechtskräftig über eine Vollstreckungsabwehrklage befunden war – geht es nicht mehr nur um das Verhältnis der Bereicherungsklage zum vorangegangenen Leistungsprozess, sondern zugleich und vor allem um das Verhältnis der Bereicherungsklage zum Verfahren der Vollstreckungsabwehrklage.

1. Befund

Der gegenwärtige Erkenntnis- und Diskussionsstand zu den in dieser Konstellation aufgeworfenen Fragen ist gelinde gesagt unübersichtlich; vor

Diss. Frankfurt/M. 1965, S. 58; *Gaul*, JuS 1962, 1, 7 f., 12; *ders.*, FS Schilken, 2015, S. 275, 282 f., 299 f.; *Lipp*, FS Pawlowski, 1996, S. 359, 379; *Münch* (Fn. 7), S. 355; *Musielak*, FS Nakamura, 1996, S. 423, 430; *Vollkommer*, FS Stürner, 2013, Bd. I, S. 581, 583; *ders.*, in *Zöller* (Fn. 22), vor § 322 Rn. 25; *Zeuner*, Die objektiven Grenzen der Rechtskraft im Rahmen rechtlicher Sinnzusammenhänge, 1959, S. 14, 55 f.; ohne ausdrückliche Festlegung, aber sachlich wohl in demselben Sinne BGHZ 131, 82, 88; BGHZ 183, 366 = NJW 2010, 1192 [Rn. 34]; *A. Blomeyer*, Zivilprozeßrecht – Erkenntnisverfahren, 2. Aufl. 1985, § 90 III 1; *Henckel*, Prozeßrecht und materielles Recht, 1969, S. 217.

einer eigenen Stellungnahme soll deshalb der Versuch stehen, diesen Diskussionsstand etwas transparent zu machen. Man unterscheidet zweckmäßigerweise zwischen der Wiederholung solcher „alten“ Einwendungen, mit denen sich bereits das Urteil über die erste Vollstreckungsabwehrklage zu befassen hatte (sogleich sub aa.), und der Erhebung von seinerzeit zwar objektiv vorhandenen, aber nicht zur Entscheidung gestellten „alten“ Einwendungen (sogleich sub bb.). Als unproblematisch angesehen wird demgegenüber die Geltendmachung von „neuen“ Einwendungen, d.h. solchen, die zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung über die Vollstreckungsabwehrklage objektiv noch nicht vorhanden waren (sogleich sub cc.).

a) Wiederholung bereits zurückgewiesener „alter“ Einwendungen

Nahezu unstreitig ist zunächst, dass eine im rechtskräftigen Urteil über die Vollstreckungsabwehrklage geprüfte und zurückgewiesene Einwendung nicht nur als Grundlage einer erneuten Vollstreckungsabwehrklage ausgeschlossen ist²⁶, sondern auch nicht im Wege der „verlängerten“ Vollstreckungsabwehrklage zur Grundlage eines Bereicherungsanspruchs gemacht werden kann²⁷. Während sich Ersteres schon wegen Identität des Streitgegenstands in der Tat von selbst versteht, ist die Annahme einer entsprechenden Rechtskraftwirkung im zweiten Fall zwar im Hinblick auf den Sinngehalt der Entscheidung über die Vollstreckungsabwehrklage

²⁶ Vgl. nur BGH MDR 1985, 138 f.; OLG Düsseldorf NJW-RR 1992, 1216; *Gaul*, in *Gaul/Schilken/Becker-Eberhard* (Fn. 4), § 40 Rn. 139; *K. Schmidt*, JR 1992, 89, 90.

²⁷ Vgl. mit Unterschieden im Detail etwa BGH NJW 1960, 1460, 1461; OLG Zweibrücken WM 2003, 244, 245 f.; *MünchKomm-ZPO/K. Schmidt/Brinkmann* (Fn. 7), § 767 Rn. 98; *Schuschke/Walker/Raebel* (Fn. 17), § 767 Rn. 10, 42 f., 45; *Stein/Jonas/Münzberg* (Fn. 17), § 767 Rn. 57; *Burgard*, ZZZ 106 (1993), 23, 40; *Baur/Stürner/Bruns* (Fn. 17), Rn. 45.30; *Brox/Walker* (Fn. 17), Rn. 1374; *Gaul*, ZZZ 85 (1972), 251, 260 f., 300; *ders.*, AcP 173 (1973), 323, 330 f.; *ders.* in *Gaul/Schilken/Becker-Eberhard* (Fn. 4), § 40 Rn. 118, 139; *Henckel*, *Prozessrecht und materielles Recht*, 1961, S. 224 ff.; *Kainz* (Fn. 7), S. 188 ff.; *Münch* (Fn. 7), S. 354 ff.; *Otto*, FS *Henckel*, 1995, S. 615, 627 f.; *Schilken*, JuS 1991, 51, 52 f.; *K. Schmidt*, FG 50 J. BGH, 2000, Bd. III, S. 491, 494; *Zeuner*, ZZZ 74 (1961), 190, 192.

ebenfalls von „elementarer Richtigkeit“²⁸, konstruktiv auf der Basis der herrschenden Auffassung von einem rein prozessualen Streitgegenstand der Vollstreckungsabwehrklage nur schwer zu begründen. Vertreten wird deshalb auch die Ansicht, dass die zweite Klage nur hinsichtlich der fehlenden Bösgläubigkeit des Gläubigers (soweit für den Bereicherungsanspruch relevant) bzw. seines fehlenden Verschuldens (für den Deliktsanspruch) präjudiziert sei²⁹. In einer aktuellen Entscheidung des Bundesgerichtshofs findet sich sogar die allerdings nicht weiter reflektierte Aussage, die Abweisung der Vollstreckungsabwehrklage hindere „grundsätzlich nicht die Geltendmachung der nämlichen materiell-rechtlichen Einwendung in einem Folgeprozess über den titulierten Anspruch selbst“; immerhin wird diese sodann durch den Zusatz „(wobei die analoge Anwendung des § 767 Abs. 2 ZPO allerdings einer genaueren Untersuchung bedürfte)“ relativiert³⁰.

b) Erstmalige Geltendmachung „alter“ Einwendungen

Nicht nur in der Begründung, sondern auch im Ergebnis sehr Streitig ist demgegenüber der Ausschluss der Geltendmachung „alter“ Einwendungen für den Fall, dass eine Einwendung zwar objektiv zum Zeitpunkt der ersten Vollstreckungsabwehrklage bereits vorhanden gewesen war, aber durch den Kläger nicht geltend gemacht und deshalb auch nicht gerichtlich geprüft und im Urteil beschieden worden war.

Was zunächst die Möglichkeit angeht, in diesem Fall erneut eine Vollstreckungsabwehrklage zu erheben, sieht die h.L. hierfür die Bestimmung des § 767 Abs. 3 ZPO – die sie als rechtskrafteergänzende (und damit rechtskraftfremde) Präklusionsvorschrift versteht – als *sedes materiae* an³¹. Dies hat aus Sicht mancher Autoren den Charme, die unvermeidliche

²⁸ Gaul, in Gaul/Schilken/Becker-Eberhard (Fn. 4), § 40 Rn. 139 m.w.N. in Fn. 563.

²⁹ Vgl. etwa Brox/Walker (Fn. 17), Rn. 1374; Stein/Jonas/Münzberg (Fn. 17) § 767 Rn. 57; Schuschke/Walker/Raebel (Fn. 17), § 767 Rn. 45.

³⁰ BGH NJW 2009, 1282 [Rn. 11]; zust. Thole, ZZZ 124 (2013), 45, 65.

³¹ Brox/Walker (Fn. 17), Rn. 1357; Gaul, in Gaul/Schilken/Becker-Eberhard (Fn. 4), § 40 Rn. 112 ff.; Lakkis, ZZZ 119 (2006), 435, 440 Fn. 31; Stein/Jonas/Münzberg (Fn. 17), § 767 Rn. 55; Zöller/Herget (Fn. 22), § 767 Rn. 22; Jauernig/Berger (Fn. 7), § 12 Rn. 18.

Strenge des Rechtskraftprinzips zu mildern durch eine flexiblere Handhabung im Sinne eines zusätzlichen Verschuldenserfordernisses, die § 767 Abs. 3 ZPO durch die Worte „imstande ist“ zu ermöglichen scheint³². Zugleich eröffnet die Ansiedelung der Frage bei § 767 Abs. 3 ZPO eher als der Weg über die Rechtskraft die Option, die den nicht vorgebrachten Streitstoff präkludierenden Wirkungen des Urteils über die erste Vollstreckungsabwehrklage auf eine erneute Vollstreckungsabwehrklage zu beschränken und die Bereicherungsklage, also die „verlängerte Vollstreckungsabwehrklage“, hiervon auszunehmen³³; denn da die genannte Bestimmung ausweislich der Gesetzesmaterialien allein die „Energie der Vollstreckung“ sichern solle³⁴, erfasse sie spätere Bereicherungs- und Schadensersatzklagen ihrem Zweck nach gerade nicht. Fraglich bleibt

³² So unter Hinweis auf die Entstehungsgeschichte des Gesetzes die wohl h.L., vgl. m.w.N. z.B. *Brox/Walker* (Fn. 17), Rn. 1357; *Burgard*, ZZP 106 (1993), 23, 43; *Gaul*, in *Gaul/Schilken/Becker-Eberhard* (Fn. 4), § 40 Rn. 116; *Jauernig/Berger* (Fn. 7), § 12 Rn. 18; *Zeuner*, ZZP 74 (1961), 190, 192; *Marburger*, GS Knobbe-Keuk, S. 187, 197; *Münzberg*, ZZP 87 (1974), 449, 454ff., 458; *ders.*, in *Stein/Jonas* (Fn. 17), § 767 Rn. 52; *Musielak/Lackmann* (Fn. 7), § 767 Rn. 42; *Otto*, FS Henckel, 1995, S. 615, 623 f.; a.A. außer der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (s. dazu sogleich im Text) etwa *Baumbach/Lauterbach/Hartmann*, ZPO, 73. Aufl. 2015, § 767 Rn. 58; *Stimpel*, LM § 767 ZPO Nr. 41; *Zöller/Herget* (Fn. 22), § 767 Rn. 22; *Wieczorek/Schütze/Salzmann* (Fn. 17), § 767 Rn. 57; *Münch* (Fn. 7), S. 341 ff.; differenzierend *Kainz* (Fn. 7), S. 170 ff., 179 ff. (objektive Interpretation im Hinblick auf wiederholte Vollstreckungsabwehrklage), 193 ff. (Interpretation als Verschuldenserfordernis im Hinblick auf spätere materiell-rechtliche Klage).

³³ *Gaul*, in *Gaul/Schilken/Becker-Eberhard* (Fn. 4), § 40 Rn. 118, 139; *ders.*, JuS 1962, 1, 2; *ders.*, AcP 173 (1973), 323, 330 f.; *ders.*, FS Schilken, 2015, S. 275, 282 f.; *Lakkis*, ZZP 119 (2006), 435, 442; *Schilken*, in *Gaul/Schilken/Becker-Eberhard* § 53 Rn. 61; *Gerlach* (Fn. 12), S. 15; *Zöller/Herget* (Fn. 22), § 767 Rn. 2; beiläufig (und kaum bewusst) auch BGHZ 167, 150, 153 = NJW 2006, 1969 [Rn. 9]; a.A. (also für eine Erstreckung der Präklusionswirkung auf die „verlängerte“ Vollstreckungsabwehrklage) aber *Brox/Walker* (Fn. 17), Rn. 1352; *Jauernig/Berger*, § 12 Rn. 30; *Otto*, FS Henckel, S. 615, 629, 631; mit Einschränkungen (von der Präklusion ausgenommen seien solcher Einwendungen, die dem Schuldner zur Zeit der Vollstreckungsabwehrklage schuldlos unbekannt waren) abw. auch *Stein/Jonas/Münzberg* (Fn. 17), § 767 Rn. 52, 55, 57 m. Fn. 496; *Wieczorek/Schütze/Lüke* (Fn. 17), § 804 Rn. 47.

³⁴ Vgl. *Hahn*, Die gesammten Materialien zur Civilprozeßordnung und dem Einführungsgesetz zu derselben vom 30. Januar 1877, Bd. II/1, 1880, S. 437.

hierbei – insbesondere soweit die betreffenden Autoren der heute h.M. entsprechend einem „globalen“ Streitgegenstandsbegriff anhängen – allerdings das Verhältnis zur Rechtskraft des vorhandenen Urteils über die erste Vollstreckungsabwehrklage³⁵. Zugleich weicht die h.L. damit von der auch von ihren Vertretern üblicherweise zugrunde gelegten Prämisse ab, dass die „verlängerte Vollstreckungsabwehrklage“ nur unter den gleichen Voraussetzungen Erfolg haben könne wie eine (gedachte) eigentliche Vollstreckungsabwehrklage.

Eine Gegenauffassung hebt demgegenüber auch hier auf die materielle Rechtskraft und einen globalen Streitgegenstand der Vollstreckungsabwehrklage ab und sieht es gerade als Vorzug dieses Ansatzes an, ohne derartige „Versuchungen“ zu einer strengen Anwendung der rechtskraftimmanenten Präklusion bzw. bei einer entsprechenden Anwendung des § 767 Abs. 2 ZPO zu gelangen³⁶, d.h. alle Einwendungen auszuschließen, die bereits während der ersten Vollstreckungsabwehrklage objektiv vorhanden waren; auf dieser Grundlage wird dann zugleich einer auf solche Einwendungen gestützten Bereicherungsklage der Erfolg versagt³⁷. Ein Problem hat diese Gegenauffassung freilich damit, den verbleibenden Anwendungsbereich des § 767 Abs. 3 ZPO zu bestimmen; sie behilft sich insoweit mit der Annahme einer rein „innerprozessualen“ Präklusion, die mithin das (schuldhaft verspätete) „Nachschieben“ von

³⁵ Zum unklaren Verhältnis des § 767 Abs. 3 ZPO (soweit man seine Anwendung auf Folgeprozesse in Betracht zieht) zur materiellen Rechtskraft s. *K. Schmidt*, JR 1992, 89, 92 ff.; *Münch* (Fn. 7), S. 336 ff.; grundsätzlich gegen Rechtskraftwirkung hinsichtlich nicht erhobener Einwendungen *Burgard*, ZJP 106 (1993), 23, 35 ff.

³⁶ *K. Schmidt*, JR 1992, 89, 93 (mit der Aussage, § 767 Abs. 2 ZPO gelte zwar nicht unmittelbar für das Verhältnis der ersten zur wiederholten Vollstreckungsabwehrklage, sei aber „sinngemäß anzuwenden“, d.h. objektiv); *ders.*, FG 50 J. BGH, 2000, Bd. III, S. 491, 498 f., 508 ff.; *MünchKomm-ZPO/K. Schmidt/Brinkmann* (Fn. 7), § 767 Rn. 86, 89 f., 98; ebenso *Baur/Stürner/Bruns* (Fn. 17), Rn. 45.30; für eine Anwendung von § 767 Abs. 2 ZPO auch *MünchKomm-ZPO/Gruber* (Fn. 7), § 804 Rn. 41; *Münch* (Fn. 7), S. 336 ff.

³⁷ *K. Schmidt*, JR 1992, 89, 90; *ders.*, FG 50 J. BGH, 2000, Bd. III, S. 491, 494, 508 f.; *MünchKomm-ZPO/K. Schmidt/Brinkmann* (Fn. 7), § 767 Rn. 89 f., 98, 101; insoweit abw. *Münch* (Fn. 7), S. 338 ff.

Einwendungen während der ersten Vollstreckungsabwehrklage einer Einschränkung unterwerfe³⁸.

Die höchstrichterliche Judikatur zu diesen Fragen ist nur schwer einzuordnen: Während die ältere Rechtsprechung zumeist mit der (rein objektiv interpretierten) Bestimmung des § 767 Abs. 3 ZPO argumentierte³⁹, wird in der jüngeren Vergangenheit ergänzend⁴⁰ bzw. ausschließlich⁴¹ die Bestimmung des § 767 Abs. 2 ZPO oder unmittelbar die materielle Rechtskraft des Vorjudikats herangezogen; letzteres soll dann – wie in Ermangelung expliziter Entscheidungen des Bundesgerichtshofs zumindest die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte annimmt⁴² – auch für die Geltendmachung des materiellrechtlichen Ausgleichsanspruchs gelten. Im Ergebnis ist die neuere Rechtsprechung also mit der zuletzt dargestellten Literatuffassung einig, hat dann aber ebenso wie diese das Problem, für § 767 Abs. 3 ZPO noch einen sinnvollen Anwendungsbereich zu finden.

c) Geltendmachung „neuer“ Einwendungen

Der Vollständigkeit halber sei noch vermerkt, dass folgerichtig nirgends Bedenken dagegen erhoben werden, wenn mit der „verlängerten Vollstreckungsabwehrklage“ Einwendungen erhoben werden, die zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung über die Vollstreckungsabwehrklage objektiv noch nicht vorhanden waren. Verwunderlich ist das natürlich nicht, da solche „neuen“ Einwendungen weder von § 767 Abs. 2 oder Abs. 3 ZPO noch unmittelbar von der materiellen Rechtskraft – im Hinblick auf deren unbestrittene zeitliche Grenzen – erfasst werden.

³⁸ K. Schmidt, JR 1992, 89, 91 f.; ders., FG 50 J. BGH, 2000, Bd. III, S. 491, 510, 512; MünchKomm-ZPO/K. Schmidt/Brinkmann (Fn. 7), § 767 Rn. 86, 89 f.

³⁹ BGH NJW 1960, 2286, 2287; BGH WM 1967, 345, 346; s. auch BGH NJW 1991, 2280, 2281 (wo es allerdings um nicht urteilsmäßig abgeschlossene Vorprozesse ging); beiläufig ferner in BGHZ 167, 150, 153 [Rn. 9].

⁴⁰ BGHZ 61, 25, 26; BGHZ 124, 164, 172 f.

⁴¹ BGH NJW-RR 1987, 59; BGH NJW 2013, 3243 [Rn. 17].

⁴² OLG Zweibrücken WM 2003, 244, 245 f.; OLG Schleswig JR 2004, 504, 506 f. (wo aber letztlich offengelassen wird, ob § 767 Abs. 2 ZPO [bzw. die Rechtskraft] oder § 767 Abs. 3 ZPO angewendet wird) m. zust. Anm. Schöpflin.

2. Stellungnahme

a) Wiederholung bereits zurückgewiesener „alter“ Einwendungen

Einzugehen ist zunächst auf die Begründung dafür, dass eine im rechtskräftigen Urteil über die Vollstreckungsabwehrklage geprüfte und zurückgewiesene Einwendung nicht nur als Grundlage einer erneuten Vollstreckungsabwehrklage ausgeschlossen ist, sondern auch nicht im Wege der „verlängerten“ Vollstreckungsabwehrklage zur Grundlage eines Bereicherungsanspruchs gemacht werden kann. Dass dieses Ergebnis viel für sich hat, liegt auf der Hand – mit einem vielzitierten Diktum *Plancks*: „Nachdem aber die Reichscivilprozeßordnung, in bewußter Abwendung vom gemeinen Prozessrecht, diese Einwendungen im *ordentlichen* Rechtsweg geprüft wissen will, und diese Prüfung nicht etwa dem Vollstreckungsgericht, sondern dem Prozessgericht erster Instanz als Fortsetzung des von ihm entschiedenen Rechtsstreits überträgt, gibt sie zu erkennen, dass das erlassene Urteil nicht bloß über die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung, sondern zugleich über die streitig gewordene wahre Beschaffenheit und Fortexistenz des in dem früheren Urteil festgestellten Civilanspruchs des Siegers entscheiden soll“⁴³. Mit anderen Worten: Schafft der Gesetzgeber ein Verfahren, in dem Einwendungen gegen den titulierten Anspruch nach allen Standards durch das Prozessgericht geprüft werden, so würde es eine inakzeptable Ressourcenverschwendung bedeuten, die auf dieser Grundlage ergangene Entscheidung dann nicht auch hinsichtlich des Anspruchs selbst in materielle Rechtskraft erwachsen zu lassen⁴⁴.

Die gleichwohl verbreitet wahrgenommenen Schwierigkeiten bei der Begründung dieses Ergebnisses resultieren aus dem Streitgegenstandsbegriff. Streitgegenstand der Vollstreckungsabwehrklage ist nach ganz h.M. bekanntlich das Begehren der gestaltenden Entscheidung über die Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung⁴⁵; allein hierauf – und

⁴³ *Planck*, Lehrbuch des Deutschen Civilprozeßrechts, Bd. II, 1896, S. 704 f.

⁴⁴ *Nelle*, Anspruch, Titel und Vollstreckung im internationalen Rechtsverkehr, 2001, S. 294 f.

⁴⁵ Vgl. etwa BGHZ 22, 54, 56; BGH ZPP 74 (1961), 187, 188; BGHZ 55, 256, 259; BGHZ 85, 367, 371; BGHZ 118, 229, 236; BGHZ 127, 146, 149; BGHZ 124, 164, 170;

damit in Ermangelung einer hierauf bezogenen Zwischenfeststellungsklage gerade nicht auf das Bestehen des titulierten Anspruchs⁴⁶ oder umgekehrt auf das Bestehen der geltend gemachten Einwendung(en)⁴⁷ – soll sich dann grundsätzlich⁴⁸ auch die materielle Rechtskraft des Erkenntnisses beziehen⁴⁹. Die Auslegung der h.M. bezieht die Vollstreckungsabwehrklage also nicht auf das Urteil und die Gesamtheit seiner Wirkungen, sondern ganz eng allein auf die Eigenschaft der Vollstreckbarkeit als isoliert verstandene Einzelwirkung des Erkenntnisses. Sie belässt deshalb dem urteilsmäßig titulierten Anspruch auch nach erfolgreicher Vollstreckungsabwehrklage die Eigenschaft, rechtskräftig festgestellt zu sein. Gleichwohl entspricht es, wie gesehen, ganz herrschender Meinung, dass die materielle Rechtskraft des Urteils eine Wiederholung der Vollstreckungsabwehrklage mit denselben Einwendungen ebenso ausschließt wie die „verlängerte Vollstreckungsabwehrklage“ aus ungerechtfertigter Bereicherung

BGH WM 1997, 1280, 1281; BGH NJW-RR 2008, 1512 [Rn. 12]; BGH NJW 2009, 1671 [Rn. 8]; MünchKomm-ZPO/K. Schmidt/Brinkmann (Fn. 7), § 767 Rn. 41; Stein/Jonas/Münzberg (Fn. 17), § 767 Rn. 4 f.; Baur/Stürner/Bruns (Fn. 17), Rn. 45.3; Brox/Walker (Fn. 7), Rn. 1313, 1357; Jauernig/Berger (Fn. 7), § 12 Rn. 2; Gaul, in Gaul/Schilken/Becker-Eberhard (Fn. 4), § 40 Rn. 13; Thole, ZZP 124 (2013), 45, 65; Kainz, Vollstreckungsabwehrklage, S. 122 f., 141ff. Zur weiteren Frage, ob die erhobenen Einwendungen als Klagegrund den Streitgegenstand mitbestimmen, s. sogleich sub b).

⁴⁶ RGZ 158, 145, 149 f.; BGH MDR 1985, 138 f.; BGH WM 1985, 703, 704; BGHZ 173, 328, 335 [Rn. 25]; BGH NJW-RR 2008, 1512 [Rn. 12]; BGH NJW 2009, 1671 [Rn. 8 f., 12]; Brox/Walker (Fn. 17), Rn. 1373; Gaul, in Gaul/Schilken/Becker-Eberhard (Fn. 4), § 40 Rn. 139; Thole, ZZP 124 (2013), 45, 65; zur Gegenansicht s. sogleich bei und in Fn. 50.

⁴⁷ BGH NJW-RR 1990, 48, 49.

⁴⁸ Eine Ausnahme postuliert der BGH unter Berufung auf § 322 Abs. 2 ZPO für die Aufrechnung, vgl. BGHZ 43, 144, 145 ff.; BGH NJW 1969, 880; BGH NJW 1994, 2769, 2770; BGH NJW-RR 2006, 1628 [Rn. 10]; BGH NJW 2009, 1671 [Rn. 8 f., 12]; BGH BeckRS 2014, 23528 [Rn. 48].

⁴⁹ BGH NJW-RR 2008, 1512 [Rn. 12]; Brox/Walker (Fn. 17), Rn. 1357, 1373; Thole, ZZP 124 (2013), 45, 65; vgl. auch BVerfG NJW 2000, 1936, 1938. In gleichem Sinne formuliert der Bundesgerichtshof zuweilen, dass auch die Rechtskraft des der Vollstreckung zugrundeliegenden Titels „unberührt“ bleibe, BGH NJW 1995, 3318 f.; BGH NJW 2009, 1282 [Rn. 11].

hinsichtlich der freiwillig gezahlten oder beigetriebenen Urteilssumme. Es stehe rechtskräftig fest, dass der Vollstreckung ein Eingriffsrecht des Gläubigers zugrunde liege (und deshalb deliktische Ansprüche nicht bestünden), wie auch, dass der Vollstreckungserfolg dem Schuldner gegenüber schlechthin materiellrechtlich gerechtfertigt sei (so dass auch ein Bereicherungsansprüche ausschließender rechtlicher Grund für den Vollstreckungserwerb bestehe). So recht überzeugend ist das freilich nicht: Ein rein prozessualer Streitgegenstand kann an sich nicht präjudiziell für die nachfolgende materiellrechtliche Ausgleichsklage sein, weil die prozessuale Fragestellung dort nicht als tatbestandsmäßige Voraussetzung auftaucht.

Das Rechtskraftproblem bildet somit prima facie ein gewichtiges Argument für die Richtigkeit jener vordringenden Anschauung, die als Streitgegenstand der Vollstreckungsabwehrklage (auch) den titulierten Anspruch ansieht⁵⁰: Hingewiesen wird darauf, dass man als Streitgegenstand der Leistungsklage, die den Titel schafft, ja nicht allein das Verurteilungsbegehren, die Schaffung des vollstreckbaren Titels als solchen, ansehe, sondern zugleich und sogar primär auf das Begehren abhebe, das Bestehen des zugrundeliegenden subjektiven Rechts festzustellen. In gleichem Sinne könne und müsse der Streitgegenstand der Vollstreckungsabwehrklage als deren „negatives Spiegelbild“ deshalb nicht allein darin gefunden werden, die Vollstreckbarkeit wieder zu beseitigen, sondern zugleich in dem Begehren, nunmehr das *Nichtbestehen* des titulierten Anspruchs festzustellen.

Indessen kann die Frage des „richtigen“ Streitgegenstandsverständnisses für die Vollstreckungsabwehrklage hier dahinstehen. Um zu einem für die materielle Rechtskraft „richtigen“ Ergebnis zu kommen, ist vielmehr beim Verständnis der Rechtskraft anzusetzen, nicht beim Streitgegenstand. Diese Aussage scheint zwar prima facie dem „anspruchsbezogenen“ deutschen Rechtskraftkonzept zu widersprechen, d.h. der viel berufenen Grundentscheidung des deutschen

⁵⁰ So gegen die h.L. insbes. *Münch* (Fn. 7), S. 316ff., 345ff.; vgl. ferner etwa *Bettermann*, Rechtshängigkeit und Rechtsschutzform, 1949, S. 45f., 52f.; *A. Blomeyer*, AcP 165 (1965), 481, 493 f., 498; *Foerste*, ZZP 107 (1994), 370, 375; *Schlosser*, Gestaltungsclagen und Gestaltungsurteile, 1966, S. 104 ff., 268.

Gesetzgebers, (nur) die Entscheidung über den (prozessualen) Anspruch in materielle Rechtskraft erwachsen zu lassen⁵¹. Das „anspruchsbezogene“ Rechtskraftkonzept ist indessen nur in funktionaler Hinsicht auf den prozessualen Anspruch bezogen: Indem § 322 Abs. 1 ZPO den prozessualen Anspruch als Gegenstand der Rechtskraft nennt, beschreibt die Bestimmung nur das Substrat der Rechtskraftwirkungen, d.h. ihren „Schutzbereich“. Die Rechtskraft soll nach der Regelungsabsicht des Gesetzgebers vor allem nicht weiter reichen dürfen, als dies erforderlich ist, um den Bestand der Entscheidung über die streitgegenständliche Rechtsfolge in ihrem Bestand zu schützen und vor späterer Infragestellung oder Aushöhlung zu bewahren; sie soll aber auch, das ist gewissermaßen die Kehrseite der Medaille, nicht hinter dem zur Erfüllung dieses Zwecks Erforderlichen zurückbleiben. Eine beschränkende Aussage über die „instrumentelle Seite“ der Rechtskraft trifft § 322 Abs. 1 ZPO dagegen nicht: Welcher *Mittel* sich das Prozessrecht bedient, um den genannten Effekt zu erzielen, wie es die Rechtskraftwirkungen nach Umfang und Inhalt ausgestaltet, ist durch das Gesetz in keiner Weise vorgegeben. Die Festlegung des „Schutzbereichs“ durch die streitgegenständliche Rechtsfolge bedeutet deshalb nicht, dass der „Wirkbereich“ der Rechtskraft – also der Bereich späterer Prozesse bzw. Prozessgegenstände, in dem Rechtskraftwirkungen zu beachten sein können – ebenfalls nicht größer sein kann als durch die streitbefangene Rechtsfolge vorgegeben wird. Vielmehr ist es der Ausformung durch Wissenschaft und Praxis überlassen, den Bereich festzulegen, in dem der Rechtskraftzweck die Anerkennung von Bindungswirkungen verlangt, um eine Unterminierung der getroffenen Entscheidung zu verhindern. Dieser Bereich kann zum einen in Richtung auf die Entscheidung – in „intensiver“ Hinsicht – über die streitgegenständliche Rechtsfolge hinausgehen, etwa durch Einbeziehung des zu der Rechtsfolge führenden Subsumtionsschlusses oder der rechtlichen Qualifikation. Zum anderen kann der Wirkbereich der Rechtskraft aber auch in „extensiver“ Hinsicht über den Streitgegenstand hinausgehen, d.h. in

⁵¹ Vgl. hierzu aus jüngerer Zeit nur BGH NJW 2007, 1466 (Rn. 7); BGH NJW 2010, 2210 (Rn. 9); BAG NZA 2012, 623 (Rn. 6); BeckOK-ZPO/Gruber (Fn. 7), § 322 Rn. 20 ff.; MünchKomm-ZPO/Gottwald (Fn. 7), § 322 Rn. 110 ff.; Musielak/Musielak (Fn. 7), § 322 Rn. 16 ff.; Rosenberg/Schwab/Gottwald (Fn. 24), § 152 Rn. 1 ff.; ausführlich m.w.N. zuletzt Althammer (Fn. 9), S. 206 ff., 477 ff.; Reischl (Fn. 22), S. 208 ff.

Bezug auf solche Rechtsfolgen, die bei formaler Betrachtung gewissermaßen neben der streitgegenständlichen Rechtsfolge stehen⁵². Die geltende Regelung der Rechtskraft ermöglicht und verlangt deshalb durchaus die „Erfassung und Sicherung des vollen Gehalts der den Streitgegenstand betreffenden Entscheidung“ (*Zeuner*) in dem Sinne, dass die „unmittelbare Aussage“ des Gerichts, die durch die Entscheidung über die streitbefangene Rechtsfolge „unmittelbar intendierte Ordnung“, zu gewährleisten ist. Die Erstreckung der Rechtskraft auf den materiellrechtlichen Ausgleichsanspruch ist insofern geradezu ein Musterbeispiel für die Notwendigkeit eines prozessualen „Durchgriffs“, der die technisch-konstruktiv motivierte Fassung des Klageantrags (und damit des Streitgegenstands) ausblendet und die dahinter stehende intendierte rechtliche Ordnung sichtbar macht⁵³.

⁵² Diese Ansicht (ausführlich hierzu *Verf.*, in: Rechtskraft und Entscheidungsgründe, Habilitationsschrift Bonn 2002 [ungedr. Ms.], S. 694 ff.) teilt insoweit den Ansatz der *Zeunerschen* Lehre (*Zeuner*, Die objektiven Grenzen der Rechtskraft im Rahmen rechtlicher Sinnzusammenhänge, 1959, passim). Jedoch kann die These *Zeuners*, die Rechtskraft wirke im Rahmen und zur Aufrechterhaltung der durch die festgestellte Rechtsfolge „intendierten Ordnung“, in dieser weitgefassten Bedeutung nicht akzeptiert werden: Prozess- und Rechtskraftlos decken nicht die Erstreckung der Rechtskraftwirkungen auf solche Rechtsfolgen, die zwar ebenfalls Bestandteil eines durch das materielle Recht konstituierten Geflechts von (teleologisch mit der streitgegenständlichen Rechtsfolge verknüpften) Rechtsfolgen sind, damit aber doch nur Bestandteil der durch die Entscheidung „mittelbar intendierten Ordnung“ sind. Vom Rechtskraftzweck gedeckt ist ein erweiterter Wirkbereich der Rechtskraft *nur* insoweit, als es um die durch die festgestellte Rechtsfolge „unmittelbar intendierte Ordnung“ geht. Vgl. zum Ganzen jetzt auch *Althammer* (Fn. 9), S. 505 ff., der mit dem Begriff des „Klägerinteresses“ operiert.

⁵³ Vgl. speziell zur Vollstreckungsabwehrklage auch *K. Schmidt*, FG 50 J. BGH, Bd. III, S. 491, 494f. (unter Hinweis auf *Zeuner*, ZZP 74 (1961), 190, 191): „Aber die Rechtskraft kann eben doch über den Streitgegenstand hinausgehen und das für den Streitgegenstand vorgreifliche Rechtsverhältnis erfassen, sofern ein Zweitprozess den Sinngehalt der im Erstprozess zum Streitgegenstand getroffenen Feststellungen berührt und eine abweichende Entscheidung zur Aushöhlung der im Erstprozess rechtskräftig gewordenen Entscheidung führen würde“; s. ferner *Münch* (Fn. 7), S. 355 (*mittelbare* Infragestellung des Vollstreckungsabwehrklageurteils).

Unabhängig von der „bloßen Einkleidung der Vollstreckungsgegenklage als Rechtsgestaltungsklage“⁵⁴ erfasst die Rechtskraft der hierüber ergehenden Entscheidung also zugleich den Fortbestand des titulierten Anspruchs⁵⁵, und zwar gerade vor dem Hintergrund, die Entscheidung über die Vollstreckungsabwehrklage nicht der Entwertung durch gegenläufige spätere Entscheidungen über materiellrechtliche Ausgleichsansprüche anheim zu geben. Im praktischen Ergebnis wird die „verlängerte“ einer wiederholten eigentlichen Vollstreckungsabwehrklage also gleichgestellt, indem sich für diese eine Klageerneuerung mit bereits zurückgewiesenen Einwendungen aufgrund der Rechtskraft von selbst verböte.

b) Erstmalige Geltendmachung „alter“ Einwendungen

Prima facie ist mit dem zuvor Gesagten zugleich entschieden, dass auch für die „verlängerte“ Vollstreckungsabwehrklage nicht auf Einwendungen zurückgegriffen werden darf, die objektiv bereits während des ersten Vollstreckungsabwehrklage-Verfahrens vorlagen. Denn wenn man zum einen eine Rechtskrafterstreckung auf den materiellrechtlichen Folgeprozess grundsätzlich anerkennt (wie dies – nach dem Vorgesagten zu Recht – für den Fall der Wiederholung geprüfter und zurückgewiesener Einwendungen nahezu allgemein anerkannt ist) und zum anderen die objektiv vorhandenen, aber nicht vorgebrachten Einwendungen unter dem Aspekt der Rechtskraft

⁵⁴ BGHZ 167, 150, 153 = NJW 2006, 1969 [Rn. 13].

⁵⁵ Gewiss erfährt so der zugrundeliegende Anspruch auch bei einem nicht der Rechtskraft fähigen Vollstreckungstitel eine rechtskräftige Feststellung. Dies ist unter Hinweis darauf, dass der Schuldner doch nur die Abwehr der Zwangsvollstreckung erstrebt habe, als „unnötige Abkehr von der Dispositionsmaxime“ bezeichnet worden (Stein/Jonas/Münzberg, [Fn. 17], § 767 Rn. 4; s. auch BGH, LM § 767 ZPO Nr. 63): Setze die bei Titulierung eines Anspruchs entstehende Vollstreckbarkeit die unangreifbare Feststellung des Anspruchs nicht voraus, so müsse die Vollstreckbarkeit auch wieder beseitigt werden können, ohne dass dadurch bindende Feststellungen zum Bestehen des Anspruchs getroffen würden. Indessen ist dieses Argument doch arg vordergründig: So fragt man doch bei der Leistungsklage auch nicht, ob der Gläubiger etwa nur den Vollstreckungstitel und nicht auch die rechtskräftige Feststellung seines Anspruchs erstrebt habe.

bzw. der rechtskraftimmanenten Präklusion den zurückgewiesenen Einwendungen gleichstellt (wie dies allgemein ebenfalls nahezu einhellig angenommen wird), dann erscheint es als unabweisbares Gebot der Konsequenz, die rechtskraftimmanente Präklusion wirkungsgleich auf die Bereicherungsklage zur Anwendung zu bringen. Wie gesehen, ist dieses Ergebnis indessen keineswegs unangefochten, im Gegenteil.

Historisch lässt sich das insofern nachvollziehen, als die gegen den titulierten Anspruch erhobene Einwendung ursprünglich als der (den Streitgegenstand mitbestimmende) „Klagegrund“ der Vollstreckungsabwehrklage angesehen wurde⁵⁶; das Auswechseln oder Nachschieben von Einwendungen stellt auf dieser Grundlage eine Klageänderung dar⁵⁷. Vor diesem Hintergrund sprach dann in der Tat viel für eine entsprechende Beschränkung der Rechtskraftwirkungen auf die vorgebrachten (und geprüften) Einwendungen. Von dieser Auffassung ist die h.L.⁵⁸ aber mittlerweile abgerückt und verfiert einen allein durch den Klageantrag bestimmten eingliedigen oder „globalen“ Streitgegenstandsbegriff, der die erhobenen Einwendungen lediglich als Klagebegründung auffasst und ihnen keine den Streitgegenstand mitbestimmende Bedeutung beimisst. Der Bundesgerichtshof hat sich der Sache nach mittlerweile ebenfalls im Sinne dieser neueren Auffassung positioniert⁵⁹; dies geschah bzw. geschieht vor allem dadurch, dass er – was anderenfalls weder dogmatisch noch im Ergebnis zu rechtfertigen gewesen wäre – eine wiederholte Vollstreckungsabwehrklage auch dann, wenn sie auf

⁵⁶ BGHZ 45, 231, 232 ff.; Musielak/Lackmann (Fn. 7), § 767 Rn. 16, 20, 46; Lakkis, ZJP 119 (2006), 435, 444 f.

⁵⁷ BGHZ 45, 231, 232 ff.; BGH NJW 1967, 107, 109; OLG Köln NJW-RR 1999, 1509 f.; ebenso heute z.B. Musielak/Lackmann (Fn. 7), § 767 Rn. 20; offen gelassen in BGH NJW-RR 1987, 59; BGH NJW 2004, 2382.

⁵⁸ MünchKomm-ZPO/K. Schmidt/Brinkmann (Fn. 7), § 767 Rn. 41 f.; Stein/Jonas/Münzberg (Fn. 17), § 767 Rn. 54; Gaul, in Gaul/Schilken/Becker-Eberhard (Fn. 4), § 40 Rn. 112, 115; Rosenberg/Schwab/Gottwald (Fn. 24), § 99 Rn. 5; Baumgärtel/Scherf, JR 1968, 368, 369 f.; Schwab, ZJP 79 (1966), 463, 464; Münch (Fn. 7), S. 316 f., 340, 344; Otto, FS Henckel, S. 615, 618; K. Schmidt, JR 1992, 89, 91 f.

⁵⁹ So zutreffend Gaul, in Gaul/Schilken/Becker-Eberhard (Fn. 4), § 40 Rn. 115 (unter Hinweis auf BGHZ 61, 25, 27; BGH WM 1967, 345 f.; BGH NJW-RR 1987, 59).

andere objektiv zum Zeitpunkt der ersten Vollstreckungsabwehrklage bereits vorhandene Einwendungen gestützt wird, an der materiellen Rechtskraft bzw. an einem entsprechend anzuwendenden § 767 Abs. 2 ZPO scheitern lässt⁶⁰. Dies macht zugleich den Zusammenhang zwischen „globalem“ Streitgegenstand und „globalem“ Rechtskraftumfang deutlich: Vom Streitgegenstand her lässt sich eine beschränkte Rechtskraftwirkung hier – wo es um die Rechtskraft des Urteils über eine erste Vollstreckungsabwehrklage geht – ebenso wenig begründen wie bei einer sofortigen Bereicherungsklage, bei der die Rechtskraft des im Leistungsprozess ergangenen Urteils in Rede steht.

aa) Zur Präklusion bei der wiederholten Vollstreckungsabwehrklage

Eine enger gefasste Präklusionswirkung des Urteils über die erste Vollstreckungsabwehrklage kann daher nur aus § 767 Abs. 3 ZPO hergeleitet werden, sofern man diese Bestimmung – wie es ja verbreitet geschieht – zum einen als Regelungsort des Verhältnisses mehrerer Vollstreckungsabwehrklagen zueinander ansieht und zum anderen restriktiv i.S. einer verschuldensabhängigen Präklusionsnorm interpretiert. Hierfür pflegt man sich auf die Vorstellungen des historischen Gesetzgebers zu berufen. Was dabei selten eingeräumt wird (und auch gewiss nicht mit den Vorstellungen des historischen Gesetzgebers in Einklang zu bringen wäre), ist der Umstand, dass die Regelung des § 767 Abs. 3 ZPO hierdurch keineswegs den Charakter einer ergänzenden Präklusionsnorm erhalte; sie erhalte im Gegenteil den Charakter einer einschränkenden *lex specialis* im Verhältnis zu § 767 Abs. 2 ZPO bzw. (richtigerweise) zu den allgemeinen Rechtskraftgrundsätzen, die die untersuchte Fallgestaltung – wenn es Abs. 3 nicht gäbe – an sich i.S. eines unbedingten Ausschlusses „alter“ Einwendungen erfassen würde.

Ein solche einschränkende Wirkung war aber weder vom Gesetzgeber gewollt noch wäre sie als Ergebnis der Gesetzesinterpretation sinnvoll und wünschenswert. In der strengen objektivierenden Handhabung der rechtskraftimmanenten Präklusion durch den Bundesgerichtshof und die ganz h.M. steckt eben auch eine wichtige Wertentscheidung, nämlich die

⁶⁰ Nachw. s. bereits oben Fn. 40 f.

Entscheidung zugunsten einer Konzentration des Streitstoffs auf einen einzigen Prozess; dass dies bei schuldlos nicht vorgetragene Angriffs- und Verteidigungsmitteln Härten mit sich bringt, ist allen bekannt, wird aber um des als vorrangig angesehenen Konzentrationszwecks in Kauf genommen. Man mag gleichwohl mit Fug darüber streiten, ob es sinnvoll ist, Angriffs- und Verteidigungsmittel durch eine strenge rechtskraftimmanente Präklusion in den ersten Prozess zu zwingen und dadurch zugleich das Risiko für die Parteien zu erhöhen, schuldlos unbekannte Angriffs- und Verteidigungsmittel (und natürlich erst recht Angriffs- und Verteidigungsmittel, die aufgrund mangelhafter Prozessführung nicht vorgebracht wurden) auf diese Weise dauerhaft einzubüßen; immerhin geht so ein Teil der durch den Konzentrationseffekt erreichten Vorzüge unter dem Aspekt effizienten Prozessierens durch eine intensivere Prozessführung und eine erhöhte Rechtsmittelneigung im ersten Verfahren wieder verloren. Wenn sich eine Rechtsordnung – wie dies die deutsche Rechtsordnung tut – aber schon für diesen Weg entscheidet, dann ist nicht recht einzusehen, warum dies gerade bei der Vollstreckungsabwehrklage anders sein sollte⁶¹.

Sieht man deshalb die Wirkungen des Urteils über die erste Vollstreckungsabwehrklage im Verhältnis zu einer wiederholten Vollstreckungsabwehrklage in allgemeinen Rechtskraftgrundsätzen (bzw. in § 767 Abs. 2 ZPO als *sedes materiae* für eine rechtskraftimmanente Präklusion) gegründet, muss man sich mit dem Einwand auseinandersetzen, dass der historische Gesetzgeber sich dies anders vorgestellt und genau hierfür die Bestimmung des § 767 Abs. 3 ZPO vorgesehen hatte. Dieser Einwand vermag indessen, so zutreffend seine Prämisse sein mag, nicht durchzuschlagen. Dies liegt daran, dass sowohl der Wortlaut des Gesetzes als auch die ihn motivierenden Ausführungen der Gesetzesredakteure aus einer Zeit stammen, als weder die heutige Auffassung vom Streitgegenstand (sowohl allgemein als auch speziell bezogen auf die Vollstreckungsabwehrklage) noch die heutige Auffassung vom Umfang der

⁶¹ Unter dem Aspekt der internationalen Urteilsanerkennung würde das deutsche Recht mit einer „Ausgliederung“ von Urteilstwirkungen in eine rechtskrafteergänzende und damit eben auch rechtskraftfremde besondere Präklusionsnorm überdies riskieren, diese gänzlich einzubüßen, was gleichfalls nicht erwünscht sein kann und nach Möglichkeit vermieden werden sollte, vgl. *Nelle* (Fn. 44), S. 295.

rechtskraftimmanenten Präklusion auch nur annähernd brauchbar ausgeformt waren⁶². Ebenso, wie der historische Gesetzgeber deshalb in § 767 Abs. 2 ZPO für das Verhältnis der Vollstreckungsabwehrklage zum vorausgegangenen Leistungsprozess eine Regel aufgestellt hat, die sich unter Zugrundelegung heutiger Anschauungen von den objektiven und zeitlichen Rechtskraftgrenzen von selbst verstehen würde, hat er in § 767 Abs. 3 ZPO für das Verhältnis der ersten zu einer parallelen und nachfolgenden Vollstreckungsabwehrklage Rechtsfolgen geregelt, die sich unter Zugrundelegung heutiger Kenntnisse vom Streitgegenstand und von den objektiven und zeitlichen Rechtskraftgrenzen wiederum von selbst verstehen. So wie § 767 Abs. 2 ZPO die Rechtskraftwirkung des Urteils im Leistungsprozess auf die Vollstreckungsabwehrklage ausformt, betrifft die Bestimmung also auch die Wirkungen der Urteilsrechtskraft im Prozess über die erste Vollstreckungsabwehrklage im Verhältnis zur nachfolgenden „eigentlichen“ wie „verlängerten“ Vollstreckungsabwehrklage.

Der Ansicht, die in § 767 Abs. 3 ZPO eine besondere rechtskraftfremde und rechtskrafteergänzende Präklusionsnorm sieht, gelingt es deshalb auch nicht, für diese dann auch einen praktischen Anwendungsbereich zu reservieren: Ist der Streitgegenstand der Vollstreckungsabwehrklage – der heute h.M. entsprechend – ein „globaler“ und also entgegen der Annahme der Gesetzesredakteure nicht durch die erhobenen Einwendungen beschränkt, so steht einer Geltendmachung weiterer Einwendungen mit einer parallelen zweiten Vollstreckungsabwehrklage während der Rechtshängigkeit der ersten Vollstreckungsabwehrklage bereits der Rechtshängigkeitseinwand entgegen und ihrer nachträglichen Geltendmachung bereits die materielle Rechtskraft (d.h. die der Rechtskraft immanente Präklusionswirkung für nicht vorgebrachte Angriffs- und Verteidigungsmittel). Nimmt man noch hinzu, dass die Präklusionswirkungen des § 767 Abs. 3 ZPO an das Urteil geknüpft sein sollen und ohne dieses nicht eintreten⁶³, so sind alle denkbaren

⁶² K. Schmidt, JR 1992, 89, 91, spricht hierauf gemünzt von einem Wandel der „Normsituation“.

⁶³ BGH NJW 1991, 2280, 2281; BGH BeckRS 2013, 12160 = MittBayNot 2014, 268 [Rn. 25].

„außerprozessualen“ Präklusionswirkungen von der materiellen Rechtskraft abgedeckt. Verwirft man schließlich darüber hinaus – wiederum im Einklang mit der h.M. – den Ansatz, in § 767 Abs. 3 ZPO eine (verschuldensabhängige) „innerprozessuale Präklusion“ zu verorten⁶⁴, als sowohl unverhältnismäßige wie angesichts der gewöhnlichen Prozessförderungspflichten (§§ 282, 296 ZPO) überflüssige Einschränkung für das Nachschieben von Angriffs- und Verteidigungsmitteln⁶⁵, so kann von einem neben der Rechtskraft eigenständigen präklusiven Regelungsgehalt des § 767 Abs. 3 ZPO keine Rede sein.

Dies bedeutet aber nicht, dass man mit dem nun einmal im Gesetz enthaltenen Gebot zur Geltendmachung aller objektiv entstandenen Einwendungen in einer Vollstreckungsabwehrklage gewissermaßen „nichts mehr anfangen“ kann (auch wenn zumindest der Bundesgerichtshof dies offenbar so beabsichtigt hat⁶⁶). Ohnehin muss man der „imperfekten“ Norm des § 767 Abs. 3 ZPO die Sanktion für den Fall eines Verstoßes ja noch anfügen: Welche Rechtsfolge es nach sich zieht, falls der Schuldner nicht tut, was er hiernach tun „muss“, ergibt sich aus der Norm keineswegs. Es bedeutet deshalb keinesfalls einen Widerspruch zum Gesetz, wenn man das in § 767 Abs. 3 ZPO zu findende „Bündelungsgebot“⁶⁷ nunmehr als Ausprägung der materiellen Rechtskraft erkennt und der Rechtskraft dann auch die Rechtsfolgen für den Fall entnimmt, dass der Schuldner dem Bündelungsgebot zuwider einzelne bereits vorhandene Einwendungen mit einer zweiten Vollstreckungsabwehrklage geltend zu machen versucht. Erweisen sich danach § 767 Abs. 2 ZPO und § 767 Abs. 3 ZPO aus heutiger Sicht in gleicher Weise als Ausprägung der materiellen Rechtskraft, so ist es

⁶⁴ Nachw.s.o. Fn. 38.

⁶⁵ Vgl. z.B. *Otto*, FS Henckel, S. 615, 617 f.

⁶⁶ Die zentrale Entscheidung BGHZ 61, 25 wurde von dem Vorsitzenden des erkennenden Senats, *Walter Stimpel*, dahin kommentiert (Anm. in LM § 767 ZPO Nr. 41), nach dieser Entwicklung würden „die mit dem Streitgegenstand der Vollstreckungsgegenklage zusammenhängenden Fragen im allgemeinen so zu lösen sein, als ob es § 767 Abs. 3 ZPO nicht gäbe“. Eine Interpretation des Gesetzes, die § 767 Abs. 3 ZPO obsolet werden lässt, prinzipiell ablehnend dagegen *Burgard*, ZZP 106 (1993), 23, 32 ff.; *K. Schmidt*, JR 1992, 89, 91.

⁶⁷ BGHZ 167, 150, 152 f. = NJW 2006, 1969 [Rn. 19].

letztlich unerheblich, ob man für die Unzulässigkeit einer zweiten Vollstreckungsabwehrklage, mit der eine „alte“, bereits zur Zeit des ersten Vollstreckungsabwehrklageprozesses vorhandene Einwendung geltend gemacht wird, nun § 767 Abs. 2 ZPO (analog) oder § 767 Abs. 3 ZPO „zitiert“ oder nur auf die materielle Rechtskraft abhebt. Vorzuziehen ist unter diesen Umständen freilich die Argumentation mit der materiellen Rechtskraft, schon weil sie das Missverständnis vermeidet, für einen Ausschluss der nicht vorgebrachten Einwendungen zur Begründung materiellrechtlicher Klagen bedürfe es einer Analogie zu § 767 Abs. 3 ZPO⁶⁸; dies ist methodisch keineswegs der Fall.

Dass hierdurch der Rechtsschutz des Schuldners nicht unangemessen verkürzt wird, muss freilich gewährleistet bleiben; es geht deshalb richtigerweise nicht an, eine strenge Rechtskraftwirkung analog § 767 Abs. 2 ZPO zu kombinieren mit einer strengen innerprozessualen Präklusion nach § 767 Abs. 3 ZPO. Dies ist, wenn der Geltendmachung der während des Vollstreckungsabwehrklageprozesses neu entstandenen Einwendungen keine Hindernisse entgegengesetzt werden, aber auch nicht der Fall; einer weiteren Erleichterung durch Implementierung eines Verschuldenserfordernisses für die Nichtgeltendmachung älterer Einwendungen sollte es nicht bedürfen.

bb) Zur Präklusion bei der „verlängerten“ Vollstreckungsabwehrklage

Ist nach alledem eine zweite Vollstreckungsabwehrklage auch für nicht vorgebrachte „alte“ Einwendungen durch die materielle Rechtskraft präkludiert (und nicht durch ein rechtskraftfremdes, für die „eigentliche“ Vollstreckungsabwehrklage womöglich spezifisches Institut wie die Präklusion nach § 767 Abs. 3 ZPO), so kann für die „verlängerte Vollstreckungsabwehrklage“, mit der auf materiellrechtlicher Ebene Ausgleich beansprucht wird, nichts anderes gelten.

Der Einwand, auf diese Weise werde die Grundentscheidung des deutschen Gesetzgebers gegen eine Rechtskraft der Entscheidungsgründe verletzt⁶⁹, setzt sich zu dem Umstand in Widerspruch, dass die

⁶⁸ Vgl. etwa die Kritik von *Burgard*, ZZP 106 (1993), 23, 38, und *Otto*, FS Henckel, 1995, S. 615, 622, an der Auffassung von *K. Schmidt* (JR 1992, 89, 90 f.).

⁶⁹ Stein/Jonas/Münzberg (Fn. 17), § 767 Rn. 4 f.

Rechtskrafterstreckung auf den Bereicherungsanspruch für den Fall einer Wiederholung bereits rechtskräftig zurückgewiesener Einwendungen praktisch unstreitig ist (s.o. sub III. 1. a., 2. a.). Damit aber ist der entscheidende Schritt, mit dem der „Wirkbereich“ der Rechtskraft auf einen Folgeprozess anderen Gegenstands ausgedehnt worden ist, (zu Recht) bereits gegangen; denn an einer selbständigen Rechtskraftwirkung für diese Entscheidungsprämisse kann und soll dieses Ergebnis ja gerade nicht liegen. Was noch bleibt, ist die Aussage, dass die rechtskraftimmanente Präklusion auch die im Erstprozess nicht vorgebrachten Angriffs- und Verteidigungsmittel erfasst; dies aber ist ein heute nahezu unbestrittener Grundsatz, dessen Nichtanwendung auf die Vollstreckungsabwehrklage besonderer Gründe bedürfte (für die kein Anhalt ersichtlich ist).

Es geht hier auch nicht darum, durch die Absage an die Bereicherungsklage eine der Vollstreckung fremde „endgültige Güterverteilung“ zu begründen⁷⁰, sondern darum, dem Urteil über eine Vollstreckungsabwehrklage die den rechtskräftigen Urteilen eigene Ausschlusswirkung zuzubilligen, die dann eine erneute „echte“ Vollstreckungsabwehrklage ebenso erfasst wie die „verlängerte“ Vollstreckungsabwehrklage.

IV. Resümee

Die „verlängerte Vollstreckungsabwehrklage“ teilt die Klageerfolgsvoraussetzungen der („eigentlichen“) Vollstreckungsabwehrklage nicht etwa aus Gründen prozessualer Konsequenz oder Billigkeit. Sie teilt sie, weil und soweit ihre Voraussetzungen als selbständige Klage mit den bei der Vollstreckungsabwehrklage zu prüfenden übereinstimmen. Dies ist insbesondere hinsichtlich der materiellen Rechtskraft der Fall, die die Berücksichtigung von Einwendungen gegen den titulierten Anspruch ausschließt, soweit sie bereits in dem zur Titulierung führenden Rechtsstreit erhoben worden sind oder objektiv erhoben werden konnten. Gleiches gilt richtiger Ansicht nach, soweit die Einwendungen bereits in einem früheren

⁷⁰ So aber *Lakkis*, ZZZP 119 (2006), 435, 446.

Prozess über eine Vollstreckungsabwehrklage erhoben worden sind oder objektiv erhoben werden konnten; die Bestimmung des § 767 Abs. 3 ZPO spielt hierfür keine Rolle. Die Erfindung des Begriffs der „verlängerten Vollstreckungsabwehrklage“ kann daher durchaus als geglückte Begriffsbildung angesehen werden – nicht deshalb, weil es darum gehen könnte, die Bereicherungsklage dem Regime der Klage nach § 767 ZPO zu unterwerfen, wohl aber, weil sie die in den Konstruktionen der h.M. verschütteten Zusammenhänge zwischen Vollstreckungsabwehrklage und materiellem Anspruch wieder ans Tageslicht bringt.

**BİR YARGITAY KARARI IŞIĞINDA
İCRA VE İFLÂS KANUNU MADDE 170'DE DÜZENLENEN
KÖTÜ NİYET TAZMİNATI HAKKINDA
BAZI DÜŞÜNCELER**

*Prof. Dr. İbrahim ERCAN**

**A. DAVA KONUSU OLAYIN ÖZETİ VE İLK DERECE
MAHKEMESİ KARARI**

Ö. R. End. Ürünleri A.Ş. ile S. R. Gıda Ltd. Şti ve Y. Y. ve İth. Mad. Ltd. Şti.'nin sahipleri olan İ. A. ve M. A. A. Davacı borçlu Ş. Ş. ile anlaşarak Ş. Ş. R. Ltd. Şti. isimli yeni bir şirket kurmuşlardır. Şirketin kurulmasından sonra zikredilen dört şirket davalı alacaklı A. Bankası AŞ.'den ayrı ayrı kredi almışlardır. Çekilen krediye diğer şirketler ile firma ortakları kefil olmuşlardır. Davacı borçlu şirket Ş. Ş. R. Ltd. Şti. davalı bankadan 245.000-TL civarında kredi kullanmış, pos cihazı almış çek karnesi almıştır. Davacı borçlu çektiği kredilerin ilk taksitlerini ödeyerek, toplamda 164.093,10 TL tutarında bir ödeme gerçekleştirmiştir. Bankadan çekilen kredinin tamamının ödenmemesi üzerine banka, hesapları kat ettikten sonra icra takiplerine başlamıştır. Davacı borçlu bütün senetlerdeki imzalarını inkâr ederek 4 defa icra mahkemesine imza itirazında bulunmuş; icra mahkemesi daha sonra bu dosyaları birleştirerek tek dosya haline getirmiştir.

Davacılar vekili itiraz dilekçesinde, davacılar aleyhine icra takibi yapıldığını, takip konusu bonoda yer alan Ş.Ş. Tic. ve San. Ltd. Şti. kaşesi üzerindeki imza ile Ş.Ş. isminin altında yer alan imzanın müvekkillerine ait olmadığını belirterek takibin iptaline, bonoyu alan alacaklı bankanın bonoda

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

lehtar olduğunu, bonodaki imzanın keşideci borçluya ait olup olmadığını bilebilecek durumda olduğundan alacaklının borçlulara karşı başlattığı takipte ağır kusurlu olduğunu, bu nedenle takibin iptali birlikte alacaklının %40'tan aşağı olmamak üzere icra tazminatı ödemesine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı vekili yargılama sırasında mahkemeye sunduğu dilekçelerinde; taraflar arasında kredi sözleşmesi imzalandığını, bu kredi nedeniyle takibe konu senetlerin borçlu şirketten alındığını, bono üzerindeki imzalar ile bankada bulunan şirket dosyasındaki imzaların benzeştiğini, bu nedenle müvekkili bankanın kötü niyetli veya ağır kusurlu olmadığını, davacıların ortaklarının müvekkili banka ile yaklaşık 7,8 yıldır ticari ilişkilerinin devam ettiğini, itirazın kötü niyetli olduğunu, bonolar üzerindeki imzanın bizzat borçlu şirket yetkilisinin eli ürünü olduğunu, davacının bilerek ve kasten senetler üzerine farklı imzalar attığını ve borçtan kurtulmaya çalıştığını, kendilerinin de özel bilirkişi incelemesi yaptırdıklarını ve bonolardaki imzanın borçluya ait olduğunun tespit edildiğini, adli tıp kurumu raporunu kabul etmediklerini belirterek davanın reddine ve müvekkili aleyhine kötü niyet tazminatına hükmedilmemesine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalara bakan Mahkeme imza inkârı üzerine imza incelemesi için dosyayı Adli Tıp Kurumuna göndermiştir. Bu arada davalı alacaklı banka da imza incelenmesine esas olmak üzere alacaklısı olduğu ve borçlu tarafından imzalanan 17 adet çeki de dosyaya ibraz etmiştir. Adli Tıp Kurumu yaptığı inceleme sonucunda imzaları inkâr edilen 4 adet senetteki imzaların borçlunun el ürünü olmadığına, buna mukabil çeklerdeki imzanın borçlunun el ürünü olduğuna karar vermiştir.

İlk derece mahkemesi yaptığı yargılama neticesinde, davacıların imzaya itirazlarının kabulüne ve senedi takibe koymada ağır kusuru bulunan alacaklı banka aleyhine davanın açıldığı tarih dikkate alınarak takiplerdeki asıl alacak miktarlarının % 20'si oranında kötü niyet tazminatına; ayrıca davalı bankanın asıl alacak miktarının %10'u oranında para cezası ile cezalandırılmasına karar vermiştir. Mahkeme alacaklıyı kötü niyet tazminatına mahkûm etmesinin gerekçesi olarak, alacaklının bonoların lehdarı olması ve bonoları aldığı sırada imzaların düzenleyene ait olup olmadığını kontrol etmemesini göstermiştir.

B. YARGITAY 12. HUKUK DAİRESİNİN 19.03.2013 TARİH VE 2013/11794 ESAS VE 2013/22165 KARAR SAYILI İÇTİHADİ

Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, yukarıda özeti verilen ilk derece mahkemesi kararını ayrıntılı bir gerekçe ortaya koymadan, kararı ve kararda yazılı olan gerekçeyi “usul ve kanuna uygun” bularak onamıştır. Böylece ilk derece mahkemesinin alacaklının kötü niyet tazminatına mahkûm edilmesinin gerekçesi olarak gösterdiği alacaklının bonoların lehdarı olması ve imzaların keşideciye ait olup olmadığını kontrol etmemesinin ağır kusur olarak değerlendirileceği hususunu kabul etmiştir.

C. YARGITAY KARARINA KONU OLAN HUKUKİ MESELE

İİK m. 179, V'e göre, kambiyo senetlerine mahsus haciz yoluyla takipte borçlunun imzaya itiraz etmesi durumunda, icra mahkemesi itirazın kabulüne karar vermesi halinde senedi takibe koymada kötü niyeti veya ağır kusuru bulunduğu takdirde, alacaklıyı senede dayanan takip konusu alacağın yüzde yirmisinden aşağı olmamak üzere tazminata ve alacağın yüzde onu oranında para cezasına mahkûm eder. Bu çalışmada ilgili hükümde geçen, kötü niyet ve özellikle ağır kusurdan neyin anlaşılması gerektiği Yargıtay uygulaması da dikkate alınarak inceleme konusu yapılacaktır. Esasen Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, yukarıda verilen kararında olduğu gibi, bir çok kararında, lehdar tarafından yapılan icra takiplerinde bonoların keşideciye ait olmaması durumunda, alacaklının ağır kusurlu sayılacağı konusunda bir karine varmış gibi hareket etmekte, başka bir incelemeye gerek duymadan alacaklıyı tazminata mahkûm etmektedir¹. Buna karşılık Hukuk Genel Kurulu, başka bir davada ilk derece mahkemesinin direnme kararı üzerine, 12. Hukuk Dairesinin bu uygulamasının aksine, sadece lehdarın keşideciye karşı icra takibi yapması ve alacaklının kontrol görevini yapıp yapmamasına bakılması, taraflar arasında bir hukuki ilişkin bulunup bulunmadığı ve bu suretle borçlunun alacaklı nezdinde bir güven duygusu oluşturup oluştur-

¹ Bu konuda örnek olarak bkz., 12. HD., 21.06.2012 T., 2012/4766 E., 2012/21906 E. (Corpus-Arşiv); 12. HD., 06.12.2011 T., 2011/7923 E., 2011/26985 E. (Corpus-Arşiv); 22.09.2011 T., 2011/1052 E., 2011/16535 K. (Corpus-Arşiv); 31.05.2010 T., 2010/30204 E., 2010/11250 K. (Corpus-Arşiv); 12. HD 11.05.2007 tarih 6863/9739 E.K. sayılı içtihadı (Kazancı bilgi bankası); benzer yöndeki başka kararlar için bkz., Uyar, Talih, İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, El Kitabı, C.II, 2. Baskı, Ankara 2012, s. 2417.

madığına bakılması gerektiğine karar vermiştir². Bu nedenle bu çalışmada, esas itibarıyla Yargıtay'ın bu (farklı) uygulaması tartışma konusu edilecektir.

D. İCRA VE İFLÂS KANUNUNDA DÜZENLENEN İCRA TAZMİNATI HAKKINDA GENEL BİLGİ

İcra tazminatı³, mehzaz İsviçre İcra ve İflas Kanununda düzenlenmemiştir⁴. İcra tazminatı ilk olarak, 15 Mart 1928 tarih ve 1215 sayılı “İcra Kanuna Bazı Mevad İlavetine Müteallik Kanun” ile getirilmiştir. Söz konusu Kanunda, borçlunun icra takibine haksız itirazlarını ceza tehdidi ile önlemek için, haksız yere itiraz eden ve itirazı mahkeme tarafından iptal edilen borçlunun, % 10'dan aşağı olmamak üzere bir tazminata mahkum edileceği kabul edilmiştir⁵. Belirtilen tazminat hükmüne 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununda da yer verilmiştir. Başlangıçta sadece alacaklı lehine öngörülen icra tazminatı, 538 sayılı Kanun ile İcra ve İflas Kanununda yapılan değişiklik çerçevesinde bazı şartların oluşması şartıyla borçlu lehine de düzenlenmiştir⁶.

Borçlu aleyhine hükmedilen icra tazminatının (icra inkar tazminatının) temel amacı, borçlu olduğu miktarı bilebilecek durumda olan borçluların ödeme emrine itirazlarını engelleyerek ilamsız icranın etkinliğini sağlamak, alacaklı aleyhine hükmedilen icra tazminatının (kötü niyet tazminatı) amacı ise, ilamsız icranın kötüye kullanılmasını engellemek ve devletin mahkemeleri ile icra dairelerinin haksız takiplerle meşgul edilmelerini önlemektir⁷.

² HGK., 14.03.2012 Tarih ve 2012/12-62 E., 2012/142 K.(Kazancı İçtihat Bankası).

³ Kavram için bkz., **Yılmaz**, Ejder, İcra Tazminatı, Haluk Konuralp Anısına Armağan, C. 2, Ankara 2009, s. 680-681.

⁴ **Kuru**, Baki, İcra İnkâr Tazminatı (Yargıtay Yüzüncü Yıldönümü Armağanı, İstanbul 1968, s. 727; **Yılmaz** s. 683. İcra tazminatının Roma hukukunda da uygulandığı ile ilgili olarak bkz., **Postacıoğlu**, İlhan E., İcra İnkâr Tazminatı Üzerine Düşünceler ve Bazı ihtilaflı Noktalar, Makaleler ve Karar İncelemeleri, İstanbul 2011, s. 471.

⁵ **Kuru**, s. 727; **Postacıoğlu**, İlhan E., İcra Hukuku Esasları, İstanbul 1982, s. 11; **Kiraz**, Taylan Özgür, Genel Haciz Yoluyla Takipte Ödeme Emrine İtiraz ve İtirazın Kesin Kaldırılması, Ankara 1997, s. 41; **Postacıoğlu**-Tazminat, s. 473.

⁶ **Postacıoğlu**, Tazminat, s. 476; **Üstündağ**, Saim, İcra Hukukunun Esasları, 8. Bası, İstanbul 2004, s. 107.

⁷ **Pekantez**, Hakan/Atalay, Oğuz/Sungurtekin-Özkan, Meral/Özekes, Muhammet, İcra ve İflâs Hukuku, 11. Bası, Ankara 2013, s. 208; **Deyneki**, Adnan/Kısa, Sedat/

İcra tazminatı, borçlar hukuku anlamında bir tazminat olmayıp, şartları ve hükümleri İcra ve İflâs Kanununda düzenlenmiş olan, cebri icrayı daha etkin kılmak ve cebri icranın kötüye kullanılmasına engel olmak amacı taşıyan bir icra hukuku müessesedir⁸.

Alacaklı aleyhine hükmedilen icra tazminatı (kötü niyet tazminatı), İcra ve İflâs Kanununun çeşitli hükümlerinde düzenlenmiştir. Kötü niyet tazminatının şartları, bu hükümlerin hepsinde aynı şekilde düzenlenmemiştir. Gerçekten İcra ve İflâs Kanunu m. 67, II'de düzenlenen kötü niyet tazminatında, alacaklının tazminata mahkum edilmesi için, onun takibinde haksız ve kötü niyetli olması şartı aranmıştır. İİK m. 68, VII'de ise alacaklının tazminata mahkum edilmesi için haksız ve/veya kötü niyetli olması şartı aranmamış; itirazın kaldırılması talebinin esasa ilişkin nedenlerle reddi yeterli görülmüştür. Keza İİK m. 68a VIII'de düzenlenen itirazın geçici kaldırılması talebinin reddi için de alacaklının haksız ve/veya kötü niyetli olması şartı aranmamıştır. İİK m. 69, V'te düzenlenen borçtan kurtulmasını kaybeden alacaklının tazminata mahkum edilmesi için onun haksız olması, yani davayı kaybetmesi yeterli görülmüştür.

Buna karşılık kambiyo senetlerine mahsus haciz yoluyla takipte borçlunun borca veya imzaya itirazı üzerine icra mahkemesinin itirazın kabulüne karar vermesi halinde, alacaklının kötü niyet tazminatına mahkum edilmesi için, alacaklının kötü niyetli veya ağır kusurlu olması şartı aranmıştır (İİK m. 169, VI ve İİK m. 170, V). Bu nedenle, hükümde öngörülen kötü niyet ve özellikle ağır kusurdan neyin anlaşılması gerektiği hususunun ayrıca irdelenmesi gerekir. Bu çalışmada esas itibarıyla İİK m. 170, V'e göre borçlunun imzaya itirazının kabulü halinde hükmedilen kötü niyet tazminatı üzerinde durulacaktır.

İtirazın İptali Davları, İcra İnkâr ve Kötü niyet Tazminatı, 3. Baskı, Ankara 2013, s. 216; **Karlı**, Abdurrahim, İcra ve İflâs Hukuku, 3. Baskı, s. 244; **Yılmaz**, Halil, İtirazın İptali Davası ve İcra İnkâr Tazminatı, ABD., 2003/3, s. 19; **Yılmaz**, s. 684. Ayrıca inkar tazmi-natının temelinde dürüstlük kuralına aykırılık yatmaktadır (**Yıldırım**, M. Kâmil/**Yıldırım-Deren**, Nevhis, İcra Hukuku, 4. Baskı, İstanbul 2009, S. 106).

⁸ **Kuru**, s. 728; **Yılmaz**, s. 684; **Deyneklî/Kısa**, s. 217; **Yılmaz**, Halil, s. 21; **Üstündağ**, s. 110.

E. İCRA İFLÂS KANUNU MADDE 170, V HÜKMÜNDE ÖNGÖRÜLEN KÖTÜ NİYET VE AĞIR KUSUR HAKKINDA GENEL BİLGİ

I. Genel Olarak

Kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile takipte imaya itiraz ve itirazın incelenmesi İcra ve İflas Kanununun 170 inci maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu hükümde icra mahkemesinin imza incelemesinde izleyeceği usul konusunda İcra ve İflâs Kanununun 68a, IV hükmüne atıf yapılmaktadır. İcra mahkemesi bu hükümler çerçevesinde yapacağı inceleme sonucunda, imza inkârının kabul veya reddine karar verebilecektir. İcra ve İflâs Kanununun 170 inci maddesinin diğer fıkralarında icra mahkemesinin vereceği karar ve bu kararın sonuçları hüküm altına almıştır.

İcra ve İflâs Kanununun 170 inci maddesinin beşinci fıkrasına göre icra mahkemesi, itirazın kabulüne karar vermesi halinde, kambiyo senedini takibe koymada kötü niyetli veya ağır kusuru bulunduğu takdirde, alacaklıyı takip konusu alacağın yüzde yirmisinden aşağı olmamak üzere tazminata ve alacağın yüzde onu oranında para cezasına mahkûm eder.

Görüldüğü üzere icra mahkemesinin imzayı kabul etmesi halinde alacaklının tazminata ve para cezasına mahkûm edilmesi, onun senedi takibe koymada kötü niyetli veya ağır kusurlu olması şartına bağlanmıştır.

İmzaya itirazın kabulü halinde alacaklının tazminata mahkûm edilmesi hükmü, İİK m. 170'e 01.07.2003 tarih ve 4949 sayılı Kanununun 47 nci maddesiyle eklenmiştir⁹. Söz konusu değişiklikten önce, senedi takibe

⁹ Öte yandan 4949 sayılı Kanunla m. 170, IV c. 1 hükmüne alacaklı aleyhine tazminat ilave edildiği halde, değişiklik yapılmayan m. 170 IV c. 2 hükmüne alacaklı aleyhine "tazminat" kelimesi eklenmemiştir. Bundan dolayı, madde lafzına göre, imzaya itirazı reddedilen alacaklı genel mahkemelerde dava açarsa, sadece para cezasının tahsili dava sonuna kadar ertelenebilecektir. Buna karşılık *Kuru*, para cezasının yanında tazminatın ödenmesinin de ertelenebileceği hususunun maddede yer almamasının bir unutmadan kaynaklandığı, bu nedenle tıpkı İİK m. 170 IV'de olduğu gibi, alacaklının genel mahkemelerde dava açması halinde tazminat ödemesinin de dava sonuna kadar ertelenmesi gerektiğini belirtmektedir (**Kuru**, Baki, İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, İstanbul 2004, s. 680 dp. 69a). *Üstündağ* da bu hususa işaret etmekte, ancak bu sorunun nasıl çözümlenmesi gerektiği konusunda herhangi bir görüş serdetmemektedir (*Üstündağ*, s. 391). Bunun dışında öğretilerde bazı yazarlar gerekçe göstermeden tazminatın da ödenmesinin

koymada kötü niyetli veya ağır kusurlu olan alacaklının sadece takip konusu alacağın yüzde onu oranında para cezasına mahkum edilmesi öngörülüyordu. Söz konusu değişikliğin gerekçesinde, her ne kadar taraflar arasında eşitliğin sağlanması düşüncesiyle böyle bir düzenlemenin yapıldığı belirtilmiş ise de¹⁰, 6352 sayılı Kanun değişikliğine kadar, alacaklı aleyhine hükmedilecek tazminat miktarı yüzde yirmiden aşağı olmayacağı şeklinde iken, borçlu aleyhine hükmedilecek tazminat miktarı yüzde kırktan aşağı olmaması yönünde idi¹¹. Fıkra yer alan “yüzde kırkıdan” ibaresi, 6352 sayılı Kanunun 35 inci maddesiyle¹² “yüzde yirmisinden” şeklinde değiştirilmiştir. Böylece tazminat oranları açısından eşitlik sağlanmıştır.

Ne var ki yukarıda zikredilen kanun değişikliklerin gerekçesinde alacaklının hangi durumda kötü niyetli veya ağır kusurlu sayılacağı konusunda bir açıklama bulunmamaktadır.

II. Alacaklının Kötü Niyetli Bulunması

Öğretide alacaklının kötü niyetli sayılması için, alacaklı olmadığını bilmesine veya bilmek durumunda olmasına rağmen borçluya karşı icra takibi yapmış olması gerektiği belirtilmektedir¹³. Buna göre borçlunun senetdeki borcun bir kısmını takipten önce ödemesine rağmen, senetdeki borcun tamamı için icra takibi yapan alacaklı kötü niyetli sayılmalıdır¹⁴.

dava sonuna kadar erteleneceğini belirtirken (**Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özkes**, s. 429; **Karşı**, s. 388), bazı yazarlar da bu durumda Kanundaki ifadeye uygun olarak sadece para cezasının erteleneceğini belirtmektedirler (**Muşul**, Timuçin, İcra ve İflâs Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2012, s. 498; **Ulukapı**, Ömer, İcra ve İflâs Hukuku, 6. Baskı, Konya 2014, s. 116; **Kuru**, Baki/**Arslan**, Ramazan/**Yılmaz**, Ejder, İcra ve İflâs Hukuku, 28. Baskı (Tıpkı Basım), Ankara 2014, s. 364).

¹⁰ Söz konusu değişikliğin gerekçesi şu şekildedir: “-Ayrıca, 170 inci maddenin dördüncü fıkrasında yapılan değişiklikle, üçüncü fıkra yapılan değişikliğe paralel olarak ve taraflar arasında eşitliğin sağlanması amacıyla, maddede belirtilen hallerde alacaklı hakkında tazminat ve para cezasına hükmedilmesi düzenlenmiştir”.

¹¹ Alacaklı ve borçlu bakımından oranların farklı olmasının eleştirisi için bkz., **Yıldırım/Yıldırım-Deren**, s. 274.

¹² 05.07.2012 tarih ve 28344 sayılı R.G.

¹³ **Postacıoğlu**, s. 67; **Yılmaz**, s. 748; **Deyneki/Kısa** s. 230; **Kuru**, s. 763; **Karşı**, s. 243; **Üstündağ**, s. 110, **Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 102.

¹⁴ **Muşul**, s. 492.

Yargıtay'a göre, borçlu lehine kötü niyet tazminatına hükmedilebilmesi için, alacaklının takibinin haksız olması yeterli değildir. Bunun yanında alacaklının takibe geçmede kötü niyetli olduğunun da saptanması gerekir. Alacaklının kötü niyetli sayılabilmesi için haksız olduğunu bildiği halde veya bilmesi gerektiği halde icra takibine girişmiş olması gerekir¹⁵.

Ayrıca Yargıtay imza inkârının kabul edilmesiyle birlikte otomatik olarak davalı alacaklının kötü niyetli veya ağır kusurlu sayılmayacağına karar vermiştir. Başka bir ifade ile imza inkârının kabul edilmesi tek başına davalı alacaklının kötü niyetli veya ağır kusurlu olduğu anlamına gelmemektedir.

Gerçekten Yargıtay 12. HD., 17.10.2003 Tarih ve 16002/20271 E.S. Kararı ile, 13.10.2003 Tarih, 16128/19895 E.S. kararlarına göre; *senedi takibe koymada kötü niyetli veya ağır kusurlu olduğu kanıtlanmadıkça, imza itirazının kabulü karar ile birlikte alacaklı aleyhine tazminata karar verilemez*¹⁶.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da 14.03.2012 Tarih ve 2012/12-62 Esas, 2012/142 Karar sayılı içtihadında¹⁷ “-Maddede bahsi geçen davalı/alacaklının kötü niyeti veya ağır kusuru da dosyadaki tüm delillerle hiç şüpheye yer bırakmayacak şekilde kanıtlanmalıdır.” İfadesi ile bu konudaki düşüncesini ortaya koymaktadır. Söz konusu kararda da kötü niyet ve ağır kusuru ispat yükü, davacı borçluya yükletilmiştir.

Ayrıca Yargıtay Hukuk Genel Kurulu yukarıda zikredilen kararında borçlunun kötü niyetli veya ağır kusurlu sayılıp sayılmayacağı konusunda ölçü olarak, taraflar arasında bir hukuki ilişkinin bulunup bulunmadığı hususunu da dikkate almaktadır. Söz konusu kararda Hukuk Genel Kurulu, taraflar arasında hukuki ilişkinin varlığı, davacı borçluya çok sayıda çekin birlikte verilmesi ve davacı borçlunun bunların bir kısmını ödemesi karşısında artık onun kötü niyet veya ağır kusurundan söz edilemeyeceğine karar vermiştir.

¹⁵ 11 HD., 01.11.2014 T. 2004/1456 E., 2014/10665 K. (Corpus-Arşiv); 11 HD., 01.11.2014 T. 2004/1456 E., 2014/10665 K. (Corpus-Arşiv).

¹⁶ Kararlar için bkz., **Uyar**, s. 2416 ve s. 2418.

¹⁷ Karar için bkz., Kazancı İçtihat Bankası.

Keza Hukuk Genel Kurulu başka bir kararında, alacaklının hangi durumda kötü niyetli veya ağır kusurlu sayılacağına ilişkin olarak İİK m. 169a/, VI bağlamında (borca itirazın kabulü durumunda) değerlendirme yapmaktadır. Yüksek Mahkeme bu içtihadında davalı alacaklı ile davacı borçlu arasında senedin dayanağı olan bir hukuki ilişkinin bulunup bulunmaması ve bu hukuki ilişki çerçevesinde davalı alacaklının edimini yerine getirip getirmemesine göre karar vermektedir. Hukuk Genel Kuruluna göre, taraflar arasında hukuki ilişkinin bulunması ve bu hukuki ilişki çerçevesinde davalı alacaklının malı da teslim etmiş olması karşısında artık onun ağır kusurlu olduğunu kabul etmek hakkaniyete aykırı olacağı gibi kötü niyetli olduğunu kabule de imkân yoktur¹⁸.

III. Alacaklının Ağır Kusurlu Bulunması

Öğretide İİK m. 170 çerçevesinde alacaklının hangi durumda ağır kusurlu sayılacağı konusu üzerinde fazla durulmamıştır. *Yılmaz'a* göre basiretli bir tacirin gözetmesi gereken dikkati göstermemiş olan alacaklı ağır kusurlu sayılmalıdır¹⁹.

Uygulamada ise alacaklının hangi durumda ağır kusurlu sayılması gerektiği konusunda çok sayıda Yargıtay kararı bulunmaktadır. Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, takip yapan alacaklının kambiyo senedinin lehdarı olması ve keşideci borçluya karşı icra takibi yapması durumunda, takip yapan alacaklının senetteki imzanın keşideci borçluya ait olup olmadığını bilebilecek durumda olduğuna ilişkin âdete bir karine kabul etmektedir²⁰. 12. Hukuk Dairesinin zikredilen kararlarına göre, senetteki imzaların borçlunun el

¹⁸ HGK 16.07.2008 T. 2008/12-502 E. 2008/506 K (Kazancı içtihat bankası).

¹⁹ **Yılmaz**, s. 748.

²⁰ Bu konuda örnek olarak bkz., 12. HD., 21.06.2012 T., 2012/4766 E., 2012/21906 E. (Corpus-Arşiv); 12. HD., 06.12.2011 T., 2011/7923 E., 2011/26985 E.(Corpus-Arşiv); 22.09.2011 T.i 2011/1052 E., 2011/16535 K. (Corpus-Arşiv); 31.05.2010 T., 2010/30204 E., 2010/11250 K. (Corpus-Arşiv); 12. HD 11.05.2007 tarih 6863/9739 E.K. sayılı içtihadı (Kazancı bilgi bankası); benzer yöndeki başka kararlar için bkz., **Uyar**, s. 2417. Daire, takibin lehdar değil de "2. Ciranta" tarafından yapılması durumunda, lehdar olmayan takip alacaklısının imzanın sıhhatini bilebilecek durumda olmadığından kötü niyetli veya ağır kusurlu sayılamayacağına hükmetmektedir (Bkz., mesela, 12. HD., 01.05.2007 T. 2007/6432 E. 2007/8718 K. -Corpus-Arşiv).

ürünü olduğunu kontrol etmeden veya imzaların huzurunda atılmasını sağlamadan senedi alan alacaklı, imzaya itirazı kabul edilen keşideciye karşı başlattığı takipte ağır kusurlu kabul edilmelidir. Söz konusu kararlarda senedi icraya koyan lehtara ise, imzaları kontrol veya imzaların huzurunda atılması gibi bir yükümlülük yüklenmektedir. Şu halde burada temel mesele, senetlerin icraya konulmadan önce veya senetler alınırken imzalarının kontrol edilmesidir. Ancak buradaki kontrol yükümlülüğün ölçüsü ne olacaktır? Aşağıda değerlendirme kısmında bu konudaki görüşlerimi ortaya koymaya çalışacağım.

Bununla birlikte *Yargıtay Hukuk Genel Kurulu* yukarıda kötü niyet başlığı altında değindiğim 14.03.2012 Tarih ve 2012/12-62 Esas, 2012/142 Karar sayılı içtihadında²¹, keşideciye karşı icra takibi yapan kişinin lehtar olmasının tek başına onun senetteki imzanın borçluya ait olmadığını bilebilecek durumda olması, dolayısıyla ağır kusurlu sayılması için yeterli olmadığına karar vermiştir. Hukuk Genel Kurulu, davacı borçlu yararına tazminat ve para cezasına hükmedilebilmesi için, davanın kabulü yanında, davalı alacaklının, senedi takibe koymakta kötü niyetli veya ağır kusurlu da olması gerektiğini açıkça ortaya koymuştur.

Bunun yanında Hukuk Genel Kurulu aynı kararında borçlunun kötü niyetli veya ağır kusurlu sayılıp sayılmayacağı konusunda ölçü olarak taraflar arasında bir hukuki ilişkinin bulunup bulunmadığına da bakmaktadır. Söz konusu kararda Hukuk Genel Kurulu, taraflar arasında hukuki ilişkinin varlığı, davacı borçluya çok sayıda çekin birlikte verilmesi ve davacı borçlunun bunların bir kısmını ödemesi karşısında davacı borçlunun davalı alacaklıda *güven duygusu oluşturduğu*, bu nedenle artık onun ağır kusurundan söz edilemeyeceğine karar vermiştir. Şu halde alacaklı ile borçlu arasında bir hukuki ilişki ile ortaya çıkan güven duygusu içerisinde alacaklı borçludan senet alırken imza kontrolü yapmasa bile, imzanın borçluya ait olmaması durumunda ağır kusurlu sayılmayacak ve tazminat ödemek zorunda kalmayacaktır.

Görüldüğü üzere *Yargıtay Hukuk Genel Kurulu*, kötü niyet ve ağır kusurun varlığı için alacaklının takibinde haksız çıkmasını yeterli görme-

²¹ Karar için bkz., Kazancı İctihat Bankası.

mekte, buna ek olarak alacaklının kötü niyetli olduğunun ayrıca tespit edilmesini, bu tespit yapılırken de taraflar arasında mevcut bir hukuki ilişkinin varlığının da ölçü olarak alınabileceğini ve bu konuda ispat yükünün alacaklıda olduğunu açıkça ortaya koyarken; 12. Hukuk Dairesi takibin lehdar tarafından yapılması halinde, sadece bu sebeple lehdarın imzanın keşideciye ait olduğunu bilebilecek durumda olduğunu, imzanın borçlunun el ürünü olup olmadığını ya da imzaların huzurunda atılmasını sağlaması gerektiğini, bunların yapılmaması halinde ise diğer hususlara (mesela tarafların arasında bir hukuki ilişkinin bulunup bulunmadığına) bakmadan alacaklının ağır kusurlu olacağını adeta bir karine olarak kabul etmektedir.

F. SOMUT OLAY AÇISINDAN KÖTÜ NİYET VE AĞIR KUSURUN DEĞERLENDİRİLMESİ

I. Kötü Niyet Açısından

İİK m. 170, V bağlamında kötü niyetten söz edebilmek için, alacaklının baştan itibaren alacaklı olmadığı halde ve senetlerdeki imzanın borçluya ait olmadığını bilerek senetleri takibe koymuş olması gerekir. Bu nedenle alacaklının kötü niyetli olup olmadığı hususun tespitinde uygulamada fazla bir zorlukla karşılaşılmamaktadır. Değerlendirilmesi yapılan Yargıtay kararında da alacaklının kötü niyetinden söz edilmemektedir.

II. Ağır Kusur Açısından

Gerek değerlendirmesi yapılan Yargıtay kararı açısından, gerekse uygulamada tespiti zor olan husus, alacaklının imzaları borçluya ait olmadığı sonradan tespit edilen senetleri icra takibine koymada ağır kusurlu olup olmadığı meselesidir.

Bu konu Yargıtay içtihatlarında nispeten kapsamlı olarak değerlendirilmiştir. Yukarıda da ifade edildiği gibi, Yargıtay 12. Hukuk Dairesi alacaklının ağır kusurlu olup olmadığı konusunda, takibin lehdar tarafından keşideciye karşı başlatılıp başlatılmadığına, alacaklının senetleri alırken imza kontrolü yapıp yapmadığına ve imzaların huzurda alınıp alınmadığına bakılması gerektiği görüşündedir.

Alacaklının senetleri alırken imzaların borçluya ait olup olmadığı yönündeki kontrol yükümlülüğünü yerine getirip getirmemesi konusunda, kanaatimce senetlerdeki imzanın borçlunun gerçek imzaları ile ne kadar benzeştiğine bakmak gerekir. Buna göre senetlerdeki imza ile borçlunun gerçek imzaları arasında ilk bakışta bile kolayca fark edilebilecek ölçüde bir fark söz konusu ise ve buna rağmen alacaklı bunu gözden kaçırmışsa, bu durumda alacaklının ağır kusurlu olduğunu kabul etmek gerekir. Buna karşılık, eğer her iki imza arasında bu şekilde bir fark söz konusu değilse, tam tersine imzalar önemli ölçüde benzeşiyor ise, bu durumda belirtilen farkı görmemiş olmasından dolayı alacaklıyı ağır kusurlu saymak uygun olmayacaktır. Aksi takdirde ticari hayatta senet alan her alacaklının yanlarında uzman bulundurmaları gerekecek ki, bunun pratik olarak mümkün olmadığı ve kanun koyucunun da amacı olmadığı açıktır.

Somut olayda gidilen ilk uzmanın imzaların borçluya ait olduğuna karar vermesine karşılık Adli Tıp Kurumunun aksi yönde görüş ortaya koyması, itiraza uğrayan imzaların borçluya ait olmadığına tespitinin zor olduğunu, şayet imzalar farklı olsa bile, ancak uzmanların tespit edebilecekleri bir farkın mevcut olduğunu ortaya koymaktadır. Bu nedenle bu kadar zor fark edilecek bir hususun alacaklıdan beklenmemesi gerekir.

Bunun yanında alacaklının ağır kusurlu olup olmadığının tespitinde Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun da isabetli olarak belirttiği gibi, alacaklı ile borçlu arasında mevcut bir hukuki ilişkinin bulunup bulunmadığına ve bu hukuki ilişki çerçevesinde borçlunun alacaklı nezdinde bir güven oluşturup oluşturmadığına da bakılması gerekir.

Yukarıda da tespit edildiği üzere karara konu olan somut olayda davalı alacaklı banka ile davacı borçlu arasında bir hukuki ilişki olduğu açıktır. Davacı borçlu, bankadan kredi kullanmış, çek almış, bu çekleri keşide etmiş, borcunun bir kısmını ödemiştir. Hatta davacı borçlunun davalı bankanın elinde, davalı bankanın alacaklısı olduğu takibe konu edilen ve imzası inkâr edilmemiş 17 adet daha çeki bulunmaktadır. Banka bu çeklerle ilgili olarak Adli Tıp Kurumundan imza incelemesi istemiş, yapılan inceleme sonucunda çeklerdeki imzaların borçluya ait olduğu tespit edilmiştir. Elinde 17 adet çek ve 4 adet bono bulunan bir alacaklıyı, bütün çeklerdeki imzalar borçluya ait olmasına rağmen, 4 adet bonodaki imzaların alacaklıya ait çıkmamasından

dolayı, bu senetleri takibe koymada ağır kusurlu saymak kanaatimce kanun koyucunun amacına ve Yargıtay'ın deyimiyile hakkaniyete uygun olmayacaktır.

G. SONUÇ

Sonuç olarak Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin lehdarın keşideciye karşı icra takibi yapması durumunda, senetteki imzanın borçluya ait olmadığını bilebilecek durumda olduğuna ve salt buna dayanarak alacaklının imzanın borçlunun el ürünü olup olmadığını kontrol etmediğinden ağır kusurlu sayılmasına ilişkin görüşünün yerinde olmadığı bunun yanında Hukuk Genel Kurulu'nun taraflar arasında bir hukuki ilişkinin mevcut olup olmadığına ve bu hukuki ilişkiden dolayı borçlunun alacaklı nezdinde bir güven oluşturup oluşturmadığına bakılması gerektiği şeklindeki içtihadının daha doğru olduğu kanaatindeyim.

Bu kapsamda somut olay açısından, imzaları inkâr edilen senetlerle davacı borçlunun diğer imzaları arasındaki farkın ancak bir uzman tarafından fark edilecek kadar az olması (hatta uzman kişilerin bile bu konuda farklı değerlendirme yapmış olmaları) ve davacı borçlu ile davalı alacaklı banka arasında ticari ilişki bulunması, davacı borçlunun bankadan kredi kullanması, çek karnesi alması ve bunları keşide etmesi, almış olduğu kredinin önemli bir kısmını ödemesi, banka nezdinde imzaları borçluya ait olduğu Adli Tıp Kurumu tarafından tespit edilen 17 adet daha çekin bulunması ve diğer yapılan tespitler karşısında, alacaklı bankanın senetleri takibe koymada İİK m. 170, V bağlamında kötü niyetli veya ağır kusurlu sayılamayacağı, bu nedenle çalışmaya esas olan Yargıtay kararının yerinde olmadığı kanaatindeyim.

**VOLLSTRECKUNGSRECHTSDOGMATIK UND
VOLLSTRECKUNGSREFORM**
**Zur Rolle der Prozeßrechtswissenschaft
bei aktuellen deutschen Vollstreckungsrechtsreformen**

Prof. Dr. Nikolaj FISCHER^{,**}*

I. Einleitung: ZPO-Reformen, zivilprozessuale Forschung und Lehre

Das grundsätzliche Verhältnis von Verfahrensrechtsgesetzgebung - hier auf dem Gebiet des Vollstreckungsrechts - und der Zivilprozeßrechtswissenschaft ist besonders in Zeiten reformfreudiger Gesetzgeber ein dogmatisch wie rechtspolitisch spannendes (General-) Thema. Zugleich ist es ein Topos, der den Jubilar - ausweislich seines wissenschaftlichen wie rechtspolitischen Wirkens - bewegt hat, dessen Schaffen zwar weite Bereiche des Zivilprozeßrechts umfaßt, aber zugleich nicht nur auf die reine Rechtswissenschaft beschränkt ist¹. Demzufolge ist

* J.W. Goethe-Universität Frankfurt a.M./Universität Kassel

** Der Verfasser lehrt als apl. Professor am Institut für Internationales und Europäisches Privatrecht und Rechtsvergleichung am FB Rechtswissenschaft der Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt/M. (vgl. <http://www.jura.uni-frankfurt.de/41075263/Fischer>) und ist (u.a.) ständiger Kanzlervertreter an der Universität Kassel. Der Stand der Nachweise (und Abrufdatum für die folgenden Internetverweise) ist der 31.10.2014.

¹ Der Verf. dankt daher einem der (vielen) Schüler von *Hakan Pekcanitez* für die wertvollen Hinweise auf das weitreichende Wirken des Jubilars gerade auf dem Gebiet des türkischen Zivilprozeß-, Schuldbetreibungs- und Insolvenzrechts: Man denke hier insbesondere an die zum 01.10.2011 in Kraft getretene neue türkische Zivilprozeßordnung, die unter seiner Leitung von einer Expertenkommission erstellt wurde, sowie an den Auftrag des türkischen Justizministeriums für den Entwurf einer

der vorliegende Festschriftbeitrag² einem Thema aus dem Schnittfeld von (Verfahrens-) Rechtspolitik und Rechtsdogmatik gewidmet. Wie dem Jubilar aus seinen Besuchen am Frankfurter Fachbereich Rechtswissenschaft³ bekannt ist, liegt der Fokus der dortigen (hier so genannten) „Frankfurter Schule des Zivilprozeßrechts“ typischerweise auf der Verbindung von (Zivilprozeß-) Rechtsdogmatik und (Verfahrens-) Rechtspolitik (vgl. dazu II.). So mag es auch den Jubilar nicht überraschen, daß der vorliegende Beitrag aus Frankfurter Feder die jüngsten beiden Reformen des deutschen Vollstreckungsrechts (dazu III.) fokussiert. Der Ausblick zu diesem Beitrag ist auf mögliche (verfahrens-) rechtspolitische Folgerungen gerichtet angesichts der zu konstatierenden (zivilprozeß-) rechtsdogmatischen Schwächen der Reform (vgl. IV.).

II. Zum Generalthema: Verfahrensrechtsreform und Prozeßrechtswissenschaft

Den rechtspolitischen Anlaß für einen vertieften Blick auf das deutsche Vollstreckungsrecht bieten die beiden jüngsten Reform des deutschen Vollstreckungsrechts, zum einen das - im wesentlichen zum 01.01.2013 in Kraft getretene - „Gesetz zur Reform der Sachaufklärung“⁴, zum anderen das

Neufassung des Schuldbeitrungs- und Konkursgesetzes an den Jubilar und weitere türkische Prozessualisten.

² Siehe zum „Festschriften(un)wesen“ z.B. von *Münch*, NJW 2000, S. 3253 ff.; siehe zum Wert von Festschriften und Tagungsbänden auch die Kontroverse zwischen *Hoeren*, NJW 2001, S. 2229 f.; und *Lorenz*, NJW 2001, S. 3241 f. Siehe allg. auch *Sendler*, NJW 2002, S. 1177 f.; *Schulze-Fielitz*, DVBl. 2000, S. 1260 ff. („Festschriften im Dienst der Wissenschaft“).

³ Dieser feiert mit der Johann Wolfgang Goethe-Universität im Jahr 2014 seinen einhundertjährigen Geburtstag, s. dazu FB Rechtswissenschaft der Goethe-Univ. (Hg.), 100 Jahre Rechtswissenschaft in Frankfurt: Erfahrungen, Herausforderungen, Erwartungen, 2014.

⁴ Das am 18.06.2009 vom Deutschen Bundestag beschlossene „Gesetz zur Reform der Sachaufklärung in der Zwangsvollstreckung“ ist im wesentlichen zum 01.01.2013 in Kraft getreten, vgl. das Gesetz vom 29.07.2009, BGBl. I S. 2258. Siehe zur Gesetzgebungshistorie insb. den (BMJ-) „Entwurf eines Gesetzes zur Reform der Sachaufklärung in der Zwangsvollstreckung“ (Stand: 01.01.2006), S. 1 ff. (im folgenden hier „Diskussionsentwurf“, DiskE genannt); den Gesetzentwurf des Bundesrates v.

„Gesetz über die energetische Modernisierung von vermietetem Wohnraum und über die vereinfachte Durchsetzung von Räumungstiteln“ (kurz: MietRÄndG) zum 01.05.2013⁵.

Vor einer diesbezüglichen Betrachtung soll das Spezialthema der aktuellen Vollstreckungsrechtsreformen jedoch in einen etwas größeren Zusammenhang eingeordnet werden⁶. Dieser betrifft das Verhältnis von Verfahrensrechtsreformen und Zivilprozeßrechtswissenschaft – hier am Beispiel der beiden jüngsten Reformen des deutschen Vollstreckungsrechts. Von grundsätzlichem Interesse ist dabei die Rolle der Prozeßrechtswissenschaft bei der Entstehung und Begleitung dieser Reformen⁷. In historischer Sicht ist hier zunächst an die Beiträge der Prozeßrechtswissenschaft bei der Weiterentwicklung der Zivilprozeßordnung seit ihrer Entstehung als (Reichs-) Civilprozeßordnung vom 30.01.1877⁸ zu denken⁹. In diesem Zusammenhang soll jedoch nicht von den Verdiensten um die Prozeßrechtsentwicklung der von *Gerhard Schiedermair* begründeten (hier so genannten) „Frankfurter Schule des Prozeßrechts“ die Rede sein, zumal deren Bedeutung (insbesondere seit den

30.07.2008 (samt der Stellungnahme der Bundesregierung auf S. 55 ff.), BT-Dr. 16/10069 (hier kurz „Entwurf“, E, genannt) sowie die Beschlußempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses v. 17.06.2009, BT-Dr. 16/13432. Vgl. zum Diskussionsentwurf m.w.N. *N. Fischer*, DGVZ 2007, S. 111 ff., 114 ff.; s.a. *N. Fischer*, DGVZ 2010, S. 113 ff.

⁵ Das MietRÄndG vom 11.03.2013 ist am 18.03.2013 (BGBl. I 434) verkündet worden und (mit kleineren Ausnahmen, vgl. dessen Art. 9 Abs. 2) zum 01.05.2013 in Kraft getreten, s. *N. Fischer*, NZM 2013, S. 249 ff. m.w.N.

⁶ Vgl. dazu bereits *N. Fischer*, Prozeßrechtswissenschaft und Prozeßrechtsgesetzgebung, in: FB Rechtswissenschaft der Goethe-Univ. (Hg.), 100 Jahre Rechtswissenschaft in Frankfurt: Erfahrungen, Herausforderungen, Erwartungen, 2014, S. 453 ff. m.w.N.

⁷ Siehe zur „Aufgabe und Eigenart der Jurisprudenz“ nur *Larenz*, JuS 1971, S. 449 ff., sowie zum „praktischen Nutzen der Jurisprudenz“ *Hoeren*, ZRP 1996, S. 284 ff.; jeweils m.w.N.

⁸ Vgl. den Überblick bei *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozeßrecht, 16. Aufl., S. 30 f., 43 m.w.N.

⁹ Zu den „Entwicklungslinien“ im dt. Zivilprozeßrecht vgl. m.w.N. insb. *Baur*, NJW 1987, S. 2636 ff.

späten fünfziger Jahren¹⁰) bereits andernorts ausführlich beschrieben wurde¹¹. Auch die seit dem Ende der sechziger Jahre von der Frankfurter Fakultät ausgehenden Impulse für ein (damals) sehr modernes, insbesondere soziologische Fragestellungen berücksichtigendes Verständnis des Verfahrensrechts¹² sollen hier bereits als bekannt zugrundegelegt werden¹³. Für die Rolle der Zivilprozeßrechtswissenschaft bei der Entwicklung des deutschen (Zivil-) Verfahrensrechts in jüngerer Zeit ist exemplarisch die sog. Große ZPO-Reform des Jahres 2002 zu nennen: Beiträge der Prozeßrechtswissenschaft haben einerseits Anstöße zu wichtigen Reforminhalten gegeben, man denke hier besonders an die Reform des Rechtsmittelrechts¹⁴ einschließlich des Instanzenzuges in Zivilsachen¹⁵. Andererseits haben (kritische) Diskussionsbeiträge der Prozessualistik auch dazu geführt, daß es zu erheblichen Reformmodifikationen gekommen ist¹⁶.

¹⁰ Siehe dazu näher *Arens/W. Müller-Freienfels*, in ihrem Geleitwort (S. VIII), in G. Lüke/Jauernig (Hg.), FS Schiedermaier, 1976.

¹¹ Dazu näher *Gilles*, in Diestelkamp/Stolleis (Hg.), Frankfurter Juristen, S. 292 ff. m.w.N.

¹² Vgl. für die Offenheit von *Schiedermaier* für „sozialwissenschaftliche, berufspraktische, rechtspolitische oder rechtsvergleichende Aspekte“ hier nur *Gilles*, in Diestelkamp/Stolleis (Hg.) Frankfurter Juristen, S. 292 ff., 299 f.

¹³ Siehe etwa zu „Verfahrensfunktionen und Legitimitätsproblemen richterlicher Entscheidungen im Zivilprozeß“ *Gilles*, in G. Lüke/Jauernig (Hg.), FS Schiedermaier, 1976, S. 183 ff. m.w.N.

¹⁴ Vgl. zur „Rechtsmittelreformproblematik“ allg. und m.w.N. *Gilles*, Rechtsmittel im Zivilprozeß, 1972; *Gilles*, Rechtsmittel im Zivilprozeß aus juristischer Sicht. Kurzüberblick über Entwicklungen, Stand und Reformanliegen der Rechtsmitteldiskussion in Theorie, Praxis und Politik, in: *Gilles/Röhl/Stempel/Schuster* (Hg.), Rechtsmittel im Zivilprozeß – unter besonderer Berücksichtigung der Berufung, 1985, S. 11 ff., 15 f.; *Gilles*, JZ 1985, S. 253 ff., 254; *Gilles*, Ziviljustiz und Rechtsmittelproblematik. Vorstudie zur Analyse und Reform der Rechtsmittel in der Zivilgerichtsbarkeit, 1992, S. 148 ff. Siehe zur „Reformgeschichte der ZPO“ und zum „Reformprozeß der Prozeßreform“ anschaulich Stein/Jonas, 20. Aufl., *Schumann*, Einleitung, Rn. 105 ff.; sowie zur Reformierung im Rahmen des ZPO-RG m.w.N. *N. Fischer*, Zivilverfahrens- und Verfassungsrecht, 2002, S. 22 ff.

¹⁵ Siehe dazu (mit weiteren Literaturnachweisen) *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozeßrecht, 16. Aufl., S. 951 ff.; s.a. *N. Fischer*, Zivilverfahrens- und Verfassungsrecht, 2002, S. 22 ff.; jeweils m.w.N.

¹⁶ Vgl. m.w.N. *N. Fischer*, Zivilverfahrens- und Verfassungsrecht, 2002, S. 19 ff.

So ist etwa die völlige Neuregelung des Instanzenzuges in Zivilsachen¹⁷ bis heute unterblieben, auch eine vorgesehene „Experimentierklausel“¹⁸ blieb ungenutzt. Selbst nach dem Inkrafttreten des (sog.) ZPO-Reformgesetzes (ZPO-RG) zum 01.01.2002¹⁹ sind die damaligen Neuregelungen immer wieder Gegenstand rechtswissenschaftlicher Kontroversen gewesen, wie insbesondere zum reformierten Berufungs- (§§ 511 ff. ZPO) oder Revisionsrecht gem. §§ 542 ff. ZPO²⁰.

Wie diese Beispiele verdeutlichen, ist es damals wie heute Aufgabe und Anliegen der (Prozeß-) Rechtswissenschaft, (Prozeßrechts-) Rechtspraxis und Rechtssetzung kritisch zu begleiten. Diese Aufgabe hat *Wilhelm Sirp* - allgemein für die Rechtswissenschaft - zutreffend wie folgt umschrieben²¹: Als anwendungsbezogene Wissenschaft hat die Rechtswissenschaft die Aufgabe, Entscheidungen der Rechtspraxis vorzubereiten. Zudem schafft sie als Norm- und Interpretationswissenschaft „in vermittelnder Funktion zwischen Gesetz und der Praxis durch ihre dogmatischen und methodischen Lehren und Hilfen unentbehrliche Voraussetzungen dafür, daß die Rechtspraxis ihre Aufgaben sachgerecht erfüllen kann“²². Damit gehört es zu den Aufgaben der (Zivil-) Prozeßrechtswissenschaft, auch die „Funktionsweise“ neuer zivilprozessualer Rechtsinstitute kritisch-konstruktiv zu untersuchen – mit dem Ziel, vermeidbare Störungen im grundsätzlich austarierten (zivilprozessualen) Rechtsschutz- und Vollstreckungssystem möglichst gar nicht entstehen zu lassen. Dies gilt gerade dann, wenn (rechtsdogmatisch wie verfahrensrechtspolitisch) nicht gerechtfertigte Asymmetrien bei der gesetzlichen Stellung der grundsätzlich

¹⁷ Siehe z.B. *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozeßrecht, 16. Aufl., S. 34, 929 ff.; *N. Fischer*, Zivilverfahrens- und Verfassungsrecht, 2002, S. 24 ff.; jeweils m.w.N.

¹⁸ Vgl. dazu nur *N. Fischer*, Zivilverfahrens- und Verfassungsrecht, 2002, S. 25 m.w.N.

¹⁹ Siehe *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozeßrecht, 16. Aufl., S. 34 f., 43; s.a. *N. Fischer*, Zivilverfahrens- und Verfassungsrecht, 2002, S. 2; jeweils m.w.N.

²⁰ Vgl. zu beidem m.w.N. *N. Fischer*, Zivilverfahrens- und Verfassungsrecht, 2002, S. 22 ff.

²¹ So (nahezu wörtlich für die Rechtswissenschaft allg.) *W. Sirp*, in seinem Beitrag „Rechtswissenschaft und Rechtspraxis in der Juristenausbildung“ in Prütting (Hg.), Festschrift Baumgärtel, 1990, S. 515 ff., 518.

²² *W. Sirp*, in Prütting (Hg.), Festschrift Baumgärtel, 1990, S. 515 ff., 518.

„waffengleichen“²³ Verfahrensbeteiligten im Rechtsschutzsystem drohen. Es ist jedoch die Frage zu stellen, ob und inwieweit die Zivilprozeßrechtswissenschaft dieser Aufgabe im Hinblick auf die o.g. beiden jüngsten Reformen des Zwangsvollstreckungsrechts in Deutschland gerecht geworden ist. Zur Bestimmung des diesbezüglichen Beitrags der Wissenschaft liegt es nahe, zunächst die Beratungsgegenstände der Vereinigung der Zivilprozeßrechtslehrer der letzten Jahre in den Blick zu nehmen²⁴. Jedenfalls auf der Agenda der (iü. sehr ertragreichen) Hallenser Tagung des Jahres 2012 findet sich etwa das MietRÄndG (als jüngste Vollstreckungsrechtsreform) nicht als Tagesordnungspunkt²⁵. Dasselbe gilt für die Wiener Tagung der Zivilprozeßrechtslehrer im Jahr 2010²⁶. Das deutet zumindest darauf hin, daß zumindest das MietRÄndG ungeachtet der rechtspolitischen Aktualität seiner zivilprozessualen Komponenten (diesbezüglich) bisher nicht Gegenstand breiterer wissenschaftlicher Erörterung gewesen ist²⁷. Dieser Eindruck verstärkt sich, wenn man den Fokus auf die zivilprozessualen Diskussionsbeiträge im Rahmen der

²³ Vgl. zum (verfassungsrechtlichen) Gebot „prozessualer Waffengleichheit“ hier nur *N. Fischer*, Zivilverfahrens- und Verfassungsrecht, 2002, S. 8 f. m.w.N.

²⁴ Siehe unter <http://www.zivilprozessrechtslehrer.de/> (unter „Vorangegangene Tagungen“).

²⁵ Vgl. unter <http://www.zivilprozessrechtslehrer.de/> (unter „Vorangegangene Tagungen“: Halle 2012: Insolvenz im Umbruch / Die Revision der EuGVVO / Einheitlicher kollektiver Rechtsschutz in Europa? / Mindeststandards im Zivilprozessrecht).

²⁶ Siehe unter <http://www.zivilprozessrechtslehrer.de/> (unter „Vorangegangene Tagungen“: Wien 2010: Geheimnisschutz im Zivilrecht aus deutscher, österreichischer und schweizerischer Sicht / Grundfragen und aktuelle Probleme der Mediation).

²⁷ Hier einmal rein „formal“ unterschieden nach Praktikerbeiträgen (ungeachtet ihrer Wissenschaftlichkeit) und Beiträgen von im wes. hauptamtlich tätigen Hochschullehrern. Bezüglich der (damaligen) Beratungen zum Vollstreckungsrecht (vgl. zum diesbzgl. Diskussionsbericht *McGuire*, ZZP 121 (2008), S. 503 ff.) auf der Osnabrücker Tagung des Jahres 2008 ist anzumerken, daß das MietRÄndG erstmals mit dem sog. Initiator- (Diskussions-) Entwurf des BMJ im November 2010 vorgestellt wurde; s. zur Osnabrücker Tagung unter <http://www.zivilprozessrechtslehrer.de/> (unter „Vorangegangene Tagungen“: Osnabrück 2008: Grundfragen und aktuelle Probleme des Beweisrechts).

Reformdiskussion richtet²⁸. Im Gegensatz zu den Diskussionen im Vorfeld des (o.g.) ZPO-RG²⁹ ist festzuhalten, daß insbesondere die zivilprozessualen Neuerungen des MietRÄndG bisher nicht zu einer intensiven Befassung oder gar zu einer breiteren Diskussion innerhalb der Zivilprozeßrechtswissenschaft³⁰ geführt haben. Dies mag man auch dem Umstand zuschreiben, daß das Miet- und Mietprozeßrecht - ungeachtet der berufspraktischen Bedeutung dieser Rechtsmaterien - in Deutschland bisher eher wissenschaftliche „Spezialmaterien“ darstellen, die ohnehin nicht zum „klassischen“ Kanon der rechtswissenschaftlichen Lehre gehören³¹. Dieser Befund ist jedoch deswegen bemerkenswert, da es gerade auch zu den Verdiensten der Zivilprozeßrechtswissenschaft in jüngerer Zeit³² gehört, daß das im akademischen Unterricht zu vermittelnde Verfahrensrecht nicht mehr

²⁸ Vgl. zu den die Diskussion prägenden Beiträgen von Prozeßrechtspraktikern (insb. Richter und Rechtsanwälte) etwa diejenigen von *Hinz*, ZMR 2012, S. 153 ff.; *Fleindl*, NZM 2012, S. 57 ff.; *Streyll*, NZM 2012, S. 249 ff.; *Zehelein*, WuM 2012, S. 418 ff.; *Schuschke*, NZM 2012, S. 209 ff.; *Majer*, NZM 2012, S. 67 ff.; *Dötsch*, NZM 2012, S. 73 ff., zum RegE *Zehelein*, WuM 2012, S. 418 ff.; zur endg. Gesetzesfassung m.w.N. *Zehelein*, WuM 2013, S. 133 ff.; *Flatow*, NJW 2013, S. 1185 ff.; jew. m.w.N.

²⁹ Siehe dazu z.B. *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozeßrecht, 16. Aufl., S. 34, 929 ff.; s.a. *N. Fischer*, Zivilverfahrens- und Verfassungsrecht, 2002, S. 1 ff.; jeweils m.w.N.

³⁰ Vgl. dagegen die Beratungen zur „Großen Justizreform“ auf der Heidelberger Tagung des Jahres 2006, s. unter <http://www.zivilprozessrechtslehrer.de/> (unter „Vorangegangene Tagungen“: Heidelberg 2006: Die Große Justizreform in Deutschland).

³¹ Dies spiegelt zwar den Alltag an vielen rechtswissenschaftlichen Fakultäten in Deutschland wieder, dieser ist jedoch angesichts einer Juristenausbildung, die de lege lata die „Berufsfeldorientierung“ fordert, vgl. §§ 5a Abs. 3, 5d Abs. 1 S. 1 DRiG, zumindest begründungsbedürftig, s. m.w.N. *Gilles/N. Fischer*, NJW 2003, S. 707 ff. Dagegen findet sich die These, wonach die Prozeßrechtslehre ohnehin in die Praxis bzw. in das Referendariat, nicht aber an die Universität gehöre, mittlerweile kaum noch wieder. Vgl. zum Thema auch den (im Internet unter <http://publikationen.ub.uni-frankfurt.de/frontdoor/index/index/docId/28805> zu findenden) Beitrag (Arbeitspapier) von *N. Fischer/Kuntze-Kaufhold*, „Hören, Sehen, Sprechen“: Schlüsselqualifikationen als Katalysator rechtswissenschaftlicher Lehre und Forschung.

³² Siehe zu den „Herausforderungen an die zivilprozessuale Ausbildung“ bereits die Antrittsvorlesung des Verf. am Frankfurter Fachbereich Rechtswissenschaft vom 15.12.2004; dazu *N. Fischer*, ZJP 119 (2006), S. 39 ff. m.w.N.

länger als bloße Normwissenschaft, sondern auch als „Wirklichkeitswissenschaft“ zu verstehen ist, die die Prozeßrechtspraxis selbst zum Untersuchungsgegenstand macht³³. Insgesamt ist jedoch festzuhalten, daß die prozessualen Neuregelungen des MietRÄndG überwiegend nicht positiv aufgenommen worden sind. Jedoch hat hier insbesondere die Prozeßrechtspraxis Grundsatz- wie Detailkritik geübt, während nur sehr wenige Stimmen aus der (Prozeß-) Rechtswissenschaft in der Reformdiskussion überhaupt deutlich wahrnehmbar waren³⁴.

III. Zum Spezialthema: Sachaufklärungsreform und MietRÄndG als jüngste Vollstreckungsreformgesetze in Deutschland

Der vorliegende (Festschrift-) Beitrag kann das (o.g.) wissenschaftliche Diskussionsdefizit zwar nicht kompensieren, jedoch sollen hier wenigstens skizzenhaft Beispiele für die Bedeutung einer wissenschaftlichen Auseinandersetzung mit den Neuerungen der beiden letzten Reformen des deutschen Vollstreckungsrechts geboten werden. Dabei hat insbesondere die jüngste Reform des Vollstreckungsrechts (in Gestalt des MietRÄndG³⁵) bisher längst nicht die Beachtung erfahren³⁶, die ihre möglichen

³³ Vgl. zur „Verwissenschaftlichung von Zivilprozeßrechtswissenschaft“ m.w.N. *N. Fischer*, ZZP 119 (2006), S. 39 ff., 54 m.w.N.

³⁴ Korrespondierend (und im Gegensatz) dazu haben sich die (nach wie vor stets praktikerdominierten) Mietgerichtstage besonders der Jahre 2011, 2012 und 2013 als rechtsdogmatische wie verfahrensrechtspolitische Diskussionsforen erwiesen, siehe dazu die Vorträge und Diskussionen auf den Mietgerichtstagen 2011 sowie 2012 sowie den Mietgerichtstag des Jahres 2013, s. dazu jeweils unter <http://www.mietgerichtstag.de/programme-frueherer-mietgerichtstage/>.

³⁵ Vgl. für eine erste Kritik *N. Fischer*, NZM 2013, S. 249 ff. m.w.N.

³⁶ Dies gilt ungeachtet des Umstandes, daß die damit verbundenen Fragen um das Verhältnis von Gläubigermacht und Vollstreckungsschutz jüngst auch Gegenstand des deutschen Nationalberichts („Verfassung, Grundrechte und Vollstreckung - Vollstreckungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht?“, Nationalreporter: *N. Fischer*, zum Generalthema „The Conflicts between the Fundamental Rights of the Creditor and the Debtor“) der IAPL-Jahrestagung vom 01.-04.10.2014 in Seoul/Korea gewesen ist, vgl. dazu auch den Generalbericht von *A. Perez Ragone* (Chile), siehe zur Konferenz unter: www.iapl-seoul.com/.

Auswirkungen auf das Zivilprozeß- und Vollstreckungsrecht und die Prozeßrechtspraxis vermuten lassen.

1. Zur Reform der Sachaufklärung und ihrer Kritik

Das „Gesetz zur Reform der Sachaufklärung“ ist für das deutsche Vollstreckungsrecht von großer Bedeutung, hat es doch erheblich in den Aufbau des Achten Buches der ZPO eingegriffen³⁷, wie der nachfolgende Überblick belegt³⁸. Nach der Zielsetzung der Reform greifen die Möglichkeiten der Informationsbeschaffung für den Vollstreckungsgläubiger frühzeitig ein³⁹ und werden durch Regelungen zur Einholung von Auskünften bei Dritten flankiert⁴⁰. Bekanntlich haben die damit verbundenen Umstellungen einen beträchtlichen Aufwand verursacht, der die Vollstreckungspraxis bis heute beschäftigt⁴¹ - und auch literarische Kritik

³⁷ Vgl. dazu *Seip*, DGVZ 2006, S. 1 ff., 1 sowie S. 7 (bzgl. des unnötigen Eingriffs in die bestehende Gesetzssystematik). An diesem Gesetzesentwurf, der die Vermögensoffenbarung in „Vermögensauskunft“ umbenennt, ist bereits seit dem Jahr 2003 gearbeitet worden, vgl. *Seip*, JurBüro 2006, S. 567 ff., 567; s.a. *N. Fischer*, DGVZ 2010, S. 113 ff., 113.

³⁸ Siehe (u.a. krit.) *Seip*, DGVZ 2006, S. 1 ff., 1 und S. 7; s.a. *N. Fischer*, DGVZ 2007, S. 111 ff., 114.

³⁹ Vgl. zu dem Argument der raschen tatsächlichen „Überholung“ eines Vermögensverzeichnisses hier nur *Seip*, DGVZ 2006, S. 1 ff., 2. Wie *Seip* (a.a.O., S. 2 f.) hervorhebt, kommt die Verkürzung der Schutzfrist von bislang drei Jahren (vgl. § 903 S. 1 ZPO) auf 12 Monate den Vollstreckungsgläubigern entgegen, die bisher oft mit wiederholten Nachbesserungsanträgen (unter „konstruierten“ Begründungen) den Schuldnern vor Ablauf der Schutzpflicht zu einer wdh. eidesstattlichen Versicherung heranziehen wollen.

⁴⁰ Siehe zur Reform der Sachaufklärung z.B. *Mroß*, DGVZ 2013, S. 69 ff.; *Gietmann*, DGVZ 2013, 121 ff.; *Harnacke/Bungardt*, DGVZ 2013, S. 1 ff.; *Wasserl*, DGVZ 2013, S. 61 ff.; *ders.*, DGVZ 2013, S. 85 ff.; *Puppe*, DGVZ 2013, S. 73 f.; *Seip*, DGVZ 2013, S. 67 f.; *ders.*, DGVZ 2013, S. 74; *Büttner*, DGVZ 2013, S. 123 ff.; *Mroß*, DGVZ 2012, S. 169 ff.; *Harnacke*, DGVZ 2012, S. 197 ff.; *Kessel*, DGVZ 2012, S. 213 ff.; *Graetz*, DGVZ 2012, S. 220 ff.; *Mroß*, DGVZ 2010, S. 181 ff.; *Seip*, ZRP 2007, S. 23 ff.; jeweils m.w.N.

⁴¹ Vgl. dazu z.B. *Mroß*, DGVZ 2014, S. 228 („zumal die Rechtsprechung zur Reform der Sachaufklärung teilweise noch völlig konträr und im Fluss ist“).

provoziert hat: Insbesondere sind hier die Auswertung der teilweise komplexen Vollstreckungsaufträge⁴² sowie das Verfahren nach Abgabe oder Verweigerung einer Vermögensauskunft (§§ 802c ff. ZPO) mit folgenden Eintragungsanordnungen im Schuldnerverzeichnis (§§ 882b ff. ZPO)⁴³ einschließlich der Beachtung der damit zusammenhängenden Fristen⁴⁴ zu nennen. Weiterhin ist es - trotz der über dreijährigen Zeitspanne zwischen Verabschiedung und Inkrafttreten des Gesetzes - bis heute überwiegend nicht gelungen, ein problemlos funktionierendes elektronisches Kommunikationssystem zwischen Gerichtsvollziehern, den zentralen Vollstreckungsgerichten (§ 882h Abs. 1 S. 1 ZPO) und dem bundesweiten Vollstreckungsportal (siehe § 882h Abs. 1 S. 2 ZPO) aufzubauen⁴⁵. Entsprechendes gilt für Anfragen an die in § 802l Abs. 1 ZPO genannten Behörden, die häufig noch in Papierform erfolgen müssen⁴⁶. Die wesentlichen Änderungen des normierten Vollstreckungsrechts durch die Reform der Sachaufklärung betreffen die nachfolgenden Bereiche⁴⁷: Die Informationsbeschaffung des Gläubigers bei Vollstreckungsbeginn (§ 802c ZPO), die Modernisierung des Verfahrens zur Abnahme der Vermögensauskunft (§ 802f ZPO), die Neukonzeption des Schuldnerverzeichnisses (siehe §§ 882b ff. ZPO) sowie Novellierungen im allgemeinen Vollstreckungsrecht (vgl. insbesondere §§ 755, 802a ff. ZPO).

⁴² Siehe dazu nur *Mroß*, DGVZ 2012, S. 169 ff., 171 f.

⁴³ Vgl. *Mroß*, DGVZ 2012, S. 169 ff., 173 ff.; s. zur diesbzgl. Terminüberwachung insb. *Mroß*, DGVZ 2010, S. 181 ff., 184.

⁴⁴ Siehe dazu *Gietmann*, DGVZ 2013, S. 121 ff., 121; s.a. *Mroß*, DGVZ 2010, S. 181 ff., 184.

⁴⁵ Vgl. zur unzureichenden EDV-Umsetzung hier insb. *Mroß*, DGVZ 2013, S. 41 f., 41; *Gietmann*, DGVZ 2013, S. 121 ff., 121.

⁴⁶ Mittlerweile zeichnet sich diesbzgl. bereits eine Verbesserung der Situation ab, soweit zumindest die Auskünfte nach dem Arbeitgeber bei der Deutschen Rentenversicherung (§ 802l Abs. 1 S. 1 Nr. 1 ZPO) seit kurzem auch flächendeckend elektronisch durchgeführt werden können - mit der Folge der Verkürzung der Antwortzeiten von 4-12 Wochen auf Tagesfrist, s. dazu aktuell *Mroß*, DGVZ 2014, S. 248. Siehe zuvor *Gietmann*, DGVZ 2013, S. 121 ff., 121; *Mroß*, DGVZ 2010, S. 181 ff., 185; *N. Fischer*, DGVZ 2010, S. 113 ff., 115.

⁴⁷ Siehe m.w.N. etwa *N. Fischer*, DGVZ 2010, S. 113 ff., 114 ff.

a) *Verbesserte Informationsmöglichkeiten für den Vollstreckungsgläubiger*

Grundsätzlich sollen mit der Reform der Sachaufklärung die Informationsmöglichkeiten für den Vollstreckungsgläubiger verbessert werden. Dies stärkt nicht nur seine Rechtsstellung in der Vollstreckung, sondern soll diese zugleich effektiver gestalten⁴⁸. Insbesondere soll dem Gläubiger ermöglicht werden, schon vor Einleitung konkreter Vollstreckungsmaßnahmen Informationen hinsichtlich der Vermögensverhältnisse seines (Vollstreckungs-) Schuldners zu gewinnen. Dies stellt eine Durchbrechung der bisherigen Systematik des deutschen Vollstreckungsrechts dar, die dem Prinzip „Sachaufklärung anlässlich der Vollstreckung“ gefolgt ist (siehe § 807 ZPO a.F. sowie den neugefaßten § 807 ZPO). Die Verbesserung der Informationsmöglichkeiten für den Gläubiger bei Vollstreckungsbeginn soll dabei insbesondere durch den Vollstreckungsschuldner selbst erfolgen - durch dessen Vermögensauskunft gemäß § 802c ZPO. Bei Nichterfüllung oder prognostizierter Unergiebigkeit dieser Auskunft bestehen Auskunftsrechte des Gerichtsvollziehers gegenüber Dritten gemäß § 802l Abs. 1 S. 1 ZPO, wobei insbesondere Arbeitgeber, Träger der gesetzlichen Rentenversicherung, das Bundeszentralamt für Steuern sowie das Kraftfahrt-Bundesamt als Auskunftsstellen explizit genannt sind.

Trotz dieses gläubigerfokussierten Ansatzes sind jedoch auch die mit Drittauskünften verbundenen Gefahren und Probleme - gerade auch für den Vollstreckungsgläubiger - zu sehen: So wird bisher z.B. der Umstand zu wenig beachtet, daß eine - unbedachte - Anfrage beim Arbeitgeber des Schuldners (nach erfolgter Auskunft an den Gerichtsvollzieher gem. § 802l Abs. 1 S. 1 Nr. 1 ZPO) dazu führen kann, daß sich der Gläubiger damit weitere Befriedigungsmöglichkeiten verschließt. Man denke hier nur an den Fall einer (begründungslosen) Nichtverlängerung eines (häufig anzutreffenden) befristeten Arbeitsverhältnisses, wenn der Arbeitgeber von wirtschaftlichen Problemen seines Arbeitnehmers (Schuldners) erfährt - mit dem Endergebnis schlechterer Befriedigungsmöglichkeiten für den

⁴⁸ Vgl. zum Reformbedarf z.B. *Sternal* in *Wolf/Grote/Netzer*, Zwangsvollstreckungsrecht aktuell, S. 173 ff., 173 f.

anfragenden (und andere) Gläubiger⁴⁹. Nicht unbedenklich ist auch die tatbestandliche Ausgestaltung des Auskunftsanspruchs selbst: Das Ersuchen bezüglich der Drittauskünfte steht sowohl unter dem Vorbehalt der „Erforderlichkeit“ als auch einer „Bagatellschwelle“ von zu vollstreckenden Ansprüchen von mindestens 500 Euro, § 802l Abs. 1 S. 2 1. Hs. ZPO. Während mit der ersten Prämisse (Tatbestandsmerkmal der Erforderlichkeit) auf einen Teilaspekt des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes (mit allen seinen Problemen)⁵⁰ abgestellt wird, rekurriert die zweite Prämisse auf das Problem einer rechtsstaatlich und rechtspolitisch gleichermaßen fragwürdigen Benachteiligung der Vollstreckung von „Bagatellforderungen“⁵¹. Zu kritisieren ist insbesondere, daß damit die Vollstreckung von Bagatellforderungen erschwert wird. Damit werden Gläubiger „kleinerer“ Forderungen (z.B. Kleingewerbetreibende) erneut schlechtergestellt als andere Gläubiger. Bekanntlich können auch die Gläubiger von (nicht betreibbaren) Kleinforderungen künftig ihrerseits zu (Vollstreckungs-) Schuldnern werden⁵². Folglich stärkt die Optimierung der Informationsmöglichkeiten die Gläubigerstellung nicht insgesamt, sondern die Gläubiger von „Bagatellforderungen“ werden vielmehr ausgenommen. Dies ist im Hinblick auf den für alle Gläubiger gleichermaßen geltenden Rechtsschutz- und damit Vollstreckungsanspruch sowie im Hinblick auf Art. 3 Abs. 1 GG bedenklich.

Diese fragwürdige Ausnahme findet ihre Entsprechung bei den Kompetenzen des Gerichtsvollziehers bezüglich der „Ermittlung des Aufenthaltsorts des Schuldners“: Der Gerichtsvollzieher hat gem. § 755 Abs.

⁴⁹ Dazu *N. Fischer*, DGVZ 2010, S. 113 ff., 115.

⁵⁰ Siehe m.w.N. *N. Fischer*, Vollstreckungszugriff als Grundrechtseingriff, S. 111 ff., 252 ff.

⁵¹ Vgl. zur „Kleingläubigerdiskriminierung“ für die Rspr. hier nur LG Köln DGVZ 1991, S. 75 (keine Vollstreckung eines Haftbefehls wegen 2, 10 DM); krit. *Jauernig*, Zwangsvollstreckungsrecht, 21. Aufl., S. 8 f.; s.a. m.w.N. *N. Fischer*, Rpfleger 2004, S. 599 ff., 603; s.a. *N. Fischer*, WuM 2007, S. 239 ff., 243.

⁵² Siehe die Beschlußempfehlung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages vom 17.06.2009 (BT-Dr. 16/13432, dort S. 2) zum Antrag der Abgeordneten *Leutheusser-Schnarrenberger* u.a. (BT-Dr. 16/7179): „Zwangsvollstreckung beschleunigen – Gläubigerrechte stärken“.

2 S. 1 ZPO Erhebungsrechte hinsichtlich Aufenthalts- und Halterdaten bei bestimmten öffentlichen Stellen (Ausländerzentralregister, Ausländerbehörden, Träger der gesetzlichen Rentenversicherung, Kraftfahrt-Bundesamt), soweit der Aufenthaltsort des Vollstreckungsschuldners nicht zu ermitteln ist. Dies gilt jedoch nur soweit die zu vollstreckenden Ansprüche mindestens 500 Euro betragen (eine Ausnahme gilt für die Erhebungsrechte nach § 755 Abs. 2 S. 1 Nr. 1, vgl. dessen Abs. 2 S. 4 1. Hs. ZPO). Positiv ist dagegen zu bewerten, daß die Befugnisse zur Auskunftseinholung, d.h. eine Vermögensauskunft des Schuldners sowie Auskünfte Dritter über das Schuldnervermögen, §§ 802c, 802l ZPO, nunmehr vom Vollstreckungsantrag mit umfaßt sind, § 802a Abs. 2 S. 1 Nr. 2, 3 ZPO⁵³.

Darüber hinaus ist auch die Frage zu stellen, ob und inwieweit der reformbedingte Systemwechsel hin zu einer Vermögensauskunft als eine die Zwangsvollstreckung einleitende Maßnahme stets anzuraten ist. So kann unter vollstreckungstaktischen Gesichtspunkten etwa ein vorheriger Sachpfändungsversuch vorteilhaft für den Vollstreckungsgläubiger sein, soweit durch das persönliche Erscheinen des Gerichtsvollziehers beim Schuldner ein „Vollstreckungsdruck“ durch physische Präsenz erzeugt wird, der geeignet ist, den Vollstreckungserfolg zu befördern⁵⁴. Angesichts dessen kann es sogar nachteilig sein, daß eine persönliche Zustellung der Zahlungsaufforderung⁵⁵ nebst Terminladung durch die Reform der

⁵³ Dem Gläubiger verbleiben dennoch die Möglichkeiten sofortiger Sachpfändung, § 807 ZPO. In diesem Kontext ist auch das Verfahren des Gerichtsvollziehers zur Abnahme der Vermögensauskunft des Vollstreckungsschuldners neuregelt worden (§ 802f ZPO), wobei jedenfalls die Erzwingungshaft auch weiterhin statthaft ist, §§ 802g ff. ZPO.

⁵⁴ Vgl. dazu das Papier des Deutschen Gerichtsvollzieherbundes (DGVB) zur „Reform der Zwangsvollstreckung“ (zu § 802a ZPO), S. 1.

⁵⁵ Die Bedeutung eines persönlichen Kontaktes in der Vollstreckung verdeutlicht auch § 802f Abs. 1-4 ZPO: Danach sind dem Vollstreckungsschuldner die Zahlungsaufforderung, die Ladung, die amtlichen Vordrucke zur Abgabe der Vermögensauskunft sowie die erforderlichen Hinweise und Belehrungen (Androhung von Haft) gleichzeitig auch dann zuzustellen, wenn dieser einen Prozeßbevollmächtigten bestellt hat, § 802f Abs. 4 S. 1 ZPO. Dabei ist dem Schuldner eine Zahlungsfrist von zwei Wochen zu setzen und für den Fall, daß diese erfolglos bleibt, zugleich ein Termin

Sachaufklärung nicht ausdrücklich vorgesehen ist⁵⁶. Nicht nur im Hinblick auf die Konkurrenz staatlicher und „privater“ Vollstreckung⁵⁷ ist es rechtsstaatlich wünschenswert, den persönlichen Kontakt des Vollstreckungsschuldners mit dem Gerichtsvollzieher (als „Außendienstmitarbeiter der Justiz“) noch zu steigern. Für die Reform der Sachaufklärung ist jedoch auch hervorzuheben, daß zwar §§ 802a Abs. 2 Nr. 2, 802c ZPO eine „automatische“ Vermögensauskunft vorsehen, daneben aber dem Vollstreckungsgläubiger auch ermöglicht wird, den Vollstreckungsantrag auf einzelne Maßnahmen zu beschränken, siehe dazu § 802a Abs. 2 S. 2 ZPO⁵⁸. Dies stärkt grundsätzlich die Wahlfreiheit des Vollstreckungsgläubigers, da dieser nach wie vor „nur“ einen Sachpfändungsantrag stellen oder (wie bisher auch) einen Sachpfändungsantrag mit einem Antrag auf Einholung der Vermögensauskunft verbinden kann. Zu beachten ist auch, daß sich eine solche Wahlmöglichkeit im „Wettlauf der Vollstreckungsgläubiger“ jedoch nachteilig auswirken kann, wenn z.B. ein Gläubiger nur einen Antrag auf Einholung der Vermögensauskunft stellt, während ein anderer zur gleichen Zeit schon die Sachpfändung begehrt. Zu bedenken sind aber auch mögliche Probleme für den Gerichtsvollzieher, dessen Befugnisse mit der „Reform der Sachaufklärung“ gestärkt worden sind⁵⁹: Wenn der Gerichtsvollzieher einen unbeschränkten Vollstreckungsantrag ausführt und dabei zunächst eine (ex post) nicht erfolgreiche Maßnahme (nach seiner Wahl) ergreift, besteht die

zur Abgabe der Vermögensauskunft in den Geschäftsräumen des Gerichtsvollziehers zu bestimmen, der alsbald nach Fristablauf liegen soll, vgl. § 802f Abs. 1 S. 1 und 2 ZPO. Nicht nachvollziehbar ist jedoch, wieso es einer Mitteilung an einen bestellten Prozeßbevollmächtigten nicht bedarf, da dies kaum mit der Stellung eines Prozeßbevollmächtigten im Vollstreckungsverfahren in Einklang zu bringen ist.

⁵⁶ Erfahrungsgemäß erzeugen postalische Zusendungen bei zahlungsunwilligen Vollstreckungsschuldnern weitaus weniger Druck. Nachteilig ist zudem, daß der Gerichtsvollzieher bei der Übersendung viel weniger mit dem Schuldner in Kontakt kommt und von dessen persönlichen Verhältnissen geringere Kenntnisse erlangt, *Seip*, ZRP 2007, S. 23 ff., 23.

⁵⁷ Vgl. zu den Gefahren „privatisierter“ Vollstreckung z.B. *N. Fischer*, DGVZ 2014, S. 49 ff., 54 f. m.w.N.

⁵⁸ Siehe zu § 802a ZPO die Einzelbegründung des Gesetzes, BT-Dr. 16/10069, S. 24.

⁵⁹ Vgl. dazu m.w.N. nur *N. Fischer*, DGVZ 2014, S. 49 ff., 50 f.

Gefahr, daß der (zunächst, oft aber faktisch endgültig) die Kosten tragende Vollstreckungsgläubiger die Wahl der Mittel moniert (im Wege der Erinnerung gem. § 766 ZPO)⁶⁰. Angesichts dieses Risikos ist es unter praktischem Aspekt ratsam, einen - bereits bisher möglichen (und der überwiegenden Formularpraxis entsprechenden) - kombinierten Auftrag zur Sachpfändung und (bei deren Erfolglosigkeit) zur Abnahme der eidesstattlichen Versicherung zu stellen.

b) Modernisiertes Verfahren zur Abnahme der Vermögensauskunft

Eine weiterer Eckpunkt der Reform der Sachaufklärung ist die Modernisierung des Verfahrens zur Abnahme der Vermögensauskunft nach § 802f ZPO⁶¹. Das Ergebnis der Vermögensauskunft des Vollstreckungsschuldners (das funktional dem bisherigen Vermögensverzeichnis iSv. § 807 ZPO a.F. entspricht) soll vom Gerichtsvollzieher als elektronisches Dokument (§ 130b ZPO)⁶² aufgenommen und in die Datenbank eines (einzurichtenden) zentralen Vollstreckungsgerichts eingestellt werden, § 802f Abs. 5, 6 ZPO. Hiervon erhält der Vollstreckungsgläubiger vom Gerichtsvollzieher einen Ausdruck mit dem Vermerk der Übereinstimmung mit dem Inhalt des Vermögensverzeichnisses nach § 802f Abs. 6 ZPO. Der Vollstreckungsschuldner erhält diesen Ausdruck auf Verlangen, vgl. § 802f Abs. 5 S. 3 ZPO. Positiv ist dabei zu bewerten, daß der Gerichtsvollzieher damit weiteren Gläubigern den Inhalt des Verzeichnisses zu

⁶⁰ Siehe *Seip*, ZRP 2007, S. 23 ff., 23 f.; s.a. *N. Fischer*, DGVZ 2007, S. 111 ff., 115.

⁶¹ Vgl. dazu *Seip*, JurBüro 2006, S. 567 ff., 567, der darauf hinweist, daß die Vermögensauskunft im Hinblick auf die vollstreckungsrelevanten Ergebnisse praktisch oft überschätzt werde. Von Bedeutung sei das Offenbarungsverfahren daher vor allem als „Druckmittel“, das insbesondere dann erfolgreich sei, wenn der Vollstreckungsschuldner die negativen Folgen der Eintragung in das Schuldnerverzeichnis mittels Zahlung abwenden will.

⁶² Siehe zur Elektronifizierung des Zivilprozeßrechts m.w.N. *N. Fischer*, Justiz-Kommunikation, 2004, dort insb. S. 11 ff. zu ersten Schritten der Elektronifizierung der Vollstreckung (E-Vollstreckungsrecht, e-execution law); s.a. für den Verweis auf das „Justizkommunikationsgesetz“ auch die Gesetzesbegründung (zur Änderung von § 802d ZPO-E), BT-Dr. 16/10069, S. 37.

Vollstreckungszwecken zugänglich machen kann, § 802k Abs. 2 S. 1 ZPO. Weiterhin sind auch diejenigen (staatlichen) Stellen, die schon bisher auf Vermögensverzeichnisse zugreifen konnten, im Rahmen ihrer Aufgaben einsichtsbefugt nach § 802k Abs. 2 S. 2 ZPO. Dies gilt gemäß § 802k Abs. 2 S. 3 ZPO auch für Vollstreckungs-, Insolvenz- und Registergerichte sowie für Strafverfolgungsbehörden, soweit es zur diesbezüglichen Aufgabenerfüllung erforderlich ist. Grundsätzlich ist das Vermögensverzeichnis für zwei Jahre abrufbar, da es nach Ablauf von zwei Jahren seit Abgabe der Auskunft oder eines neuen Vermögensverzeichnisses zu löschen ist gem. § 802k Abs. 1 S. 4 ZPO⁶³. § 802d Abs. 1 S. 1 ZPO korrespondiert hiermit: Danach ist ein Vollstreckungsschuldner, der eine Vermögensauskunft innerhalb der letzten zwei Jahre abgegeben hat, nur dann zu erneuter Abgabe verpflichtet, wenn eine - vom Vollstreckungsgläubiger glaubhaft zu machende - Veränderung der Vermögensverhältnisse vorliegt⁶⁴.

c) Neugestaltetes Schuldnerverzeichnis

Ein weiteres Anliegen der Sachaufklärungsnovelle betrifft die Neukonzeption des Schuldnerverzeichnisses. Danach ist ein landesweites Zentralverzeichnis einzurichten, das in jedem deutschen Bundesland durch ein zentrales Vollstreckungsgericht geführt wird, § 882h Abs. 1 S. 1 ZPO⁶⁵. Das zentrale Vollstreckungsgericht des Bundeslandes wird durch

⁶³ Zu beachten ist jedoch eine abweichende Wirkungskdauer (drei Jahre) in der Gesetzesbegründung zu § 802k ZPO-E und § 802d ZPO-E, vgl. BT-Dr. 16/10069, S. 29-31 sowie S. 25 f.

⁶⁴ Diesbezüglich ist bereits gefordert worden, daß sowohl die Zustellung einer Zahlungsaufforderung, als auch die Zustellung der Ladung zur Abgabe der Vermögensauskunft vom Gerichtsvollzieher persönlich vorzunehmen sei. Dies wird einerseits mit der Bedeutung und den Folgen der Abnahme einer Vermögensauskunft begründet, andererseits mit Klagen aus der Praxis über Probleme der Zustellung durch die Post AG oder andere private Unternehmen; s. dazu das Papier des DGVB zur „Reform der Zwangsvollstreckung“ (zu § 802f ZPO-E), S. 1; sowie *Seip*, DGVZ 2006, S. 1 ff., 3.

⁶⁵ Deklaratorischen Charakter hat die Bestimmung, wonach die Führung des Schuldnerverzeichnisses eine Maßnahme der Justizverwaltung darstellt, § 882h Abs. 2 S. 3 ZPO; vgl. *N. Fischer*, DGVZ 2010, S. 113 ff., 116 f. (dort Fn. 36).

Rechtsverordnung der jeweiligen Landesregierung bestimmt gem. § 882h Abs. 2 S. 1 ZPO. Der Inhalt des Schuldnerverzeichnisses soll dabei über eine länderübergreifende Abfrage im Internet⁶⁶ eingesehen werden können, § 882h Abs. 1 S. 2 ZPO⁶⁷. Positiv ist daran zu bewerten, daß die Einrichtung einer zentralen Datenbank zu einer Entlastung der Vollstreckungsgerichte von der bisherigen Aufgabe der Verwaltung der Vermögens- und Schuldnerverzeichnisse führt. Damit ist eine Erleichterung für Vollstreckungsrichter und Rechtspfleger (vgl. § 20 Nr. 17 RPflG) verbunden. Zudem bedeutet dies auch einen großen (praktischen) Vorteil für Vollstreckungsgläubiger: Dies gilt insbesondere für die intendierte bundesweite Vernetzung dieser Datenbanken durch die Länder gemäß § 882h Abs. 1 S. 2 ZPO, denn damit können Vollstreckungsgläubiger mit relativ geringem Aufwand landesweit gültige und aktuelle Informationen erhalten. Weiterhin wurde die Voraussetzung für eine Eintragung im Schuldnerverzeichnis mit der Reform der Sachaufklärung geändert⁶⁸. Über die Eintragung entscheidet grundsätzlich der zuständige Gerichtsvollzieher von Amts wegen nach § 882c ZPO, bzw. in den Fällen der §§ 26 Abs. 2 InsO, 882b Abs. 1 Nr. 3 ZPO das zuständige Insolvenzgericht oder die Vollstreckungsbehörde iSd. Abgabenordnung (AO), vgl. § 882b Abs. 1 Nr. 2 ZPO. Daraus folgt, daß diesbezüglich nicht mehr - wie bisher (vgl. den mittlerweile aufgehobenen § 915 Abs. 1 ZPO a.F.) - die Abgabe der eidesstattlichen Versicherung nach § 807 ZPO a.F. oder die Haftanordnung gem. § 901 Abs. 1 ZPO a.F., sondern die fehlende oder unzureichende Erfüllung vollstreckungsrechtlicher Auskunftspflichten durch den Vollstreckungsschuldner (§ 882c Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 3 ZPO) sowie die Erfolglosigkeit der Zwangsvollstreckung (§ 882c Abs. 1 Nr. 2 ZPO)

⁶⁶ Man denke hier auch an die (gläubigerfreundliche) Einrichtung einer zentralen Internetseite für Insolvenzeröffnungen, vgl. unter <https://www.insolvenzbekanntmachungen.de/>. Auf dieser Internetseite veröffentlichen die Insolvenzgerichte in Deutschland die Bekanntmachungen, die vorzunehmen sind, wenn ein Insolvenzverfahren beantragt worden ist.

⁶⁷ Eine weitere Zentralisierungsmöglichkeiten für Gebühreneinzug und -verteilung bezüglich der Abfrage bietet die Regelungskompetenz des § 882h Abs. 1 S. 3 ZPO.

⁶⁸ Vgl. die Einzelbegründung (zu § 882b ZPO-E) des Entwurfs, BT-Dr. 16/10069, S. 35-37.

maßgebend ist⁶⁹. Außerdem ist geregelt, daß alle diejenigen Personen Einsicht in das Schuldnerverzeichnis nehmen können, die eine Informationsberechtigung nach § 882f S. 1 Nr. 1-6 ZPO haben.

Praxisprobleme können sich jedoch aus der (datenschutzrechtlich nötigen) Einschränkung ergeben, wonach Informationen aus dem Schuldnerverzeichnis nur für den Zweck verwendet werden dürfen, für den sie übermittelt worden sind und eine Löschung nach Zweckerreichung obligatorisch ist, § 882f S. 2 ZPO. Während sich diese Zweckbindung bei öffentlichen Stellen bereits aus den (zwingenden, vgl. Art. 20 Abs. 3 GG) Vorgaben des Datenschutzes⁷⁰ ergibt, ist zu hinterfragen, ob der verpflichtende Hinweis an nichtöffentliche Stellen bei Übermittlung von Informationen aus dem Schuldnerverzeichnis (§ 882f S. 3 ZPO) ausreicht, um den Anforderungen des Datenschutzes nachzukommen⁷¹. Denn auch diesbezüglich ist der empirischen Vermutung und Praxiserfahrung vieler Datenschützer in Deutschland zu folgen: Was einmal an Daten gesammelt wurde, ist nur mühsam wieder aus der (Daten-) Welt zu entfernen. Nicht nur in jüngerer Zeit in Deutschland virulente Fälle des Mißbrauchs von Arbeitnehmer- und Verbraucherdaten lassen dies befürchten. Auch ist es nicht unwahrscheinlich, daß Gläubiger die nur zu oft geringen Anhaltspunkte auf ihre säumigen Schuldner nicht (freiwillig) wieder

⁶⁹ Siehe krit. *Seip*, DGVZ 2006, S. 1 ff., 7. Positiv für den Vollstreckungsgläubiger ist jedenfalls, daß der säumige Vollstreckungsschuldner damit früher als bisher vom Schuldnerverzeichnis erfaßt wird. Zu beachten ist jedoch auch, daß die Eintragung von Vollstreckungsschuldnern, die eine Vermögensauskunft abgegeben haben, künftig deutlich später als bisher erfolgen wird, da diesen mit § 882c Abs. 1 Nr. 3 S. 1 ZPO grds. eine weitere Frist von einem Monat zur Begleichung der Schuld (mit der Folge der Abwendung der Eintragung) eingeräumt wird.

⁷⁰ Vgl. zu Zivilprozeß und Datenschutz hier insb. *G. Wagner*, ZZP 108 (1995), S. 193 ff. m.w.N.; s.a. *N. Fischer*, Justiz-Kommunikation, 2004, S. 50 ff. (zur „Datenvertraulichkeit“).

⁷¹ Nach wie vor werden die grundsätzlichen Fragen im Hinblick auf den Zivilprozeß als „Informations- und Kommunikationssystem“ und die daraus folgende Rolle des Datenschutzes im Zivilprozeß nicht angemessen berücksichtigt (vgl. dazu m.w.N. *Werner*, NJW 1997, S. 293 ff.; *Gilles*, in Kiss/Varga (Hg.), FS Németh, 2003, S. 557 ff., 567), ganz zu schweigen von der zivilprozessualen Zwangsvollstreckung.

aufgeben wollen⁷². Bei der Neukonzeption des Schuldnerverzeichnisses ist schließlich noch auf die Neuregelungen zu Erzwingungshaft und Haftvollstreckung nach § 802g und § 802h ZPO hinzuweisen: Damit ist eine Verschlechterung der Rechtsstellung des Gläubigers verbunden, denn ungeachtet der Kritik aus Theorie und Praxis wurde die Verkürzung der Wirkungsdauer eines Haftbefehls (und der Vermögensauskunft) von bisher drei Jahren auf nunmehr zwei Jahre realisiert, § 802h Abs. 1 und § 802d Abs. 1 S. 1 ZPO⁷³.

d) Gestärkte Kompetenzen des Gerichtsvollziehers

Schließlich umfaßt die Reform der Sachaufklärung weitere Änderungen des allgemeinen Vollstreckungsrechts. Diesen ist gemeinsam, daß sie ausweislich der Reformbegründung jeweils zu einer effektiveren Vollstreckung - und damit zu einer verbesserten Beitreibung (§ 802a Abs. 1 ZPO) - beitragen sollen⁷⁴. Hervorhebenswert ist dabei die Normierung eines Grundsatzes der „effektiven Vollstreckung“ in § 802a Abs. 1 ZPO. Dieser Grundsatz, der die bisher verstreuten Einzelvorschriften zur gütlichen Erledigung des Vollstreckungsauftrages zusammenfasst⁷⁵, kann bei Entscheidungsspielräumen und Abwägungsfragen für Gerichtsvollzieher und Gläubiger gleichermaßen hilfreich sein. Die erweiterten Regelbefugnisse des Gerichtsvollziehers gem. § 802a Abs. 2 ZPO können wiederum dazu beitragen, Vollstreckungsverzögerungen durch nötige weitere Anträge bzw. Rückfragen des Vollstreckungsgläubigers zu verhindern. Zu den Änderungen des allgemeinen Vollstreckungsrechts gehört z.B. die Novellierung von § 755 ZPO: Diese weist dem Gerichtsvollzieher die Befugnis zur Ermittlung des Aufenthaltsortes des Schuldners durch Einholung von Auskünften aus dem Melderegister (vgl. § 21

⁷² Vgl. dazu *N. Fischer*, DGVZ 2010, S. 113 ff., 117.

⁷³ § 802h ZPO-DiskE hatte noch eine Wirkungsdauer von nur einem Jahr vorgesehen, s. dazu das Papier des DGVB zur „Reform der Zwangsvollstreckung“ (zu § 802h ZPO-E), S. 1 f.; sowie krit. *N. Fischer*, DGVZ 2010, S. 113 ff., 117.

⁷⁴ Siehe den „Entwurf eines Gesetzes zur Reform der Sachaufklärung in der Zwangsvollstreckung“, BT-Dr. 16/10069, s. z.B. S. 21; s. dazu *N. Fischer*, DGVZ 2010, S. 113 ff., 117 f. m.w.N.

⁷⁵ Vgl. zu § 802a ZPO-E die Einzelbegründung, BT-Dr. 16/10069, S. 24.

Melderechtsrahmengesetz, MRRG) zu⁷⁶. Ebenfalls vorteilhaft für eine effektive Vollstreckung sind die erweiterten Regelbefugnisse des Gerichtsvollziehers für die Vollstreckung von Zahlungstiteln (§ 802a Abs. 2 ZPO). Zu diesen Regelbefugnissen zählen nach § 802a Abs. 2 S. 1 Nr. 1-5 ZPO (u.a.) die gütliche Erledigung (§ 802b ZPO), die Einholung einer Vermögensauskunft (§ 802c ZPO) und von Drittauskünften über das Schuldnervermögen (§ 802l ZPO) sowie eine erleichterte Vorpfändung (ohne Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung und Zustellung des Schuldtitels, vgl. § 845 ZPO). Vorteilhaft für die Vollstreckung ist schließlich auch die mit dem reformierten § 802b ZPO eingeräumte Kompetenz des Gerichtsvollziehers, dem Schuldner eine Zahlungsfrist einzuräumen oder eine Schuldtilgung im Wege der Ratenzahlung zu gestatten.

e) „Gütliche Erledigung“ im Zwangsvollstreckungsrecht

Im Zuge der ZPO-Reform 2002 (ZPO-RG) hat das deutsche Bundesjustizministerium (BMJ) die Einführung der obligatorischen gerichtlichen Güteverhandlung im zivilprozessualen Erkenntnisverfahren (§ 278 Abs. 2 ZPO)⁷⁷ mit dem Schlagwort „Schlichten statt Richten“ propagiert. Darüber hinaus ist die verstärkte Zunahme von Elementen der ADR (Alternative Dispute Resolution)⁷⁸ als neuer „Trend“ im staatlichen

⁷⁶ Siehe Art. 1 Nr. 4 des „Gesetzes zur Reform der Sachaufklärung in der Zwangsvollstreckung“. Dies ist insbesondere für Gläubiger von Zahlungstiteln (bzgl. Miete, Schadensersatz) sinnvoll (Zeitvorteil), da häufige Ortwechsel ehemaliger Mieter mit Schulden die Vollstreckung oft verzögern oder den Vollstreckungserfolg ganz in Frage stellen. Ein zentrales Problem hierbei ist, daß der Meldeort nicht identisch mit dem tatsächlichen Wohnort (vgl. §§ 7-11 BGB) ist, der iSv. § 13 ZPO relevant ist (vgl. m.w.N. nur Zöller, 30. Aufl., *Vollkommer* zu § 13 ZPO, Rn. 3 f.).

⁷⁷ Vgl. zum „Schlichtungszwang“ nach § 278 Abs. 2 S. 1 ZPO z.B. E. Schneider, ZAP 11/2002, S. 641 ff., 644 (Fach 13, S. 1147 ff., 1150); s.a. N. Fischer/R. Schmidtbleicher, AnwBl 2005, S. 233 ff.

⁷⁸ Siehe zu Alternative Dispute Resolution (ADR) und speziell zu Mediation z.B. Henssler/Koch (Hg.), *Mediation in der Anwaltspraxis*, 2000; Duve, *Mediation und Vergleich im Prozeß*, 1999; Stempel (Hg.), *Mediation für die Praxis*, 1998; Ponschab/Schweizer, *Kooperation statt Konfrontation*, 1997; Breidenbach, *Mediation*,

Vollstreckungsrecht festzustellen⁷⁹. Gerade in der wirtschaftsrechtlichen Praxis haben Streitvermeidung und außergerichtliche Streitschlichtung in den letzten Jahren eine immer größere Bedeutung erlangt - und damit rechtsberatende und rechtsgestaltende Tätigkeiten insgesamt⁸⁰. Für den beispielhaften Bereich des Verfahrensrechts ist hier insbesondere an die verstärkte Inanspruchnahme von Alternativen zur Justiz zu denken. Vor allem gilt es außergerichtliche Konfliktlösungsmöglichkeiten zu berücksichtigen, die mit Streitschlichtung im allgemeinen und Mediation im besonderen angesprochen sind⁸¹. Dies ist auch für die Gerichtsvollzieherpraxis zu beachten – man denke hier nur an den Gerichtsvollzieher als Vermittler zwischen Gläubiger und Schuldner⁸². Diese Entwicklung zeigt sich besonders deutlich bei den (nachfolgend skizzierten) Neuregelungen zur „gütlichen Erledigung“ iSv. § 802b Abs. 1 ZPO des Vollstreckungsauftrages durch den Gerichtsvollzieher im Rahmen der Reform der Sachaufklärung⁸³.

1995; *Haft*, Verhandeln, 1992; *Fisher/Ury/Patton*, Das Harvard-Konzept, 23. Aufl., 2009.

⁷⁹ Vgl. dazu m.w.N. *N. Fischer*, DGVZ 2008, S. 49 ff., 52.

⁸⁰ Siehe m.w.N. *Gilles*, Seoul Law Journal, Vol. XLV, No. 2 (6/2004), S. 207 ff., 213 f.; *H. Koch*, JuS 2000, S. 320 ff., 321, 323 f.; *Däubler*, Verhandeln und Gestalten – der Kern der neuen Schlüsselqualifikationen, 2003; sowie *Gilles*, JuS 1981, S. 402 ff., 408 f.

⁸¹ Wie gerade die wirtschaftsrechtliche Praxis zeigt, haben auch die Schlüsselqualifikationen (sog. soft skills, vgl. § 5a Abs. 3 S. 1 DRiG) eine besondere Bedeutung gewonnen. Im Rahmen der Juristenausbildungsdebatte wird bereits berücksichtigt, daß das klassische konflikt- und streitentscheidungsgeprägte Denken und Handeln zunehmend durch Strategien einer außergerichtlichen Konfliktbereinigung ergänzt oder sogar ersetzt wird. Vgl. *N. Fischer*, DGVZ 2008, S. 49 ff., 52 m.w.N. Vgl. zur wachsenden Bedeutung der Mediation auch das Mediationsgesetz (MediationsG) v. 21.07.2012, BGBl. I S. 1577.

⁸² Vgl. zur „Zukunft der gütlichen Vollstreckung“ den gleichnamigen Beitrag von *Schwörer*, DGVZ 2011, S. 77 ff. m.w.N.; krit. zur Schlichtung durch Gerichtsvollzieher *Bruns*, DGVZ 2010, S. 24 ff., 28 f.

⁸³ Siehe zur „Vollstreckungsvereinbarung im System der Zwangsvollstreckung“ den gleichnamigen Beitrag von *Hergenröder*, DGVZ 2013, S. 145 ff. m.w.N.; zur „gütlichen Erledigung der Zwangsvollstreckung als Leitprinzip“ ebenfalls m.w.N. *Hergenröder*, DGVZ 2012, S. 105 ff. (Teil 1); S. 129 ff. (Teil 2).

Hilfreich für die praktische Arbeit des Gerichtsvollziehers ist die ihm mit § 802b ZPO eingeräumte Kompetenz, dem Vollstreckungsschuldner eine Zahlungsfrist einzuräumen oder eine Schuldtilgung im Wege der Ratenzahlung zu gestatten, wenn der Vollstreckungsgläubiger eine Zahlungsvereinbarung nicht ausgeschlossen hat. Im Vergleich zur bisherigen Regelung einer „gütlichen und zügigen Erledigung“ in § 806b ZPO (a.F.)⁸⁴ stellt dies eine eindeutige Verbesserung dar, gerade bezüglich der Verlängerung der Soll-Tilgungsfrist von sechs auf zwölf Monate, § 802b Abs. 2 S. 3 ZPO. Insbesondere ist es sachgerecht, mit dem Vollstreckungsantrag die gesetzliche Befugnis vorzusehen, daß der Gerichtsvollzieher mit Wirkung für den Vollstreckungsgläubiger Stundungsvereinbarungen treffen kann (siehe § 802b Abs. 2 ZPO als Konkretisierung des Grundsatzes nach dessen Abs. 1)⁸⁵: Aus der Vollstreckungspraxis ist bekannt, daß der Gerichtsvollzieher vor Ort die aktuelle finanzielle Situation des Schuldners und dessen Lebensumstände regelmäßig besser als der Gläubiger beurteilen kann. Die Interessen des Vollstreckungsgläubigers sind dennoch gewahrt, da er nach dem (austarierten) Regelungsmechanismus des § 802b Abs. 3 ZPO die Möglichkeit hat, dem Zahlungsplan zu widersprechen – und damit auch den Vollstreckungsaufschub nach § 802b Abs. 2 S. 2 ZPO zu beenden: Gemäß § 802b Abs. 3 S. 1 ZPO hat der Gerichtsvollzieher⁸⁶ die Verpflichtung zur unverzüglichen Unterrichtung des Vollstreckungsgläubigers über Zahlungsplan und Vollstreckungsaufschub. Der Vollstreckungsgläubiger

⁸⁴ Vgl. dazu Zöller, 23. Aufl., *Stöber* zu § 806b ZPO, Rn. 1 m.w.N.

⁸⁵ Siehe auch *N. Fischer*, DGVZ 2010, S. 113 ff., 118; zuvor zum DiskE *N. Fischer*, WuM 2007, S. 239 ff., 244; jeweils m.w.N.

⁸⁶ Vgl. den Wortlaut von § 802b Abs. 3 S. 1 ZPO („Der Gerichtsvollzieher unterrichtet den Gläubiger unverzüglich...“) und die Legaldefinition des § 121 Abs. 1 S. 1 BGB. Nicht gesetzlich geregelt ist der Fall, daß diese Unterrichtung unterbleibt. Folgt man der Systematik von § 802b Abs. 3 ZPO, wäre es konsequent, den Vollstreckungsaufschub dann als fortbestehend zu betrachten – mit der Möglichkeit eines jederzeit möglichen späteren Widerspruchs des Vollstreckungsgläubigers, der zur Beendigung des Vollstreckungsaufschubs führt. Fern liegt dagegen die Auffassung, den Vollstreckungsaufschub in einem solchem Fall a priori zu negieren, vgl. § 802b Abs. 2 S. 2 ZPO einerseits und § 802b Abs. 3 ZPO andererseits.

kann durch seinen unverzüglichen Widerspruch den Zahlungsplan „hinfällig“ werden lassen. Daran knüpft § 802b Abs. 3 S. 2 2. Hs. ZPO das Ende des Vollstreckungsaufschubs nach § 802b Abs. 2 S. 2 ZPO. Zu kritisieren ist zwar, daß diese „Hinfalligkeit“ tatbestandlich unklar ist. Jedoch darf angenommen werden, daß damit (ex lege) die Bindung des Vollstreckungsgläubigers an den vom Gerichtsvollzieher mit dem Schuldner vereinbarten Zahlungsplan erlischt⁸⁷. Die Regelung in § 802b Abs. 3 S. 3 ZPO ist jedenfalls konsequent: Danach treten die (o.g.) Wirkungen der „Hinfalligkeit“ des Zahlungsplanes und des Endes des Vollstreckungsaufschubes auch dann ein, wenn der Vollstreckungsschuldner mit einer festgesetzten (Raten-) Zahlung ganz oder teilweise länger als sechs Wochen in Rückstand gerät. Positiv ist zu bewerten, daß nachteilige Wirkungen aufgrund von (denkbaren) Verzögerungstaktiken des Vollstreckungsschuldners damit limitiert werden können. Es ist jedoch unvorteilhaft und wenig praxisnah, daß auch eine einmalige Abweichung bei einzelnen Raten, die die Frist von zwei Wochen überschreitet, eine - für beide Parteien wirtschaftlich sinnvolle - gütliche Lösung leicht zunichte machen kann⁸⁸. Aus Sicht von Theorie und Praxis wäre diesbezüglich jedenfalls eine flexiblere Regelung mit einem Ermessensspielraum des Gerichtsvollziehers vorzugswürdiger gewesen⁸⁹.

⁸⁷ Siehe auch *N. Fischer*, DGVZ 2010, S. 113 ff., 118.

⁸⁸ Die (Neu-) Regelung sieht nach ihrem Tatbestand nämlich keinen Ermessensspielraum vor, siehe § 802b Abs. 3 S. 3 ZPO („Dieselben Wirkungen treten ein...“). Positiv ist dies im Sinne einer gleichmäßigen und berechenbaren Rechtsanwendung, ungünstig ist dies im Hinblick auf den - im Ergebnis u.U. gerade auch für den Vollstreckungsgläubiger - nachteiligen Automatismus im Sinne eines nach § 802b Abs. 3 S. 3 ZPO erheblichen „Zahlungsrückstandes“. Im Vorfeld der Novelle ist bereits angeraten worden, für Ratenzahlungsvereinbarungen keine gesetzliche Zeitbegrenzung, sondern die Möglichkeit vorzusehen, daß diese Frage von den Gerichtsvollziehern grundsätzlich in Absprache mit den Parteien individuell geregelt werden kann. Dies galt insbesondere dem ursprünglichen Wortlaut des Reformgesetzes in § 802b Abs. 3 S. 3 ZPO-DiskE (relevant war danach ein Zahlungsrückstand von sieben Tagen). Vgl. dazu das Papier des DGVB zur „Reform der Zwangsvollstreckung“ (zu § 802b ZPO n.F.), S. 1 sowie die Einzelbegründung zu § 802b ZPO-E, BT-Dr. 16/10069, S. 24 f.

⁸⁹ Nicht unbeachtet bleibt, daß auch eine solche Lösung ebenfalls zu Unwägbarkeiten für alle Beteiligten führen kann, vgl. *N. Fischer*, DGVZ 2010, S. 113 ff., 118.

Eine weitere Kritik an den reformbedingten Neuregelungen betrifft den Verlust an Flexibilität bei der „gütlichen Erledigung“⁹⁰: Dies gilt besonders für die Einschränkung der Teilzahlungsgewährung gemäß § 802b Abs. 2 S. 1 1. Hs. ZPO⁹¹. Gemäß der Intention des Gesetzgebers der Reform der Sachaufklärung werden die bisherigen Regelungen der §§ 806b, 813a, 900 Abs. 3 ZPO a.F. durch § 802b ZPO ersetzt⁹². Danach kann der Gerichtsvollzieher dem Vollstreckungsschuldner eine Zahlungsfrist einräumen oder eine Tilgung durch Teilleistungen (in bis zu zwölf Monatsraten) gestatten, wenn dieser glaubhaft darlegen kann, die nach Höhe und Zeitpunkt festzusetzenden Zahlungen erbringen zu können. Aufgrund des expliziten Vorbehalts des fehlenden Ausschlusses einer Zahlungsvereinbarung ist der Vollstreckungsschuldner jedoch (anders als bisher) diesbezüglich zwingend auf das Wohlwollen des Vollstreckungsgläubigers angewiesen⁹³. Damit ist eine Verschlechterung der Rechtslage für den Vollstreckungsschuldner verbunden: Bis zur Reform der Sachaufklärung haben §§ 813b, 900 Abs. 3 ZPO a.F. ermöglicht, daß der Vollstreckungsschuldner (unter Abwägung der beiderseitigen Interessen) auch dann seine Schuld in Raten tilgen darf, wenn der Vollstreckungsgläubiger dem nicht zustimmt⁹⁴. Diese Verschlechterung der Rechtsposition des Vollstreckungsschuldners ist zwar unter Berücksichtigung der Aufgabe des Vollstreckungsrechts und des Vollstreckungsanspruchs des Gläubigers rechtsstaatlich (noch) vertretbar. Fraglich ist jedoch, ob sie auch systematisch sinnvoll und praxistauglich ist.

⁹⁰ Vgl. dazu *N. Fischer*, DGVZ 2010, S. 113 ff., 118 f.; noch zum DiskE *N. Fischer*, WuM 2007, S. 239 ff., 244; jeweils m.w.N.

⁹¹ Siehe den Wortlaut des 1. Halbsatzes: „Hat der Gläubiger eine Zahlungsvereinbarung nicht ausgeschlossen“; s.a. *Seip*, ZRP 2007, S. 23 ff., 24 f. m.w.N.

⁹² Vgl. die Begründung des Gesetzesentwurfs zu § 802b ZPO-E, BT-Dr. 16/10069, S. 24 f.

⁹³ Siehe auch *Seip*, DGVZ 2006, S. 1 ff., 5; *Seip*, JurBüro 2006, S. 567 ff., 570; jew. m.w.N.

⁹⁴ Ausnahme vom Grundsatz gemäß § 266 BGB. Wie *Seip* mit Blick auf den historischen Gesetzgeber feststellt, sind die Regelungen der § 813b ZPO (a.F.) sowie § 900 Abs. 3 ZPO (a.F.) zeitgleich mit § 765a ZPO geschaffen worden, was wiederum Rückschlüsse auf deren unterschiedliche Regelungsaufgaben zuläßt; vgl. *Seip*, ZRP 2007, S. 23 ff., 24 f. m.w.N.

Von Bedeutung ist hierbei, daß nach der Vorstellung des Reformgesetzgebers die Regelungsaufgaben der früheren §§ 813b, 900 Abs. 3 ZPO a.F. durch §§ 765a, 766 ZPO mit übernommen werden sollen⁹⁵ - und zwar ungeachtet der verschiedenen Funktionen von §§ 806b, 813a, 813b, 900 Abs. 3 ZPO (a.F.) einerseits und von §§ 765a, 766 ZPO⁹⁶ andererseits. Insbesondere kann Vollstreckungsschutz nach § 765a ZPO ausweislich des restriktiven Normtatbestandes nur dann gewährt werden, wenn die Vollstreckungsmaßnahme auf Grund „ganz besonderer Umstände eine Härte bedeutet, die mit den guten Sitten nicht vereinbar ist“⁹⁷. Dementsprechend ist § 765a ZPO im Fall der Versteigerung gepfändeter Gegenstände regelmäßig nicht anwendbar: Fraglich ist, wieso diese Vollstreckungsmaßnahme grundsätzlich nicht mit „den guten Sitten“ vereinbar sein soll. Daher ist bereits rechtssystematisch fraglich, wie die vom Reformgesetzgeber intendierte „Aufgabenübertragung“ von § 813b ZPO (a.F.) auf § 765a ZPO bewirkt werden soll. Zudem wird der Wegfall von § 813b ZPO (a.F.) als Schuldnerschutznorm nicht vollständig kompensiert. Entsprechendes gilt für die bisherige Regelung zur Terminvertagung zur Abgabe der Vermögensauskunft⁹⁸: Bis zur Reform der Sachaufklärung ist Terminvertagung und Ratenzahlung dann möglich gewesen, wenn der Vollstreckungsschuldner glaubhaft machen konnte, daß er die Forderung binnen einer Frist von sechs Monaten tilgen werde (vgl. § 900 Abs. 3 S. 1 ZPO a.F.). In einem solchen Fall wird die Gewährung von Vollstreckungsschutz gemäß § 765a ZPO typischerweise nicht möglich sein, da alleine die Abgabe der Vermögensauskunft typischerweise keine „unbillige Härte“ begründet. Rechtsdogmatisch ungeklärt ist schließlich auch die (intendierte) Übertragung von Regelungsaufgaben auf die Vollstreckungserinnerung nach § 766 ZPO: Ausweislich des Wortlauts von § 766 ZPO sind für die Begründetheit einer Vollstreckungserinnerung nur Fehler relevant, die Art und Weise der Zwangsvollstreckung sowie das vom

⁹⁵ Vgl. BT-Dr. 16/10069, S. 32 f.

⁹⁶ Siehe zu der für den Vollstreckungsschuldner bestehenden Schwierigkeit der zutreffenden Auswahl zwischen beiden Rechtsbehelfen hier nur *Seip*, JurBüro 2006, S. 567 ff., 571.

⁹⁷ Vgl. zur Auslegung nur Zöllner, 30. Aufl., *Stöber* zu § 765a ZPO, Rn. 1 ff. m.w.N.

⁹⁸ Siehe dazu *N. Fischer*, DGVZ 2010, S. 113 ff., 119 m.w.N.

Gerichtsvollzieher zu beobachtende Verfahren betreffen. Da eine Versagung der ratenweisen Schuldentilgung durch den Vollstreckungsgläubiger nach reformiertem Vollstreckungsrecht stets gerechtfertigt ist (vgl. § 802b Abs. 2 S. 1 1. Hs. ZPO), stellt die Versagung von Ratenzahlung keinen Fehler (im o.g. Sinn) dar; vielmehr ist dieses Ergebnis sogar vom geltenden Vollstreckungsrecht gedeckt. Ungeachtet ihrer Existenzberechtigung sind die speziellen Schutzbestimmungen der §§ 806b, 813a, 813b, 900 Abs. 3 ZPO a.F. jedoch mit der Reform der Sachaufklärung weggefallen. Festzuhalten ist damit, daß die Regelung der „gütlichen Erledigung“ gemäß § 802b ZPO zwar zu einer Stärkung der Rechtsstellung des Vollstreckungsgläubigers führt, aber insoweit zu weniger Flexibilität in der Vollstreckung – und im Ergebnis auch zu einer Beschneidung der Kompetenzen des Gerichtsvollziehers⁹⁹.

f) Verfassungskonformität der Reform der Sachaufklärung?

Den Überblick zur Reform der Sachaufklärung abschließend soll wenigstens noch kurz auf die Frage der Verfassungsmäßigkeit der Voranstellung der Vermögensauskunft (als zentrales Reformanliegen) eingegangen werden¹⁰⁰. Verfassungsrechtliche Bedenken können sich insbesondere aus der Judikatur zur Erzwingungshaft für die Abgabe der eidesstattlichen Versicherung (§ 901 ZPO a.F.) ergeben¹⁰¹: Das Bundesverfassungsgericht bejahte damals die Verfassungsmäßigkeit des (früheren) § 901 ZPO (a.F.) im Hinblick auf Art. 2 Abs. 2 S. 2, Art. 3 Abs. 1 sowie Art. 20 Abs. 3 GG, und zwar im wesentlichen deshalb, weil der

⁹⁹ Der Appell des vollstreckungsrechtlichen Schrifttums an den Gesetzgeber, vor dem Inkrafttreten des § 802b ZPO durch diesbezügliche Korrekturen der Sachaufklärungsnovelle die volle Flexibilität des bisherigen Rechtszustandes zu erhalten, ist jedoch folgenlos geblieben; vgl. m.w.N. z.B. *Seip*, DGVZ 2006, S. 1 ff., 5; *N. Fischer*, DGVZ 2010, S. 113 ff., 119; *N. Fischer*, DGVZ 2007, S. 111 ff., 117.

¹⁰⁰ Vgl. *Seip*, ZRP 2007, S. 23 ff., 24; *Seip*, DGVZ 2006, S. 1 ff., 6; *Seip*, JurBüro 2006, S. 567 ff., 568 f.; s.a. *N. Fischer*, DGVZ 2007, S. 111 ff., 118; jew. m.w.N.

¹⁰¹ Siehe zur Rechtsprechung des BVerfG zum zivilprozessualen Vollstreckungsrecht allg. *N. Fischer*, Vollstreckungszugriff als Grundrechtseingriff, S. 62 ff.; vgl. zur Entscheidung des BVerfG vom 19.10.1982, Az.: 1 BvL 34, 55/80 (BVerfGE 61, 126 ff.) *N. Fischer*, Vollstreckungszugriff als Grundrechtseingriff, S. 135 ff. m.w.N.

Vollstreckungsschuldner jederzeit die eidesstattliche Versicherung abgeben und damit seine Inhaftierung abwenden könne. In dem damals entschiedenen Fall¹⁰² war jedoch der Ladung zur Vermögensoffenbarung gesetzeskonform eine erfolglose Sachpfändung vorausgegangen (siehe §§ 807, 900 ZPO a.F.). Nicht ausgeschlossen ist damit, daß sich die Frage der Verfassungsmäßigkeit der Haftanordnung erneut stellen kann¹⁰³: Nach dem reformierten Vollstreckungsrecht kommt es zu einer sofortigen Erzwingung der Vermögensauskunft dadurch, daß es dem Vollstreckungsgläubiger freigestellt ist, die Vermögensauskunft als erste Maßnahme zu beantragen, vgl. §§ 802a Abs. 2 S. 1 Nr. 2, 802c ZPO. Nach Ergebnis und Begründung der damaligen Entscheidung kann daher auch das reformierte Vollstreckungsrecht verfassungsrechtlich problematisiert werden, wenn das Bundesverfassungsgericht erneut den (methodologisch nicht unproblematischen) Grundsatz der Verhältnismäßigkeit¹⁰⁴ als (abstrakten) Prüfungsmaßstab heranzieht. Insbesondere unter dem Gebot der Angemessenheit (Verhältnismäßigkeit i.e.S.) unter dem Blickwinkel der praktischen Konkordanz (Abwägung zwischen dem Vollstreckungsanspruch des Gläubigers aus Art. 14 Abs. 1 GG gegenüber dem Schutz der Freiheit des Vollstreckungsschuldners aus Art. 2 Abs. 2 GG) können verfassungsrechtliche Probleme dann auftreten, wenn ein säumiger Vollstreckungsschuldner unmittelbar mit einer Zahlungsaufforderung und für den Fall der Nichtzahlung mit einer Ladung zur Vermögensauskunft konfrontiert wird, deren Nichtbefolgung Haft bis zu sechs Monaten zur Folge haben kann (vgl. § 913 ZPO a.F. sowie §§ 802g, 802j ZPO)¹⁰⁵. Für

¹⁰² Vgl. zum Sachverhalt der Entscheidung BVerfGE 61, 126 ff.; vgl. für eine Entscheidungsanalyse *N. Fischer*, Vollstreckungszugriff als Grundrechtseingriff, S. 135 ff. m.w.N.

¹⁰³ Siehe dazu m.w.N. *N. Fischer*, DGVZ 2010, S. 113 ff., 119 f.; noch zum DiskE *N. Fischer*, WuM 2007, S. 239 ff., 245.

¹⁰⁴ Vgl. m.w.N. zur Kritik *N. Fischer*, Vollstreckungszugriff als Grundrechtseingriff, S. 136 f.; s.a. *N. Fischer*, Rpfleger 2004, S. 599 ff.

¹⁰⁵ Siehe *Seip*, ZRP 2007, S. 23 ff., 24. Vgl. auch den Vorschlag von *Seip*, wonach die Zustellung von Zahlungsaufforderung und Terminladung durch den Gerichtsvollzieher in persona zu erfolgen hat, weil dadurch gleich zu Beginn eine persönliche Kontaktaufnahme mit dem Vollstreckungsschuldner möglich sei. In historischer Sicht ist zudem anzumerken, daß die Voranstellung der Vermögensoffenbarung an den

eine verfassungsrechtliche Angemessenheit spricht jedoch, daß der zur Vermögensauskunft geladene Vollstreckungsschuldner die Haft (jederzeit) dadurch abwenden kann, daß er die geforderte Auskunft erteilt (siehe auch § 802i ZPO zur Vermögensauskunft des verhafteten Vollstreckungsschuldners). Letztlich unsicher ist jedoch, ob eine solche - am Zweck des zivilprozessualen Vollstreckungsrechts orientierte - Ansicht¹⁰⁶ für das Bundesverfassungsgericht leitend sein wird, falls dieses sich künftig erneut mit der Voranstellung der Vermögensauskunft an den Vollstreckungsbeginn befassen müßte. Noch fraglicher ist allerdings, ob der (Verfahrens-) Gesetzgeber dieses Kernstück der Reform der Sachaufklärung ohne verfassungsgerichtliche Entscheidung korrigiert¹⁰⁷. Damit wird auch hier folgendes deutlich: Die Kritik der Prozeßrechtswissenschaft verhält häufig ungehört, während die (typischerweise nachgelagerte) Verfassungsgerichtskontrolle den Prozeßrechtsgesetzgeber oft zum Handeln zwingt – und damit Reformen der (Prozeßrechts-) Reformen bedingt.

2. Zum MietRÄndG und seiner Kritik

Das deutsche Vollstreckungsrecht hat in jüngerer Zeit eine weitere Reformierung erfahren, und zwar - gerade für den ausländischen Beobachter - relativ unbemerkt, nämlich durch das „Gesetz über die energetische Modernisierung von vermietetem Wohnraum und über die vereinfachte Durchsetzung von Räumungstiteln“, kurz: MietRÄndG, das im wesentlichen zum 01.05.2013 in Kraft getreten ist.

Vollstreckungsbeginn schon bei Vorbereitung der Zweiten Zwangsvollstreckungsnovelle diskutiert, von der damaligen Arbeitsgruppe (s. den Schlußbericht der Arbeitsgruppe zur Überarbeitung des Zwangsvollstreckungsrechts vom 23.09.1992, S. 218) jedoch gerade wegen verfassungsrechtlicher Bedenken abgelehnt wurde (vgl. zur Diskussion z.B. *Behr*, Rpfleger 1981, S. 19 ff.; *Münzberg*, Rpfleger 1987, S. 269 ff., 275; jew. m.w.N.); s.a. *Seip*, JurBüro 2006, S. 567 ff., 569.

¹⁰⁶ Vgl. allg. *N. Fischer*, Vollstreckungszugriff als Grundrechtseingriff, S. 62 ff.; sowie zur Entscheidung des BVerfG vom 19.10.1982, Az.: 1 BvL 34, 55/80 (BVerfGE 61, 126 ff.), S. 135 ff. m.w.N.

¹⁰⁷ Siehe m.w.N. *Seip*, DGVZ 2006, S. 1 ff., 6; *Seip*, JurBüro 2006, S. 567 ff., 570; s.a. *N. Fischer*, DGVZ 2010, S. 113 ff., 119 f.; zum DiskE noch *N. Fischer*, WuM 2007, S. 239 ff., 245.

a) Klärungsbedürftiges Regelungsanliegen

Mit dem MietRÄndG sollen Vereinbarungen aus dem Koalitionsvertrag der damaligen Regierungskoalition¹⁰⁸ realisiert werden. Danach soll das „Mietnomadentum“ mittels zivilprozessualer Maßnahmen bekämpft werden¹⁰⁹. Als „Mietnomaden“ werden Personen bezeichnet, die in der Absicht eine Mietwohnung anmieten und beziehen, die vereinbarte Miete nicht zu entrichten. Nachdem der Vermieter einen rechtskräftigen Räumungstitel erstritten (und u.U. bereits die Zwangsvollstreckung eingeleitet hat), verlassen sie schließlich die Mietwohnung, wobei sie stets erhebliche Mietschulden und nicht selten auch eine abgewohnte bis verwüstete Wohnung hinterlassen, und mieten anschließend die nächste Wohnung¹¹⁰. Aus wissenschaftlicher Perspektive ist anzumerken, daß das diesbezügliche Regelungsziel des MietRÄndG, die Bekämpfung des „Mietnomadentums“, bisher weder ausreichend empirisch erforscht, noch breiter literarisch diskutiert worden ist¹¹¹. Unumstrittene Statistiken zum „Mietnomadentum“ in Deutschland gibt es ebenfalls nicht. So wurde bereits darauf hingewiesen, daß sehr unterschiedliche Fallzahlen zum „Mietnomadentum“ genannt werden, und zwar je nachdem welche Seite

¹⁰⁸ Vgl. den Koalitionsvertrag der Regierungskoalition der letzten Legislaturperiode: „Wachstum, Bildung, Zusammenhalt“ vom 26.10.2009, S. 109 f. Das MietRÄndG wurde am 13.12.2012 vom Deutschen Bundestag in der Fassung der Beschlußvorlage des Rechtsausschusses vom 12.12.2012 beschlossen; darin sind Modifikationen gegenüber den im Rechtsausschuss von den Regierungsfractionen beschlossenen Änderungen enthalten, BT-Dr. 17/11894. Dem liegt der Regierungsentwurf gemäß Kabinettsbeschluß v. 23.05.2012 zugrunde, BT-Dr. 17/10485; s. noch zum RegE *N. Fischer*, DGVZ 2012, S. 151 ff. m.w.N.

¹⁰⁹ Siehe dazu m.w.N. *N. Fischer*, Prozeßrechtswissenschaft und Prozeßrechtsgesetzgebung, in: FB Rechtswissenschaft der Goethe-Univ. (Hg.), 100 Jahre Rechtswissenschaft in Frankfurt: Erfahrungen, Herausforderungen, Erwartungen, 2014, S. 453 ff.; s. zu § 940a ZPO auch *Börstinghaus*, NJW 2014, S. 2225 ff.; *N. Fischer*, NZM 2013, S. 249 ff., 250 ff.

¹¹⁰ So *Fedor Brunner*, Das Phänomen des Mietnomaden in der Rechtspraxis. Strukturelle Hintergründe, zivilrechtliche Mechanismen und Perspektiven, 2012, S. 20.

¹¹¹ Vgl. auch Beschlußempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses, BT-Dr. 17/11894, S. 30 (Bericht).

man fragt¹¹²: Während Mieterverbände 1000 Fälle pro Jahr annehmen, gehen einzelne Vermieterverbände von 22.000 Fällen pro Jahr aus. Zu kritisieren ist daher besonders, daß belastbare empirische Untersuchungen fehlen, die die generelle Reformnotwendigkeit nachweisen. Wo es empirische Untersuchungen (in Teilbereichen) gibt, besagen sie genau das Gegenteil¹¹³. Ungeachtet dessen ist im MietRÄndG das rechtstatsächlich kaum erforschte Phänomen „Mietnomadentum“ von der Rechtspolitik als gegeben unterstellt worden. Dies wurde zum Anlaß für weitreichende prozessuale Neuregelungen genommen. Der zweite grundlegende Aspekt betrifft die Geeignetheit und Angemessenheit der eingesetzten Mittel. Damit sind zwei Fragen verbunden: Zum einen ist zu fragen, ob das Zivilprozeßrecht die geeignete Rechtsmaterie ist, um das „Mietnomadentum“ zu bekämpfen. Zum anderen ist zu analysieren, ob und inwieweit die Änderungen selbst zielführend sind (vgl. dazu nachfolgend unter b.-c.). Das Strafrecht - und dort § 263 StGB - gewährleistet (jedenfalls normativ) die sachgerechte Behandlung von Mietnomaden als (regeltypische) Einmietbetrüger¹¹⁴. Im Gegensatz dazu ist das Zivilverfahrensrecht regelmäßig das falsche Mittel, um auf abweichendes Verhalten zu reagieren¹¹⁵. Die Antwort auf die zweite Frage lautet, daß die reformbedingten Änderungen keinesfalls nur Randkorrekturen darstellen, sondern erheblich in die Systematik des deutschen Zivilprozeßrechts eingreifen – und weitergehend sogar in die verfassungsmäßigen Rechte des Mieters. Auf beide Aspekte wird im folgenden noch einzugehen sein. Damit bleibt festzuhalten, daß sowohl die Notwendigkeit der Reform, als auch die Geeignetheit und Angemessenheit ihrer Mittel (hier in Gestalt von Änderungen der Räumungsvollstreckung

¹¹² Siehe m.w.N. *Fedor Brunner*, Das Phänomen des Mietnomaden in der Rechtspraxis, 2012, S. 21 (unter Berufung auf Zahlen des „Immobilienverbandes Deutschland (IVD e.V.)“ (22.000 Fälle p.a.), von „Haus&Grund“ (15.000 Fälle) sowie (nicht näher bezeichnete) „Mieterverbände“ (1000 Fälle).

¹¹³ Vgl. *Börstinghaus*, Stellungnahme aus amtsrichterlicher Sicht, S. 15 ff. m.w.N. (NZM 2012, S. 697 ff.).

¹¹⁴ So auch *Börstinghaus*, Stellungnahme aus amtsrichterlicher Sicht, S. 5 f. (NZM 2012, S. 697 ff.).

¹¹⁵ Abweichend dagegen *Fedor Brunner*, Das Phänomen des Mietnomaden in der Rechtspraxis, 2012, S. 55 ff., 215.

sowie der Ermöglichung der Räumung von Wohnraum im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes) in Frage stehen¹¹⁶.

b) Vereinfachte Durchsetzung von Räumungstiteln, §§ 885, 885a ZPO

Eines der rechtspolitischen Anliegen des MietRÄndG ist die vereinfachte Durchsetzung von Räumungstiteln¹¹⁷. Diese Vereinfachung soll (unter anderem¹¹⁸) durch Änderungen bei der „klassischen“ Vollstreckung gemäß § 885 ZPO erfolgen (dort in den Abs. 2-5) sowie durch eine neue Variante der Räumungsvollstreckung (in § 885a ZPO)¹¹⁹.

Hintergrund der Änderungen im Recht der Räumungsvollstreckung ist gemäß der Reformbegründung der Umstand, daß die bisherigen Regelungen der Räumungsvollstreckung von Wohnraum seit einiger Zeit in Rechtswissenschaft¹²⁰, Rechtspraxis¹²¹ und Rechtspolitik problematisiert werden. Dies gilt insbesondere für den (praxisrelevanten) Aspekt der oft den Gläubiger belastenden (arg. ex § 13 Abs. 1 Nr. 1 GvKostG) Vollstreckungskosten - als faktisches Vollstreckungshindernis und damit als Verschlechterung der Rechtsposition des Vollstreckungsgläubigers. Dies folgt daraus, daß der Gerichtsvollzieher für die Räumung der Wohnung den Vollstreckungsschuldner aus dem Besitz der Wohnung setzen und den

¹¹⁶ So bereits m.w.N. N. Fischer, NZM 2013, S. 259 ff., 250, 260.

¹¹⁷ Positiv ist vor diesem Hintergrund besonders die Einführung eines Beschleunigungsgebotes für Räumungssachen in § 272 Abs. 4 ZPO zu bewerten. Siehe N. Fischer, NZM 2013, S. 249 ff., 260; s.a. die Beschlußfassung und Begründung des Rechtsausschusses v. 12.12.2012, BT-Dr. 17/11894, S. 4, 33; sowie § 155 FamFG: „Vorrang- und Beschleunigungsgebot“ für bestimmte Kindschaftssachen.

¹¹⁸ Siehe etwa zur Sicherungsanordnung gem. § 283a ZPO Börstinghaus, NJW 2013, S. 3265 ff. m.w.N.

¹¹⁹ Vgl. N. Fischer, NZM 2013, S. 249 ff., 257 ff. Weiterhin ungelöst in diesem Zusammenhang bleibt das Problem des Umgangs mit Tieren, die in der zu räumenden Wohnung vorgefunden werden, dazu m.w.N. Majer, NZM 2012, S. 67 ff., 72; Schuschke, NZM 2012, S. 209 ff., 212; J. Leroy, Mietnomaden – Möglichkeiten der Prävention und Reaktion, 2013, S. 264 ff.

¹²⁰ Siehe Flatow, NJW 2006, S. 1396 ff.; Schuschke, NJW 2006, S. 284 ff.; N. Fischer, WuM 2011, S. 403 ff.; jeweils m.w.N.

¹²¹ Vgl. nur die Stellungnahme des DGVB v. 24.01.2012, S. 2 ff.

Gläubiger in den Besitz einweisen muß nach § 885 Abs. 1 S. 1 ZPO. Dabei ist die bewegliche Habe des Schuldners aus der zu räumenden Wohnung zu entfernen, § 885 Abs. 2 ZPO. Wenn eine Herausgabe dieser Gegenstände an den Vollstreckungsschuldner (oder dessen Angehörige) nicht gelingt, ist gemäß § 885 Abs. 3 ZPO eine (oft kostenintensive) Verwahrung nötig. Eine öffentliche Versteigerung war bisher erst nach zwei Monaten zulässig (§ 885 Abs. 4 ZPO a.F.). Eine pragmatische Kostensenkungsmöglichkeit für den Vollstreckungsgläubiger wurde jedoch extra legem in Gestalt der sog. Berliner Räumung eröffnet, d.h. durch die Beschränkung der Räumungsvollstreckung auf die Herausgabe der Wohnung unter gleichzeitiger Geltendmachung des Vermieterpfandrechts (§ 562 BGB). Diese Räumungsvariante ist seit einigen Jahren in der höchstrichterlichen Judikatur anerkannt worden, wobei insbesondere die BGH-Entscheidung vom 16.07.2009¹²² richtungweisend war. Danach kann der Gläubiger die Vollstreckung auf eine Herausgabe der (zuvor vermieteten) Wohnung beschränken, wobei er an sämtlichen in den Räumen befindlichen Gegenständen ein Vermieterpfandrecht geltend macht¹²³. Nach jahrelanger Akzeptanz durch die Gerichte hat nunmehr der Verfassungsgesetzgeber die maßgebliche Gesetzeslage („law in books“) dieser Rechtsrealität („living law“) angepaßt: Das BMJ geht von einem diesbezüglichen Regelungsbedarf aus¹²⁴, wenn es die diesbezüglichen Neuregelungen des MietRÄndG damit

¹²² BGH, Beschluß vom 16.07.2009, Az.: I ZB 80/05, NJW-RR 2009, S. 1384 f.; s. *N. Fischer*, WuM 2011, S. 403 ff. m.w.N.; zur Rechtsprechungsentwicklung *J. Leroy*, Mietnomaden – Möglichkeiten der Prävention und Reaktion, 2013, S. 226 ff. m.w.N.

¹²³ Siehe dazu den Hinweis von *Flatow*, NJW 2006, S. 1396 ff., 1397, wonach es sich bei dem „Berliner Modell“ (dazu nur *Schuschke*, NJW 2006, S. 284 ff. m.w.N.) nicht um einen Fall einer „beschränkten“ Räumungsvollstreckung handele. Dieser Bewertung der „Berliner Räumung“ als „erweiterte“ Räumung ist zu folgen, da der Gläubiger auf diese Weise in den Besitz (§ 854 Abs. 1 BGB) aller Sachen in der Wohnung des Schuldners unabhängig von ihrer Pfändbarkeit (vgl. § 562 Abs. 1 S. 2 BGB) gelangt. Siehe zu weiteren Kostensenkungsmodellen m.w.N. *Hippler*, in *Dierck/Morvilus/Vollkommer* (Hg.), Handbuch des Zwangsvollstreckungsrechts, S. 662 ff.; *Schwieren*, DGVZ 2011, S. 41 ff.; *J. Leroy*, Mietnomaden – Möglichkeiten der Prävention und Reaktion, 2013, S. 214 ff.; zur Wohnungsräumung nach dem FamFG *Schuschke*, NZM 2010, S. 137 ff.

¹²⁴ Vgl. die Gesetzesbegründung, BT-Dr. 17/10485, S. 2 f., 15, 31; s. zu den Neuregelungen der §§ 885, 885a ZPO (z.T. bezogen auf den RefE) Deutscher Mietgerichtstag, NZM 2012, S. 75 ff., 78; für das Schrifttum z.B. *Hinz*, ZMR 2012, S. 153 ff., 163 ff.; *Fleindl*,

begründet, die „Berliner Räumung“ nunmehr auf eine „gesetzliche Grundlage“ stellen zu wollen. Diese wurde mit § 885a ZPO („Beschränkter Vollstreckungsauftrag“) als neugeschaffene Variante der Räumungsvollstreckung geschaffen¹²⁵. Damit stellt § 885a ZPO die gesetzliche Möglichkeit für den Vermieter und Vollstreckungsgläubiger dar, eine auf die bloße Besitzverschaffung beschränkte Räumung durchzuführen. Da in § 885a ZPO nicht auf die gleichzeitige Geltendmachung des Vermieterpfandrechts (§§ 562 ff. BGB) abgestellt wird, weicht die Regelung insoweit von der - höchststrichterlich anerkannten - „Berliner Räumung“ ab¹²⁶. § 885a ZPO beschränkt sich vielmehr auf die „zwangsweise Durchsetzung des Herausgabeverlangens“¹²⁷.

Ungeachtet der grundsätzlich zu begrüßenden legislatorischen Maßnahme zur Lösung eines akuten Problems der Vollstreckungspraxis (und der damit verbundenen Angleichung von Gesetzeslage und Richterrecht) wirft die Vorschrift jedoch eine Reihe von rechtsdogmatischen und rechtspraktischen Fragen auf, auf die vorliegend nicht näher eingegangen werden kann¹²⁸ - abgesehen von folgender Anmerkung: Da § 885a ZPO die „Berliner Räumung“ gerade nicht vollumfänglich abbildet, stellt sich die

NZM 2012, S. 57 ff., 65 f.; *Schuschke*, NZM 2012, S. 209 ff., 213 ff.; *Majer*, NZM 2012, S. 67 ff., 69; *Zehelein*, WuM 2012, S. 418 ff., 422 f.; *N. Fischer*, DGVZ 2012, S. 151 ff., 156 ff.; zu § 885a Abs. 2 ZPO-RefE *Dötsch*, NZM 2012, S. 73 ff.

¹²⁵ Diese Regelung stellt (so das BMJ) die „Berliner Räumung“ auf eine gesetzliche Grundlage, s. die Gesetzesbegründung, BT-Dr. 17/10485, S. 2 f., 15, 31. Siehe dazu bereits *N. Fischer*, DGVZ 2012, S. 151 ff., 158 ff. m.w.N.

¹²⁶ § 885a Abs. 1 ZPO lautet: „Der Vollstreckungsauftrag kann auf die Maßnahmen nach § 885 Abs. 1 beschränkt werden.“ (BT-Dr. 17/10485, S. 11, zur Begründung S. 31 ff.). Die Gesetzesbegründung weist (z.T.) darauf hin, daß diese vereinfachte Räumung von der Konstruktion der „Berliner Räumung“ abweicht, soweit gerade nicht erforderlich ist, daß der Gläubiger sein Vermieterpfandrecht an dem in die Räume eingebrachten Schuldnermobiliar geltend macht, BT-Dr. 17/10485, S. 31. Siehe auch die DGVB-Stellungnahme v. 24.01.2012, S. 6; *Dötsch*, NZM 2012, S. 73 ff., 73; *Fleindl*, NZM 2012, S. 57 ff., 66.

¹²⁷ So BT-Dr. 17/10485, S. 31.

¹²⁸ Vgl. näher und m.w.N. *Hinz*, ZMR 2012, S. 153 ff., 163 ff.; *Fleindl*, NZM 2012, S. 57 ff., 65 f.; *Schuschke*, NZM 2012, S. 209 ff., 213 ff.; *Majer*, NZM 2012, S. 67 ff., 69; *Zehelein*, WuM 2012, S. 418 ff., 422 f.; s.a. *N. Fischer*, NZM 2013, S. 249 ff., 257 ff.

Frage, ob neben dieser Neuregelung die bisherige „Berliner Räumung“ in ihrer richterrechtlichen Ausgestaltung auch weiterhin anwendbar ist – und damit insgesamt drei Varianten der Räumungsvollstreckung bestehen¹²⁹. Der Gesetzgeber - und auch die Judikatur - hat sich bisher hierzu explizit nicht geäußert. Angesichts unterschiedlicher Interessen in der Vollstreckung bleibt daher abzuwarten, wie die (Vollstreckungs-) Praxis und insbesondere die Rechtsprechung hiermit umgehen wird.

c) Räumungsverfügung nach § 940a ZPO

Während bei den Änderungen in der „neuen“ Räumungsvollstreckung gemäß §§ 885, 885a ZPO lediglich Auslegungs- und Anwendungsfragen des einfachen Vollstreckungsrechts erörtert werden, nicht dagegen originär verfassungsrechtliche Fragen¹³⁰, werden bei den neuen Räumungsmöglichkeiten in § 940a Abs. 2 und Abs. 3 ZPO neben prozeßrechtsdogmatischen auch verfassungsrechtliche Probleme diskutiert¹³¹, die nachfolgend wenigstens kurz skizziert werden sollen. Mit dem MietRÄndG¹³² wurde die bisherige Vorschrift (§ 940a ZPO a.F.) zu

¹²⁹ Soweit ersichtlich, hat diese Frage zuerst der Verf. in seiner Antrittsvorlesung am Frankfurter Fachbereich Rechtswissenschaft am 19.06.2013 aufgeworfen („Mietrechtsänderung‘ und Prozeßrechtsreform - Anmerkungen zu den prozessualen Regelungen des neuen Mietrechtsänderungsgesetzes“); s. m.w.N. *N. Fischer*, DGVZ 2014, S. 49 ff., 53; abw. nunmehr *Lehmann-Richter*, NZM 2014, S. 257 ff., 260.

¹³⁰ Siehe z.B. Deutscher Mietgerichtstag, NZM 2012, S. 75 ff., 78; für das Schrifttum etwa *Hinz*, ZMR 2012, S. 153 ff., 163 ff.; *Fleindl*, NZM 2012, S. 57 ff., 65 f.; *Schuschke*, NZM 2012, S. 209 ff., 213 ff.; *Majer*, NZM 2012, S. 67 ff., 69; *Zehelein*, WuM 2012, S. 418 ff., 422 f.; *N. Fischer*, DGVZ 2012, S. 151 ff., 156 ff.; zu § 885a Abs. 2 ZPO-RefE *Dötsch*, NZM 2012, S. 73 ff.; s.a. m.w.N. *N. Fischer*, DGVZ 2014, S. 49 ff., 51 ff.

¹³¹ Vgl. m.w.N. *N. Fischer*, NZM 2013, S. 249 ff., 250 ff.; sowie *N. Fischer*, Prozeßrechtswissenschaft und Prozeßrechtsgesetzgebung, in: FB Rechtswissenschaft der Goethe-Univ. (Hg.), 100 Jahre Rechtswissenschaft in Frankfurt: Erfahrungen, Herausforderungen, Erwartungen, 2014, S. 453 ff.; s. zu § 940a ZPO auch *Börstinghaus*, NJW 2014, S. 2225 ff. m.w.N.

¹³² Siehe zum Normtext BT-Dr. 17/10485, S. 11 sowie S. 15, 33 f. (Begründung). Vgl. zur Räumungsverfügung (gem. RefE) Deutscher Mietgerichtstag, NZM 2012, S. 75 ff., 77 f.; DAV, NZM 2012, S. 105 ff., 108 f. (gänzlich ablehnend); *Hinz*, ZMR 2012, S. 153 ff., 165 f.; *Fleindl*, NZM 2012, S. 57 ff., 64 f.; *Majer*, NZM 2012, S. 67 ff., 68 f.; *Streyll*, NZM 2012, S. 249 ff., 251 ff.; *Schuschke*, NZM 2012, S. 209 ff., 210 f.

Abs. 1 der neugefaßten Norm, Abs. 2 ermöglicht nunmehr die Räumungsvollstreckung durch ergänzende einstweilige Verfügung gegen Dritte, Abs. 3 eröffnet die Räumungsvollstreckung gegen den Mieter als Vollstreckungsschuldner. § 940a Abs. 4 ZPO sieht die Verpflichtung zur (vorherigen) Anhörung des Antragsgegners in den Fällen des Abs. 2 und 3 vor¹³³.

aa) Räumungsverfügung gegen Dritte gem. § 940a Abs. 2 ZPO

§ 940a Abs. 2 ZPO ermöglicht nunmehr eine einstweilige Räumungsverfügung gegen Personen, die ohne Kenntnis des Vermieters Besitz (iSv. § 854 BGB) an der Wohnung erlangt haben¹³⁴. Voraussetzung ist dafür, daß gegen den Mieter ein vollstreckbarer Räumungstitel vorliegt und der Vermieter vom Besitzerwerb des „Dritten“ erst nach dem Schluß der mündlichen Verhandlung Kenntnis erlangt hat¹³⁵. Hintergrund für diese Neuregelung des MietRÄndG ist der rechtstatsächliche Umstand, daß in Deutschland Gerichtsvollzieher bei der Räumungsvollstreckung häufig nicht (nur) den Mieter und Vollstreckungsschuldner antreffen, sondern dem Vollstreckungsgläubiger unbekannt Dritte, die behaupten, ebenfalls Sachbesitz zu haben¹³⁶. Da sich der Vollstreckungstitel regelmäßig nur

¹³³ Vgl. zur Reformbegründung BT-Dr. 17/10485, S. 35.

¹³⁴ Siehe bereits *N. Fischer*, in *FB Rechtswissenschaft der Goethe-Univ. (Hg.)*, 100 Jahre Rechtswissenschaft in Frankfurt: Erfahrungen, Herausforderungen, Erwartungen, 2014, S. 453 ff., 460 ff.

¹³⁵ Auch in der Reformbegründung zum MietRÄndG wird die Zuständigkeitsfrage nicht thematisiert: Hier ist mangels einer Spezialregelung und wegen fehlendem Zusammenhang zwischen der Erlangung des Räumungstitels gegen den Mieter und der Räumungsverfügung gegen den Dritten eine Zuständigkeit nach allgemeinen Vorschriften gegeben, §§ 23 Nr. 2a GVG, 29a ZPO, so *Zehelein*, *WuM* 2013, S. 133 ff., 141. Gegen eine Anwendung auf die Gewerberaummiete spricht jedoch der Wortlaut, vgl. *N. Fischer*, *NZM* 2013, S. 249 ff., 250, Fn. 12; s.a. *KG NJW* 2013, S. 3588 f.; *LG Köln NJW* 2013, S. 3589 f.

¹³⁶ Ohne an dieser Stelle empirische Aussagen zur Häufigkeit dieser Sachverhaltskonstellation treffen zu können (immerhin gehen nicht nur die Entwurfsverfasser hiervon aus, vgl. BT-Dr. 17/10485, S. 16, 34, sondern auch zahlreiche Vollstreckungspraktiker, siehe z.B. *Hinz*, *ZMR* 2012, S. 153 ff., 165), sei als Frankfurter Beispiel nur an das im Jahr 2013 nach langer Besetzung (zwangs-) geräumte

gegen den zuvor verklagten Schuldner richtet, nicht aber gegen den (einen unbekannt) Dritten, ist eine Räumung ohne Zustimmung dieses (besitzenden) Dritten nicht aus dem ursprünglichen Titel möglich, § 750 Abs. 1 ZPO. Vielmehr wird für die Räumungsvollstreckung¹³⁷ ein Titel gegen alle Mitbesitzer verlangt¹³⁸. Diese praxisbekannte Problematik will das MietRÄndG dadurch beseitigen, daß mit § 940a Abs. 2 ZPO eine Grundlage für eine einstweilige Räumungsverfügung gegen Dritte zur Verfügung steht. Die Eignung dieser Neuregelung für den vorgesehenen Zweck ist jedoch bereits in Frage gestellt worden¹³⁹. So wird z.B. vorgebracht, daß die Anhörung des Mieters und des Dritten gemäß § 940a Abs. 4 ZPO¹⁴⁰ eine Umgehungsgefahr dahingehend begründen soll, daß diese Kenntnis von der bevorstehenden Räumung erhalten. Dies provoziere die Gelegenheit, neue, bisher unbekannt Personen zu aktivieren, um eine

Institutsgebäude der J.W. Goethe-Universität erinnert, das unter dem Namen „Institut für vergleichende Irrelevanz“ (IvI) regional presse- und gerichtsbekannt wurde.

¹³⁷ Die Gesetzesbegründung verweist hier explizit auf Art. 13 GG sowie darauf, daß „jede Räumungsvollstreckung das Grundrecht des Mitbesitzers auf Unverletzlichkeit der Wohnung“ tangiere, so BT-Dr. 17/10485, S. 33; s. zur Bedeutung des Art. 13 GG für Recht und Praxis der Vollstreckung hier m.w.N. nur *N. Fischer*, Vollstreckungszugriff als Grundrechtseingriff, S. 124 ff., 230 ff.

¹³⁸ Das gilt nach der Rechtsprechung des BGH selbst für den Fall, daß der Mieter dem Dritten den Besitz nur deswegen eingeräumt hat, um die Zwangsräumung zu vereiteln, vgl. BGH, Beschluß v. 14.08.2008, Az.: I ZB 39/08, NJW 2008, S. 3287 f.; s.a. *Klüver*, DGVZ 2012, S. 116 ff. m.w.N.

¹³⁹ Trotz grds. vorhandener Zustimmung (vgl. z.B. *Hinz*, ZMR 2011, S. 153 ff., 165; s.a. die Stellungnahme des DGVB v. 24.01.2012, S. 2) überwiegt die Fundamental- und Detailkritik: *Schuschke*, NZM 2012, S. 209 ff., 210 f.; s.a. *Majer*, NZM 2012, S. 67 ff., 69; abwartend *Klüver*, DGVZ 2012, S. 116 ff., 118; siehe für einen Änderungsvorschlag Deutscher Mietgerichtstag, NZM 2012, S. 75 ff., 77 f.

¹⁴⁰ Siehe die Gesetzesbegründung, BT-Dr. 17/10485, S. 35, die allg. auf den (verfassungsrechtlichen) Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verweist, ohne zu erwähnen, daß auch über die Gewährung nachträglichen rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG) die Rechte der Betroffenen gewahrt werden können, s. zur Kritik an einem (isolierten) Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als Begründungstopos für die Annahme von Verfassungsrechtswidrigkeit *N. Fischer*, Vollstreckungszugriff als Grundrechtseingriff, S. 252 ff.

Räumung (erneut) zu verhindern¹⁴¹. Der Widerstreit zwischen Umgehungsgefahr und Gehörs-gewährleistung durch eine Anhörungspflicht ist aber nicht der einzige Aspekt, der Fragen nach der grundsätzlichen Eignung der Norm für den o.g. Zweck aufwirft, vielmehr stellen sich zahlreiche Auslegungsfragen bei Tatbestand und Rechtsfolge des § 940a Abs. 2 ZPO, von denen hier nachfolgend einige wenige skizziert werden sollen:

So stellt § 940a Abs. 1 ZPO keine eigene Verfügungsart dar, sondern eine Einschränkung des § 940 ZPO¹⁴². Dagegen erweitert § 940a Abs. 2 ZPO den Anwendungsbereich des § 940 ZPO durch neue, eigene Voraussetzungen¹⁴³. Umstritten ist daher bereits, ob es sich bei der Regelung um eine „eigenständige Verfügungsnorm“ - so vertreten von *Zehelein*¹⁴⁴ - handelt oder eine „gesetzlich geregelte Leistungsverfügung“ - so die Ansicht von *Streyl*¹⁴⁵. Ohne daß der Streit um die dogmatische Einordnung hier abschließend entschieden werden kann, ist festzuhalten, daß in gesetzessystematischer Hinsicht mit § 940a Abs. 2 ZPO keine reine Zusatzregelung zu § 940 ZPO geschaffen wird. § 940a Abs. 2 ZPO kann (nach hier vertretener Auffassung) jedenfalls nicht ohne weiteres in die bekannte Systematik des einstweiligen Rechtsschutzes - mit Verfügungsanspruch und Verfügungsgrund - eingeordnet werden. Dies gilt ungeachtet der diesbezüglichen argumentativen Bemühungen des BMJ in der Gesetzesbegründung¹⁴⁶. Folglich bleibt nach Wortlaut und Systematik

¹⁴¹ Vgl. (zum RefE) *Hinz*, ZMR 2011, S. 153 ff., 166; vgl. auch *Fleindl*, NZM 2012, S. 57 ff., 65.

¹⁴² Siehe zum früheren Recht z.B. *Zöller*, 27. Aufl., *Vollkommer* zu § 940a ZPO, Rn. 2 m.w.N.

¹⁴³ Vgl. m.w.N. *Streyl*, NZM 2012, S. 249 ff., 253 f. („geschriebene“ und „ungeschriebene“ Bedingungen).

¹⁴⁴ Dies wird damit begründet, daß § 940a Abs. 2 ZPO weder die möglichen Tatbestandsvoraussetzungen eines Verfügungsanspruchs gem. § 940 ZPO limitiert, sondern selbst Voraussetzungen schafft, die von denjenigen des materiellen Rechts unabhängig sind, siehe *Zehelein*, WuM 2012, S. 418 ff., 424; s.a. *Streyl*, NZM 2012, S. 249 ff., 253 („einzige und typisierte Bedingungen“); dazu *N. Fischer*, NZM 2013, S. 249 ff., 251 m.w.N.

¹⁴⁵ So *Streyl*, NZM 2012, S. 249 ff., 253.

¹⁴⁶ Siehe BT-Dr. 17/10485, S. 34.

offen, ob es sich bei der Regelung um eine besondere gesetzliche Ausprägung der Leistungsverfügung handelt¹⁴⁷, eine spezielle Ausprägung der Regelungsverfügung (§ 940 ZPO), oder eine eigene, neue Verfügungsart¹⁴⁸ geschaffen werden soll. Für letzteres spricht jedoch, daß die Norm für den Erlaß einer einstweiligen Räumungsverfügung auf eigene Tatbestandsmerkmale abstellt. Gemäß deren Wortlaut lauten diese wie folgt: Vollstreckbarer Räumungstitel gegen den Mieter, Besitz des Dritten an Wohnraum, Unkenntnis des Vermieters als Antragsteller von Besitzerlangung bis zum Schluß der mündlichen Verhandlung. Aus dogmatischer Sicht handelt sich dabei um die Verbindung einer einstweiligen Rechtsschutzmaßnahme mit einem eigenständigen („materiellen“) Tatbestand. In der Systematik des einstweiligen Rechtsschutzes stellt eine solche Verbindung eine Ausnahmeerscheinung dar¹⁴⁹, sieht man einmal von den Regelungen in §§ 300, 301 FamFG ab.

Hervorhebenswert ist weiterhin, daß der Tatbestand des § 940a Abs. 2 ZPO darüber hinaus auch nicht mit den (Herausgabe-) Vorschriften des materiellen Rechts harmoniert: So sind die Tatbestandsvoraussetzungen des § 940a Abs. 2 ZPO nicht mit den Voraussetzungen der materiellen Herausgabeansprüche gem. § 546 Abs. 1 BGB und § 985 BGB identisch oder auch nur kompatibel. Der Tatbestand des § 940a Abs. 2 ZPO knüpft an die Räumung an, nicht aber an einen Herausgabeanspruch gem. § 546 Abs. 1 BGB, der materiell-rechtlich ein (beendetes und zuvor bestehendes) Mietverhältnis voraussetzt. Auch der possessorische Herausgabeanspruch nach § 861 BGB ist danach nicht zwingend vorausgesetzt, da dieser eine verbotene Eigenmacht gemäß § 858 BGB sowie eine Entziehung des unmittelbaren Besitzes voraussetzt, so daß bereits die Anwendbarkeit gegenüber dem mittelbaren Besitzer fraglich erscheint. Auch der

¹⁴⁷ So (zum RefE) z.B. *Streyll*, NZM 2012, S. 249 ff., 253 („gesetzlich geregelte Leistungsverfügung“).

¹⁴⁸ Vgl. hierfür *Zehelein*, WuM 2012, S. 418 ff., 423. Unklar ist, ob es sich bei den Tatbestandsmerkmalen der Norm um Voraussetzungen des Verfügungsanspruchs iSv. §§ 940, 936, 916 ZPO handelt.

¹⁴⁹ So *Zehelein*, WuM 2012, S. 418 ff., 423; s.a. *Streyll*, NZM 2012, S. 249 ff., 252, der auf die Kriterien von Verfügungsanspruch und Verfügungsgrund abstellt („für § 940a II ZPO-E gilt nichts anderes“).

Herausgabeanspruch des Eigentümers gem. § 985 BGB gegen den nicht berechtigten Besitzer (§ 986 BGB) braucht hier nicht erfüllt zu sein, da diese Anspruchsgrundlage gerade eine Eigentümerstellung erfordert, die bei dem Vermieter und Räumungsgläubiger nicht gegeben sein muß. Der deliktische Herausgabeanspruch aus §§ 823 Abs. 1, 1004 BGB paßt insoweit nicht, als die danach geforderte Rechtswidrigkeit der Verletzungshandlung sich nicht per se aus der Kenntnislosigkeit des Vermieters ergibt. Daraus folgt die - verfahrensrechtsdogmatisch fragwürdig erscheinende - Konsequenz, daß der Inhaber eines Räumungstitels gegen den Mieter über § 940a Abs. 2 ZPO einen weiteren Räumungstitel gegen eine dritte Person im Wege des Eilrechtsschutzes erhält, ohne daß diese Person materiell-rechtlich zur Herausgabe verpflichtet sein muß¹⁵⁰.

Doch die Tatbestandsmerkmale des § 940a Abs. 2 ZPO weisen noch weitere Ungereimtheiten auf¹⁵¹. Zunächst knüpft die Neuregelung tatbestandlich an einen „Räumungstitel“ (anstelle einer „Herausgabe“) gegen eine Person an, ohne den Berechtigten bzgl. des Titels zu nennen¹⁵². Nicht unproblematisch ist auch die Anknüpfung an „den Mieter“: Gemäß § 940a Abs. 2 ZPO ist das Vorliegen eines Räumungstitels gegen „den Mieter“ gefordert. Tatbestandlich unklar ist dabei, ob bei Mietermehrheit ein Titel gegen alle Mieter bestehen muß. Hierfür könnte sprechen, daß nach Sinn und Zweck dieser Norm die Räumungsverweigerung durch Besitzeinräumung an einen Dritten verhindert werden soll. Wenn bei Mietermehrheit jedoch bereits nicht alle Mieter zur Räumung verurteilt sind, besteht für eine (isolierte) Räumungsverfügung kein Bedürfnis mehr, da es noch besitzberechtigte Mieter gibt¹⁵³. Schließlich besteht auch Klärungsbedarf bezüglich des Verfügungsgrundes als Begründungselement für eine

¹⁵⁰ So auch *Zehelein*, WuM 2012, S. 418 ff., 423, s.a. *Streyl*, NZM 2012, S. 249 ff., 252 (der im Rahmen des Verfügungsanspruchs zunächst keine grds. Probleme sieht, aber immerhin darauf hinweist, daß „der Herausgabeanspruch ein Minus zum Räumungsanspruch“ darstellt). Vgl. bereits *N. Fischer*, NZM 2013, S. 249 ff., 252.

¹⁵¹ Siehe m.w.N. auch *Zehelein*, WuM 2012, S. 418 ff., 424; *Streyl*, NZM 2012, S. 249 ff., 251 ff.

¹⁵² Vgl. zur Differenzierung m.w.N. auch *Streyl*, NZM 2012, S. 249 ff., 251, 252 f.

¹⁵³ Siehe auch *Zehelein*, WuM 2012, S. 418 ff., 424; abw. *Streyl*, NZM 2012, S. 249 ff., 253.

Eilentscheidung¹⁵⁴. Fraglich ist, ob ein solcher Verfügungsgrund iSv. §§ 940, 936, 917, 918 ZPO (als Grund für eine Eilentscheidung) bei § 940a Abs. 2 ZPO überhaupt noch erforderlich ist, wenn doch allein der Normtatbestand für den Erlaß der Räumungsverfügung bereits ausreichend sein soll¹⁵⁵. Aufgrund der Autonomie dieses Tatbestandes ist insbesondere keine Beschränkung des richterlichen Prüfungsumfanges (wie bei § 940 ZPO) zu erkennen, da insoweit verschiedene Voraussetzungen bestehen¹⁵⁶. Entgegen der Gesetzesbegründung könnte daraus der Verzicht auf das (dogmatische) Erfordernis eines Verfügungsgrundes geschlossen werden¹⁵⁷.

Auf der Rechtsfolgenseite der Norm¹⁵⁸ ist ausweislich der bisher vorliegenden Stellungnahmen aus der Prozeßrechtspraxis¹⁵⁹ zum einen umstritten, ob man hier überhaupt ein Ermessen annehmen will, zum anderen sind auch die Kriterien für eine Ermessensausübung ungeklärt. Die Gesetzesbegründung zum MietRÄndG gibt auf keine der beiden Fragen Antworten¹⁶⁰. Angesichts dieser diversen dogmatischen Unklarheiten stellt

¹⁵⁴ Vgl. dazu *Zehelein*, WuM 2012, S. 418 ff., 424.

¹⁵⁵ Siehe die Gesetzesbegründung, BT-Dr. 17/10485, S. 33 f.; vgl. (noch) zu § 940a Abs. 3 ZPO-RefE m.w.N. *Streyl*, NZM 2012, S. 249 ff., 264 f.

¹⁵⁶ Vgl. *Zehelein*, WuM 2012, S. 418 ff., 424.

¹⁵⁷ Siehe die Gesetzesbegründung, BT-Dr. 17/10485, S. 34 („der erleichterte Weg zu einem Räumungstitel mit Hilfe der einstweiligen Verfügung ist gerechtfertigt“); s. dagegen *Streyl*, NZM 2012, S. 249 ff., 253 f. („typisierte Bedingungen“ als „anderer Grund“ iSv. § 940 ZPO).

¹⁵⁸ Vgl. dazu insb. den Hinweis von *Streyl*, NZM 2012, S. 249 ff., 255 mit dem Hinweis auf den begrenzten Rechtszug in einstweiligen Verfügungsverfahren (siehe § 542 Abs. 2 ZPO). Krit. bzgl. einer Ermessensausübung *Zehelein*, WuM 2013, S. 133 f., 142.

¹⁵⁹ Siehe z.B. *Zehelein*, WuM 2012, S. 418 ff., 423 f., 423 („Möglichkeit...positiv normiert“); dagegen wiederum *Streyl*, NZM 2012, S. 249 ff., 253, der als „ungeschriebene Bedingung“ des § 940a Abs. 2 ZPO-(Ref)E fordert, daß es „dem Vermieter nicht möglich oder nicht zumutbar gewesen ist, den Besitzer im Räumungsprozeß gegen den Mieter mit zu verklagen.“ Dabei kritisiert *Streyl* (a.a.O., S. 253 f.) den Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung als einerseits zu weit (wegen der Möglichkeit der Mieterbefragung) und andererseits als zu eng (wegen der Möglichkeit der Prozeßverzögerung) und stellt auf eine „Einzelfallbetrachtung“ ab.

¹⁶⁰ Vgl. die Gesetzesbegründung, BT-Dr. 17/10485, S. 33 f., 34 („kann angeordnet werden“).

sich die Frage, ob das (an sich berechnigte) Regelungsanliegen des Gesetzgebers nicht anderweitig besser hätte umgesetzt werden können.

bb) Räumungsverfügung gegen den Mieter nach § 940a Abs. 3 ZPO

Von (verfahrens-) rechtsdogmatischem wie rechtspolitischem Interesse¹⁶¹ ist weiterhin die einstweilige Verfügung gegen den Mieter bei einem Verstoß gegen die Sicherungsanordnung (§ 283a ZPO) nach § 940a Abs. 3 ZPO¹⁶².

Mit dem MietRÄndG wurde in § 283a ZPO die Möglichkeit geschaffen, eine sog. Sicherungsanordnung als Sicherungsmaßnahme beim Prozeßgericht zu beantragen¹⁶³. Gemäß der Gesetzesbegründung dient das „Instrument der Sicherungsanordnung“ dazu, „den tatsächlichen Wert des Titels über die nach Rechtshängigkeit fällig werdenden und bis zum Urteil auflaufenden Forderungen nach deren Fälligkeit zu sichern“¹⁶⁴. Die

¹⁶¹ Siehe bereits *N. Fischer*, in *FB Rechtswissenschaft der Goethe-Univ. (Hg.)*, 100 Jahre Rechtswissenschaft in Frankfurt: Erfahrungen, Herausforderungen, Erwartungen, 2014, S. 453 ff., 463 ff.

¹⁶² Das gilt (ausweislich des Wortlautes) dann, wenn Räumungsklage wegen Zahlungsverzuges erhoben ist. Siehe dagegen die Begründung zu § 940a Abs. 3 ZPO, die ausdrücklich auf Verfügungsanspruch („Anspruch auf Räumung der Wohnung“) und Verfügungsgrund („Verstoß gegen die Sicherungsanordnung“) abstellt, BT-Dr. 17/10485, S. 34 f.

¹⁶³ Vgl. die Gesetzesbegründung, BT-Dr. 17/10485, S. 2, 10, 15, 27 ff.; vgl. zur Hinterlegungsanordnung gem. § 302a ZPO-RefE Deutscher Mietgerichtstag, NZM 2012, S. 75 ff., 77 (auch zur systematischen Fehlstellung der Norm); DAV, NZM 2012, S. 105 ff., 108 (gänzlich ablehnend); *Hinz*, ZMR 2012, S. 153 ff., 162 f.; *Fleindl*, NZM 2012, S. 57 ff., 63 f.; *Streyl*, NZM 2012, S. 249 ff., 256 ff.; *Zehelein*, WuM 2012, S. 418 ff., 420 ff.; *Börstinghaus*, NJW 2013, S. 3265 ff. Kaum thematisiert wird die Zuständigkeitsfrage: Hier ist sinnvollerweise das Gericht zuständig, das auch die Sicherungsanordnung erlassen hat (d.h. das örtlich und sachlich für die Räumungs- und Zahlungsklage zuständige Gericht). Dafür spricht nicht nur der tatbestandliche Zusammenhang zwischen beiden Normen, sondern auch die Regelungssystematik von § 283a Abs. 1 ZPO, da die Sicherungsanordnung auf Räumungssachen beschränkt worden ist (s.a. *Zehelein*, WuM 2013, S. 133 ff., 136).

¹⁶⁴ So die Gesetzesbegründung BT-Dr. 17/10485, S. 27 (zu § 283a ZPO). Diese verweist auch darauf, daß „gerade bei einer Klage auf künftige Leistung gemäß § 259 ZPO“ solche Sicherungsmaßnahmen „notwendig“ seien (S. 27); s.a. S. 34 f. (zu § 940a Abs. 3

Sicherungsanordnung nach § 283a ZPO ist vom Prozeßgericht dann anzuordnen, wenn „eine Räumungsklage mit einer Zahlungsklage aus demselben Rechtsverhältnis verbunden“ wird. Dies ist bezogen auf „die Geldforderungen, die nach Rechtshängigkeit der Klage fällig geworden sind“. Die Sicherungsanordnung ist ausweislich ihres Wortlautes und der Entwurfsbegründung explizit auf die Wohnraummiete iSv. § 549 BGB beschränkt¹⁶⁵. Nach der Intention des BMJ soll diese Bestimmung den wirtschaftlichen Schaden des Vermieters bei späterer Zahlungsunfähigkeit des Mieters begrenzen. Hier ist an die Fälle zu denken, bei denen mißbräuchlich auf (vermeintliche) Mängel und das Minderungsrecht des Mieters nach § 536 BGB abgestellt wird - und dem Vermieter durch die spätere Zahlungsunfähigkeit des die Miete zurückhaltenden Schuldners ein Schaden entsteht¹⁶⁶. Die Neuregelung des § 940a Abs. 3 ZPO ist bereits im Vorfeld des MietRÄndG im Schrifttum intensiv kritisiert worden¹⁶⁷. Fraglich ist insbesondere, ob der (Prozeßrechts-) Gesetzgeber mit § 940a Abs. 3 ZPO in noch verhältnismäßiger Weise in die (verfassungsmäßigen) Rechte des Mieters und Vollstreckungsschuldners eingreift. Hierfür ist gerade von Relevanz, daß die Folgen der Räumungsvollstreckung im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes des im Gegensatz zu denjenigen des § 283a ZPO irreversibel sind. Im Ergebnis erhält der Vermieter damit die Möglichkeit, einen Räumungstitel gegen den Mieter im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes zu erlangen - und zwar unter eindeutiger und unbeschränkter Vorwegnahme der Hauptsache. Dies ist besonders unter verfassungsrechtlichem Aspekt problematisch: In den

ZPO). Vgl. zur Rechtshängigkeit §§ 253 Abs. 1, 261 Abs. 1 ZPO sowie zur Rückwirkung der Zustellung § 167 ZPO.

¹⁶⁵ Fraglich ist daher auch eine Anwendung des § 940a Abs. 3 ZPO bei der Gewerberaummietsache unter den strengen Prämissen der (derzeitigen) OLG-Rechtsprechung, vgl. (noch zum RefE) *Hinz*, ZMR 2011, S. 153 ff., 163; für die Judikatur bzgl. der (engen) Voraussetzungen für den Erlaß einer einstweiligen Räumungsverfügung in Gewerberaummietsachen z.B. OLG Hamm NJW-RR 1990, S. 1236 f., 1236; s.a. noch Zöllner, 27. Aufl., *Vollkommer* zu § 940 ZPO, Rn. 8 m.w.N.

¹⁶⁶ Siehe dazu die Gesetzesbegründung, BT-Dr. 17/10485, S. 2, 15, 27 f.

¹⁶⁷ Vgl. insb. *Hinz*, ZMR 2012, S. 153 ff., 162 f.; *Zehelein*, WuM 2012, S. 418 ff., 424 ff.; s.a. *N. Fischer*, NZM 2013, S. 249 ff., 250 ff.; jeweils m.w.N.

„Räumungsvollstreckungsentscheidungen“¹⁶⁸ des Bundesverfassungsgerichts sind die Rechte des Mieters aus Art. 13 Abs. 1 GG und Art. 14 Abs. 1 GG und die Bedeutung einer verfassungsrechtskonformen Verfahrensgestaltung betont worden. Bei einer Abwägung des Räumungsinteresses des Vermieters gegenüber dem Besitzinteresse des Mieters sind daher diese Anforderungen maßgeblich zu berücksichtigen. Ausweislich seiner „Unterlassungsvollstreckungsentscheidungen“¹⁶⁹ sieht das Bundesverfassungsgericht jedenfalls verfassungsrechtliche Bedenken, wenn bereits ein schuldloser Verstoß gegen eine gerichtliche Anordnung zu gravierenden Sanktionen für den Vollstreckungsschuldner und Mieter führen kann. Dies ist hier für den Verlust des Sachbesitzes an der Wohnung zu berücksichtigen. Diese Anforderungen aus der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung können damit grundsätzlich auch für einen (schuldlosen) Verstoß gegen die Sicherungsanordnung gem. § 283a ZPO herangezogen werden, wie er in § 940a Abs. 3 ZPO zugrundegelegt wird. Von verfassungsrechtlicher Bedeutung ist daher insbesondere die Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes durch den Gesetzgeber. Ungeachtet des kurzen Hinweises in der Gesetzesbegründung¹⁷⁰ ist eine (solche) verfassungsdeterminierte Interessenabwägung im MietRÄndG jedoch gerade nicht evident, vielmehr soll nach der Systematik des § 940a Abs. 3 ZPO den Vermieterinteressen stets der Vorrang eingeräumt werden. Dies ist aus Sicht der Legislative gerechtfertigt, da für den Mieter bei Nichtbefolgung der Sicherungsanordnung ein „erhöhter Verdacht der Verzögerungsabsicht“¹⁷¹ gilt. Zweifelhaft ist jedoch, ob dies für eine verfassungsrechtlich geleitete Interessenabwägung ausreicht: So soll die Mißachtung der Sicherungsanordnung gem. § 940a Abs. 3 ZPO tatbestandlich bereits für die Rechtsfolge der Räumung ausreichen, wenn Räumungsklage wegen

¹⁶⁸ Siehe BVerfGE 52, 214 ff.; 89, 1 ff.; dazu näher und m.w.N. *N. Fischer*, Vollstreckungszugriff als Grundrechtseingriff, S. 115 ff.

¹⁶⁹ Vgl. BVerfGE 20, 323 ff.; 58, 159 ff.; 84, 82 ff.; dazu *N. Fischer*, Vollstreckungszugriff als Grundrechtseingriff, S. 140 ff. m.w.N., s.a. S. 230 ff. (zu Art. 13 GG), S. 232 ff. (zu Art. 14 GG).

¹⁷⁰ Siehe BT-Dr. 17/10485, S. 34 f.

¹⁷¹ So die Gesetzesbegründung, BT-Dr. 17/10485, S. 34.

Zahlungsverzuges erhoben worden ist. Auch führt das Zusammenspiel von § 283a ZPO und § 940a Abs. 3 ZPO nicht dazu, daß der auf dem Mieter liegende „Verdacht“ noch ausgeräumt werden kann.

Weiterhin wirft auch das Instrument des einstweiligen Rechtsschutzes systematische Probleme auf, die die verfassungsrechtlichen Zweifel verstärken: Die Räumungsverfügung gem. § 940a Abs. 3 ZPO stellt keine nur temporäre Sicherungsmaßnahme dar, weil diese vielmehr zur endgültigen Räumung außerhalb des vom Gesetzgeber vorgesehenen Klageverfahrens und ohne dessen verfahrensmäßige Sicherungen in Gestalt des rechtlichen Gehörs gem. Art. 103 Abs. 1 GG nach einer mündlichen Verhandlung (§§ 128 Abs. 1, 279 ZPO) führt. Ausweislich der Gesetzesbegründung¹⁷² hat sich zwar auch die Legislative Gedanken um das Problem des eingeschränkten Mieterrechts- und Vollstreckungsschutzes gemacht, wobei (u.a.) auf die obligatorische Anhörung nach § 940a Abs. 4 ZPO („In den Fällen der Absätze 2 und 3 hat das Gericht den Gegner vor Erlaß einer Räumungsverfügung anzuhören.“) verwiesen wird. Eine solche Anhörung gewährleistet jedoch nicht in gleicher Weise wie eine mündliche Verhandlung ein der Eingriffsschwere angemessenes rechtliches Gehör für den Mieter. Dies gilt gerade im Hinblick auf die fehlenden direkten Klärungs- und Vergleichsmöglichkeiten im Vergleich zu einer regulären mündlichen Verhandlung, siehe §§ 128 Abs. 1, 279 ZPO. Zwar ist denkbar, die verfahrensrechtlichen Defizite des Eilverfahrens gem. § 940a Abs. 3 ZPO im Wege eines Widerspruchs (seitens des Mieters) gegen die Räumungsverfügung zu beheben, da dieser zur mündlichen Verhandlung führt, §§ 924, 925, 936 ZPO. Denkbar ist auch, ob der Mieter nicht durch einen parallelen Antrag auf einstweilige Einstellung der Vollstreckung gemäß §§ 924 Abs. 3 S. 2, 936, 707 Abs. 1 S. 1 ZPO hinreichend geschützt ist. Jedoch ist der Schutz des Mieters und Vollstreckungsschuldners jeweils kein besserer, da zum einen die Vollziehung der Räumungsverfügung gegenüber dem Schuldner nicht durch den Widerspruch gehemmt wird, §§ 924 Abs. 3 S. 1, 936 ZPO. Zum anderen ist die einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung stets vom Ermessen des Gerichts abhängig, dessen

¹⁷² Die Gesetzesbegründung verweist auf die nach § 940a Abs. 4 ZPO gebotene Anhörung, die mündlich, aber auch schriftlich erfolgen kann, siehe BT-Dr. 17/10485, S. 35.

Interessenabwägung aber von den (o.g.) Wertungen des Reformgesetzgebers nicht unbeeinflusst bleiben wird. Folglich ist der Mieter jeweils gezwungen Rechtsbehelfe einlegen, um die ihn vor Räumung schützenden Vorschriften auch geltend machen zu können – der materielle Mieterschutz wird folglich prozessual geschwächt¹⁷³.

Hinzu kommt, daß auch Tatbestand und Rechtsfolge des § 940a Abs. 3 ZPO Fragen und Probleme aufwerfen¹⁷⁴: So zwingt die Notwendigkeit, für die „hohen Erfolgsaussichten“ iSv. § 283a Abs. 1 S. 1 Nr. 1 ZPO eine große Wahrscheinlichkeit für den Hauptprozeß zu verlangen, daß die vom Mieter behaupteten Mietmängel nicht vorliegen. Damit wird der Richter zu einer sehr frühzeitigen Prognose bezüglich der möglichen Beweisergebnisse gezwungen – und führt damit zu einer Wahl zwischen Scylla und Charybdis: Entweder das Gericht geht im Wege der Vorwegnahme der Beweiswürdigung (§§ 279 Abs. 3, 370 ZPO) davon aus, daß die Zahlungsansprüche des Vermieters durchgreifen - oder es stellt (zu) hohe prognostische Anforderungen an den Klageerfolg zu Lasten des Vermieters. In beiden Fällen ist ein Ablehnungsgesuch einer Partei wegen einer Besorgnis der Befangenheit (§ 42 ZPO) nicht unwahrscheinlich. Weiterhin findet gemäß dem Tatbestand von § 940a Abs. 3 ZPO die Prüfung einer zahlungsverzugsbedingten Kündigung nicht mehr statt: Ausweislich des Wortlautes von § 940a Abs. 3 ZPO ist gerade tatbestandsmäßig nicht von Bedeutung, ob das Mietverhältnis beendet wurde oder der Mieter kündigungserheblich in Verzug geraten ist¹⁷⁵. Die Norm erlaubt außerdem

¹⁷³ Die Begründung zum MietRÄndG argumentiert (kaum überzeugend) dahingehend, daß der Anreiz, „den Zivilprozeß als Instrument zu mißbrauchen“, gemindert werden soll, siehe BT-Dr. 17/10485, S. 15. Der Argumentationstopos weist letztlich auf das jedem Gerichtsverfahren immanente Problem der Gewährung von „Justizkredit“ hin. Es ist daher mehr als fraglich, ob dieses allgemeine Risiko eines jeden Gläubigers weitgehende Eingriffe in den effektiven Rechtsschutz eines Beklagten - hier des Mieters, dem die Verlust der Wohnung als Lebensmittelpunkt droht - verfassungsrechtlich rechtfertigen kann.

¹⁷⁴ Vgl. m.w.N. *Zehelein*, WuM 2012, S. 418 ff., 425; s.a. *N. Fischer*, NZM 2013, S. 249 ff., 256 f.

¹⁷⁵ Es stellt sich daher die Frage nach einer Einschränkung des Anwendungsbereichs von § 940a Abs. 3 ZPO zur Wahrung mieterschützender Regelungen, siehe m.w.N. *Zehelein*, WuM 2012, S. 418 ff., 425 f.; *Hinz*, ZMR 2011, S. 153 ff., 163.

keine Unterscheidung zwischen außerordentlicher und ordentlicher Kündigung wegen Zahlungsverzuges. Folglich wäre auch eine Räumung nach Kündigung wegen Zahlungsrückstandes im Umfang knapp über einer Monatsmiete (siehe §§ 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3, 569 Abs. 3 Nr. 1 S. 1 BGB) möglich¹⁷⁶. Bedeutung hat dies für § 543 Abs. 2 S. 2 BGB und für die sog. Schonfrist in § 569 Abs. 3 Nr. 2 S. 1 BGB. Diese mietrechtlichen Schutzvorschriften könnten umgangen werden¹⁷⁷. Damit führt § 940a Abs. 3 ZPO zu einem systematischen Widerspruch zwischen einem verbesserten Rechtsschutz für den Vermieter und Vollstreckungsgläubiger und dem sozialen Mietrecht des BGB. Angesichts dieser Unwägbarkeiten sowohl im Tatbestand von § 283a ZPO als auch der (darauf bezogenen) Räumungsverfügung des § 940a Abs. 3 ZPO ist daher die Frage erlaubt, ob der (Verfahrensrechts-) Gesetzgeber seine Pflicht, die wesentlichen Anforderungen an eine solche Eingriffsregelung im Gesetz selbst zu bestimmen, hinreichend beachtet hat. Angesichts der grundrechtlichen Gewährleistungen von Art. 13 Abs. 1 GG und Art. 14 Abs. 1 GG ist eine verhältnismäßige Einschränkung der (verfassungsrechtlich geschützten) Rechtsposition des Mieters jedenfalls fraglich. Insbesondere angesichts der (o.g.) schuldner- und mieterschützenden Rechtsprechung zur Räumungsvollstreckung ist somit zu prognostizieren, daß die Frage der Verhältnismäßigkeit von § 940a Abs. 3 ZPO im Zweifel verneint werden dürfte, sollte das Bundesverfassungsgericht über diese einmal entscheiden müssen.

IV. Fazit und Ausblick: Verfahrensrechtspolitische Folgerungen

Der Ausblick dieses Beitrages der Prozeßrechtswissenschaft zu den beiden letzten Reformen des deutschen Vollstreckungsrechts, der die (notwendige) weitere Diskussion nicht ersetzen kann (und soll), eine solche

¹⁷⁶ Krit. zur Differenzierung zwischen ordentlicher (§ 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB) und außerordentlicher Kündigung *Zehelein*, WuM 2013, S. 133 ff., 142 f.; a.A. *Hinz*, NZM 2012, S. 777 ff., 793.

¹⁷⁷ Siehe *Zehelein*, WuM 2012, S. 418 ff., 425 f.; s.a. *Zehelein*, WuM 2013, S. 133, 143 (zum Wegfall der Sicherungsanordnung bzw. zum Hindernis für die Räumungsverfügung bei Wahrung der Schonfrist des § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB).

aber anregen will, ist daher auf mögliche (verfahrens-) rechtspolitische Folgerungen gerichtet - angesichts der festzustellenden (zivilprozeß-) rechtsdogmatischen Schwächen der Reform¹⁷⁸. Als Fazit ist zu konstatieren, daß die Reform der Sachaufklärung insgesamt zwar viele Detailprobleme birgt¹⁷⁹, insgesamt aber die Rechtsstellung des Vollstreckungsgläubigers - ebenso wie die Kompetenzen des Gerichtsvollziehers¹⁸⁰ - stärkt. Dagegen sind die prozessualen Neuregelungen des MietRÄndG nur soweit brauchbar, als diese (praktisch) vorbereitet wurden, wie insbesondere die Neuerungen in §§ 885, 885a ZPO. Die Einführung eines Beschleunigungsgebotes für Räumungssachen in § 272 Abs. 4 ZPO ist ebenfalls positiv zu bewerten¹⁸¹. Hinsichtlich der Neuregelungen der § 940a Abs. 2 und Abs. 3 sowie § 283a ZPO hat bereits dieser kurze Überblick verdeutlicht, daß es sich um dogmatisch unausgereifte Bestimmungen handelt, die mehr Fragen aufwerfen als klären¹⁸². Bei § 940a Abs. 2 und 3 ZPO fehlt es jeweils an Tauglichkeit und Angemessenheit der Regelungen, von „handwerklichen“ (scil. dogmatischen) Schwächen ganz zu schweigen. Wie skizziert wurde, werfen diese Normen unter Vernachlässigung zivilprozessualer Systematik und verfahrensrechtspolitischer Kohärenz zahlreiche Probleme auf. Hinsichtlich der Sicherungsanordnung gem. § 283a ZPO sei hier nur an die damaligen Einwände der BRAK zu der „vorläufigen Zahlungsanordnung“ (im Entwurf des Forderungssicherungsgesetzes)¹⁸³ erinnert, die damals nicht

¹⁷⁸ Vgl. dazu auch *N. Fischer*, in *FB Rechtswissenschaft der Goethe-Univ. (Hg.)*, 100 Jahre Rechtswissenschaft in Frankfurt: Erfahrungen, Herausforderungen, Erwartungen, 2014, S. 453 ff., 468 f. m.w.N.

¹⁷⁹ Siehe dazu m.w.N. *N. Fischer*, *DGVZ* 2010, S. 113 ff.

¹⁸⁰ Vgl. zu einer zeitgemäßen Gerichtsvollzieherausbildung *N. Fischer*, *DGVZ* 2014, S. 49 ff.; für ein Plädoyer für ein modernes Gerichtsvollzieherberufsrecht *N. Fischer*, *DGVZ* 2014, S. 229 ff.; jew. m.w.N.

¹⁸¹ Siehe die Beschlußfassung und Begründung des Rechtsausschusses v. 12.12.2012, BT-Dr. 17/11894, S. 4, 33; s.a. § 155 FamFG („Vorrang- und Beschleunigungsgebot“ für bestimmte Kindschaftssachen). Damit ist der Rechtsausschuß im wesentlichen dem Vorschlag von *Börstinghaus* im Rahmen der Sachverständigenanhörung gefolgt, vgl. *Börstinghaus* in seiner „Stellungnahme aus amtsrichterlicher Sicht“, 2012, S. 3, 26 f.

¹⁸² Vgl. für ein erstes (krit.) Fazit bereits *N. Fischer*, *NZM* 2013, S. 249 ff., 260 m.w.N.; positiver zu § 283a ZPO etwa *Börstinghaus*, *NJW* 2013, S. 3265 ff., 3269.

¹⁸³ Der (Bundesrats-) „Entwurf eines Gesetzes zur Sicherung von Werkunternehmeransprüchen und zur verbesserten Durchsetzung von Forderungen

mehr realisiert worden ist. Diese Einwände sind auch heute - gerade angesichts des geltenden § 283a ZPO - beachtlich. Es ist folglich nicht das erste Mal, daß der (Verfahrensrechts-) Gesetzgeber annimmt, die prozessuale Realität durch Regelungen zum (vermeintlichen) Gläubigerschutz verbessern zu können. Weniger und besser durchdachte Gesetze, gerade im Bereich des Vollstreckungsrechts, sind jedoch das (rechtspolitische) Gebot der Stunde. In verfahrensrechtspolitischer Hinsicht ist daher vorzuschlagen, die Neuregelungen des § 283a ZPO und § 940a ZPO de lege ferenda wieder zu streichen, zumindest aber nach kurzer Zeit wissenschaftlich zu evaluieren¹⁸⁴. Stattdessen sollte der bereits unterbreitete Vorschlag aufgegriffen werden, eine an § 93 ZVG orientierte Regelung zur Vollstreckungsmöglichkeit gegen Dritte einzuführen¹⁸⁵. Im Hinblick auf das Verhältnis von Vollstreckungsrechtsdogmatik und Vollstreckungsreform verstärken die beiden letzten Reformen des deutschen

(Forderungssicherungsgesetz – FoSiG) enthielt in Art. 3 Nr. 5 eine „vorläufige Zahlungsanordnung“ nach § 302a ZPO-E, die bezwecken sollte, die Forderungen des Werkunternehmers effektiv zu sichern (vgl. BT-Dr. 16/511, S. 13). Bemerkenswert ist dabei, daß die „hohe Erfolgsaussicht“ ausweislich des damaligen § 302a Abs. 1 Nr. 1 ZPO-E ebenfalls Tatbestandsmerkmal war. In dem zum 01.01.2009 in Kraft getretenen Forderungssicherungsgesetz vom 23.10.2008 (BGBl. I 2022) war diese vorläufige Zahlungsanordnung nicht mehr enthalten. Vgl. die BRAK-Stellungnahme Nr. 32/2004 vom September 2004, die das Tatbestandsmerkmal der „hohen Erfolgsaussicht“ kritisiert hat (vgl. S. 2, 11).

¹⁸⁴ Siehe den BR-Vorschlag, siehe BT-Dr. 17/10485, S. 38 ff., 41.

¹⁸⁵ An dieser Stelle soll nur auf einen bereits vorliegenden Diskussionsvorschlag verwiesen werden, der das Regelungsvorbild des § 93 ZVG (iVm. § 869 ZPO) aufgreift: Danach kann aus dem Zuschlagsbeschluß in der Zwangsversteigerung die Zwangsvollstreckung auf Räumung und Herausgabe gegen den Grundstücksbesitzer stattfinden. Wenn man eine solche Räumungsmöglichkeit gegenüber Dritten auch außerhalb der Zwangsversteigerung schaffen würde, wäre die problematische Neuregelung des § 940a Abs. 2 ZPO obsolet. In einem solchen Fall sollte zugleich eine Möglichkeit für Dritte vorgesehen werden, dem Räumungsrechtsstreit zwischen Vermieter und Mieter beizutreten, um sich bereits im Räumungsprozeß als Streithelfer des Mieters beteiligen zu können. Anzuraten ist zudem, zusätzlich in § 765a ZPO zu regeln, daß auch Belange dieser Personen der Räumung (zumindest temporär) entgegenstehen können; als Regelungsvorbild könnte insoweit § 758a Abs. 3 S. 2 ZPO dienen („Unbillige Härten gegenüber Mitgewahrsamsinhabern sind zu vermeiden.“). Vgl. dazu *N. Fischer*, NZM 2013, S. 249 ff., 252 m.w.N.

Zwangsvollstreckungsrechts (und dort insbesondere das MietRÄndG) die folgende Erkenntnis: Bei der Entwicklung des Verfahrensrechts sollten nicht nur Erfahrungen der (Prozeßrechts-) Praxis, sondern auch Lehren der (Prozeßrechts-) Wissenschaft beachtet werden, bevor (Verfahrens-) Gesetzgebung Neuregelungen schafft. Wird dies zu wenig beachtet oder kommt die wissenschaftliche Auseinandersetzung zu kurz, dann ergibt sich der folgende (zusammenfassende) Befund: Die zivilprozessualen Neuerungen (hier des MietRÄndG) enthalten viel Gutes und viel Neues - nur das Gute ist nicht neu und das Neue ist nicht gut. Dies bedeutet aber: Nach der Vollstreckungsrechtsreform ist vor der (nächsten) ZPO-Reform!

EUROPÄISCHES INSOLVENZRECHT – EINE NEUE MOMENTAUFNAHME

*Prof. Dr. Dr. h.c. Peter GOTTWALD**

I. Die praktische Bedeutung

In den Nachwehen der Schulden- und Finanzkrise der letzten Jahre spielt das Insolvenzrecht in der Europäischen Union nach wie vor eine erhebliche Rolle. Die Zahl der Unternehmensinsolvenzen in Westeuropa ist noch immer ansteigend. Während 2011 nur etwa 173.000 Insolvenzanträge gestellt wurden, waren es 2012 etwa 178.000¹. Bemerkenswert ist dabei, dass einem Rückgang der Insolvenzen in Deutschland², Frankreich und Großbritannien eine erhebliche Steigerung der Insolvenzen in Italien, den Niederlanden, Portugal, Schweden und Spanien gegenübersteht. Auch in allen mittel-/osteuropäischen Staaten ist die Zahl der Insolvenzen erheblich gestiegen. Am stärksten insolvenzgefährdet ist der Bereich des Handels und der Dienstleistungsbereich, mit erheblichem Abstand kommt das Baugewerbe. Eine Auswertung von Creditreform zeigt, dass rund ein Viertel der europäischen Unternehmen keinen Gewinn macht und damit stark insolvenzgefährdet ist³. Knapp ein Viertel der europäischen Unternehmen ist mit einer Eigenkapitalquote von unter 10% deutlich unterkapitalisiert und

* Emeritierter ordentlicher Professor für Bürgerliches Recht, Verfahrensrecht und Internationales Privatrecht an der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Regensburg

¹ Creditreform Wirtschaftsforschung, Unternehmensinsolvenzen in Europa, Jahr 2012/13, 2013, S. 2.

² Vgl. *Hölzle*, Die Sanierung von Unternehmen im Spiegel des Wettbewerbs der Rechtsordnungen in Europa, KTS 2011, 291, 299.

³ Creditreform, Unternehmensinsolvenzen in Europa, S. 11 f.

ebenfalls insolvenzgefährdet. Glaubt man den jüngsten Nachrichten, ist die Finanzkrise noch nicht überwunden und werden in den kommenden Monaten zunehmend wirtschaftliche Schwierigkeiten erwartet.

Die wirtschaftliche Lage in der Europäischen Union und deren Insolvenzrecht ist auch für die Türkei von erheblicher Bedeutung. Denn seit dem Inkrafttreten der Zollunion 1996 sind die Exporte der Türkei in die EU-Mitgliedstaaten gestiegen, beliefen sich 2013 auf über 63 Milliarden US-Dollar und machten damit 41,5 % der gesamten Exporte der Türkei aus⁴. Türkische Exporteure dürften daher nicht selten mit der Insolvenz eines EU-Kunden konfrontiert sein. Diese praktische Bedeutung auch für türkische Unternehmen und ihre Rechtsberater dürfte Hakan Pekcanitez bewogen haben, 2009 auch das internationale und europäische Insolvenzrecht zum Gegenstand der Beratungen der Tagung der türkischen Prozessualisten in Abant zu machen⁵. Gerade weil das türkische IPRG von 2007 (noch) keine Regelung des internationalen Insolvenzrechts enthält⁶, hoffe ich, dass dieser Bericht über die seitherige Entwicklung ebenfalls auf Interesse stoßen kann.

II. Stand des Europäischen Insolvenzrechts

1. Die Europäische Insolvenzverordnung

a) Ein gemeinsames Insolvenzrecht der Europäischen Union gibt es erst seit der Verordnung Nr. 1346/2000 über Insolvenzverfahren, die zum 31.05.2002 in Kraft getreten ist. Die Verordnung gilt in allen EU-Mitgliedstaaten mit Ausnahme Dänemarks. Anwendbar ist sie auch im Verhältnis zu den 13 seit 2000 neu beigetretenen Mitgliedstaaten⁷.

b) Die wichtigsten Folgen der Verordnung waren, dass die Eröffnung eines Hauptverfahrens in einem EU-Mitgliedstaat in allen anderen

⁴ Vgl. „Invest in Turkey“, <http://www.invest.gov.tr/de-DE/investmentguide...>

⁵ *Gottwald*, Stand und Probleme des internationalen Insolvenzrechts, in *Türkiye Barolar Birliği, Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı - VIII, 2009*, S. 301.

⁶ Vgl. *A. Yeşilirmak*, Turkish International Civil Procedural Law in the New Millenium: An Overview - Revisited, *MIHDER* 7 (19), 2011, S. 1.

⁷ Bulgarien, Estland, Kroatien, Lettland, Litauen, Malta, Polen, Rumänien, Slowakei, Slowenien, Tschechien, Ungarn und Zypern.

Mitgliedstaaten automatisch anzuerkennen ist (Art. 17 I EuInsVO) und der im Hauptverfahren bestellte Verwalter das in den EU-Staaten belegene Vermögen des Insolvenzschuldners verwalten und darüber verfügen, es auch aus dem Lagestaat entfernen kann (Art. 18 I EuInsVO). Dies war und ist ein erheblicher Fortschritt⁸. Etwa zehn Jahre Praxis haben aber auch einige Schwächen der Verordnung deutlich werden lassen⁹. Über sie und die seitherige Entwicklung, insb. geplante Verbesserungen möchte ich daher nachfolgend berichten.

c) Zusammen mit einem Bericht über die bisherige Anwendung der Insolvenzverordnung hat die Europäische Kommission am 12.12.2012 einen Entwurf für eine Neufassung der Europäischen Insolvenzverordnung vorgelegt¹⁰. Nach einer Legislativen Entschließung des Europäischen Parlaments vom 5.2.2014¹¹ hat der Rat der Europäischen Union am 3.6.2014 eine verbesserte Fassung des Verordnungstextes¹² und am 22.7.2014 eine verbesserte Fassung der Erwägungsgründe¹³ in erster Lesung verabschiedet. Nach Plan soll das Gesetzgebungsverfahren 2015 abgeschlossen werden.

2. Insolvenzrecht für Banken und Versicherungen

Die Europäische Insolvenzverordnung gilt nicht für Banken und Versicherungsunternehmen. Insoweit gab es zunächst nur zwei Richtlinien, die Richtlinie 2001/24/EG vom 04.04.2001 über Sanierung und Liquidation von Kreditinstituten und die Richtlinie 2001/17/EG vom 19.03.2001 über die Sanierung und Liquidation von Versicherungsunternehmen. In der Finanzkrise der letzten Jahre hat sich freilich gezeigt, dass die Aufsicht über

⁸ Vgl. *Mankowski*, NZI 2009, 571 (Anm. zu EuGH, 2.7.2009, C-111/08, *Alpenblume*).

⁹ Vgl. Heidelberg-Luxembourg-Vienna-Report, External Evaluation of Regulation No 1346/2000/EC on Insolvency Proceedings, Just/2011/JCIV/PR/0049/A4.

¹⁰ Bericht der Kommission an das Europäische Parlament, COM (2012) 743/F1; Vorschlag für eine Verordnung zur Änderung der EuInsVO vom 12.12.2012, COM (2012) 744 F; dazu *Prager/Keller*, Der Vorschlag der Europäischen Kommission zur Reform der EuInsVO, NZI 2013, 57.

¹¹ Rat der EU, Dok. 5910/14, CODEC 241, JUSTCIV 19, PE 50.

¹² Rat der EU, Dok. 10284/14, JUSTCIV 134, EJUSTICE 54, CODEC 1366.

¹³ Rat der EU, Dok. 12042/14, JUSTCIV 204, EJUSTICE 66, CODEC 1644.

Banken und Versicherungen nach dem nationalen Recht unterschiedlich greift und in grenzüberschreitenden Fällen nicht in zufriedenstellender, effektiver Weise funktioniert. Der europäische Gesetzgeber hat deshalb durch Verordnung (EU) Nr. 1093/2010 eine *Europäische Bankenaufsichtsbehörde*¹⁴ und durch Verordnung (EU) Nr. 1094/2010 eine *Europäische Aufsichtsbehörde für das Versicherungswesen und die betriebliche Altersversorgung* errichtet¹⁵. Deren Befugnisse wurden durch die Verordnung (EU) Nr. 575/2013 erweitert¹⁶. Zur Harmonisierung der Regeln über Sanierung und Abwicklung von Kreditinstituten erging am 15.5.2014 die Richtlinie 2014/59/EU¹⁷. Durch Verordnung (EU) Nr. 806/2014 vom 15.07.2014 hat die EU einheitliche Vorschriften und ein einheitliches Verfahren für die Abwicklung von Kreditinstituten und bestimmten Wertpapierfirmen im Rahmen eines einheitlichen Abwicklungsmechanismus und eines einheitlichen Abwicklungsfonds festgelegt¹⁸. Diese Verordnung gilt inhaltlich voll ab 1.1.2016. Auf den näheren Inhalt dieses sehr umfangreichen Regelungspakets kann ich hier nicht eingehen.

Lediglich so viel sei angemerkt: Seit dem 4. 11. 2014 hat die Europäische Zentralbank die Aufsicht über 128 Großbanken der Eurozone¹⁹ und für kleinere Institute kann die Europäische Zentralbank immerhin Leitlinien erlassen. Bei der Abwicklung von Banken, Wertpapierfirmen und Versicherungen gibt es in der Europäischen Union zudem nur *ein* Insolvenzverfahren, keine Sekundärverfahren. Selbstverständlich ist dies anders, soweit solche Unternehmen auch außerhalb der EU eine Geschäftstätigkeit betrieben haben.

¹⁴ ABI EU 2010, Nr. L 331/12.

¹⁵ ABI EU 2010, Nr. L 331/48.

¹⁶ ABI EU 2013, Nr. L 176/1. Gleichzeitig hat die Richtlinie 2013/36/EU vom 26.6.2013 (ABI EU Nr. L 176/338) die Regeln über den Zugang zur Tätigkeit von Bankinstituten und die Modalitäten der Unternehmensführung verschärft.

¹⁷ ABI EU 2014, Nr. L 173/190.

¹⁸ ABI EU 2014, Nr. L 225/1 (sog. Single Supervisory Mechanism - SSM).

¹⁹ „Bankenunion; Einheitliche Bankenaufsicht und einheitlicher Abwicklungsmechanismus“; <http://www.elections2014.eu/de/newsroom/content/20140411ST043415/html>.

III. Der Regelungsbereich des Europäischen Insolvenzrechts

1. Das geltende Recht

Die Europäische Insolvenzverordnung erfasst Gesamtverfahren, „welche die Insolvenz des Schuldners voraussetzen und den vollständigen oder teilweisen Vermögensbeschlagn gegen den Schuldner sowie die Bestellung eines Verwalters zur Folge haben“ (Art. 1 I EuInsVO). Damit kein Zweifel besteht, welche Verfahren auf diese Weise wirklich erfasst sind, werden die nationalen Insolvenzverfahren der EU-Mitgliedstaaten im Anhang A zur Verordnung einzeln enumerativ aufgelistet.

Für diese Verfahren regelt das europäische Recht nur die internationale Zuständigkeit für die Eröffnung von Haupt- und Sekundärverfahren, die Zusammenarbeit zwischen Haupt- und Sekundärverwaltern, die Anerkennung der jeweiligen Verfahren in den anderen Mitgliedstaaten und schließlich die kollisionsrechtliche Behandlung der in den Insolvenzverfahren auftretenden Rechtsfragen. Die Abwicklung der Verfahren selbst erfolgt rein nach nationalem Recht (Art. 4 I EuInsVO). Auch das dabei anzuwendende Vertragsrecht, Deliktsrecht, Sachenrecht, Gesellschaftsrecht und Arbeitsrecht ist nach wie vor im Wesentlichen nationales Recht²⁰.

2. Erweiterung des Anwendungsbereichs

Die Beschränkung auf Verfahren mit Fremdverwaltung nach Eintritt in die Insolvenz hat zu zwei praktischen Schwierigkeiten geführt.

a) Erstens bieten viele EU-Mitgliedstaaten nach US-amerikanischem Vorbild Insolvenz- bzw. Sanierungsverfahren in Eigenverwaltung („debtor in possession“) unter gerichtlicher Aufsicht an. Solche Verfahren sollten sicherlich einbezogen werden.

b) Zweitens ist es eine Binsenweisheit, dass die Wahrscheinlichkeit einer Unternehmenssanierung steigt, je früher damit begonnen wird. Das US-amerikanische Recht gestattet dem Schuldner schon immer, freiwillig

²⁰ Vgl. *Gottwald*, Europäisches Insolvenzrecht, in *Roth*, Europäisierung des Rechts, 2010, S. 53, 55.

ein Reorganisationsverfahren zu beantragen, ohne dass er gleichzeitig das Vorliegen von Insolvenz oder der unmittelbaren Insolvenzgefahr nachweisen müsste (11 USC § 301). Wenn man den Berichten aus den USA glauben will, ist die Erfolgsrate derartiger Verfahren außerordentlich hoch. Es ist deshalb kein Wunder, dass auch die europäischen Staaten versuchen, das US-Recht nachzuahmen. Häufig haben die Europäer aber Angst davor, dass ein solches Verfahren dazu missbraucht werden könnte, Unternehmensverluste einfach auf die Gläubiger abzuwälzen, ohne dass dafür wirklich eine Notwendigkeit besteht. Immerhin, 25 von 28 Mitgliedsstaaten der Europäischen Union bieten heute bereits ein Vorinsolvenzverfahren oder eine Art hybrides Verfahren zwischen Nichtinsolvenz und Insolvenz an²¹. In Deutschland gibt es insoweit seit 2013 das sog. Schutzschirmverfahren (§ 270b InsO)²². Das jüngste Beispiel ist die französische Reform vom 12.3.2014²³.

c) Auch die EU-Kommission sieht, dass Verfahren in Eigenverwaltung, aber auch Vorinsolvenzverfahren letztlich in die Insolvenzverordnung einbezogen werden müssen, wenn diese weiterhin das reale Insolvenzgeschehen, insbesondere transnationale Versuche zur Rettung von Unternehmen, voll erfassen soll²⁴. Dementsprechend sehen Erwägungsgrund 3 des reformierten Verordnungsvorschlages sowie die neuen Erwägungsgründe 9a und 10 die Einbeziehung von Vorinsolvenzverfahren und Verfahren in Eigenverwaltung vor.

²¹ Vgl. *Thole*, Der Trend zur insolvenzrechtlichen Sanierung, KSzE 3.2012, 286. Zum spanischen Recht s. *Alcázar Pérez*, Das neue spanische Konkursrecht, RIW 2013, 352; zum italienischen Recht *Agostinelli*, New Italian Restructuring Options..., Intern.Corp.Rescue 10 (2013), 152.

²² Hierzu näher *Camek*, Das Schutzschirmverfahren nach § 270b InsO und seine Funktionalität im internationalen Rechtsvergleich, 2014; *Kolmann*, Schutzschirmverfahren, 2014; *Vallender*, Das neue Schutzschirmverfahren nach dem ESUG, GmbHR 2012, 450; *Gottwald/Haas*, Insolvenzrechts-Handbuch, 5. Aufl. 2014, § 88 III.

²³ *Degenhardt*, Die Reform des französischen Insolvenzrechts vom 12.3.2014, NZI 2014, 433.

²⁴ Europäische Kommission, Vorschlag für eine Verordnung ... zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 des Rates über Insolvenzverfahrens, KOM (2012) 744 (Begründung 1.2, 3.1).

Nach dem neuen Art. 1 (1) soll sich die Verordnung auf alle Gesamtverfahren beziehen, „die sich auf eine gesetzliche Regelung zur Insolvenz- oder Schuldenanpassung stützen und in denen zu Zwecken der Sanierung, Schuldenanpassung, Reorganisation oder Liquidation (a) dem Schuldner die Verfügungsgewalt ... entzogen ... wird oder (b) das Vermögen und der Geschäftsbetrieb des Schuldners der Kontrolle oder Aufsicht durch ein Gericht unterstellt wird.“ Ergänzend sieht die Kompromissfassung vom 3.6.2014 einen zusätzlichen Buchstaben c) vor. Danach wird auch ein Verfahren erfasst, in dem „eine vorübergehende Aussetzung von Einzelvollstreckungsmaßnahmen von einem Gericht oder von Amts wegen angeordnet wird, um Verhandlungen zwischen dem Schuldner und seinen Gläubigern zu ermöglichen, sofern dieses Verfahren (i) geeignete Maßnahmen zum Schutz der Gesamtheit der Gläubiger vorsieht und (ii) vor einem der unter den Buchstaben a oder b genannten Verfahren erfolgt, wenn keine Einigung erzielt wird“. Weiter heißt es: „Kann ein solches Verfahren in Situationen eröffnet werden, in denen eine Insolvenz nur möglicherweise eintreten könnte, muss der Zweck des Verfahrens die Vermeidung der Insolvenz des Schuldners oder der Einstellung seiner Geschäftstätigkeit sein“. Eine weiter gehende Einbeziehung von Sanierungsverfahren bei wirtschaftlichen Schwierigkeiten mit tatsächlichen erheblichen Risiken wird in einer Fußnote 10 erwogen, aber noch nicht direkt vorgeschlagen.

d) Ob damit am Ende alle Sanierungsverfahren einbezogen werden, erscheint aber doch zweifelhaft, da etwa bei dem englischen *Scheme of Arrangement*-Verfahren zunächst keine gerichtliche Überwachung stattfindet und nur das Ergebnis gerichtlich bestätigt wird²⁵. Auch nach finnischem Recht wird das Gericht im Schuldenbereinigungsverfahren nur auf Antrag tätig²⁶, so dass zweifelhaft bleibt, ob solche Verfahren wirklich erfasst sind.

²⁵ Vgl. Thole, Sanierung mittels Scheme of Arrangement, ZGR 2013, 109; für Anerkennung der bestätigenden Court Order als Annexentscheidung nach Art. 25 Abs. 1 Unterabs. 2 EuInsVO: Kusche, Die Anerkennung des Scheme of Arrangement in Deutschland, 2014, S. 64ff, 76.

²⁶ Vgl. Linna, Cross-Border Debt Adjustment - Open Questions in European Insolvency Proceedings, Intern.Insol.Rev.23 (2014), 20, 31.

IV. Internationale Zuständigkeit für Haupt- und Sekundärverfahren

1. Zuständigkeit für Hauptinsolvenzverfahren

a) Eine geordnete Insolvenzabwicklung setzt zumindest im Verhältnis zwischen den EU-Mitgliedstaaten voraus, dass die internationale Zuständigkeit für die Eröffnung aller Verfahren festgelegt wird. Dabei ergab sich immer die Schwierigkeit, dass Common Law-Staaten auf den registrierten Sitz eines Unternehmens abstellten, während für die kontinental europäischen Staaten die reale Hauptniederlassung maßgeblich war. Schon das UNCITRAL-Modellgesetz von 1997 fand einen Kompromiss zwischen beiden Ansichten. Danach sollte das Hauptinsolvenzverfahren in dem Mitgliedstaat eröffnet werden, in dessen Gebiet der Schuldner „den Mittelpunkt seiner hauptsächlichen Interessen hat“ (COMI). Dieser Lösung folgte die EU-Verordnung und bestimmt für Gesellschaften und juristische Personen ergänzend, dass „bis zum Beweis des Gegenteil vermutet wird, dass der Mittelpunkt ihrer hauptsächlichen Interessen der Ort des satzungsmäßigen Sitzes ist“ (Art. 3 I 2 EuInsVO). Man wollte es also allen Recht machen und niemand verärgern, hat damit aber eine Regelung geschaffen, die Anlass zu zahlreichen Zweifelsfragen und Streitigkeiten gab. Dies gilt insbesondere für die Bestimmung des Centre of Main Interests für Konzernunternehmen²⁷.

b) In dem *Eurofood*-Fall entschied der Europäische Gerichtshof am 2.5.2006, dass Muttergesellschaft und Tochtergesellschaft jeweils ihren eigenen Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen haben und dass beide in verschiedenen Mitgliedstaaten liegen können. Die bloße Tatsache, dass der Vorstand der Muttergesellschaft alle wichtigen wirtschaftlichen Entscheidungen auch für die Tochtergesellschaft fällt und die Muttergesellschaft die Tochtergesellschaft kontrolliert, sei nicht ausreichend, um die Zuständigkeit zur Insolvenzeröffnung am Sitz der Muttergesellschaft

²⁷ Vgl. *Fehrenbach*, Die Rechtsprechung des EuGH zur Europäischen Insolvenzverordnung: Der Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen, ZEuP 2013, 353; *Wiebusch*, Internationales Konzerninsolvenzrecht, 2014, S. 92 ff.

zu konzentrieren²⁸. Mit diesem Urteil verwarf der EuGH entsprechende Bemühungen der italienischen Gerichte, den gesamten *Parmalat*-Konzern in Italien abzuwickeln. Die Europäische Insolvenzverordnung gilt also auch für Tochterunternehmen türkischer Konzerne mit Sitz in einem EU-Mitgliedstaat.

2011 entschied der Europäische Gerichtshof in der *Interedil*-Entscheidung, dass es entsprechend dem Erwägungsgrund 13 zur Europäischen Insolvenzverordnung für die Bestimmung von „COMI“ vor allem darauf ankomme, wo der Schuldner für Dritte feststellbar gewöhnlich der Verwaltung seiner Interessen nachgeht. Wenn satzungsmäßiger Sitz und Hauptniederlassung örtlich zusammenfallen, sei die Lösung natürlich eindeutig. Ansonsten komme es darauf an, wo aus der Sicht Dritter das Unternehmen tatsächlich geführt werde. Die bloße Belegenheit von Vermögen in einem Staat oder von Verträgen, die sich auf dieses Vermögen beziehen, sei dagegen nicht ausreichend, um COMI in einem anderen Staat als dem der Registrierung zu begründen²⁹.

Schließlich entschied der EuGH wenig später in dem *Rastelli*-Fall, dass das Hauptverfahren gegen eine insolvente Konzerngesellschaft nur dann auf eine zweite Konzerngesellschaft erweitert werden dürfe, wenn deren COMI in dem gleichen Mitgliedstaat liege. Sei die zweite Gesellschaft in einem anderen Staat im Gesellschaftsregister eingetragen, so müsse die Vermutung des Art. 3 I 2 EuInsVO widerlegt werden. Die bloße Tatsache, dass Vermögen vermischt worden sei, sei nicht ausreichend, um die Zuständigkeit für die zweite Gesellschaft in dem ersten Eröffnungsstaat zu begründen³⁰.

c) Die Klärung, die vor allem die *Interedil*-Entscheidung gebracht hat, soll im Rahmen der Reform in die Europäische Insolvenzverordnung übernommen werden. Der neue Erwägungsgrund 13 a stellt zunächst auf den satzungsmäßigen Sitz ab und fügt dann hinzu: „Diese Vermutung sollte widerlegt werden können, wenn sich die Hauptverwaltung der Gesellschaft in einem anderen Mitgliedstaat befindet als der Sitz und wenn eine

²⁸ EuGH, Slg. 2006, I-3813.

²⁹ EuGH, Slg. 2011, I-9915; vgl. *Brünkmans*, Die Renaissance der Sitztheorie im europäischen Insolvenzrecht, KSzW 03.2012, 319.

³⁰ EuGH, Slg. 2011, I-13209.

Gesamtbetrachtung aller relevanten Faktoren die von Dritten überprüfbare Feststellung zulässt, dass sich der tatsächliche Mittelpunkt der Verwaltung und der Kontrolle der Gesellschaft, sowie der Verwaltung ihrer Interessen, in einem anderen Mitgliedstaat befindet. Eine Widerlegung der Vermutung sollte hingegen nicht möglich sein, wenn sich die Verwaltungs- und Kontrollorgane einer Gesellschaft am Ort ihres Sitzes befinden und die Verwaltungsentscheidungen der Gesellschaft in für Dritte feststellbarer Weise an diesem Ort getroffen werden“. Kritisiert wird hieran, dass das Topmanagement kurzfristig umsiedeln kann, so dass es sachgerechter wäre, auf das reale wirtschaftliche Produktionszentrum abzustellen³¹. Ob man auch sonst mehr Klarheit durch eine Auflistung möglicher Indikationen hätte erreichen können, stehe dahin. An der Gesamtlinie, die vom EuGH vorgegeben ist, dürfte sich jedenfalls für Gesellschaften auch nach der Neuordnung nichts ändern.

2. Zuständigkeit für Sekundärinsolvenzverfahren

Nach Art. 3 II EuInsVO kann ein Sekundärverfahren in einem anderen Mitgliedsstaat als dem des Hauptverfahrens eröffnet werden, wenn der Schuldner dort eine Niederlassung hat. Was eine Niederlassung ist, ist in Art. 2 lit. h EuInsVO definiert: Jeder „Tätigkeitsort, an dem der Schuldner einer wirtschaftlicher Aktivität von nicht vorübergehender Art unter Einsatz von Personal- und Vermögenswerten nachgeht“. Diese Definition hat zu Schwierigkeiten geführt, wenn das Hauptverfahren nicht am Satzungssitz eröffnet worden ist. Sachgerechtere Weise hat der EuGH entschieden, dass dann (auch) das Unternehmen am Satzungssitz als Zweigniederlassung anzusehen sei³².

3. Verfahrenskoordination oder synthetisches Sekundärverfahren

a) Kommt es zur Eröffnung eines oder mehrerer Sekundärverfahren, so bedarf es notwendigerweise einer sinnvollen Koordination zwischen Haupt-

³¹ Schwörer, Europäisches Insolvenzrecht: Rettungsanker in der Krise?, AnwBl 2013, M 78.

³² EuGH (4.9.2014, C-327/13, *Bourgo Group v Illochroma*).

und Sekundärverfahren³³. Diese Kooperation ist bereits jetzt in den Art. 31 ff EuInsVO normiert. Künftig soll sie in den Art. 31a und 31b EuInsVO n.F. noch genauer geregelt werden. Dennoch bleibt das allgemeine Problem, dass zwei Verwalter nicht immer der gleichen Meinung sein werden und dass diese Meinungsverschiedenheiten letztlich negative Auswirkungen auf die Insolvenzabwicklung bzw. die Sanierung des Unternehmens haben werden, so dass das Hauptziel einer bestmöglichen Gläubigerbefriedigung verfehlt wird. (Immerhin wird auch der europäische Gesetzgeber pragmatischer und lässt die Beschränkung von Sekundärverfahren auf Liquidationsverfahren fallen.)

b) In der Praxis haben sich Hauptinsolvenzverwalter teilweise dadurch beholfen, dass sie Hauptgläubigern in anderen Mitgliedsstaaten versprochen haben, sie bei der Abwicklung des Hauptverfahrens so zu stellen, als ob in deren Mitgliedsstaat ein Sekundärverfahren eröffnet worden wäre. Diese Praxis eines sogenannten *synthetischen Sekundärverfahrens* soll bei der Neuordnung gemäß Erwägungsgrund 5 (idF des Ratsbeschlusses vom 22.7.2014) legalisiert werden. Dazu soll ein neuer Art. 28a eingefügt werden. Nach dessen Abs. 1 soll der Verwalter das Recht haben, zur Vermeidung eines Sekundärinsolvenzverfahrens eine Zusicherung des Inhalts zu geben, dass er bei Verteilung des Vermögens bzw. des Verwertungserlöses die Verteilungs- und Vorzugsrechte wahrt, die einheimischen Gläubigern zugestanden hätten, wenn ein Sekundärinsolvenzverfahren eröffnet worden wäre. Eine solche Zusicherung bedarf der Schriftform und der Zustimmung der bekannten lokalen Gläubiger und ist für die Insolvenzmasse verbindlich. Art. 29a II der Neufassung sieht korrespondierend vor, dass das Gericht auf Antrag des Hauptverwalters die Entscheidung über die Eröffnung eines Sekundärverfahrens vertagt oder die Eröffnung ablehnt, wenn dies im Hinblick auf Zusicherungen des Verwalters im Sinne des Art. 28a als entbehrlich erscheint. Ich könnte mir vorstellen, dass von dieser Neuregelung häufig Gebrauch gemacht werden dürfte. Allerdings löst das synthetische Insolvenzverfahren nicht alle Probleme, insbesondere nicht den

³³ Vgl. *Fehrenbach*, Haupt- und Sekundärinsolvenzverfahren, 2014.

Fall, dass das schuldnerische Vermögen im Wesentlichen nicht am Sitz der Hauptverwaltung, sondern in einem anderen EU-Mitgliedsstaat belegen ist³⁴.

V. Annexverfahren

1. Vis attractiva concursus?

Die derzeitige Europäische Insolvenzverordnung verweist für die Rechtsverfolgung einzelner Gläubiger im Zusammenhang mit einem Insolvenzverfahren auf das Recht des jeweiligen Eröffnungsstaates (Art. 4 II lit. f EuInsVO). Manche Staaten sehen vor, dass das Insolvenzgericht selbst über insolvenznahe Verfahren zu entscheiden hat (sogenannte vis attractiva concursus), andere Mitgliedsstaaten, wie etwa Deutschland lehnen dies ab.

Der Europäische Gerichtshof hat in dem *DekoMarty*-Urteil vom 12.2.2009 allerdings entschieden, dass das Insolvenzgericht auch für Entscheidungen zuständig ist, die unmittelbar aus dem Insolvenzverfahren hervorgehen und in engem Zusammenhang damit stehen³⁵. Da Art. 25 I Unterabsatz 2 EuInsVO vorsehe, dass solche Entscheidungen wie Entscheidungen zur Durchführung und Beendigung eines Insolvenzverfahrens anerkannt und vollstreckt werden, sei sinnvollerweise insoweit auch eine internationale Zuständigkeit in Analogie zu Art. 3 EuInsVO anzuerkennen. Im konkreten Fall hatte die Insolvenzschuldnerin kurz vor der Insolvenzeröffnung 50.000€ auf ein Konto der Beklagten bei einer deutschen Bank überwiesen. Empfänger und Beklagter war eine Gesellschaft mit Sitz in Belgien. Der nachfolgend bestellte deutsche Insolvenzverwalter focht diese Zahlung an und forderte Rückzahlung des Betrags vor dem deutschen Landgericht, in dessen Bezirk das Insolvenzgericht lag. Während die deutschen Gerichte eine internationale Zuständigkeit verneinten, bejahte sie der Europäische Gerichtshof analog Art. 3 I EuInsVO³⁶.

³⁴ Vgl. Amtsgericht München, NZI 2007, 358.

³⁵ EuGH Slg. 2009, I-767 (*Seagon v DekoMarty*) = NZI 2009, 199; vgl. *Ambach*, Reichweite und Bedeutung von Art. 25 EuInsVO, 2009, S. 185ff.

³⁶ EuGH Slg. 2009, I-767 (*Seagon v DekoMarty*); abschließende Entscheidung BGH NZI 2009, 532.

Diese Entscheidung löste eine breite Diskussion darüber aus, welche Verfahren nun in einem solchen unmittelbaren Zusammenhang zum Insolvenzverfahren stehen.

Entschieden hat der EuGH inzwischen, dass eine internationale Zuständigkeit für eine Insolvenzanfechtungsklage des Gerichts am Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen des Schuldners für eine Insolvenzanfechtungsklage auch dann besteht, wenn der Gläubiger seinen Sitz in einem Drittstaat, etwa in der Türkei, hat³⁷. Offengelassen hat der EuGH, ob diese nationale Zuständigkeit ausschließlich oder nur konkurrierend, also zusätzlich zur Verfügung stehen soll. In Drittstaatenfällen kann sie sinnvollerweise aber nicht ausschließlich sein, da ein Drittstaat weder durch die EuInsVO gebunden ist noch sicher ist, dass er eine entsprechende Entscheidung anerkennen und vollstrecken wird. Deshalb kann diese Zuständigkeit dem Verwalter insoweit nur fakultativ offen stehen. Zweckmäßigerweise sollte für innergemeinschaftliche Fälle nichts anderes gelten³⁸.

2. Geplante Regelung der Zuständigkeit für Zusammenhangsklagen

Bei der Reform der EuInsVO will die EU-Kommission die internationale Zuständigkeit für Annexklagen, wie beispielsweise Anfechtungsklagen, in einem neuen Artikel 3 a I ausdrücklich einführen. Ergänzend sieht die Neuregelung vor, dass der Verwalter Annexklagen, die einen Zusammenhang mit einer anderen zivil- oder handelsrechtlichen Klage gegen denselben Beklagten haben, auch vor dem Gericht des Mitgliedsstaates erheben kann, in dem der Beklagte seinen Wohnsitz hat,

³⁷ EuGH (Urteil vom 16.01.2014, C-328/12, *R. Schmid v Hertel*), NJW 2014, 610 = EuZW 2014, 262 (Anm. *P. Schulz*); dazu *Baumert*, Offene Praxisfragen beim internationalen Gerichtsstand bei Insolvenzanfechtungsklagen in Drittstaatenfällen - Art. 3 EuInsVO analog, NZI 2014, 106; krit. *Paulus*, Vom Nutzen und Nachteil einer *vis attractiva concursus* für das heutige Insolvenzrecht, Festschrift für Gottwald, 2014, S. 485, 490; abschließende Entscheidung BGH NZI 2014, 672.

³⁸ *Kindler*, KTS 2014, 25, 36f, möchte Klagen gegen den Insolvenzverwalter zwingend am *forum concursus* konzentrieren.

soweit dieses Gericht nach der EuGVO zuständig ist (E Art. 3 a II EuInsVO)³⁹.

Offen ist danach freilich, welche Klagen außer Insolvenzanfechtungsklagen unmittelbar aus dem Insolvenzverfahren hervorgehen und in engem Zusammenhang damit stehen.

a) Der EuGH hat jedenfalls durch Urteil vom 14.4.2012 entschieden, dass eine *Anfechtungsklage* dann nicht mehr in unmittelbarem Zusammenhang mit der Insolvenz steht, wenn sie nicht vom Insolvenzverwalter, sondern *von einem neuen Gläubiger* erhoben wurde, an den der Insolvenzverwalter den Anfechtungsanspruch abgetreten hat⁴⁰.

b) Mit Urteil vom 10.09.2009 entschied der EuGH weiter, dass die *Klage* eines Verkäufers *auf Rückgabe einer Kaufsache* aufgrund seines Eigentumsvorbehalts gegen den insolventen Käufer keine Klage ist, die unmittelbar mit der Insolvenz zusammenhängt, sondern eine reine Zivilsache ist, die nach der EuGVO zu beurteilen ist⁴¹.

c) Von allen anderen Fällen, bei denen ein unmittelbarer Zusammenhang mit der Insolvenz denkbar ist, spielen Fragen der *Haftung von Anteilseignern und Geschäftsführern* der insolventen Gesellschaft eine praktisch erhebliche Rolle. Das *Landgericht Darmstadt* hat am 15.5.2013 dem EuGH die Frage vorgelegt, ob eine Zuständigkeit analog Art. 3 EuInsVO für eine Klage des Insolvenzverwalters gegen den Geschäftsführer der Schuldnerin auf Ersatz von Zahlungen, die nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft oder nach Feststellung deren Überschuldung geleistet worden sind (gemäß § 64 GmbHG), besteht, freilich mit der Besonderheit, ob dies auch dann gilt, wenn der Geschäftsführer seinen Wohnsitz nicht in einem Mitgliedsstaat der Europäischen Union, sondern in einem Vertragsstaat des Lugano-Übereinkommens, im konkreten Fall in der Schweiz hat⁴². Auf die Entscheidung des EuGH darf man

³⁹ Hierin liegt aber kaum eine Erweiterung der Annexzuständigkeit (so aber *Kindler*, KTS 2014, 25, 35), sondern eine Klarstellung, dass die Annexzuständigkeit des Insolvenzgerichts insoweit nicht ausschließlich ist.

⁴⁰ EuGH (C-213/10, *F-Tex*), NZI 2012, 469.

⁴¹ EuGH Slg. 2009, I-8421 (*German Graphics*).

⁴² LG Darmstadt NZI 2013, 712 (mit Anm. *Mankowski*).

gespannt sein. Schon 1979 hat er allerdings entschieden, dass eine damalige „action en comblement du passif“ gegen einen tatsächlichen Geschäftsführer eine Insolvenzanlage ist⁴³. Auf dieser Linie würde es liegen, auch Klagen gegen einen Geschäftsführer wegen Insolvenzverschleppung oder auf Rückzahlung von Leistungen nach Eintritt in die Insolvenz (gemäß § 64 S. 1 und § 43 III GmbHG)⁴⁴, Klagen gegen einen Gesellschafter einer Personengesellschaft im Hinblick auf seine persönliche Haftung für Gesellschaftsschulden (§ 128 HGB) oder Klagen gegen Mitglieder oder Aktionäre einer Gesellschaft wegen arglistiger Beiseiteschaffung von Vermögenswerten (sog. Haftung wegen existenzvernichtenden Eingriffs) als insolvenznahe einzuordnen. Die h. M. in der deutschen Literatur lehnt dies freilich ab, weil alle derartigen Haftungsklagen nicht (zwingend) voraussetzen, dass ein Insolvenzverfahren eröffnet worden ist⁴⁵. Da solche Ansprüche aber nach Insolvenzeröffnung nicht die Einzelgläubiger, sondern nur der Insolvenzverwalter nach den §§ 92, 93 InsO kollektiv geltend machen kann, scheint mir eine insolvenznahe Einordnung überzeugender zu sein. Entschieden ist freilich darüber vom EuGH noch nicht.

VI. Konzerninsolvenz

1. Reformvorschlag auf EU-Ebene

a) Die Europäische Insolvenzverordnung enthält derzeit keinerlei Regelung darüber, wie im Fall eines insolventen Konzerns vorzugehen ist. Rechtlich sind Konzernunternehmen jeweils selbständige Unternehmen (juristische Personen), so dass selbständige Insolvenzverfahren die Folge wären. Ein Konzern ist aber vielfach eine wirtschaftliche Einheit oder die Konzernunternehmen sind doch so eng miteinander verflochten, dass wirklich selbständige Verfahren ineffizient verlaufen müssen und entweder ein Einheitsverfahren oder doch stark koordinierte Verfahren die bessere

⁴³ EuGH Slg. 1979, 733 (*Gourdain v Nadler*).

⁴⁴ So jetzt der BGH (3.6.2014, II ZR 34/13) NZI 2014, 881 (Rn. 6).

⁴⁵ Vgl. Freitag, Internationale Zuständigkeit für Schadenersatzklagen aus Insolvenzverschleppungshaftung, ZIP 2014, 302.

Lösung darstellen würden⁴⁶. Schon die erste Leitentscheidung des EuGH in dem *Eurofood*-Fall betraf die Insolvenz einer konzernangehörigen Tochtergesellschaft. Durchaus richtig und in Übereinstimmung mit der Verordnung hat der EuGH damals entschieden, dass jedes Konzernunternehmen nicht nur rechtlich selbständig ist, sondern auch die internationale Zuständigkeit für die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens für jedes Konzernunternehmen selbständig zu bestimmen ist. Alles Weitere war in der Praxis der mehr oder weniger freiwilligen Zusammenarbeit der Insolvenzverwalter sowie der Zusammenarbeit der beteiligten Insolvenzgerichte überlassen.

b) Sachgerechter wäre es sicherlich, eine solche Zusammenarbeit zu strukturieren und rechtlich zu regeln. Nach eingehender Diskussion verabschiedete UNCITRAL bereits am 1. Juli 2010 einen Gesetzgebungsleitfaden über die „Behandlung von Unternehmensgruppen in der Insolvenz“⁴⁷. Die darin festgelegten Prinzipien und Vorschläge übernahm die EU-Kommission weitgehend in ihren eigenen Vorschlag zur Reform der Europäischen Insolvenzverordnung.

Was eine Unternehmensgruppe, eine Muttergesellschaft und eine Tochtergesellschaft ist, soll in Art. 2 lit. i u. j vielleicht etwas zu eng definiert werden⁴⁸. Ausgangspunkt der eigentlichen Lösung ist die Entscheidung des EuGH im *Eurofood*-Fall, dass jede Gesellschaft derselben Unternehmensgruppe ihren eigenen Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen (COMI) hat. Dabei soll es wegen der selbständigen Haftungsverfassung der einzelnen Konzernunternehmen auch bleiben⁴⁹. Ein einheitlicher Konzerngerichtsstand soll nicht eingeführt werden.

⁴⁶ Vgl. *Wiebusch* (Fn. 23), S. 60ff.

⁴⁷ Legislative Guide on Insolvency Law, Part three: Treatment of enterprise groups in insolvency, 2010; zur aktuellen Diskussion „Facilitating the cross-border insolvency of multinational enterprise groups“ siehe Notes by the Secretariat of 11.2.2014 (A/CN.9/WG.V/WP.120) and of 2.10.2014 (A/CN.9/WG.V/WP.124); Report of Working Group V, 6 May 2014, A/CN.9/803, p. 5.

⁴⁸ *Kindler*, KTS 2014, 25, 39ff.

⁴⁹ *Kindler*, KTS 2014, 25, 38.

Um die Insolvenzverfahren über das Vermögen der verbundenen Gesellschaften effizient abwickeln zu können, sollen diese aber in sachgerechter Weise koordiniert werden. Nach dem neuen Erwägungsgrund 20d (idF. vom 22.7.2014) sollen die beteiligten Verwalter und Gerichte deshalb wie Verwalter und Gerichte in gegen denselben Schuldner gerichteten Haupt- und Sekundärverfahren verpflichtet sein, Informationen auszutauschen und praktisch zusammen zu arbeiten⁵⁰. Das Ziel dieser Zusammenarbeit soll es sein, die Synergien der Unternehmensgruppe auszuschöpfen; sie darf aber nicht den Interessen der Gläubiger der Einzelverfahren zuwiderlaufen.

c) Einzelheiten dieser Pflicht zur Kooperation und Kommunikation unter allen Beteiligten sollen in einem neuen „*Kapitel IV A Insolvenz von Mitgliedern einer Unternehmensgruppe*“ (in den Art. 42a - 42d) geregelt werden⁵¹.

Die *Verwalter* sollen danach untereinander soweit als möglich zusammenarbeiten, um eine Restrukturierung der gesamten Gruppe zu erreichen und dabei die Verwaltung und Überwachung der Geschäfte der Gruppenmitglieder koordinieren (Art. 42a II). Ausdrücklich sieht Art. 42a I 2 vor, dass die Zusammenarbeit in Vereinbarungen oder Protokollen geregelt werden kann.

Zur Unterstützung dieser Zusammenarbeit unter den Verwaltern sollen auch die *Gerichte* der Mitgliedsstaaten, bei denen Verfahren gegen Mitglieder derselben Unternehmensgruppe anhängig sind, zusammenarbeiten, soweit dies die effiziente Abwicklung der Verfahren erleichtern kann (Art. 42b)⁵². Dass auch Verwalter und Gerichte kooperieren

⁵⁰ Vgl. *Wimmer*, Konzerninsolvenzen im Rahmen der EuInsVO - Ausblick auf die Schaffung eines deutschen Konzerninsolvenzrechts, DB 2013, 1343, 1345f; aus koreanischer Sicht *Y.-J. Kim*, Konzernbegriff und Konzernhaftung bei Konzerninsolvenzen, Festschrift für Gottwald, 2014, S. 327.

⁵¹ Vgl. *Brüinkmans*, Auf dem Weg zu einem europäischen Konzerninsolvenzrecht, ZInsO 2013, 797.

⁵² S. generell *Paulus*, Globale Grundsätze für die Zusammenarbeit in grenzüberschreitenden Insolvenzen und globale Richtlinien für die gerichtliche Kommunikation, RIW 2014, 194; hierfür bereits *Eidenmüller*, Verfahrenskoordination

müssen (Art. 42c), ist danach eigentlich selbstverständlich. Ähnlich wie im Verhältnis zwischen Haupt- und Sekundärinsolvenzverwaltern sollen auch die Verwalter eines Insolvenzverfahrens eines Mitglieds einer Unternehmensgruppe berechtigt sein, an Gläubigerversammlungen im Insolvenzverfahren der jeweils anderen Mitglieder teilzunehmen, dort einen Sanierungsplan vorzuschlagen oder zusätzliche Maßnahmen zu beantragen, die für eine Sanierung erforderlich sein können (Art. 42d).

d) Jeder Verwalter soll weiter die Befugnis erhalten, einen Sanierungsplan für die Mitglieder der Unternehmensgruppe vorzuschlagen und, soweit zu dessen Verwirklichung erforderlich, die *Aussetzung des Insolvenzverfahrens gegen ein anderes Gruppenmitglied* zu beantragen (Erwägungsgrund 7 des Vorschlages, Erwägungsgrund 20k der Verordnung sowie E Art. 42d I lit b), sofern kein Gruppen-Koordinierungsverfahren eröffnet worden ist. Das Gericht soll diesem Antrag stattgeben, wenn die Aussetzung den Gläubigern dieses Verfahrens zugutekäme (E Art. 42d II 1). Ausgesetzt werden kann für maximal 3 Monate mit einmaliger Wiederholungsmöglichkeit (E Art. 42d II Unterabs. 2, 4). Das Gericht kann dabei verlangen, dass der Insolvenzverwalter geeignete Maßnahmen zum Schutz der Gläubigerinteressen ergreift.

e) Dem Europäischen Parlament erschien die von der Kommission vorgesehene Konzeption bloßer Zusammenarbeit der einzelnen Insolvenzverwalter als nicht ausreichend. Es will daher zusätzlich ein *Gruppen-Koordinierungsverfahren* mit einem Koordinationsverwalter einführen⁵³.

Der Rat der EU ist dem gefolgt und sieht in dem verbesserten Erwägungsgrund 7 zur Änderungsverordnung, den neuen Erwägungsgründen 20g - 20m und den Art. 42d1 bis 42d17 der Insolvenzverordnung ähnlich wie zuvor der deutsche Reformentwurf vor, dass jeder Insolvenzverwalter eines Konzernunternehmens das Recht hat, die Eröffnung eines Gruppen-Koordinierungsverfahrens zu beantragen (Erwägungsgrund 20g S. 1). Die Teilnahme an dem

bei Konzerninsolvenzen, ZHR 169 (2005), 528; Oberhammer, Von der EuInsVO zum europäischen Insolvenzrecht, KTS 2009, 27.

⁵³ Rat der EU, Dok. 5910/14, S. 35 (Art. 42da ff); vgl. Kindler KTS 2014, 25, 38.

Koordinierungsverfahren soll allerdings freiwillig sein. Jeder Insolvenzverwalter kann deshalb innerhalb von 30 Tagen Widerspruch gegen die Teilnahme einlegen (Erwägungsgrund 20h Abs. 1; Art. 42d4 (2), 42d5 (1)).

2. Deutsche Reform

Die deutsche Bundesregierung plant eine ähnliche Novellierung der deutschen Insolvenzordnung für nationale Konzerninsolvenzen⁵⁴. Auf die Unterschiede zwischen dem europäischen und dem deutschen Reformvorschlag kann ich nicht im Einzelnen eingehen. Lediglich einige wesentliche Divergenzen seien hervorgehoben.

a. Der Gruppengerichtsstand

Während Erwägungsgrund 20b des europäischen Reformvorschlages nur darauf verweist, dass gegen mehrere Gesellschaften derselben Unternehmensgruppe ein Insolvenzverfahren am gleichen Gerichtsstand eröffnet werden kann, wenn der Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen dieser Gesellschaften in demselben Mitgliedsstaat liegt, sieht der Entwurf eines § 3a I InsO für das deutsche Recht einen *besonderen Gruppengerichtsstand* vor⁵⁵. Nach dieser Regelung soll ein gruppenangehöriger Schuldner beantragen können, dass sich das Insolvenzgericht auch für die Insolvenzverfahren anderer gruppenangehöriger Schuldner zuständig erklärt, wenn der Antrag zulässig ist und der Schuldner nicht offensichtlich von untergeordneter Bedeutung für die gesamte Unternehmensgruppe ist. Auf diese Weise soll eine Verfahrenskonzentration bei Gericht des Mutterkonzernunternehmens oder doch am Sitz eines Tochterunternehmens ermöglicht werden, wenn dieses mehr als 10 % der Bilanzsumme und der Umsatzerlöse der gesamten Unternehmensgruppe erwirtschaftet hat und dort im Durchschnitt mehr als 10% der Arbeitnehmer der Unternehmensgruppe beschäftigt waren.

⁵⁴ Vgl. BR-Drucksache 663/13 vom 30.08.2013; neu eingebracht am 30.01.2014, Bundestags-Drucksache 18/407 (= KTS 2014, 103).

⁵⁵ *Brinkmans*, Entwurf eines Gesetzes zur Erleichterung der Bewältigung von Konzerninsolvenzen, ZIP 2013, 193.

b. Ein Verwalter für alle Konzernunternehmen

Zusätzlich will das deutsche Recht ermöglichen, dass in solchen Fällen lediglich *eine* Person zum Insolvenzverwalter für alle gruppenangehörigen Schuldner bestellt wird, wenn dies im Interesse der Gläubiger liegt und mögliche Interessenkonflikte bereits durch die Bestellung von Sonderinsolvenzverwaltern für einzelne Tätigkeitsbereiche ausgeräumt werden können (E § 56b InsO)⁵⁶.

c. Besonderes Koordinierungsverfahren

Wird freilich für jedes konzernangehörige Unternehmen eine andere Person als Insolvenzverwalter bestellt, so soll neben den Insolvenzverfahren über die einzelnen Konzernunternehmen ein *Koordinierungsverfahren* mit einem besonderen *Koordinierungsverwalter* (E §§ 269d ff InsO) eingeführt werden⁵⁷. Der Koordinierungsverwalter soll Vorschläge für eine abgestimmte Insolvenzverwaltung der einzelnen Konzernunternehmen erarbeiten, die in einen Koordinationsplan münden können, der dann als Grundlage für Insolvenzpläne in den Einzelverfahren dienen soll⁵⁸.

Diese Idee hat der Rat der EU inzwischen im Prinzip übernommen (s.o. VI 1 a.E.). Das deutsche Koordinierungsverfahren kann freilich auf Antrag eines gruppenangehörigen Schuldners oder eines (vorläufigen) Gläubigerausschusses eines solchen Schuldners eröffnet werden (E § 269d II InsO). Eine Möglichkeit, sich dem Koordinierungsverfahren zu entziehen, soll es nicht geben.

⁵⁶ Vgl. *Zipperer*, Die einheitliche Verwalterbestellung nach dem Diskussionsentwurf für ein Gesetz zur Erleichterung der Bewilligung von Konzerninsolvenzen, ZIP 2013, 1007.

⁵⁷ Vgl. *Seelinger*, New German Proposal for Insolvencies of Groups of Companies, Intern.Corp.Rescue 10 (2013), 295; krit.(Bürokratisierung des Verfahrens) für ein „konzernspezifisches Sachwalterverfahren“ *Siemon/Frind*, Der Konzern in der Insolvenz, NZI 2013, 1, 3; *Siemon*, Konzerninsolvenzverfahren - wird jetzt alles besser?, NZI 2014, 55; krit. auch *Harder/Lojowsky*, DiskE für ein Gesetz zur Erleichterung der Bewältigung von Konzerninsolvenzen, NZI 2013, 327, 329.

⁵⁸ S. Begründung des Regierungsentwurfs vom 30.1.2014, BT-Drucks. 18/407, S. 18.

VII. Schuldenbereinigung und Restschuldbefreiungstourismus

Im geschäftlichen Leben scheitern nicht nur Unternehmen, sondern vielfach auch Einzelkaufleute und Freiberufler oder sonstige Selbständige. Der größere Teil der EU-Mitgliedsstaaten kennt inzwischen Verfahren der Restschuldbefreiung für natürliche Personen⁵⁹. Anwendbar ist insoweit nach Art. 4 II lit. j und k EuInsVO die jeweilige lex fori concursus. Insoweit bestehen freilich ganz erhebliche Unterschiede.

1. Möglichkeit von forum shopping

Je nach dem COMI zur Zeit der Stellung des Insolvenzantrags⁶⁰ kann eine natürliche Person Restschuldbefreiung unter sehr unterschiedlichen Voraussetzungen erhalten.

Während sie in England in der Regel bereits nach einem Jahr nach Insolvenzeröffnung gewährt wird (sec. 279 Insolvency Act 1986) und in Frankreich im Departement Alsace et Moselle nach 15 Monaten, muss ein natürlicher Schuldner in Deutschland generell 6 Jahre nach Abschluss des Insolvenzverfahrens auf die Restschuldbefreiung warten. Nach dem Gesetz zur Verkürzung des Restschuldbefreiungsverfahrens vom 15.7.2013 wurde die Frist auf 3 Jahre verkürzt, wenn der Schuldner in dieser Zeit mindestens 35 % der Forderung seiner Insolvenzgläubiger befriedigt hat. Konnte er wenigstens die Kosten des Verfahrens bezahlen, so erhält er die Restschuldbefreiung bereits nach 5 Jahren nach Abschluss des Insolvenzverfahrens (§ 300 I II Nr. 2, 3 InsO). Man ist sich eigentlich einig, dass diese Möglichkeiten letztlich nur theoretischer Art sind. Für einen deutschen Schuldner kann es daher durchaus wirtschaftlich sinnvoll sein, seinen Wohnsitz bzw. sein COMI nach England oder in das Elsass zu verlegen. Solange diese Unterschiede im materiellen Insolvenzrecht bestehen und gleichzeitig das EU-Recht die Freizügigkeit der Personen garantiert (AEUV Art. 21, 45, 49), kann kaum jemand gehindert werden, sich einer für ihn günstigeren Rechtsordnung zu unterstellen.

⁵⁹ Vgl. *T. Linna*, Cross-Border Debt Adjustment - Open Questions in European Insolvency Proceedings, *IntInsolRev* 23 (2014), 20.

⁶⁰ S. EuGH (17.1.2006, C-1/04) Slg. 2006, I-701 (*Staubitz-Schreiber*).

2. Verschärfte Anforderungen an COMI

Nun wollen aber die wenigstens Schuldner dauerhaft in einem anderen Land, etwa in England, leben und arbeiten. Deshalb muss verhindert werden, dass eine Verlegung des COMI nur zum Schein erfolgt, um schneller in den Genuss einer Restschuldbefreiung zu gelangen. Zwar kann eine englische Restschuldbefreiung für nichtig erklärt werden, wenn bewiesen wird, dass der Schuldner tatsächlich kein COMI in England hatte (sec. 282 Insolvency Act 1986). Um Fälle der bloßen Erschleichung eines günstigeren Insolvenzstatuts auszuschließen, sieht die EU-Kommission in ihrem Reformvorschlag zweierlei vor.

Einmal möchte sie das forum shopping dadurch einschränken, dass Verlegungen des gewöhnlichen Aufenthalts innerhalb der letzten sechs Monate vor Stellung des Insolvenzantrags irrelevant werden sollen (E Art. 3 I Unterabs. 4 S. 2 idF vom 3.6.2014).

Zum anderen sieht ein neuer Erwägungsgrund 12a vor, dass das zuständige Gericht vor Eröffnung eines Verfahrens von Amts wegen prüfen muss, ob sich der Mittelpunkt der Interessen des Schuldners tatsächlich in seinem Zuständigkeitsbereich befindet. In einem neuen Art. 3b soll Entsprechendes nochmals ausdrücklich angeordnet werden. Nach Art. 3b des neuen Entwurfs soll auch jeder Gläubiger oder eine andere Partei mit Wohnsitz oder Sitz in einem anderen Mitgliedsstaat als dem Gerichtsstaat das Recht haben, gegen die Entscheidung zur Eröffnung eines Hauptinsolvenzverfahrens einen Rechtsbehelf einzulegen, um geltend zu machen, dass das Gericht tatsächlich nicht zuständig ist.

3. Harmonisierung der Entschuldungsvoraussetzungen

Freilich dürfte klar sein, dass mit der Verschärfung der Anforderungen an die internationale Zuständigkeit die Sachprobleme nicht umfassend gelöst sind. Sinnvoll wäre es daher sicherlich, die Standards für eine Entschuldung oder Restschuldbefreiung sachlich zu vereinheitlichen⁶¹. Die Europäische Kommission hat deshalb bereits in einer Mitteilung an das Europäische

⁶¹ Vgl. *Allemand/Baister/Kuglarz/Mathijsen* u.a., Mindeststandards für Entschuldungsverfahren in Europa?, NZI 2014, 1.

Parlament vom 12.12.2012⁶², nochmals in einem Aktionsplan 2020 über Unternehmensführung vom 9.1.2013⁶³ und schließlich erneut in einer Empfehlung vom 12.3.2014 für einen kohärenten einheitlichen Rahmen für das einzelstaatliche Insolvenzrecht bekräftigt, dass alle ehrenhaften Insolvenzschuldner eine zweite Chance für einen wirtschaftlichen Neuanfang erhalten sollten und deshalb die Wartezeit für eine Restschuldbefreiung nach Abschluss eines Insolvenzverfahrens in allen Mitgliedstaaten auf ein Maximum von 3 Jahren verkürzt werden sollte⁶⁴. Auf konkrete Gesetzesvorschläge darf man gespannt sein.

VIII. Ergebnis und Ausblick

Die Europäische Insolvenzverordnung hat die Abwicklung grenzüberschreitender Insolvenzverfahren innerhalb der Europäischen Union in den letzten 10 Jahren wesentlich erleichtert. Die Verordnung hat aber nur internationale Zuständigkeiten und die Anerkennung zu Entscheidungen vereinheitlicht, das jeweils anwendbare nationale Insolvenzrecht aber nicht vereinheitlicht. Dies hat zu zahlreichen Folgeproblemen geführt. Was Konzerninsolvenzen anlangt, so stehen wir kurz vor einer Lösung, zumindest einer erheblichen Verbesserung der Rechtslage. Auch sonst werden in Kürze wohl einige praktische erhebliche Störfaktoren beseitigt. Erhebliche Interessenskonflikte lassen sich aber nur beseitigen, wenn langfristig auch das jeweils anwendbare materielle Recht vereinheitlicht, zumindest harmonisiert wird.

Bereits mittelgroße Unternehmen haben unter den heutigen wirtschaftlichen Gegebenheiten aber nicht nur Verbindungen zu anderen EU-Mitgliedsstaaten, sondern darüber hinaus zu Staaten in Nordamerika, Südamerika, Asien, wenn gar nicht Afrika. Alle diese Staaten sind von der europäischen Rechtsvereinheitlichung nicht betroffen. Die Europäische Insolvenzverordnung ist auf die Beziehungen zwischen den EU-Staaten

⁶² Kommunikation von der Kommission ... vom 12.12.2012, COM (2012), 742 F.

⁶³ COM (2012), 795 F.

⁶⁴ Commission Recommendation of 12.3.2014 on a new approach to business failure and insolvency, C (2014) 1500 Final; vgl. *Beck*, EU-Kommission gibt Reform des Insolvenzrechts neuen Schub, ZVI 2013, 250.

beschränkt; im Verhältnis zu Drittstaaten, auch der Türkei, gilt daher grundsätzlich das jeweilige nationale Recht des jeweiligen EU-Mitgliedstaates. Um eine wirklich befriedigende Insolvenzabwicklung bzw. Unternehmenssanierung zu erreichen, bedarf es auch und angesichts der großen Bedeutung der weltwirtschaftlichen Verflechtungen ganz besonderer Anstrengungen, auch mit diesen Staaten, d.h. letztlich global, eine geordnete Insolvenzabwicklung zu erreichen⁶⁵. Mit dem UNCITRAL-Modellgesetz vom 15.12.1997 liegt insoweit zwar bereits eine Musterregelung vor, die auch zahlreiche Staaten, wie die USA und England übernommen haben⁶⁶. Da die kontinentaleuropäischen Staaten mit der formalen Anerkennungslösung des Modellgesetzes aber nicht zufrieden sind, erscheint es wenig wahrscheinlich, dass die EU das Modellgesetzes als Grundlage der Zusammenarbeit mit Drittstaaten übernimmt.

Als Gesamtergebnis ist daher festzuhalten: Das europäische Insolvenzrecht steht vor einer erheblichen Verbesserung für Verfahren, die innerhalb der EU abzuwickeln sind. Von dem Ziel, einer umfassenden Ordnung transnationaler Insolvenzen sind wir aber auch dann noch weit entfernt.

⁶⁵ Für die Bewältigung von transnationalen Konzerninsolvenzen ebenso *Volpe*, *Fighting the Challenge of Cross-Border Insolvency at „home“: A Global Approach to the Failure of Multinational Enterprise Groups*, *Intern.Corp.Rescue* 10 (2013), 4; s. auch *Kargman*, *Emerging Economies and Cross-Border Insolvency Regimes: Missing BRICs in the International Insolvency Architecture*, *Insolvency and Restructuring International* 7 (1) (2013), 6.

⁶⁶ Vgl. *Westbrook*, *Multinational Enterprises in General Default: The UNCITRAL Model Law and Related Regional Reforms*, in *Gottwald*, *Aktuelle Entwicklungen des europäischen und internationalen Zivilverfahrensrechts*, 2002, S. 237.

MİLLETLERARASI YETKİ ANLAŞMALARININ İFLAS DAVASI ÜZERİNDEKİ ETKİLERİNE İLİŞKİN BİR YARGITAY KARARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

*Prof. Dr. Hatice ÖZDEMİR KOCASAKAL**

I. GİRİŞ: YARGITAY KARARININ ÖZETİ

Bu çalışmada, Türk mahkemelerinde açılan bir iflas davasında, dava konusu alacağın kaynaklandığı sözleşmede yer alan ve yabancı bir ülke mahkemesine yetki veren yetki şartının dikkate alınıp alınmayacağı, diğer bir deyişle, böyle bir yetki anlaşmasının iflas davası açısından etkili olup olmayacağı konusu, Yargıtay 23.Hukuk Dairesi tarafından 2013 yılında verilmiş bir karardan¹ hareketle incelenecektir.

Karara konu olan uyuşmazlık, taraflar arasındaki altın satım sözleşmesinden kaynaklanmakta ve davacı satıcı, sözleşme konusu altınlar kendisine teslim edilmiş olan davalı alıcının, satış bedelini ödemediğini iddia etmektedir. Taraflar arasındaki sözleşmede, sözleşmenin İngiliz kanunlarına tabi olduğuna ve tarafların İngiliz mahkemelerinin yetkisini kabul ettiklerine dair bir hüküm yer almaktadır. Davacı, İngiliz mahkemelerinde, ihtilaf konusu altının iadesi, olmazsa tazminat veya bedelin ödenmesi talebiyle dava açmıştır. Davacı bir süre sonra İstanbul'da borçlu aleyhine aynı alacak için iflas takibi başlatmış, davalının takibe itiraz etmesi üzerine Ticaret Mahkemesine başvurarak, borçlunun itirazının kaldırılmasına ve iflasına karar verilmesini talep etmiştir. Davalı, MÖHUK m. 47 uyarınca İngiliz mahkemelerinin yetkili olduğunu, iflas davasında alacağın varlık ve miktarının

* Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

¹ Yargıtay 23. HD., E. 2012/4732, K. 2013/255, T. 21.01.2013. Karar yayımlanmamıştır.

belirlenmesi gerektiğini, bu konuda İngiliz mahkemelerinde görülmekte olan bir dava bulunduğunu ileri sürerek itiraz etmiştir.

İstanbul 25.Asliye Ticaret Mahkemesi, icra takibi ve iflas davalarında münhasır yetki kuralının uygulanacağı; İİK m. 154 ile öngörülen kesin yetki kuralına istinaden davanın yetkili mahkemede açıldığı gerekçesiyle davalının yetki itirazını reddetmiş ve davalı tarafından alınan altınların bedelinin davacıya ödenmediğini tespit ederek depo emri çıkartmış, bu emre rağmen borç ödenmediği için davalının itirazının kaldırılmasına ve iflasına karar vermiştir.

Kararın temyizi üzerine dosya kendisine intikal eden 23.Hukuk Dairesi, İİK m. 154 hükmünün kamu düzeni ile ilgili olduğunu, Türk mahkemelerinin bu maddeye dayanan yetkisinin kesin yetki olduğunu belirttikten sonra, iflas davalarında öncelikle, alacaklı olduğunu iddia eden davacının bu iddiasını kanıtlaması gerektiğini; sözleşme uyarınca, alacak borç miktarının belirlenmesi bakımından İngiliz hukuk ve mahkemelerinin yetkili kılındığını; bu nedenle davacının İngiliz mahkemesinde açacağı bir alacak davası ile alacağını net olarak belirledikten sonra iflas yollarından birisi ile alacağını tahsil yoluna gitmesi gerektiğini tespit etmiş ve şu şekilde karar vermiştir:

“...iflas davalarının ivedi görülmesi gereken davalar olduğunu da dikkate alarak alacaklıdan alacağını belirten bir ilam veya belge olup olmadığı sorulmalı, varsa bunlara göre deliller toplanıp dava sonuçlandırılmalı, yoksa alacaklıya taraflar arasındaki sözleşme uyarınca İngiltere mahkemelerinden alacağını belirtir ilam alması için süre verilmeli, dava açılması halinde bu dava sonucu beklenmeli, yahut iflas davasının basit yargılama usulüne tabi ve ivedi sonuçlanması gereken davalardan olduğu göz önünde bulundurularak davacı tarafça bu aşamada alacağının varlığını ispata yarar bir ilam veya belge sunulmadığından şartları oluşmayan iflas davasının reddine karar verme seçeneklerinin hangisinin dosya kapsamına ve somut olayın özelliklerine uygun düştüğü yerinde tartışılıp değerlendirilmeden eksik inceleme ve yanılığılı gerekçe ile hüküm kurulması doğru olmamıştır...”

İncelememizde, Yargıtay kararına konu olan şekilde, iflas takibi sonrasında açılan iflas davalarında² yetki anlaşmalarının etkili olup olmayacağı, iflas davasının özellikleri ve tarafların yetki anlaşması yapmalarına yol açan menfaatleri çerçevesinde değerlendirilmeye çalışılacaktır.

II. İFLAS DAVASININ ÖZELLİKLERİ

İflâs kelimesi, Arapçada, *parayı pulu bitirmek, bütün varlığını kaybetmek* anlamına gelmektedir³. Kelimenin bu anlamından hareketle, bir kişi hakkında iflas davası açılabilmesi veya iflas kararı verilebilmesi için bütün malvarlığını tüketmiş ve borçlarını ödeyemeyecek duruma düşmüş olması gerektiği zannedilebilir⁴.

Ancak İcra İflas Kanunu'nda, ne iflas davası açılabilmesi, ne de mahkemenin borçlunun iflasına karar verebilmesi böyle bir koşula bağlanmıştır⁵. Kanunumuza göre, borçlunun, aleyhine iflas davası açılmasına yol açan, vadesi gelmiş bir borcunu ödememesi onun iflasına karar verilmesi için yeterlidir⁶. Dolayısıyla borçlunun aktif pasifinden fazla dahi olsa, iflas

² Üç türlü iflas yolu vardır: genel iflas, kambiyo senetlerine mahsus iflas ve doğrudan doğruya iflas. İlk iki usul takipli iflas olarak adlandırılır; zira bu usullerde, alacaklının önce bir iflas takibi yapması, sonrasında iflas davası açması gerekmektedir. Kanunda sınırlı olarak sayılan sebeplerin varlığı halinde başvurulabilen doğrudan doğruya iflas yolu ise, önceden icra takibi yapılmasına gerek bulunmadığından, takipsiz iflas olarak adlandırılmaktadır (**Kuru, El Kitabı**, s. 948; **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, s. 614).

³ **Kuru, El Kitabı**, s. 923; **Kuru, İcra-İflas**, s. 2600; **Erman**, s. 522; **Kırtıloğlu**, s. 5.

⁴ **Kuru, El Kitabı**, s. 923; **Kuru, İcra-İflas**, s. 2600.

⁵ İstisna olarak üç durumda, borçlunun acz halinde olması, diğer deyişle mevcudunun borçlarını ödemeye yetmemesi iflas sebebi olarak kabul edilmiştir. Bunlardan biri, sermaye şirketleri ve kooperatiflerin, pasiflerinin aktiflerinden fazla olmasıdır (İİK m. 179). İkinci olarak borçlu, acz halinde olduğunu bildirerek kendi iflasını talep edebilir. Ancak borçlunun yarı mevcudu haczedilmiş ve kalan mevcudu da diğer borçlarını ödemeye yetmiyorsa, kendi iflasını istemek zorundadır (İİK m. 178/f.3). Diğer yandan, terekenin mevcudunun borcu ödemeye yetmemesi halinde, terekenin tasfiyesi iflas hükümlerine göre yapılacaktır (MK m. 636).

⁶ **Kuru, El Kitabı**, s. 923; **Kuru, İcra-İflas**, s. 2600; **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, s. 613; **Kırtıloğlu**, s. 6, s. 9, s. 95; **Altay**, s. 8-9.

davasına konu borcunu öngörülen prosedür içinde ödememiş olması halinde iflasına karar verilir⁷. Diğer yandan, borçlunun pasifi aktifinden fazla olsa dahi, iflas davası üzerine borcunu bir şekilde öderse iflas etmekten kurtulur.

İflas takibi, sadece para veya teminat alacakları için yapılabilir (İİK m. 42); ancak alacağın miktarı önemli değildir⁸. Alacağın muaccel olması ve borçlunun iflasa tabi kişilerden olması⁹ kaydıyla, alacaklı çok cüz'i miktarda bir alacağını da iflas yoluyla takibe konu edebilir¹⁰. Diğer yandan, alacağın niteliği de iflas takibi/davası için belirleyici değildir. İflas tabi bir kişinin, ticari olmayan borçları, hatta kamusal borçları için de iflas takibi yapılabilir¹¹.

İflas tabi bir borçlu hakkında, alacaklının, haciz veya iflas yoluyla takip yapması mümkündür¹². Diğer yandan, bu yollardan birini seçerek takibe başlayan alacaklının, bir kereye mahsus olmak kaydıyla seçtiği yolu değiştirmesi ve diğer yola başvurması da mümkündür (İİK m. 43/f.2).

Takipli iflas yolunda, borçlu iflas ödeme emrine itiraz etmez ve süresinde borcunu ödemez ise, alacaklı, borçlunun iflasına karar verilmesi talebiyle ticaret mahkemesine başvurur (İİK m. 156/f.2). Bu davada borçlu itirazda bulunamaz¹³. Bu nedenle mahkeme, dava konusu alacağın mevcut olup olmadığını incelemeyiz¹⁴; sadece, borçlunun ödeme emrine itiraz edip etmediğinin ve borcun ödenip ödenmediğinin tespiti ile sınırlı, şekli bir

⁷ **Kuru**, *El Kitabı*, s. 923; **Kuru**, *İcra-İflas*, s. 2601.

⁸ **Uyar**, s. 12674; **Kuru**, *El Kitabı*, s. 943; **Kuru**, *İcra-İflas*, s. 2648; **Erman**, s. 524.

⁹ İİK m. 43/f.1 hükmüne göre, iflas yoluyla takip, ancak TTK uyarınca tacir sayılan veya tacirler hakkındaki hükümlere tabi olanlar ile tacir olmadıkları halde, özel kanunlarına göre tacirler hakkındaki hükümlere tabi oldukları bildirilen kişiler hakkında yapılabilir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Pekantez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özkes**, s. 615-620; **Kuru**, *El Kitabı*, s. 933-941; **Altay**, s. 29-45.

¹⁰ **Pekantez/Atalay/ Sungurtekin Özkan/Özkes**, s. 628, s. 630.

¹¹ **Kuru**, *El Kitabı*, s. 942; **Kuru**, *İcra-İflas*, s. 2647; **Erman**, s. 524; **Kırtıloğlu**, s. 6.

¹² **Pekantez/Atalay/ Sungurtekin Özkan/Özkes**, s. 613, s. 631.

¹³ **Kuru**, *El Kitabı*, s. 959; **Pekantez/Atalay/ Sungurtekin Özkan/Özkes**, s. 628; **Özbek**, s. 221.

¹⁴ **Kuru**, *El Kitabı*, s. 959; **Pekantez/Atalay/ Sungurtekin Özkan/Özkes**, s. 634; **Özbek**, s. 260; **Uyar**, s. 12760.

inceleme yapar¹⁵. Borçlunun itiraz etmediği ve borcu ödemediği tespit edilirse, mahkeme iflas talebini ilan etmek zorundadır¹⁶.

Borçlu, ödeme emrine itiraz ederse, iflas takibi durur; prosedürün devamı için alacaklının, itirazın kaldırılması ve borçlunun iflasına karar verilmesi talebiyle ticaret mahkemesine başvurması gerekir (İİK m. 156/f.3).

Bu davada, mahkemenin önce itirazın kaldırılması talebini incelemesi gerekmektedir. Genel haciz yolundan farklı olarak bu inceleme, genel hükümler çerçevesinde gerçekleşir¹⁷. Dolayısıyla, alacaklı alacağını, İİK m. 68' deki belgelerle bağlı olmaksızın, her türlü delille ispat edebilir.

Borçlu da benzer şekilde, iflas davasında¹⁸ bütün savunma sebeplerini ileri sürebilir. Ödeme emrine itiraz ederken belirtmiş olduğu sebeplerle bağlı değildir¹⁹. Hatta itirazında sebep belirtmemiş olsa bile, iflas davasında tüm savunma sebeplerini ileri sürebilir.

¹⁵ **Kuru**, *El Kitabı*, s. 959; **Pekcantez/Atalay/ Sungurtekin Özkan/Özekes**, s. 634; **Özbek**, s. 221, s. 260; **Uyar**, s. 12760.

¹⁶ **Kuru**, *El Kitabı*, s. 959; **Pekcantez/Atalay/ Sungurtekin Özkan/Özekes**, s. 635; **Özbek**, s. 221.

¹⁷ **Pekcantez/Atalay/ Sungurtekin Özkan/Özekes**, s. 636; **Özbek**, s. 222, s. 255; **Uyar**, s. 12761.

¹⁸ İflas davasının bir “dava” olup olmadığı konusunda farklı görüş ve değerlendirmeler bulunmaktadır. **Postacioğlu**, iflas davasının, kelimenin teknik manası ile bir dava olmadığını, iflas yoluyla takibin bir safhası ve hadisesi olduğunu, ancak böyle bir takip çerçevesinde hüküm ifade edebileceğini ileri sürmektedir. Yazara göre, itirazın kaldırılması aşamasını içerse dahi (dolayısıyla borçlunun ödeme emrine itirazı üzerine açılmış olsa dahi) iflas davası, takibin bir hadisesini teşkil eder ve İİK uyarınca basit yargılama usulü çerçevesinde, duruşmalı olarak görülmesi gerekir. Aynı alacak hakkında açılmış olan menfî veya müspet tespit davaları iflas yönünde bekletici mesele yapılamaz; bu durum, iflas davasının iflas yolunun bir hadisesi olma niteliği ile bağdaşmaz (**Postacioğlu**, s. 21, s. 27). Esas olarak bu görüşe katılmakla birlikte, iflas davasının, görülme şekliyle davaya çok benzediğini, alacaklının talebiyle doğrudan doğruya iflasta gerçek anlamda davaya yaklaşıldığını ifade eden görüşler de bulunmaktadır (**Özbek**, s.224). Buna karşın, iflas davasının mutlaka iflas takibinin sonrasında açılması zarureti bulunmamasından hareketle, bu davanın, maddi hukuk esasları çerçevesinde çözümlenen, sonuçta kesin hüküm oluşturan bir karar verilmesiyle sonuçlanan müstakil bir dava olduğu da ileri sürülmektedir (**Kırtıloğlu**, s. 77-78).

¹⁹ **Kuru**, *El Kitabı*, s. 953; **Postacioğlu**, s. 25; **Üstündağ**, s. 40.

Alacaklı gibi borçlu da bu savunma sebeplerini HMK çerçevesinde her türlü delile dayanarak ispat edebilir²⁰. Bu şekilde, takip konusu alacağın mevcut olup olmadığı, *aynen bir alacak davasında olduğu gibi, esastan incelenerek* tespit edilmiş olur²¹. Bu nedenle, mahkemenin, alacağın esasına ilişkin vermiş olduğu karar, *maddi anlamda kesin hüküm* teşkil eder²².

Mahkeme, yaptığı inceleme sonunda, alacağın mevcut olduğunu tespit ederse, depo kararı verir. Yani, borçluya yedi gün içinde borcunu faiz ve giderleriyle ödemesini veya mahkeme vizesine depo etmesini, aksi takdirde ilk oturumda iflasına karar verileceğini ihtar eder. Bunun üzerine borçlu süresi içinde borcunu öder veya depo ederse iflas davası reddedilir, ödemez ise ilk oturumda borçlunun iflasına karar verilir²³.

Görüldüğü gibi, iflas takibi üzerine açılan iflas davası iki farklı şekilde görülebilmekte ve sonuçta her iki tür davada da (koşullar mevcut ise) borçlunun iflasına karar verilmesine rağmen, bu kararların içeriği, takip konusu alacak ile ilgili olarak, birbirinden farklı olmaktadır. Şöyle ki, borçlunun takibe itirazı üzerine açılan iflas davasında, takip konusu alacağın mevcut olup olmadığı, alacaklı ve borçlunun konuya ilişkin tüm iddia ve savunmaları, ileri sürdükleri her türlü yasal delil çerçevesinde incelenerek değerlendirilmekte ve maddi anlamda kesin hüküm teşkil edecek bir hüküm ile bu uyuşmazlık çözümlenmektedir. Bu değerlendirme sonunda alacağın mevcut olduğu tespit edildikten sonra, depo emri ve sonrasında iflas kararı verilmektedir. Dolayısıyla bu şekilde açılan iflas davasında, borçlunun iflasına karar verilebilmesi için, alacağın mevcut olduğunun mahkemece tespit edilmesi ve depo emrine rağmen söz konusu alacağın ödenmemiş olması gerekmektedir.

Borçlunun takibe itiraz etmemesi üzerine açılan iflas davasında ise, takip konusu alacağın mevcut olup olmadığı incelenmemekte, iflas kararı verilebilmesi için sadece borçlunun takibe itiraz etmediğinin tespiti ile yetinilmektedir. Bu nedenle, gerçekte alacak mevcut olmasa dahi, borçlu

²⁰ Pekcanitez/Atalay/ Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 636; Özbek, s. 222, s. 255-256.

²¹ Pekcanitez/Atalay/ Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 636.

²² Postacıoğlu, s. 25-26; Kuru, *El Kitabı*, s. 954; Kuru, *İcra-İflas*, s. 2677; Erman, s. 549; Özbek, s. 223; Uyar, s. 12761.

²³ Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 637.

süresi içinde itiraz etmediği takdirde, mahkeme, bu konuda bir inceleme yapmayacak ve depo emrine rağmen borç ödenmezse borçlunun iflasına karar verecektir.

III. YETKİ SÖZLEŞMESİNİN TARAFLARA SUNDUĞU KOLAYLIKLAR VE AVANTAJLAR

Yetki anlaşması ile taraflar, mevcut veya ileride çıkması muhtemel hukuki uyuşmazlıklarının çözümleneceği mahkemeyi belirlemeyi amaçlarlar. Taraflar böylece, kanunen belirlenmiş yetkili mahkemeler yerine kendi belirledikleri mahkemelerin yetkisini tesis etmiş olurlar.

Yabancılik unsuru taşımayan ticari sözleşmelerde dahi sıklıkla başvuru- rulan yetki sözleşmeleri, *-tahkimin bir çözüm yolu olarak öngörülmediği-* uluslararası ticarete ilişkin sözleşmelerde taraflar arasındaki müzakerelerin önemli bir unsuru haline gelebilmektedir²⁴. Özellikle inşaat, distribütörlük, yatırım gibi, edimlerin ifası belirli bir zaman dilimine yayılan sözleşmelerde, zaman içinde ortaya çıkacak ihtilafların çözüm mercii belirlenmesi, sözleşmenin en kritik hükümlerinden birini oluşturmaktadır²⁵.

Acaba, uluslararası ticarete ilişkin sözleşmelerde, taraflar yetki sözleşmesi ile yetkili kılacakları mahkemeyi belirlerken hangi hususları göz önünde bulundururlar? Diğer bir ifadeyle, taraflar ne tür hukuki menfaatlerini gözeterek yetkili mahkemeyi belirlerler? Yetkili mahkemenin tepsi- tinde tarafların dikkate aldıkları hususlara şu örnekleri vermek mümkündür:

- ❖ Her şeyden önce yetkili mahkeme, taraflar açısından tarafsızlığı ve objektifliği sağlayacak bir unsur olabilir. Özellikle tarafların işyerle- rinin farklı ülkelerde bulunduğu durumlarda, her iki taraf açısından da objektif ve tarafsız bir yargı mercii olacağı düşüncesiyle, bu ülkelerin dışında üçüncü bir ülke mahkemesi yetkilendirilebilir.
- ❖ Taraflar, yetki şartı ile yetkilendirdikleri mahkemenin usul hukuku kurallarını dikkate almış ve mahkemeye erişilebilirlik, adil yargı- lanma hakkına riayet, yargılamanın hızlı bir şekilde işleyişi gibi

²⁴ Şanlı, s. 86; Akıncı, s. 89.

²⁵ Şanlı, s. 86.

yargılama hukukuna özgü gerekçelerle yetkili mahkemeyi belirlemiş olabilirler²⁶.

- ❖ Diğer yandan, taraflar, uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuku da dolaylı olarak öngörmek suretiyle yetkili mahkemeyi belirlemiş olabilirler. Şöyle ki, uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk, *lex fori* nin kanunlar ihtilafı kurallarına göre belirlendiğinden, yetki şartı, uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuku da dolaylı olarak belirleyecektir. Bu şekilde taraflar, yetkili mahkemeyi belirlerken kendileri için uygun gördükleri maddi hukukun uygulanmasına yol açan kanunlar ihtilafı kurallarının varlığını da dikkate almış olabilirler²⁷.
- ❖ Taraflar, yine uyuşmazlığın esasına ilişkin kaygılarla hareket etmiş ve dava konusu uyuşmazlık açısından, hukuk sistemi çok gelişmiş, dolayısıyla hâkimlerin geniş tecrübeye sahip oldukları bir ülke mahkemesini yetkili kılmış olabilirler²⁸.
- ❖ Son olarak taraflar, daha ilerisini düşünmüş ve yargılama sonucunda verilecek kararın, tarafların malvarlıklarının bulunduğu ülke(ler)de tenfiz edilebilir olmasını dikkate alarak yetkili mahkemeyi belirlemiş olabilirler²⁹.

Bu şekilde farklı pratik ve daha da önemlisi hukuki gerekçelerle yapılan yetki anlaşmaları ile yetkisi tesis edilen mahkemelerin yetkisinin münhasır nitelik taşıması, dolayısıyla geçerli olarak yapılmış yetki anlaşması ile kanunen yetkili diğer ülke mahkemelerinin yetkilerinin ortadan kalkması, uluslararası ticaretin önemli ihtiyaçlarından olan öngörülebilirliğin ve istikrarın sağlanabilmesi için zorunludur³⁰. Gerçekten de yetki anlaşmasına rağmen uyuşmazlığın diğer ülke mahkemelerinde açılabiliyor olması, bu anlaşma yapılırken dikkate alınan menfaatlerin ve amaçların ortadan kalmasına ve tarafların öngöremedikleri hukuki sonuçların ortaya çıkmasına yol

²⁶ Şanlı, s. 74; Ekşi, s. 108-109.

²⁷ Ekşi, s. 109; Akıncı, s. 91-92.

²⁸ Şanlı, s. 74; Ekşi, s. 108.

²⁹ Şanlı, s. 75.

³⁰ Ekşi, s. 163; Sargın, s. 201; Şanlı, s. 98.

açar. Diğer yandan, yetki şartı da sözleşmenin diğer hükümleri gibi, taraflar arasındaki müzakerelerin ve pazarlıkların bir sonucu olduğundan, sözleşme hükümlerinin taraflar arasında dengeli bir şekilde dağılımına hizmet eden bir unsur olabilir. Dolayısıyla bu hükmün ihlal edilebilir olması, sözleşme hazırlanırken sağlanmış olan bu dengenin ihlal eden taraf lehine değişmesine yol açabilir.

Nitekim yabancı ülke mahkemeleri lehine yetki sözleşmeleri yapılmasına olanak tanıyan 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) m. 47 hükmünde, yetki sözleşmesi yapılabilmesi için gereken koşullar (*yabancılık unsurunun varlığı, borç ilişkisinden doğan bir uyumsuzluğun bulunması ve yazılı delil ile ispat*) belirtildikten sonra, bu koşullara uygun olarak yapılan yetki sözleşmesi ile yetkilendirilen mahkemenin münhasır yetki kazanacağı şu cümle ile kabul edilmiştir: “*Dava, ancak yabancı mahkemenin kendisini yetkisiz sayması veya Türk mahkemelerinde yetki itirazında bulunulmaması halinde yetkili Türk Mahkemesinde görülür.*”

Bu hüküm, maddenin öngördüğü koşullara uygun olarak yapılan yetki sözleşmesinin varlığı halinde, Türk mahkemelerinin yetkisinin kural olarak kalkacağını ifade etmekte, ancak hak arama hürriyetini ihlal etmemek amacıyla, yetkili kılınan mahkemenin yetkisizlik kararı vermesi halinde davanın yetkili Türk mahkemelerinde görülebileceğini kabul etmektedir. Diğer yandan, yetki sözleşmesine rağmen Türkiye’de açılan davada, davalı taraf yetki sözleşmesini ileri sürerek yetki itirazında bulunmadığı³¹ takdirde de, Türk mahkemesi davayı görebilecektir.

Bu düzenleme ile yetki sözleşmesi ile yetkilendirilen yabancı mahkemeye münhasır yetki tanındığı maddenin gerekçesinde açıkça ifade edilmiştir. Doktrinde de bu konuda görüş farklılığı bulunmamaktadır³². 2675 Sayılı MÖHUK döneminde, benzer içeriğe sahip 31.madde açısından farklı

³¹ Yetki sözleşmesinin mahkemece re’sen dikkate alınamaması, ancak davalının yetki itirazında bulunurken ileri sürmesi halinde mahkemenin sözleşmeyi dikkate alarak karar verebilmesi, yetki sözleşmesinin HMK hükümleri ile tesis edilen münhasır yetkiden farklı olduğunu göstermektedir (Ekşi, s. 159).

³² Ekşi, s. 159-161; Sargın, s. 194-195; Çelikel/Erdem, s. 567-568; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 395-396.

değerlendirmelerin yapıldığı örneklere rastlamak mümkün olsa da³³, Yargıtay kararlarında da genel olarak, maddenin münhasır yetki tesis ettiği kabul edilmiştir. Özellikle HGK'nun 1998 yılında vermiş olduğu kararda³⁴ bu durum açık bir şekilde tespit edilmiştir³⁵.

IV. İFLAS DAVALARI İÇİN YETKİ SÖZLEŞMESİ YAPILABİLİR Mİ?

2004 Sayılı İcra İflas Kanunu (İİK)'nin (18.2.1965 Tarih ve 538 Sayılı Kanun'un 74. maddesi ile değişik) 154. maddesinde iflas takiplerinde ve davalarında yetkili merci belirlenmiştir.

Maddenin ilk iki fıkrasında, iflas yoluyla takipte yetkili merciin, *borçlunun muamele merkezinin bulunduğu yerdeki icra dairesi*; merkezleri yurt dışında bulunan ticari işletmeler hakkında ise Türkiye'deki şubenin, birden fazla şubenin bulunması halinde merkez şubenin bulunduğu yerdeki icra dairesi olduğu belirtildikten sonra, son fıkrada, *iflas takibi için yetki sözleşmesi yapılabileceği*; böyle bir durumda iflas takibinin kararlaştırılan yer icra dairesinde de yapılabileceği belirtilmiştir. Ancak bu son fıkrada, *iflas davaları için yetki sözleşmesi yapılamayacağı ve bu davaların mutlaka borçlunun muamele merkezinin bulunduğu yer mahkemesinde açılması gerektiği* açıkça belirtilmiştir.

Bu şekilde, iflas davaları açısından borçlunun muamele merkezinin bulunduğu yer mahkemesinin münhasır yetkiyi haiz olacağı açıkça kabul edilmiştir. Acaba, bu yetki kuralının temelinde yatan düşünce nedir? Neden iflas davalarının mutlaka borçlunun muamele merkezinin bulunduğu yer

³³ Bu örnekler için bkz. Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 392, dipnot 133; Çelikel/Erdem, s. 566-568; Ekşi, s. 161- 163 ve dipnot 716.

³⁴ HGK, E. 1998/12-287, K. 1998/325, T. 6.5.1998. Kararın metni için bkz. Kazancı İçtihat Bankası.

³⁵ HUMK m. 22'den farklı olarak, HMK m. 17 hükmü ile yetki sözleşmesi ile yetkilendirilen mahkemenin yetkisinin münhasır nitelik taşıdığı, yabancılık unsuru taşımayan yetki sözleşmeleri açısından da kabul edilmiştir. Gerçekten de, önceki düzenlemede yetki sözleşmesine böyle bir sonuç bağlanmamışken, HMK m. 17 hükmünde, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, davanın sadece sözleşme ile belirlenen mahkemede açılabilceği kabul edilmiş; böylece taraflara, münhasır yetkili mahkeme tesis edecek şekilde yetki sözleşmesi yapma imkânı tanınmıştır.

mahkemesinde açılması gerekir? Bu soruların cevabını verebilmek için, mevcut maddenin hazırlık çalışmalarına ve o dönemde bu konu hakkında ileri sürülen doktriner görüşlere bakmak yerinde olacaktır.

İİK m. 154, bugünkü halini, 538 Sayılı Kanun'un 74. maddesi ile almıştır. 538 Sayılı Kanun Tasarısı Hakkındaki Hükümet Gerekçesinde iflas davası bakımından da yetki sözleşmesi yapılmasına imkân tanınmıştı. Doktrinde *Postacıoğlu* da, iflas davası için yetki sözleşmesi yapılmasına imkân tanınması gerektiğini savunmaktaydı.

Gerek Tasarının Gerekçesinde yer alan, gerekse *Postacıoğlu* tarafından savunulan bu görüşlerin gerekçesi şu şekilde özetlenebilir: iflas davasının mutlaka borçlunun muamele merkezindeki yer mahkemelerinde açılması öngörülürse, büyük ticaret merkezleri ile iş yapıp yurdun çeşitli yerlerine dağılmış olan tacirler aleyhine fiilen iflas yolu ile takip yapılması mümkün olmaz. Zira borçlunun muamele merkezinin, alacaklılara uzak bir mesafede bulunduğu durumlarda, bu mesafeyi göze alamayan alacaklıların iflas tehdidi, genellikle bu yüzden, tamamen tesirsiz kalır³⁶. Bu nedenle, gerek iflasın açılması, gerekse tasfiye işlemlerinin borçlunun muamele merkezinde yapılması kaydıyla, iflas yoluyla takip ve iflasa karar verecek mahkemenin yetkisi konusunda, alacaklı ile borçlunun yaptığı yetki anlaşmalarının geçerli kabul edilmesi gerekir³⁷.

Bu şekilde iflas davaları için yetki sözleşmesi yapılmasına imkân tanınması halinde, taşrada bulunan tacirler aleyhine, kendi işyerleri dışında da iflas davası açılabileceği, böylece kendilerini uzak mahkemelerde savunmak zorunda kalabilecekleri yönündeki eleştiriye karşılık *Postacıoğlu*, taşra tacirlerinin, iş münasebetiyle zaten sık sık geldikleri büyük merkezlere bu sefer iflas talebine karşı kendilerini savunmak üzere gelmelerinin ve bu amaçla avukatlarını seçmelerinin büyük bir külfet olmayacağını ileri sürmüştür³⁸.

Bu gerekçelerle iflas davasında yetki sözleşmesi yapılmasına imkân tanınmasını öngören Tasarıdaki düzenlemeye, TBMM Komisyonunda itiraz edilmiş ve hükmün Tasarıdan çıkması sağlanmıştır. Komisyon, iflas dava-

³⁶ *Postacıoğlu*, s. 19-21.

³⁷ Hükümet Gerekçesi hakkında bkz. *Erman*, s. 536-537; *Postacıoğlu*, s. 19-20.

³⁸ *Postacıoğlu*, s. 21.

sında alacaklılar arasında eşitlik sağlanabilmesi ve borçlu ile ticari ilişkiye giren (girecek) kişilerin onun iflas edip etmediği hakkında en doğru bilgiyi onun muamele merkezinden³⁹ edinebilecekleri düşünceleriyle bu şekilde hareket etmiştir⁴⁰.

³⁹ Gerçek kişi tacirlerin, ticaret siciline tescil ettirmiş oldukları işletme merkezlerinin bulunduğu yerin muamele merkezi için karine teşkil edeceği (Kuru, *El Kitabı*, s. 944; Kuru, *İcra-İflas*, s. 2650; Uyar, s. 12675; Yeşilirmak, s. 196); muamele merkezinin başka bir yerde olduğu kanıtlanırsa bu yerde de iflas yoluyla takip yapılabileceği (Uyar, s. 12675; Yeşilirmak, s. 196); hatta bu yerin tacirin ticarethanelerinin bulunduğu yer dışında da olabileceği (Kuru, *Yetki Kaideleri*, s. 512; Kuru, *El Kitabı*, s.944; Kuru, *İcra-İflas*, s. 2650) kabul edilmektedir. Tüzel kişi tacirlerin ise, kuruluş sözleşmelerinde merkez olarak görünen yerin o tüzel kişinin muamele merkezi sayılacağı kabul edilmektedir (KURU, *El Kitabı*, s. 944; Kuru, *İcra-İflas*, s. 2649; Uyar, s. 12675).

⁴⁰ Komisyon raporunun konuya ilişkin kısmında şu ifadeler yer almaktadır: "...İflas davası için borçlunun muamele merkezinin bulunduğu yer ticaret mahkemesinin yetkili sayılması, amme menfaati için kabul edilmiş bir esas olup amme intizamındandır. Gerçekten, iflas davasında sadece iflas isteyen alacaklı ile iflası istenen borçlunun menfaatleri bahis konusu olmayıp borçlunun bütün alacaklılarının eşit bir şekilde muamele görmeleri bahis konusudur. Hatta iflas etmek üzere veya iflas etmiş olan borçlu ile muamelede bulunmak isteyen kimselerin de, borçlunun sadece muamele merkezinde iflas ettirilmesinde menfaati vardır. Zira borçlunun alacaklıları veya onunla muameleye girmek üzere olan üçüncü şahıslar borçlunun durumu hakkında en emin bir şekilde onun muamele merkezinde bilgi edinebilirler. Bu kimselerin borçlunun Türkiye'nin şu veya bu yerinde aleyhine bir iflas davası açılıp açılmadığını ve hatta iflas ettirilmiş olup olmadığını araştırmalarına ve bilmelerine imkân yoktur. Böyle olunca da, borçlunun muamele merkezinde gerekli araştırmayı yapmış ve bunun üzerine borçlu ile ticari münasebete girmiş olan bir üçüncü şahıs, kendisi ile ticari münasebete girdiği borçlunun daha önce başka bir yer mahkemesince iflas ettirildiğini öğrenince büyük bir sürprizle karşılaşır. Bu üçüncü şahıs, iflas masasına karşı iyiniyet iddiasında da bulunamayacağından borçlunun bir alacaklısı ile yapmış olduğu yetki sözleşmesinden dolayı zarara uğrayacak, bundan ise ticaret hayatı zarar görecektir. İşte bu sebeplerle iflasa karar verecek ticaret mahkemesi bakımından borçlunun muamele merkezindeki mahkemenin yetkili olması amme intizamındandır. Bir mahkemenin yetkisinin amme intizamından bulunduğu hallerde ise, yetki sözleşmesi yapılamayacağı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun ana prensiplerinden biridir (m.22). Bu sebeple ticaret mahkemesinin iflastaki yetkisi hakkında sözleşme yapılabileceği hakkındaki tasarı hükmü çıkarılmıştır ..." (Üstündağ, s. 27, dipnot 6; Erman, s. 537-538; Öztürk, s. 121-122). Doktrinde, iflas takibi açısından da aynı gerekçelerle yetki sözleşmesi yapılmasına imkân tanınması gerektiği ileri sürülmektedir (Erman, s. 538). Diğer yandan bu eleştirilere katılmakla birlikte, icra dairesinin yetkisi için yetki sözleşmesi yapılmasını, iflas davası için

Nitekim doktrinde de bu gerekçelerle iflas davasının sadece borçlunun muamele merkezinde açılacağı, İİK m. 154/f.3 de yer alan yetki kuralının, kamu düzenine ilişkin, kesin bir yetki kuralı olduğu kabul edilmekte⁴¹ ve iflas davalarında yetki sözleşmesi yapılamayacağını öngören hüküm yerinde bulunmaktadır⁴². Yargıtay da, bu yönde kararlar vermektedir⁴³.

İİK m. 154/f.3 de yer alan yetki kuralı, Milletlerarası Özel Hukuk doktrininde de münhasır yetki tesis eden bir kural olarak kabul edilmekte ve borçlunun muamele merkezinin Türkiye’de olması halinde, yabancı bir devlet mahkemesine yetki tanıyan bir anlaşma ile bu yetkinin bertaraf edilemeyeceği; dolayısıyla bu şekilde yapılan yetki anlaşmalarının geçerli olmayacağı belirtilmektedir⁴⁴.

yetki sözleşmesi yapılmasına nazaran daha az sakıncalı bulan görüşler de bulunmaktadır (**Kuru**, *Yetki Kaideleri*, s. 517-519).

⁴¹ **Kuru**, *El Kitabı*, s. 946; **Kuru**, *İcra-İflas*, s. 2656; **Kuru**, *Yetki Kaideleri*, s. 521-522; **Bolayır**, s. 107; **Uyar**, s. 12678; **Kırtıloğlu**, s. 99-100; **Yeşilirmak**, s. 191; **Öztürk**, s. 121; **Üstündağ**, s. 35; **Altay**, s. 81.

⁴² **Kuru**, *El Kitabı*, s. 946; **Kuru**, *İcra-İflas*, s. 2657; **Kuru**, *Yetki Kaideleri*, s. 522; **Uyar**, s. 12678.

⁴³ Yargıtay 19.HD. 27.5.2004, E. 2003/12003, K. 6276 : “...İİK’nun 154.maddesine göre iflas davası mutlaka borçlu muamele merkezinin bulunduğu yerdeki asliye hukuk (ticaret) mahkemesinde açılmalıdır... Davalı şirketin muamele merkezi Gölbaşı olduğundan, mahkemece kamu düzeninden olan yetki konusu düşünülmeden işin esasına girilerek karar verilmesinde isabet görülmemiştir...” (**Uyar**, s.12691).

11.HD. 29.6.1987, E. 2812, K. 3905: “...iflasa yönelik icra takibinin yetki sözleşmesine bağlanması mümkün olduğu halde, iflas davasının başka bir mahkemede açılmasının olanak içinde olmadığı anlaşılmaktadır...” (**Uyar**, s. 12701), Benzer yönde: **İİD** 16.2.1968, E. 1794, K. 1610 (**Uyar**, s. 12704).

12.HD., 6.2.1984, 11635/1077: “...İİK m. 154’ün takip için yetkili merci hususundaki hükmü kamu düzeni ile ilgili değildir...Maddenin kamu düzeni ile ilgili olan kısmı, iflas davasına ilişkin olan kısmıdır.”

HGK, E. 1970/999, K. 1971/421, T. 26.6.1971: “...İflas takibi için yetki sözleşmesi yapılabilir. Ancak iflas davası için yetki sözleşmesi yapılması olanaklı değildir. Bu davanın mutlaka borçlunun muamele merkezinin bulunduğu yerde açılması gereklidir...” (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

Aynı yönde çok sayıda Yargıtay kararı için bkz. **Altay**, s. 88-109.

⁴⁴ **Nomer**, *DHH*, s. 486, dipnot 248; **Nomer**, *İflas Davaları*, s. 5, s. 9; **Öztürk**, s. 123; **Şanlı**, s. 131; **Güngör**, s. 182; **Sargın**, s. 165; **Bolayır**, s. 108, dipnot 359.

Bu görüş, iflas davasının tüm alacaklıların menfaatini korumaya hizmet eden bir dava olmasından hareketle, borçlunun alacaklılardan biri ile yaptığı yetki anlaşması ile iflas davasının yabancı bir ülke mahkemesinde açılabilmesi halinde, diğer alacaklıların bu davadan haberdar olamayacakları, dolayısıyla kendi alacaklarını tahsil etme imkânından mahrum kalacakları, borçluların kötü niyetle böyle bir yetki anlaşması yapmalarına yol açılabileceği düşüncesine dayanmaktadır⁴⁵. Alacaklıların tamamının taraf olduğu yetki anlaşmaları da bu görüş uyarınca borçlunun muamele merkezinde gerekli araştırmaları yaparak onunla hukuki ilişkiye girecek olan diğer üçüncü kişilerin haklarını ihlal edebilecektir; zira bu kişilerin de yurt dışında açılmış iflas davasından haberdar olmaları mümkün değildir⁴⁶.

Benzer şekilde, muamele merkezi Türkiye’de bulunan borçlular açısından bu yetki kuralının, MÖHUK m. 54/b (2675 SK m. 38/b) anlamında da münhasır yetki tesis ettiği⁴⁷; bu yüzden, yabancı bir ülke mahkemesinden verilen iflas kararlarının Türkiye’de tanınması ve tenfizinin mümkün olmayacağı kabul edilmektedir⁴⁸.

Doktrinde, azınlıkta kalan bir görüş ise, Türk mahkemelerinin iflas davalarına ilişkin milletlerarası yetkisinin münhasır nitelik taşımadığını, yabancı devlet mahkemelerinin de kendi kanunlarına göre milletlerarası yetkiyi haiz olabileceklerini ileri sürmektedir⁴⁹.

Kanaatimizce bu konuda bir değerlendirme yaparken, öncelikle İİK m. 154/f.3 hükmünde yer alan münhasır yetki kuralının konulmasına yol açan sebeplerin günümüzde mevcut olup olmadığı üzerinde durmak yerinde olacaktır. Şöyle ki, yukarıda da açıklandığı gibi, maddenin önceki Kanun dönemlerinde de ileri sürülen gerekçelerinden biri, hakkında iflas kararı verilecek olan kişinin alacaklılarının veya onunla ticari ilişkiye girecek olan kişilerin bu davadan haberdar olmasının sağlanması, bunun için de davanın onun muamele merkezinde açılması gerektiği, zira söz konusu kişilerin

⁴⁵ Sargın s. 165.

⁴⁶ Sargın, s. 165.

⁴⁷ Güngör, s. 182.

⁴⁸ Nomer, *İflas Davaları*, s. 5, s. 9; Nomer, *DHH*, s. 560; Öztürk, s. 123; Şanlı, s. 131; Güngör, s. 182.

⁴⁹ Göger, s. 368.

borçlu hakkında en iyi bilgiyi ancak bu yerde edinebilecekleri düşüncesidir. Üçüncü kişilerin davadan haberdar olması, bu kişilerin, davaya itiraz edebilme, müdahil olarak katılabilme ve belki de hakkında iflas davası açılmış, dolayısıyla ileride iflasına karar verilmesi ve malları üzerinde tasarruf yetkisinin kısıtlanması söz konusu olacak bir kişi ile ticari ilişkiye girmekten kaçınma yönündeki tercihini kullanması açısından önemlidir.

Günümüzdeki iletişim teknolojisi sayesinde, bu gerekçelerin önemli ölçüde azaldığını, hatta ortadan kalktığını söylemek mümkündür. Gerçekten de, UYAP (Ulusal Yargı Ağı Projesi) sayesinde, bir kişi hakkında, sadece muamele merkezinde değil, Türkiye'nin herhangi bir yerinde açılmış bir iflas davası olup olmadığını öğrenmek mümkündür. Dolayısıyla eğer amaç, hakkında iflas davası açılmış olan kişi ile ticari ilişkiye girmiş veya girmek isteyen kişilerin bu davadan haberdar olmasını sağlamak ise, bu amaca ulaşılması için davanın mutlaka borçlunun muamele merkezinde açılmasına gerek bulunmamaktadır. Başka bir yer mahkemesinde de bu dava açılmış olsa, söz konusu kişiler yine de isterlerse bu davadan haberdar olabilirler.

UYAP ile yabancı bir ülke mahkemesinde açılan davalar hakkında bilgi edinilmesi mümkün değildir. Ancak Türk iflas hukukunda, yabancı ülkede alınan iflas kararları açısından iflasın yerelliği (ülkeselliği) ilkesinin kabul edildiği⁵⁰, dolayısıyla borçlunun Türkiye'deki mallarının kendiliğinden yabancı bir ülkedeki iflas masasına dâhil olmayacağı göz önünde bulundurulduğunda, borçlu ile ticari ilişkiye girecek kişilerin, onun hakkında yabancı bir ülkede açılan iflas davasından haberdar olmamalarının, onları doğrudan etkileyecek sonuçlara yol açtığını söylemek mümkün görünmemektedir. Böyle bir dava sonucunda verilecek karar, Türk Hukuku açısından, tenfiz kararı verilmediği sürece hukuki bir etkiyi haiz olmayacak, dolayısıyla borçlunun Türkiye'deki malları açısından iflasın sonuçları gerçekleşmeyecektir.

Kanaatimizce iflas davaları açısından yetki sözleşmesi yapılmasına engel olan husus, iflas kararının yol açtığı hukuki sonuçlarla bağlantılıdır.

⁵⁰ **Üstündağ**, s. 23. Yargıtay 11.HD., E. 2001/7981, K. 2002/466, T. 25.1.2002 kararında da iflasın ülkeselliği prensibi vurgulanmıştır (Kararın metni için bkz. Kazancı İçtihat Bankası). Prensip hakkında bkz. **Güngör**, s. 3-4.

Şöyle ki, iflas kararı ile borçlunun malvarlığı üzerinde tasarruf yetkisi sona ermekte, bu yetki iflas masasına geçmekte ve tüm alacaklıların, alacaklarını iflas masasına yazdırmak suretiyle, tasfiye sonucunda alacaklarını elde etme imkânı bulunmaktadır. Dolayısıyla bir tacirin birden fazla alacaklısı varsa, sadece iflas davasını açmış olan alacaklı değil, diğer alacaklılar açısından da iflasın hukuki sonuçları gerçekleşmektedir. Tasfiye işlemlerinde de davayı açmış olan alacaklının, bu sıfatından kaynaklanan bir önceliği veya imtiyazı bulunmamakta, tüm alacaklılar eşit bir şekilde işlem görmektedir. İşte alacaklılar arasında eşitliğin sağlanabilmesi ve tüm alacaklıların iflas davasına müdahil olarak katılabilmesi veya iflas masasına alacaklarını kaydettirebilmeleri için iflas davasının tek bir yerde açılması ve tasfiye işlemlerinin tek bir yerden yapılması gerekir. Alacaklılar arasında bu anlamda eşitliğin sağlanabilmesi için, bu yerin, tüm alacaklılar için objektif bir kritere göre belirlenmesi zorunludur. Bu yer, borçlu açısından en yakın bağlantılara sahip olduğu düşünülen ve tespiti kolay bir yer olarak onun muamele merkezinin bulunduğu yerdir. Borçlunun “iflas davası” için alacaklılardan biri ile yaptığı yetki sözleşmesi, diğer alacaklılar açısından bu objektifliği ortadan kaldırarak onların davaya katılması veya masadan alacağını elde edebilmesi açısından bir engel oluşturabilir. Bu şekilde, iflas davalarında sağlanmak istenen, alacaklıların eşit işlem görmesi prensibi ihlal edilmiş olur.

Sonuç olarak, iflas davalarında, borçlunun muamele merkezinin bulunduğu yer mahkemelerine münhasır yetki tanınmasını, borçlu ile ticari ilişkiye girmiş veya girecek olan kişilerin, onun hakkında *en doğru bilgiyi* o yer mahkemelerinden edinebilecekleri düşüncesine dayandırmak çok yerinde olmasa da, alacaklıların eşit bir şekilde işlem görebilmelerini temin etmek bakımından yerindedir.

Ancak, iflas kararı verilmesi ve ona bağlanan sonuçlar açısından münhasır yetki tesisini haklı kılabilecek bu sebepler, **iflas davasına konu alacağın mevcut olup olmadığının tespiti** açısından geçerli değildir. Bu nedenle, iflas davasının alacağın tespitine ilişkin kısmı ile iflas kararı verilmesi ve sonrasına ilişkin kısmını ayrı değerlendirmek ve yetkiye ilişkin sorunlar bakımından da bu ayırımı esas almak daha uygun olacaktır.

Bu değerlendirmelerimizi aşağıda, ayrı bir başlık altında yapacağız.

V. DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Yabancı bir ülke mahkemesine yetki veren yetki sözleşmelerinin iflas davaları açısından da bağlayıcı olup olmayacağı hususunu değerlendirirken, konuyu iflas takibinden başlayarak ve benzer bir konu olan icra takipleri ve itirazın iptali davaları ile karşılaştırarak ele almak yerinde olacaktır.

A. Yetki Sözleşmesinin İcra-İflas Takibi Üzerindeki Etkisi

Bu çerçevede ilk olarak, “yabancı bir ülke mahkemesine yetki veren yetki sözleşmesine rağmen Türkiye’de **icra veya iflas takibi** yapılabilir mi?”, sorusunu cevaplamak gerekir.

Doktrinde bu soruya olumlu cevap verilmekte ve yabancı bir ülke mahkemesi lehine yetki anlaşması yapılmasına rağmen cebri icra hukuku kapsamına giren konularda Türk mahkemelerinin ve icra dairelerinin yetkisinin devam edeceği⁵¹; Türk icra iflas teşkilatına ait yetkinin, tarafların anlaşması ile bertaraf edilemeyeceği⁵² kabul edilmektedir.

Bu görüşlere katılmamak mümkün değildir. Gerçekten de, yabancı bir ülke mahkemesi lehine yetki sözleşmesi yapılmış olmasına rağmen alacaklının Türkiye’de, borçlu aleyhine yetkili icra dairesine başvurarak icra veya iflas takibi yapması mümkündür. Yetki anlaşması yapılmış olması, Türkiye’deki icra dairelerinin yetkisini ortadan kaldırmaz. Böyle bir yetki anlaşmasına dayanarak icra dairesinin yetkisine itiraz edilmesi halinde bu itirazın dikkate alınmaması gerekir⁵³.

B. Yetki Sözleşmesinin İtirazın İptali ve İflas Davası Açısından Etkisi

Yapılan bir iflas takibine karşı borçlunun borca itiraz etmesi halinde, takip konusu alacağın mevcut olup olmadığının incelenmesi için açılacak olan ve genel hükümler çerçevesinde görülen alacak davalarından farklı bir

⁵¹ Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 3.

⁵² Nomer, İflas Davaları, s. 4.

⁵³ HGK, E. 1998/12-287, K. 1998/325, T. 6.5.1998. Kararın metni için bkz. Kazancı İçtihat Bankası.

nitelik taşımayan **iflas davaları** açısından da yukarıda yaptığımız açıklamalar geçerli olmalı mıdır?

Kanaatimizce burada bahsedilen durum, icra takibine itiraz üzerine genel mahkemelerde açılan itirazın iptali davasından çok da farklı değildir. Gerçekten de, itirazın iptali davası da, genel hükümler çerçevesinde alacağın mevcut olup olmadığının incelendiği bir dava olduğundan⁵⁴; yetkili ve görevli mahkeme, genel hükümler çerçevesinde belirlenmekte⁵⁵ ve eğer taraflar arasında yetki sözleşmesi varsa bu davanın, sözleşme ile yetkilendirilen mahkemede açılması gerekmektedir⁵⁶.

Nitekim HGK, 1998 yılında verdiği kararında⁵⁷ bu konuya ilişkin olarak şu tespitite bulunmuştur: “...davacı alacaklının, İİK m. 68’de belirtilen belgelerden olan, davalı ile düzenledikleri kredi sözleşmesine dayanarak Serik İcra Dairesinde takibe giriştiğinde borca itiraz üzerine itirazın iptali yönünden genel hükümlere göre genel mahkemede dava hakkını kullandığında, davalının yetki anlaşmasını öne sürerek yetki itirazında bulunduğu mahkemece, 2675 Sayılı Yasanın 31.maddesi uyarınca yetki şartının hukuken geçerli kabul edilmesi ve yetki itirazı nedeniyle dava dilekçesinin reddine karar verilmesi gerekir...”⁵⁸.

İcra takibine borçlunun itirazı üzerine, alacaklının itirazın kaldırılması yoluna başvurması halinde ise bu başvurunun icra mahkemesine yapılması gerekmekte; yetki sözleşmesinin varlığı, icra mahkemesinin itirazın kaldırıl-

⁵⁴ Pekcanitez/Atalay/ Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 197; Şanlı, s. 104.

⁵⁵ Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 201. Hatta icra takibi, tahkim şartı içeren bir sözleşmeden kaynaklanan alacağın tahsili için yapılmışsa, itirazın iptali davasının tahkim mahkemesinde açılması gerektiği; genel mahkemelerde açılması halinde, davalının tahkim itirazında bulunabileceği kabul edilmektedir (Pekcanitez/Atalay/ Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 202).

⁵⁶ Şanlı, s. 104.

⁵⁷ HGK, E. 1998/ 12-287, K. 1998/325, T. 6.5.1998. Kararın metni için bkz. Kazancı İçtihat Bankası.

⁵⁸ Ancak karara konu olan uyuşmazlıkta, yetki itirazı, ihtiyati haciz kararının icra müdürlüğü nezdinde uygulanması safhasına ilişkin olarak ileri sürüldüğünden, yetki itirazının dikkate alınmayacağı ve Türk mahkemelerinin bu konudaki yetkisinin cebri icra hukukundan kaynaklandığı ve münhasır yetki tesis ettiği belirtilmiştir.

ması konusundaki yetkisini bertaraf etmemektedir⁵⁹. Zira itirazın kaldırılması, takip hukukuna özgü, yani hüküm ve sonuçları yapılan takip ile sınırlı olarak gerçekleşen bir başvuru mekanizmasıdır⁶⁰. Bir dava niteliği de taşımayan itirazın kaldırılması başvurusu sonucunda alacağın mevcut olup olmadığı sadece Kanunda sayılan belgeler çerçevesinde incelenebilir ve sonuçta verilen karar maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmez; sadece mevcut takip açısından sonuç doğurur⁶¹.

Kanaatimizce, icra takipleri açısından yapılan bu ayırımın iflas takipleri ve davaları açısından da yapılması uygun olur. Zira yukarıda da açıklandığı gibi, iflas takibine itiraz üzerine açılan iflas davaları, genel mahkemelerde görülmekte ve bu davalarda mahkemeler, yargısal bir faaliyet yerine getirerek takibe konu alacağın mevcut olup olmadığını genel hükümler çerçevesinde incelemektedirler. Takibe konu alacağın mevcut olup olmadığının genel hükümler çerçevesinde incelendiği ve bu konuda maddi anlamda kesin hüküm teşkil eden kararların verildiği bu tür davalar açısından yetki sözleşmesinin (davalının itirazı üzerine) dikkate alınması gerekir.

Borçlunun iflas yoluyla takibe itiraz etmemesi halinde açılacak olan iflas davaları açısından ise, aynen icra takibine itiraz üzerine yapılan itirazın kaldırılması başvurusunda olduğu gibi, yetki sözleşmesine dayanarak yapılan itirazın dikkate alınmaması gerekir. Zira bu tür iflas davalarında, alacağın mevcut olup olmadığı maddi anlamda kesin hüküm teşkil eden bir kararla tespit edilmemekte, sadece şeklen takibin sonuçlanıp sonuçlanmadığı tespit edilerek karar verilmektedir. Takip hukukuna özgü ve takibin devamını sağlamaya yönelik bu tür iflas davalarında, yetki sözleşmesine dayanarak yapılan yetki itirazını dikkate almamak gerekir.

Kanaatimizce, yetki sözleşmesinin önemini ve bu iki farklı iflas davasında mahkemece yapılacak değerlendirmelerin farklılığını göz önüne aldığımızda böyle bir ayırımın yapılması bir zorunluluk olarak ortaya çıkmaktadır. Gerçekten de, bir yandan, iflas davası açılabilmesi için borçlunun tacir olması ve alacağın para alacağı olması dışında hiçbir koşulun, özellikle de borçlunun borca batık olması veya malvarlığının borçlarını ödemeye yetme-

⁵⁹ Şanlı, s. 104.

⁶⁰ Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 194.

⁶¹ Pekcanitez/Atalay/ Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 215.

mesi gibi bir koşulun aranmadığı; dolayısıyla alacaklının, çok cüzi bir para alacağını, tacir olan borçlusundan iflas yoluyla takip yapmak suretiyle talep edebileceği; diğer yandan, yetki sözleşmesinin, özellikle yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıkların çözümünde, gerek usuli gerekse esasa ilişkin hükümlerin tespiti açısından çok önemli sonuçlarının olduğu dikkate alındığında, yetki sözleşmesine rağmen davacının alacağını, alacak davası yerine iflas takibine konu etmesi ve borçlunun itirazı üzerine itirazın iptali ve iflas talebiyle genel mahkemeye başvurması, çok sık karşılaşılabilecek bir ihtimaldir.

Alacaklı, alacağını, doğrudan alacak davası (veya icra takibi ve devamında itirazın iptali ve alacak davası) açmak suretiyle talep ettiğinde, borçlu, aralarındaki yetki sözleşmesine dayanarak yetki itirazında bulunup davanın sözleşmede kararlaştırılan yer mahkemesinde görülmesini sağlayabiliyorken, iflas yoluyla yapılan takibe itiraz eden borçlunun, aynı gerekçe ile yapacağı yetki itirazı aynı sonucu doğurmuyorsa, yetki sözleşmesinin karşı tarafa sağlayacağı avantajları bertaraf etmek isteyen alacaklı, ikinci yolu tercih edecektir.

Özellikle davanın, yetki sözleşmesi ile yetkili kılınan mahkemede veya Türk mahkemesinde açılmasının, sadece usuli hükümler açısından farklılık yaratmadığı, uyuşmazlığın esası açısından da farklı kararların verilmesine neden olabileceği düşünüldüğünde, bu tercihin nedeni daha iyi anlaşılabilir.

C. Yetki Sözleşmesinin Bekletici Mesele Kurumu Çerçevesinde Dikkate Alınabilirliği

Alacaklıların bu şekilde, iflas davasını, başlangıçta rıza gösterdikleri ancak sonradan kendi menfaatlerine aykırı sonuçlara yol açabileceğini düşündükleri yetki sözleşmelerini etkisiz hale getirecek bir çıkış yolu olarak görmeleri engellenmelidir. Bu nedenle, yabancı bir ülke mahkemesine yetki veren yetki anlaşmasına rağmen, alacaklının Türkiye’de iflas yoluyla takip yapması ve borçlunun borca itirazı üzerine açılan iflas davasında, takip konusu alacağın mevcut olup olmadığına ilişkin kısım açısından mahkemenin bekletici sorun kurumuna başvurması uygun bir çözüm olarak düşünülebilir.

Gerçekten de, davalının yetki sözleşmesine dayanarak yaptığı yetki itirazının **iflas davasında** ileri sürüldüğü ve yapılan yetki sözleşmesinin iflas davasını kapsamadığı düşünüldüğünde, İİK m. 154 uyarınca münhasır yetkiyi haiz Türk mahkemesinin, **iflas davası** açısından yetkisizlik kararı vermesinin mümkün olmadığı açıktır. Bu nedenle, mahkemenin sadece takip konusu alacağın mevcut olup olmadığının tespiti ile ilgili olarak yetki sözleşmesini dikkate alması, bunu da yetkisizlik kararı ile değil bekletici mesele kurumuna başvurmak suretiyle sağlaması bir çıkış yolu olarak görülebilir.

Bu nedenle, Giriş Bölümünde özet olarak verdiğimiz Yargıtay kararında yer alan “...*alacaklıya taraflar arasındaki sözleşme uyarınca İngiltere mahkemelerinden alacağını belirtir ilam alması için süre verilmeli, dava açılması halinde bu dava sonucu beklenmeli, ...*” ifadeleri bu bağlamda yerinde görülebilir.

Böyle bir durumda, alacaklı, **alacak davasını** yetki sözleşmesi ile yetkilendirilen mahkemede açacak, lehine bir hüküm aldığı takdirde bunun tenfizi için Türkiye’de yeni bir dava açacaktır. Tenfiz koşulları mevcut ise⁶² mahkemeden alınacak tenfiz kararının, iflas davasına bakan ve bekletici mesele kararı vermiş olan mahkemeye sunulması, mahkemenin, tenfizine karar verilmiş olan yabancı mahkeme ilamının gereğini yerine getirmesi, yani ilamda yer alan alacağı ödemesi için borçluya ihtarda bulunması (depo kararı vermesi), borçlunun buna rağmen borcunu ödememesi halinde de iflas kararı vermesi gerekecektir. Eğer yabancı mahkeme ilamı tenfiz koşullarını taşımıyor ise, mahkeme hak arama hürriyetini kısıtlamamak adına, bekletici sorun kararı aldığı iflas davasına devam ederek, alacağın mevcut olup olmadığını incelemek suretiyle yargılamaya devam edebilir. Bu aşamada, tenfiz koşulları taşımamasına rağmen yabancı mahkeme ilamında yer alan bir takım maddi vakıa tespitlerinden takdiri delil olarak yararlanması mümkündür.

Bu öneriye, çok pratik olmadığı, iflas davasına bakan mahkemenin, yabancı bir ülke mahkemesinin vereceği kararı ve o kararın tenfizine ilişkin

⁶² Yabancı mahkemede görülen dava, iflas davası değil, alacağın tespitine ilişkin bir dava olduğundan, iflas davalarına ilişkin İİK m. 154/f.3 hükmünün esas alınması, dolayısıyla MÖHUK m. 54/b uyarınca tenfiz engeli oluşturması söz konusu olmayacaktır.

Türk mahkemesinin kararını beklemek yerine, doğrudan kendisinin alacağın mevcut olup olmadığını tespit etmesinin çok daha pratik ve ivedi olarak görülmesi gereken iflas davalarının bu niteliğine çok daha uygun olduğu gerekçesiyle haklı olarak itiraz edilebilir. Ancak yukarıda da açıklamaya çalıştığımız gibi, yabancı bir ülke mahkemesine yetki veren yetki şartının, sözleşmede taraflar arasındaki dengeyi sağlayan bir unsur olabileceği; alacak davasının o ülkede veya Türkiye’de açılmasının, yargılamanın işleyişinden uyuşmazlığın esas bakımından sonucuna kadar çok önemli farklılıklara yol açabileceği dikkate alındığında bu itirazları bir ölçüde bertaraf etmek mümkün olabilecektir.

Sonuç olarak, muamele merkezi Türkiye’de bulunan borçlular açısından “**iflas kararı**” verilmesi konusunda bu yer mahkemesinin münhasır yetkisinin varlığı, iflas kararı verilmesine yol açan alacağın doğduğu sözleşmede yabancı bir ülke mahkemesi lehine bir yetki şartının bulunması durumunda, alacağın mevcut olup olmadığı konusundaki uyuşmazlığın bu yer mahkemesinde çözümlenmesine engel olmamalıdır. Bu şekilde, takip konusu alacağın mevcut olup olmadığının tespiti konusunda yetki sözleşmesi ile yetkilendirilen mahkemenin; iflas kararı verilmesi konusunda ise Türkiye’deki muamele merkezinin bulunduğu yer mahkemesinin yetkili olması, yetki sözleşmesinin yapılırken gözetilen hukuki menfaatler ile iflas davalarında münhasır yetkinin kabulüne yol açan gerekçeler arasında denge-lerin gözetimi açısından uygun bir yaklaşım olarak değerlendirilmektedir.

Kaynakça

- Akıncı**, Ziya; *Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Sözleşmesine Dayanan Yabancı Derdestlik*, Ankara 2002.
- Altay**, Sümer; *Türk İflas Hukuku*, İstanbul, Ocak 2004.
- Bolayır**, Nur; *Medeni Usul Hukukunda Yetki Sözleşmeleri*, İstanbul 2009.
- Ekşi**, Nuray; *Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi*, İstanbul 1996.
- Erman**, Eyüp Sabri; *Kambiyo Senetlerine Müstenit İflâs*, Adalet Dergisi, Temmuz-Ekim 1967, Sayı 7-10, s. 522-558.
- Göğer**, Erdoğan; *Devletler Hususi Hukuku*, Ankara 1975.
- Güngör Güneysu**, Gülin; *Milletlerarası Özel Hukukta İflas*, Ankara 1997.
- Kırtıloğlu**, S. Serhat; *İflâs Davası*, Ankara 2009.
- Kuru**, Baki; *İcra ve İflâs Hukuku, El Kitabı*, İkinci Tıpkı Baskı, İstanbul 2006, (El Kitabı).
- Kuru**, Baki; *İcra ve İflâs Hukuku*, Üçüncü Tıpkı Basım, İstanbul 2000, Cilt III, (İcra-İflâs).
- Kuru**, Baki; *İflâs Takibi ve Davasında Yetki (Selahiyet) Kaideleri*, İmran Öktem'e Armağan, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 275, Ankara 1970, (Yetki Kaideleri).
- Nomer**, Ergin; *Devletler Hususi Hukuku*, İstanbul 2011, Yenilenmiş 19. Bası, (DHH).
- Nomer**, Ergin; *İflâs Davalarında Milletlerarası Yetki Anlaşmaları*, İstanbul Barosu Dergisi, 2011, S. 6, C. 85, s. 3-11, (İflas Davaları).
- Özbek**, Mustafa S.; *İflâs Davasının Hukuki Mahiyeti*, AÜHFD, 2012, I, S. 61, s. 207-274.
- Öztürk**, Pınar; *İİK m. 154/III Uyarınca İflas Davasında Yetkili Mahkemenin 'Borçlunun İşlem (Muamele) Merkezi'ne Göre Belirlenmesi*, İstanbul Barosu Dergisi, 1998, S. 1-2-3, C. 72, s. 116-127.
- Pekcanitez**, Hakan/Atalay, Oğuz/Sungurtekin **Özkan**, Meral/Özekes, Muhammet; *İcra ve İflâs Hukuku*, 11. Bası, Ankara 2013.

Postacıoğlu, İlhan E.; *İflâs Hukuku İlkeleri*, Cilt I, İflâs, İstanbul 1978.

Sargın, Fügen; *Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Anlaşmaları*, Ankara 1996.

Şanlı, Cemal; *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, 4. Bası, İstanbul 2011.

Şanlı, Cemal/**Esen**, Emre/**Ataman-Figanmeşe**, İnci; *Milletlerarası Özel Hukuk*, 2. Bası, İstanbul 2014.

Uyar, Talih; *İcra ve İflas Kanunu Şerhi*, C. 8, 2. Baskı, 2007.

Üstündağ, Saim; *İflâs Hukuku (İflâs, Konkordato, İptal Davaları)*, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 8.Bası, İstanbul 2009.

Yeşilirmak, Ali; *Uluslararası Hukukta İflâs*, İstanbul 2011.

BORCA BATIK ANONİM ŞİRKETLERDE İFLASI ÖNLEYEN YENİ BİR ARAÇ OLARAK SIRADA SONA YERLEŞTİRME (SIRADAN VAZGEÇME)

*Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK**

Bir anonim şirketin borca batık olması halinde ne yapılması gerektiği hususu temel hüküm olarak TTK m. 376, f. 3’de düzenlenmiştir. İİK m. 179, m. 179/a ve m. 179/b; TTK m. 376, f. 3’ü tamamlayan hükümlerdir.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun (TTK), Türk Ticaret Kanunu ile Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair 6335 Sayılı Kanunla değişik 376. maddesinin 3. fıkrası aynen şu şekildedir:

“Şirketin borca batık durumda bulunduğu şüphesini uyandıran işaretler varsa, yönetim kurulu, aktiflerin hem işletmenin devamlılığı esasına göre hem de muhtemel satış fiyatları üzerinden bir ara bilanço çıkartır. Bu bilançodan aktiflerin, şirket alacaklılarının alacaklarını karşılamaya yetmediğinin anlaşılması hâlinde, yönetim kurulu, bu durumu şirket merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesine bildirir ve şirketin iflasını ister. Meğerki, iflas kararının verilmesinden önce, şirketin açığını karşılayacak ve borca batık durumunu ortadan kaldıracak tutardaki şirket borçlarının alacaklıları, alacaklarının sırasının diğer tüm alacaklıların sırasından sonraki sıraya konulmasını yazılı olarak kabul etmiş ve bu beyanın veya sözleşmenin yerindeliği, gerçekliği ve geçerliliği, yönetim kurulu tarafından iflas isteminin bildirileceği mahkemece atanan bilirkişilerce doğrulanmış olsun. Aksi hâlde mahke-

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

meye bilirkişi incelemesi için yapılmış başvuru, iflas bildiri olarak kabul olunur.”.

TTK m. 376'nın 3. fıkrasının değişiklikten önceki ilk hali ise şu şekildeydi: “*Şirketin borca batık durumda bulunduğu şüphesini uyandıran işaretler varsa, yönetim kurulu, aktiflerin hem işletmenin devamlılığı esasına göre hem de muhtemel satış fiyatları üzerinden bir ara bilanço çıkarttırıp denetçiye verir. Denetçi bu ara bilanço, en çok yedi iş günü içinde inceler ve değerlendirmeleri ile önerilerini bir rapor hâlinde yönetim kuruluna sunar. Önerilerde 378 inci maddede düzenlenen erken teşhis komitesinin önerilerinin de dikkate alınması şarttır. Rapordan¹, aktiflerin, şirket alacaklılarının alacaklarını karşılamaya yetmediğinin anlaşılması hâlinde, yönetim kurulu, bu durumu şirket merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesine bildirir ve şirketin iflasını ister; meğerki, iflas kararının verilmesinden önce, şirketin açığını karşılayacak ve borca batık durumunu ortadan kaldıracak tutardaki şirket borçlarının alacaklıları, alacaklarının sırasının diğer tüm alacaklıların sırasından sonraki sıraya konulmasını yazılı olarak kabul etmiş ve bu beyanın veya sözleşmenin yerindeliği, gerçekliği ve geçerliliği, yönetim kurulu tarafından iflas isteminin bildirileceği mahkemece atanan bilirkişilerce doğrulanmış olsun. Aksi hâlde mahkemeye bilirkişi incelemesi için yapılmış başvuru iflas bildiri olarak kabul olunur.”*

Hükmün Gerekçesinin konumuzu ilgilendiren kısmında yapılmış olan açıklamalara baktığımızda şöyle beyanda bulunulmuş olduğunu görmekteyiz: “*Üçüncü fıkra şirketin borca batık olması durumunda uygulanacak kuralları göstermektedir. Borca batık olma' kavramı, şirket aktifleri yıllık bilançoda olduğu gibi defter (iktisap) değerleriyle değil - fakat gerçek (olası satış değerleri) değerleriyle değerlemeye tâbi tutulsalar bile alacaklıların, alacaklarını alamamaları, yani şirketin borç ve taahhütlerini karşılayamaması demektir...Hüküm, mahkemeye başvuru zorunluğunu ortadan kaldıracak bir yeniliği de içermektedir². Bu da, şirket alacaklılarından bazıla-*

¹ Madde metninin kalın siyah harflerle vurgulanmış olan kısmı, 6335 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle madde metninden çıkarılmış olan kısımdır.

² Gerekçenin bu cümlesinde bir yanlışlık vardır, zira hüküm böyle bir yenilik içermektedir; bkz. aşağıda dipnot 75-80 civarı.

rının, kendi alacaklarını, diğer alacaklıların alacaklarının sırasından sonraki sıraya gitmesini yazıyla kabul etmeleridir. Böyle bir taahhüt etkilerini iflâs halinde gösterir ve önceki alacaklar ödenmeden sona giden alacak garameye katılamaz. Bu taahhütlerin tutarı ara bilânço ile ortaya çıkan açığa eşitse, iflâs bildirim zorunluğu yoktur. Başka bir deyişle, bu taahhütlerin tutarı, borca batıklığı ortadan kaldıracak düzeydeyse, kısa vadeli olmayıp süreklilik arzeder nitelikteyse ve taahhütlerin yerine getirilmesi güç şartlara bağlanmamış ise mahkemeye bildirimde bulunulmaz. İsv. BK 725 (2)'ye 1991 reformunda giren bu hükümle şirketin kurtarılabilmesi şansının artırılması amaçlanmıştır. Şirket alacaklılarının aynı zamanda şirketin pay-sahibi olmaları halinde, bunlar iflâs ile erteleme seçeneğini değerlendireceklerdir. Erteleme belli bir takvim gününe bağlı değildir. En erken erteleme tarihi böyle bir taahhütte bulunmamış alacaklıların alacaklarının sona ermiş veya temin edilmiş olduğu tarihtir. Erteleme bir anlamda istekle sırada en sona giderek şirketi iflâstan kurtarma, ertelemenin son bulduğu tarihe kadar takas, mahsup ve takip yapmama anlamını taşır; yoksa alacaktan feragat edilmiş değildir. Bu beyan, zamanaşımına herhangi bir etkide bulunmaz.”.

Şu halde, bir anonim şirket borca batık olduğu takdirde, yönetim kurulu borca batıklık durumunu şirket merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesine bildirerek şirketin iflasını istemek zorundadır; aksi takdirde yönetim kurulu üyeleri İİK m. 345/a uyarınca bir alacaklının şikayeti üzerine cezai yaptırıma maruz kalabilirler (İİK m. 345/a) ve ayrıca İİK m. 310, b.4 ve m. 311, f. 1, b. 6 ve TCK m. 162 çerçevesinde cezalandırılmaları da söz konusu olabilir.

Bu açıdan bakıldığında, TTK m. 376, f. 3, Türk hukukuna, borca batık şirketin yönetim kurulunu iflas talebinde bulunmaktan muaf kılan yeni bir imkan getirmiş olmaktadır. Bu imkan öğretide “sıradan çekilme”³ veya “sırada sona geçme”⁴ ya da “sıradan vazgeçme”⁵ olarak adlandırılmaktadır.

³ Alihan Aydın, “Türk Ticaret Kanunu’nun Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığa İlişkin Düzenlemesine (TK m.376) Eleştirel Bir Bakış”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt LXX, Sayı 2, 2012, s. 101 vd., özellikle s. 111.

⁴ İsmail Kayar, “Yeni TTK’ya Göre Anonim Şirkette Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığının Tespiti ve Sonuçları”, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’nu Beklerken, 10-11-12 Mayıs 2012 Sempozyum, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Sayı, Cilt 18, Sayı 2, s. 643 vd., özellikle s. 653.

İsviçre’de Fransızca hukuk literatüründe kavramı belirtmek için “*postposition*” veya “*subordination*” sözcükleri kullanılmaktadır. Türkçe’de kavramı ifade etmek için, “*alta sıralama*” veya “*sırada sonraya yerleştirme*” ya da “*sırada sona yerleştirme*” terimleri kullanılabilir; çalışmamızda, daha ziyade, “*sırada sona yerleştirme*” (bazen “*sırada sona yerleştirilme*” olarak) terimi ve zaman zaman da, eşanlamlı olarak, “*sıradan vazgeçme*” terimi kullanılmıştır.

Sırada sona yerleştirme kavramı, İsviçre Borçlar Kanununun (İsvBK) 725. maddesinin 2. fıkrasından⁶ iktibas edilmiştir. Yalnız bu iktibas aynen yapılmayarak bazı ilavelere ihtiyaç duyulmuş, ayrıca İsv.BK m. 725, f. 2’nin aslında son derece sade düzenlemesi Kanunumuza aktarılırken kullanılan cümleler kurumun anlaşılmasını ve anlamlandırılmasını gereksiz yere güçleştirmiştir⁷.

Sırada sona yerleştirme İsvBK’ya 1992 yılında girmiştir⁸. O zamana kadar bu yöntem uygulamada rastlanmakla birlikte, yöntemin geçerli olup olmadığı tartışılmalıydı. Örneğin Vaud Kanton Mahkemesi, bir kararında⁹, sırada sona yerleştirmenin İsvBK’nın (eski) m. 725, f. 3’ün (yeni m. 725a, f. 1, c. 1) borca batıklık halinde iflası talep zorunluluğunu getiren ve kamu düzenini koruma amacını güden hükmünü bertaraf etmek sonucunu doğurduğu için geçersiz olduğunu kabul etmişti. Zürih Kanton Mahkemesi ise bu yöntemin geçersiz olmadığına karar vermişti¹⁰. Şu halde, 1992 yılında yürür-

⁵ Oğuz **Atalay**, Borca Batıklık ve İflasın Ertelenmesi, İzmir 2006, s. 42; **Kayar**, s. 653.

⁶ İsv.BK m.725, f.2’nin Fransızca metni şu şekildedir: “*S’il existe des raisons sérieuses d’admettre que la société est surendettée, un bilan intermédiaire est dressé et soumis à la vérification d’un réviseur agréé.466 S’il résulte de ce bilan que les dettes sociales ne sont couvertes ni lorsque les biens sont estimés à leur valeur d’exploitation, ni lorsqu’ils le sont à leur valeur de liquidation, le conseil d’administration en avise le juge, à moins que des créanciers de la société n’acceptent que leur créance soit placée à un rang inférieur à celui de toutes les autres créances de la société dans la mesure de cette insuffisance de l’actif.*”

⁷ Aynı yönde: **Aydın**, s. 112.

⁸ Bkz. yürürlüğe 1 Temmuz 1992’de giren 4 Ekim 1991 tarihli Federal Kanun, RO 1992 785.

⁹ 18/11/1981 tarihli karar, SAS 1982/54, s. 87 vd.

¹⁰ 29/1/1991 tarihli karar, ZR 1991/90, s. 255 vd., 11c nolu gerekçe.

lûge giren değişiklikle, sırada sona yerleştirmenin geçerliliği İsviçre kanun koyucusu tarafından tanınmış ve bu konudaki tartışmalara son verilmiş olmaktadır. Yalnız, yapılan değişiklik, neredeyse sadece, sırada sona yerleştirmenin geçerliliği sorununu çözmekte; buna mukabil hukuki niteliği, akdedilmesi, süresi, geçerlilik ve yerindelik şartları bakımından ise açıklık içermemektedir.

1. Amacı, Hukuki Niteliği ve İçeriği

Genel bir yaklaşımla denebilir ki, hukukumuzda sırada sona yerleştirilme, alacakları tutarı en az borca batıklık durumunu ortadan kaldıracak kadar olan bir kısım şirket alacaklısının, alacaklarını borçlu şirketin borca batıklığı devam ettiği sürece talep ve tahsil etmemeye ve borçlu şirketin iflası halinde de tüm diğer şirket alacaklılarından sonra almaya razı olmasını, yani diğer şirket alacaklılarının alacaklarının tam olarak ödenmesinden sonra kendi alacağının ödenmesine sıra gelmesini kabul etmesini ifade eder¹¹. Bu durumda, şirket hakkında borca batıklığa rağmen iflas kararı verilemeyeceğinden, sırada sona yerleştirme bir yandan borca batık bir şirketin faaliyetine devam etmesine, diğer yandan alacakları ancak bir veya birkaç başka alacaklının alacağının sırada sona yerleştirilmesi sayesinde tamamen karşılanabilir hale gelen diğer alacaklıların korunmasına hizmet etmektedir. Ama

¹¹ Bu yönde: Henry **Peter**/Francesca **Cavadini-Birchler**, Commentaire des articles 698 à 725, 726 et 731b CO, in Pierre Tercier/Marc Amstutz (éds), Code des obligations II (CO II, Commentaire Romand, Bâle 2008, s. 1147; **Aydın**, s. 111. Borca batık şirketin ortağı veya bir “yakını” (örneğin aynı grubun bir başka şirketi veya kredi alacağı ortaklar tarafından yeterince teminat altına alınmış bir banka) tarafından verilen ödünçler bazen “rıza dışı sırada sona yerleştirme” olarak kabul edilebilmektedir (“*equitable subordination*” veya “*kapitalersetzendes Darlehen*”) (ayrı bir bilimsel inceleme gerektirecek kapsamda olan ve bu nedenle çalışmamızda ele alınmayan bu konu hakkında etraflı bilgi için bkz. R. Trigo **Trindade**, “*Les prêts remplaçant les fonds propres*”, Insolvençe, désendettement et redressement: Etudes réunies en l’honneur de Louis Dallèves, Bâle 2000, s. 371 vd.; Rashid **Bahar**, “*Les créanciers dans l’assainissement; abandon, subordination et conversion de créances*”, Revue de droit suisse 2005 I, s. 479 vd., özellikle s. 491-493). Almanya ve ABD’de kabul edilen ve uygulama alanı bulan bu kavram İsviçre’de ve Türkiye’de pek yankı yaratmamıştır; bkz. Fribourg Kanton Mahkemesinin 20/4/1976 tarihli kararı, SJ 1971 209, s. 217-218; Zürih Kanton Mahkemesinin 19/1/1993 tarihli kararı, RSDA 65 (1993), s. 299 (özet).

bu son fonksiyonu yerine getirebilmesi için tasfiyede bazı alacaklıların alacağına sadece sıra itibarıyla sona yerleştirilmesi (dar anlamda sırada sona yerleştirilme) yeterli değildir; ayrıca, bir de, bu alacakların, bilahare, borçlu şirketin aktifinin azalmasına neden olacak şekilde sona ermemesi de lazımdır, zira aksi takdirde sırada sona yerleştirmenin bir anlamı kalmaz. Onun için İsviçre öğretisinde İsvBK m. 725, f. 2 anlamında sırada sona yerleştirilmenin, en azından örtülü olarak bir borç ertelemesi¹² (bazı yazarlar bu etkiyi alacağın talep edilebilirliğinin ertelenmesi olarak adlandırmaktadır¹³) de içerdiğine işaret edilmektedir (geniş anlamda sırada sona yerleştirme). Öyle ki, bu erteleme süresi zarfında, sırada sona yerleştirilen alacak ve faizleri borçlu şirket tarafından ödenemez veya daha genel olarak itfa edilemez. Şu halde, sırada sona yerleştirme sözleşmesi iki unsurdan oluşmaktadır: dar anlamda sırada sona yerleştirme, yani alta sıralama; erteleme¹⁴.

Sırada sona yerleştirme, borca batıklık ortamında söz konusu olan bir araçtır. Genellikle bu yöntem, alacağın kesin olarak kaybedilmesi sonucunu doğuran ve ayrıca bazı vergisel sakıncaları bulunan, alacaktan vazgeçmeye tercih edilir. Alacağını sırada sona yerleştiren alacaklı, borçlusunun borca batıklığının geçici olduğuna veya bir süre sonra kendisini toparlayacağına ve borca batıklıktan çıkacağına inanmakta, bu nedenle daha sonra tam olarak ödeneceği ümidini muhafaza ettiği bir alacaktan temelli vazgeçmenin aşırılık olacağını düşünmektedir¹⁵. TTK m. 376, f. 3'ün sağladığı formül sayesinde alacaklı alacağını nihai olarak kaybetme riskini borçlu şirketin tasfiyeye girmesi ve diğer alacaklıların tam olarak tatmin edilememeleri ihtimaliyle sınırlamaktadır. Yöntem borçlu şirket bakımından da avantajlıdır, çünkü

¹² Ch. Jaques, “Subordination (postposition) et exécution”, L’expert-comptable suisse, 1999/octobre, s. 899; Françoise Bastons Bulletti, “La posposition de créance selon l’art.725 al.2 CO”, Revue fribourgeoise de jurisprudence, Numéro spécial, Fribourg 2002, s. 103 vd., özellikle s. 104.

¹³ François Vouilloz, “Perte de capital, surendettement, ouverture et ajournement de la faillite”, L’expert-comptable suisse, 2004/avril, s. 312 vd., özellikle s. 317; Jean Luc Chenaux/Loic Pfister, “Aspects juridiques de l’assainissement (cadre, outils et responsabilité)”, Aspects pratiques du droit de l’entreprise, CEDIDAC Volume 86, Lausanne 2010, s. 95 vd., özellikle s. 159.

¹⁴ Jaques, s. 899; Bastons Bulletti, s. 104; Chenaux/Pfister, s. 159; Atalay, s. 43.

¹⁵ Etraflı bilgi için bkz. Bastons Bulletti, s. 105.

böylece iflas ve iflasın ertelenmesi gibi radikal ve mali güçlük durumunu üçüncü kişilere karşı alenileştiren yöntemlere¹⁶ başvurulmayarak borca batıklığa rağmen borçlu şirketin faaliyetine devam etmesine imkan vermektedir.

Sırada sona yerleştirilme nitelik itibarıyla bir doğrudan iyileştirme önlemi değildir. Borçlu şirkete herhangi bir finansal katkı sağlamadığı gibi, borçlu şirket bünyesindeki yabancı fonların azalmasına da neden olmaz. Bu yöntemin borçlu şirketin borca batıklığını temelli ve nihai olarak ortadan kaldırması da söz konusu değildir. Ama, içerdiği ve sırada sona yerleştirilmeye konu olan alacağın ödenmesine belli şartlar dahilinde engel olan erteleme etkisi nedeniyle sıradan vazgeçme, borçlu şirketin diğer alacaklarını ödemesini kolaylaştırır ve ona bir iyileştirme planı ve stratejisi oluşturmak için ilave süre sağladığı gibi zaman içinde borçlarını karşılayan aktiflere kavuşma imkanını yaratır¹⁷. Bu açılarından bakıldığında, sırada sona yerleştirme usulünün borçlu şirketin iyileştirilmesini kolaylaştırıcı bir yanının bulunduğu söylenebilir.

Sırada sona yerleştirme, iki taraflı bir hukuki işlem ve dolayısıyla bir sözleşmedir¹⁸. Böyle olunca, iki tarafın karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanı ile oluşur¹⁹. Biraz aşağıda da açıklanacağı gibi, burada taraflar; borçlu şirket ile şirket alacaklısıdır.

TTK m. 376, f. 3, İsvBK m. 752, f. 2'yi takiben aksi yönde bir izlenim uyandırmaktaysa da, sırada sona yerleştirme, sırasından vazgeçen alacaklının

¹⁶ Mamafih bkz. aşağıda dipnot 80 civarı.

¹⁷ **Bahar**, s.487; **Chenau/Pfister**, s. 159. Ayrıca bkz. aşağıda dipnot 59 civarı.

¹⁸ **Bastons Bulletti**, s. 106; **Aydın**, s. 111 dipnot 19. Vaud Kanton Mahkemesine göre, sırada sona yerleştirilme, alacaktan şarta bağlı olarak vazgeçme sözleşmesi niteliğindedir; SAS 1982/54, s. 87 vd. İsviçre öğretisinde bazı yazarlar (örneğin **Vouilloz**, s. 317) da sırada sona yerleştirilmeyi, borçlu şirketin iflası taliki şartına bağlı olan ve şirketin diğer borçlarını ödemeye yeterli olan meblağı kapsayan bir borçtan vazgeçme (ibra) sözleşmesi olduğunu kabul etmektedirler. **Atalay**'a göre (s. 43) sıradan vazgeçme, şarta bağlı bir feragattir (ayrıca bkz. aşağıda dipnot 27).

¹⁹ Bkz. Fikret **Eren**, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara 2012, s. 115 vd.; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 1993, s. 38 vd.

tek taraflı beyanıyla oluşamaz²⁰. Çünkü, sırada sona yerleştirme yönteminin zorunlu olarak içerdiği erteleme, iki tarafın, sırada sona yerleştirilen alacağın bu erteleme süresince sona erdirilmemesi konusunda mutabık kalmalarını da gerektirir; böyle bir mutabakat yoksa, sırada sona yerleştirilmeden de söz edilemez, çünkü bu takdirde sırada sona yerleştirmenin bir anlamı ve cazibesi kalmaz.

Fakat, sırada sona yerleştirme sözleşmesinin tarafı olan borçlu şirket, kural olarak²¹, bu sözleşme ile bir edim yükümü altına girmez; onun için bazı yazarlar bu sözleşmeyi tek tarafa borç yükleyen (tek taraflı) bir sözleşme olarak kabul etmektedirler²². İsviçre’de, borçlu şirketin bir edim yükümü altına girmediği bu gibi durumlarda, alacaklının sırada sona yerleştirilme beyanı bir icap (öneri) olarak kabul edilip borçlu şirket tarafından uygun bir süre zarfında reddedilmediği takdirde sözleşmenin kurulmuş sayılmasının mümkün olabileceğine (TBK m. 3) işaret edilmektedir²³.

Sırada sona yerleştirme sözleşmesi İsviçre’de bir isimsiz sözleşme olarak nitelendirilmekte ve bu sözleşmeye kural olarak borç ilişkileri hakkındaki genel hükümlerin uygulanacağı belirtilmektedir²⁴.

Genellikle sırada sona yerleştirme sözleşmesinin, borçlu şirketin mevcut ve müstakbel alacaklılarının tamamı lehine akdedilmiş tam üçüncü kişi yararına sözleşme olduğu (TBK m. 129) kabul edilmektedir²⁵. İsviçre’de sırada sona yerleştirilme yönteminden asıl yararlananların borçlu şirketin,

²⁰ Aksi yönde bkz. **Jaques**, s. 899; **Kayar**, s. 654.

²¹ Ama sıradan vazgeçen lehine, yaptığı fedakarlığın karşılığı olarak bir menfaat (örneğin yüksek bir faiz oranı; **Bahar**, s. 491) kararlaştırılmış -fakat bu menfaatin yerine getirilmesi de ertelemeye tâbidir- veya şirket işlerinin gidişatı hakkında bilgi alma hakkı tanınmış olabilir.

²² **Chenaux/Pfister**, s. 157.

²³ **Bastons Bulletti**, s. 106. Sırada sona yerleştirme sözleşmesinin yazılı olmasını arayan TTK m. 376, f. 3 karşısında, İsviçreli yazarların bu görüşünün Türk hukukunda ne ölçüde geçerli olduğu konusunda ciddi şekilde tereddüt duyulabilir.

²⁴ **Bastons Bulletti**, s. 106; **Chenaux/Pfister**, s. 157.

²⁵ **Jaques**, s. 900; **Chenaux/Pfister**, s. 157; **Atalay**, s. 43; **Kayar**, s. 654. Karş. **Jaques**, 900.

alacağı sırada sona yerleştirilen alacaklı dışındaki diğer bütün alacaklıları -yoksa, ortakları değil- olduğu özellikle vurgulanmaktadır²⁶.

Sırada sona yerleştirilme sözleşmesiyle, sıradan vazgeçme taahhüdünde bulunan şirket alacaklısı alacağından vazgeçmemektedir²⁷. Sırada sona yerleştirilen alacak mevcut kalmakta devam etmekte; bu alacak sadece borca batıklığın hesaplanmasında dikkate alınmamaktadır. Ama, borçlu şirketin kayıt ve hesaplarında yer alması gerektiği gibi, ortakların ve üçüncü kişilerin ayırt edebileceği şekilde, bilançoda, özel bir bölümde veya ek olarak yer almalıdır; İsviçreli hukukçular, borçlu şirketin hesaplarında ve bilançosunda, sırada sona yerleştirme sözleşmesinin şartları hakkında bilgi verilmesinin de uygun olacağını belirtmektedirler²⁸.

Kanunda sırada sona yerleştirme sözleşmesinin ilan edilmesini öngören bir hüküm bulunmamaktadır.

İsviçreli yazarlara göre, sözleşme denetim organının incelemesine sunulmalıdır; yalnız, denetim organının sözleşmeye muvafakat etmesi veya yerindeliğini tartışması mümkün değildir, çünkü bu sözleşmenin akdedilmesi tamamen yönetime ait bir iştir ve dolayısıyla sadece yöneticileri ilgilendirir²⁹. TTK m. 376, f. 3'ün 6335 sayılı Kanundan önceki hali denetçilerin sırada sona yerleştirme sözleşmeleri hakkında bilgi sahibi olmalarına ve

²⁶ **Vouilloz**, s. 316; **Bahar**, s. 486; **Chenaux/Pfister**, s. 160. Mamafih bkz. aşağıda dipnot 31 civarı.

²⁷ Karş. **Atalay**, s. 43. Alacaktan tek taraflı feragat ile alacaktan vazgeçme (ibra sözleşmesi) arasındaki fark için bkz. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 986; Ahmet **Kılıçoğlu**, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 14. Bası, Ankara 2011, s. 812. Ayrıca bkz. Mustafa **Aksu**, “*Türk Borçlar Kanununun Getirdiği Yeniliklerden İbra*”, Journal of Yaşar University, 2003/8 (Özel Sayı-Armağan), s. 97 vd., özellikle s. 106-107: “...alacaklı alacağından tek taraflı olarak feragat edebilir, ama bu alacağı sona erdirmez... borçlar hukukundan kaynaklanan alacaklardan tek taraflı olarak feragat ederek alacağı ve böylece borcu sona erdirmek kural olarak mümkün değildir. Şu halde gerçekte feragat olarak nitelendirilebilecek durumlar genellikle bir sözleşme niteliğindedirler.”. Karş. Leyla **Akyol Aslan**, Medeni Usul Hukukunda Davadan Feragat, Ankara 2011, s. 98 vd.

²⁸ **Bastons Bulletti**, s. 113-114; **Chaudet/Cherpillod/Landrove**, Droit suisse des affaires, 3.édition, Bâle 2010, s. 140 no. 675; **Vouilloz**, s. 317.

²⁹ **Bastons Bulletti**, s. 114.

önerilerde bulunmalarına elverişli bir hukuki ortam sağlamakta iken, 6335 sayılı Kanunla yapılan değişiklik bu imkanı ortadan kaldırmış gibi görünmektedir. Fakat, yine de, denetçilerin sırada sona yerleştirme sözleşmeleri hakkında TTK m. 401 uyarınca bilgi sahibi olmayı talep edebilmeleri ve konuya ilişkin görüşlerini denetim raporu ile görüş yazısında açıklayabilmeleri mümkün olmalıdır.

Sırada sona yerleştirme sözleşmesinin içerdiği erteleme, sözleşmenin akdedilmesiyle yürürlüğe girer ve bozucu bir şarta tâbi olarak devam ederek, borca batıklığın ortadan kalkması veya tasfiye ile sona erer. Dar anlamda sırada sona yerleştirme ise hükümlerini, tasfiyenin başlaması ve sırada sona çekilme yapılmamış olsaydı diğer alacaklıların alacaklarının tamamen tahsil edilememesi şeklinde özetlenebilecek iki taliki şarta bağlı olarak gösterir³⁰. Bir krediyi temin etmeye yönelik sırada sona yerleştirmelerden farklı olarak TTK m. 376, f. 3’de düzenlenen sırada sona yerleştirilme belirli bazı alacaklılar, örneğin belirli bir finans kuruluşu lehine değil³¹, borçlu şirketin bütün alacaklıları yararına yapılmakta ve genellikle sırada sona yerleştirilen alacağın doğumundan sonra vuku bularak mevcut bir borç ilişkisini değiştirmektedir. Sırada sona yerleştirme sözleşmesi “*subordinated loans*” (“*subordinated debts*”) olarak adlandırılan kredi türünden de farklıdır, çünkü sermaye oluşturulmasını sağlamaya değil, şirketin iflasını ve alacaklıların zarara uğramalarını önlemeye yöneliktir.³²

Sıradan vazgeçme sözleşmesine rağmen alacaklı, sırada sona yerleştirilen alacağını tahsil etmek için borçlu şirket aleyhine icra takibi yaparsa, borçlu şirket ödeme emrine itiraz etmelidir³³.

³⁰ **Bastons Bulletti**, s. 104.

³¹ Mamafih, **Jaques**’a göre (s. 899), sırada sona yerleştirme sadece belli sayıda alacaklı, örneğin kredi kullandıran banka lehine geçerli olmak üzere de tesis edilebilir; bu takdirde yöntem bir teminat aracı olarak kullanılmış olmaktadır. Ayrıca bkz. **Bahar**, s. 490.

³² **Bastons Bulletti**, s. 105. Ayrıca bkz. **Bahar**, s. 490.

³³ **Jaques**, s. 900 ve 901. Yazara göre, İsvİİK m. 81’de (İİK m. 68) öngörülen nitelikte bir senede bağlanmışsa, icra mahkemesi hakimi ödeme emrine itirazda ileri sürülmemiş bir sıradan vazgeçmeyi re’sen dikkate almalıdır. Bu mantıktan hareket edilirse, aynı ihtimalde itirazın iptali davası açıldığı takdirde de hakim, dosyaya usulüne uygun olarak girmiş olan delillerden somut olayda sırada sona yerleştirme yapıldığını anlarsa, bu

2. Taraflar

Sırada sona yerleştirme sözleşmesinin tarafları, alacağını sıra itibarıyla geriye çeken alacaklı ile borçlu şirkettir. Borçlu şirketin genel kurulu veya diğer alacaklılar sözleşmeye taraf olmadıkları gibi sözleşmeyi onaylamaları da gerekmez³⁴; ama sırada sona yerleştirmenin mutlaka borçlu şirketin bir yönetim kurulu kararına konu olması lazımdır³⁵. Sözleşmeyi kural olarak borçlu şirketi temsilen yönetim kurulu veya yetkilendirdiği üye ya da murahhas imzalar³⁶.

Sıradan vazgeçmeyi kabul eden alacaklının mutlaka İİK m. 206 anlamında imtiyazsız alacaklı olması gerekmez. İİK m. 206 çerçevesinde ilk üç sırada yer alan alacaklılar, örneğin işçiler, çalıştıkları şirketin iflas etmesi menfaatlerine aykırı olduğu için, borçlu şirket ile alacaklarını sırada sona yerleştirme sözleşmesi yapabilmelidirler³⁷.

Sırada sona yerleştirilme, özellikle tarafların aynı gerçek kişi tarafından temsil edilmelerinin hiç de az olmadığı şirketler gruplarında, çifte temsil ve kendi kendisiyle sözleşmeye ilişkin bazı hukuki sorunlar yaratmaktadır³⁸. İsviçre öğretisinde bir görüş, sırada sona yerleştirmenin alacaklıya mutlaka zarar veren bir işlem olmadığını ve bu nedenle de özel bir izin veya yetki verilmesine gerek bulunmadığını savunmaktadır; bu görüşte olan yazarlara göre, hatta, şirketler gruplarında grup şirketlerinin yönetim organlarına zımnen çifte temsil yetkisi verilmiş olduğu kabul edilmelidir³⁹. Yalnız, İsviçre

durumu kendiliğinden göz önüne alınmalıdır. İsmail **Kayar** (s. 654, dipnot 17) ise bu ihtimalde borçlu şirketin şikayet yoluna gitmesi gerektiğini görüşündedir.

³⁴ **Chenaux/Pfister**, s. 158.

³⁵ **Vouilloz**, s. 317. **Chenaux/Pfister**'e göre ise (s. 158) bir veya birkaç yönetim kurulu üyesi ya da İsvBK m. 716b (TTK m. 367) uyarınca murahhaslar dahi sırada sona yerleştirme bakımından borçlu şirketi ilzam edebilirler.

³⁶ İsviçre'de borçlu şirket sırada sona yerleştirmeyi mahkemeye bildirmek zorunda olmadığından yönetim kurulunun sırada sona yerleştirmenin şekli ve maddi şartları bakımından son derece hassas davranması gerektiğine; aksi takdirde, geçerli bir neden olmaksızın borca batıklık bildirimini mahkeme nezdinde zamanında yapmadığı için sorumluluk davasına muhatap olacağına işaret edilmektedir (**Chenaux/Pfister**, s. 157).

³⁷ **Atalay**, s. 43-44.

³⁸ Etraflı bilgi ve tartışmalar için bkz. **Bastons Bulletti**, s. 106 vd.

³⁹ **Chenaux/Pfister**, s. 158-159 ve dipnot 557.

Federal Mahkemesi bu görüşe katılmamış ve bir gerçek kişinin hem borçlu şirketin hem de alacaklı şirketin yönetim kurulu üyesi sıfatıyla imzaladığı sırada sona yerleştirilme sözleşmesini hükümsüz addetmiştir⁴⁰; ama İsviçre Federal Mahkemesine göre, çifte temsil yetkisini haiz temsilci şirketin tek ortağı ise, menfaat çatışması bu durumda söz konusu olamayacağı için, özel bir izin veya muvafakata gerek bulunmamaktadır⁴¹.

3. Şekil

İsviçre hukukunda sırada sona yerleştirme sözleşmesinin şekli konusu çok tartışmalıdır⁴². Bazı yazarlar İsvBK m. 11'e (TBK m. 12) dayanarak sözleşmenin bir şekle tabi olmadığını savunmaktadırlar. Diğer bazı yazarlar ise sırada sona yerleştirme sözleşmesinin, kural olarak bir şekle tabi olmakla beraber, değişiklik yaptığı temel ilişki bir şekle tabi ise, aynı şekle uygun olarak yapılmasının zorunlu olduğunu (İsvBK m. 12; TBK m. 13) ileri sürmektedirler. Diğer bazı yazarlar hem sözleşmenin borçlu şirket için büyük önem arz etmesi, hem denetçinin denetleme görevini yerine getirebilmesi ve hem de hesaplarda açıklık ilkesinin gerçekleştirilmesi için yazılı şekle uyulmasının gerekli olduğu düşüncesindedirler.

Türk hukukunda bu tartışmalara girmeye gerek yoktur, çünkü İsvBK m. 725, f. 3'ün aksine TTK m. 376, f. 3, açıkça, sırada sona yerleştirme sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması gerektiğini belirtmiştir. Buradaki yazılı şekil bir geçerlilik şartıdır.

4. Meblağ

Sırada sona yerleştirme sözleşmesi muhasebe yönünden borçlu şirketin borca batıklığını izale etmelidir; yani "*şirketin açığını karşılayacak ve borca batık durumunu ortadan kaldıracak tutardaki*" alacakların alacaklıları, alacaklarının sırasının diğer tüm alacaklıların alacaklarının sırasından sonraya alınmasını kabul etmiş olmalıdır.

⁴⁰ JdT 2007 I.245.

⁴¹ JdT 2001 I.131.

⁴² Tartışmalar hakkında bkz. **Bastons Bulletti**, s. 109; **Chenau/Pfister**, s. 158.

Ama TTK m. 376, f. 3, “*şirketin...borca batık durumu*”ndan bahsederken, işletmenin devamlılığı esasına göre hazırlanan bilançodaki borca batıklığın mı, yoksa muhtemel satış fiyatları üzerinden düzenlenen bilançodaki borca batıklığın mı kastedildiği konusunda bir açıklık içermemektedir⁴³. Konu İsviçre’de de büyük tartışmalara neden olmuştur⁴⁴. Bazı yazarlar, şirket faaliyetine devam edeceği için ilk amacın onun iyileştirilmesi olduğuna işaret ederek, sırada sona yerleştirilmeye, işletmenin devamlılığı esasına göre hazırlanan bilançoda beliren borca batıklığın karşılanması gerektiğini ileri sürmektedirler⁴⁵. Yalnız, aynı yazarlara göre, bu görüşün kabul edilebilmesi için borçlu şirketin iyileşmesinin mümkün görünmesi lazımdır ki, bu da bazı değerlendirme güçlükleri ortaya çıkarabileceği gibi, yöneticilerin fazla iyimser davranarak iflası istemek için gereğinden fazla beklemelelerine ve diğer alacaklıların zarara uğramalarına neden olabilecektir. Diğer bazı yazarlar, borca batıklıklardan hangisi daha az ise onun karşılanmasının yeterli olduğunu kabul etmektedirler. Ancak, başka bazı yazarlar, ihtiyatlı davranma adına, en yüksek borca batıklık tutarının esas alınması gerektiği görüşündedirler. İsviçre öğretisinde savunulan bir diğer görüş ise, karşılanması gereken borca batıklığın muhtemel satış fiyatları üzerinden düzenlenen bilançodaki borca batıklık tutarı olduğu yönündedir. Zira, bu görüşe göre, sırada sona yerleştirilme, ancak, diğer alacakları güvence altına almak zorunda olduğu tasfiye (paraya çevirme) sürecinde etki göstermeye başlayacaktır.

Öte yandan, borçlu şirket faaliyetine devam ettiği ve bu nedenle borca batıklık değişebileceği için, sırada sona yerleştirme sözleşmesine konu olan

⁴³ Alihan Aydın’a göre (s. 110) yönetim kurulu önce işletmenin devamlılığı esasına göre bir bilanço çıkartmalı, şayet bu bilançoda şirketin borca batık olduğu görülürse bu kez aktiflerin muhtemel satış fiyatları üzerinden bir bilanço hazırlamalı ve bu bilançodan da şirketin borca batık olduğu anlaşılırsa, artık, şirketin borca batık olduğu kabul edilmelidir. Fakat, bu takdirde, sırada sona yerleştirmenin hangi borca batıklık rakamına göre yapılacağı sorusu cevapsız kalmaktadır.

⁴⁴ Tartışmalar hakkında bkz. **Bastons Bulletti**, s. 110 vd.; **Peter/Cavadini**, s. 1147; **Chenau/Pfister**, s. 161-162.

⁴⁵ İsviçre’de Anonim Şirket Hukuku Tadil Projesi de, işletmenin devamlılığı esasına göre hazırlanan ara bilançoda beliren borca batıklık tutarının esas alınması gerektiğini kabul etmiştir. Bkz. Message P-CO, FF 2008, s. 1407 vd., özellikle s. 1509 vd.

meblağın sadece sözleşmenin akdedildiği tarihteki borca batıklığı değil, ilerideki hesap döneminin muhtemel zararını ve önerilen iyileştirmeye bağlı öngörülebilir masraf ve taahhütleri de kapsamı uygun olur⁴⁶. Fakat böyle bir güvenlik marjının taraflarca sırada sona yerleştirme akdedilirken düşünülüp kararlaştırılması gerekir; aksi takdirde, sırada sona yerleştirilen alacaklı, borca batıklık ortadan kalktıktan sonra, kendisine ödeme yapılması için, bir de, başlangıçta kararlaştırılmamış bir güvenlik marjının karşılanması amacıyla bekletilememelidir; kaldı ki, Kanunda buna imkan veren bir hüküm de bulunmamaktadır⁴⁷. Bu çerçevede İsviçre’de güvenlik marjı olarak çeşitli öneriler yapılmıştır. Fakat, hemen belirtelim ki, sırada sona yerleştirme sözleşmesi akdedilirken böyle bir güvenlik marjı tesis edilmesinin düşünülmesi yönetim kurulunun özen borcundan kaynaklanan bir tedbir olup, buna uyulmaması sözleşme akdedildikten sonra borca batıklığın artması halinde iflas talebinde bulunma mecburiyetinin süratle yeniden ortaya çıkmasına neden olmaktan başka bir hukuki sonuç doğurmaz, özellikle sırada sona yerleştirme sözleşmesinin hükümsüz olmasına yol açmaz⁴⁸.

Ortaya çıkan bir diğer soru da, borçlu şirkette iyileşme gerçekleştikçe sıra itibarıyla sona yerleştirilen alacağın iyileşme oranı ölçüsünde, kısmen, sıradan vazgeçme sözleşmesinin kapsamı dışına çıkarılmasına (ve dolayısıyla kapsam dışına çıkan meblağın alacaklıya ödenmesine) imkan veren, zaman içinde azalan tutarda bir sırada sona yerleştirmenin mümkün olup olmadığıdır. Bu bağlamda, borca batıklığın azalmasının borçlu şirketin tamamen iyileştiği anlamına gelmediği dikkate alınır, böyle bir yöntemin borçlu şirketi iyileşme için halbuki daha ihtiyacı olan imkanlardan yoksun kılmak anlamına geldiğine ve ayrıca ilk önce bir iyileşme gösteren borca batıklık durumunun daha sonra tekrar kötüleşmesi halinde karmaşık ve içinden çıkılmaz güçlükler yol açacağına işaret edilerek tereddütle karşılanması gerektiği ifade edilmektedir⁴⁹. Böyle olmakla birlikte, borçlu şirketin aktifleri onun sırada sona yerleştirme yapılmamış bütün borçlarını ödemeye yetiyorsa bu yöntemce cevaz verilebilir; ama, sırada sona yerleştirme yöntemi-

⁴⁶ **Bastons Bulletti**, s. 111.

⁴⁷ **Bahar**, s. 488.

⁴⁸ **Peter/Cavadini**, s. 1147; **Bahar**, s. 488-489; **Chenaux/Pfister**, s. 162.

⁴⁹ **Bastons Bulletti**, s. 111.

mine başvururken taraflar, açıkça, böyle bir imkanı tamamen kaldırmış veya sınırlamış da olabilirler⁵⁰.

Sözleşme hukukunun ilkelerine uygun olarak, sırada sona yerleştirme meblağının belirlenebilir olması gerekmektedir. Bu açıdan bakıldığında, A'nın B anonim şirketinden olan alacağının diğer alacaklıların tam olarak tatmin edilmesi için gerekli olan tutarda sıra itibarıyla alta yerleştirildiğine ilişkin bir formül, hem zaman yönünden erteleme içerdiğinden ve hem de borca batıklığı devamlı şekilde kapsadığından, rakamla ifade edilmiş bir meblağ içermemekle birlikte yeterli olarak kabul edilebilir⁵¹.

Borca batıklık miktarı borçlu şirketin faaliyeti sırasında zaman içinde değişebileceğinden ve özellikle artabileceğinden, alacağını sıra itibarıyla sona yerleştiren alacaklının ileride borçlu şirkete karşı doğacak başka alacaklarının da, bu alacaklar doğdukça sırada sona yerleştirme sözleşmesine konu olacağını kararlaştırılması mümkün olmalıdır⁵².

5. Süre

Bir kere akdedildikten sonra, borca batıklık devam ettiği sürece, (dar anlamda) sırada sona yerleştirilme geri alınmaz ve zaman itibarıyla sınırlanamaz. Yukarıda da belirtildiği gibi, genellikle sırada sona yerleştirme sözleşmesinin, tam üçüncü kişi yararına sözleşme olduğu (TBK m. 129) kabul edilmektedir⁵³. Böyle olunca, sözleşme, borçlu şirketin diğer alacaklılarına, tasfiyede, sıra itibarıyla alacağını sona çekmeyi kabul eden alacaklının bu edimini ifa etmesini talep etme hakkını verir. Sözleşmenin taraflarının sırada sona yerleştirme sözleşmesini karşılıklı mutabakat ile sona erdirmeleri, diğer alacaklılara karşı hiçbir hüküm ifade etmez (aynı sonuca İsvBK m. 725, f. 2/ TTK m. 376, f. 2'nin anlam ve amacından hareketle de varılabilir⁵⁴).

Sırada sona yerleştirme sözleşmesinin taraflarının sırada sona yerleştirmenin gerekli kıldığı erteleme etkisine bir zaman sınırı koymayı kararlaştır-

⁵⁰ **Chenaux/Pfister**, s. 163.

⁵¹ **Bastons Bulletti**, s. 111-112; **Chenaux/Pfister**, s. 161.

⁵² Bu anlamda: **Bastons Bulletti**, s. 112.

⁵³ Bkz. yukarıda dipnot 25 civarı.

⁵⁴ **Bastons Bulletti**, s. 112.

malarının, yani (geniş anlamda) sırada sona yerleştirmeyi zaman itibarıyla sınırlamalarının mümkün olup olmadığı sorusu ise tartışmalara yol açmıştır⁵⁵. Bazı yazarlar, dar anlamda ve geniş anlamda sırada sona yerleştirme arasında bir ayırım yapmadan, sırada sona yerleştirmenin etkisinin borçlu şirketin borca batıklığı devam ettiği sürece devam ettiğini ve zaman itibarıyla sınırlanmasının kesinlikle mümkün olmadığını; bunun aksine davranışın sadece zaman sınırlamasının değil, sırada sona yerleştirmenin de bir bütün olarak geçersiz sayılmasına yol açacağını ileri sürmektedirler. Diğer bazı yazarlara göre ise, dar anlamda sırada sona yerleştirmenin muhtemel bir zaman sınırlamasından etkilenmesi, diğer bir deyişle dar anlamda sırada sona yerleştirmeye bir zaman sınırı konulması mümkün değilse de, geniş anlamda sırada sona yerleştirmenin içerdiği erteleme etkisini sınırlamak amacıyla borca batıklığın ortadan kaldırılmasına imkan verecek kadar uzun olan bir azami süre kararlaştırılabilir. Bu yazarlara göre, sırada sona yerleştirmenin içerdiği erteleme etkisinin zaman itibarıyla sınırlanabilmesine engel olmak, dar anlamda sırada sona yerleştirilme zaman itibarıyla sınırlanamayacağına göre, alacaklıların korunması için gerekli değildir. Ayrıca, sırada sona yerleştirmenin erteleme etkisinin zaman itibarıyla sınırlanabilmesine izin verilirse, sıra itibarıyla sona yerleştirilmeyi kabul eden alacaklı, alacağını süresiz olarak dondurmuş olmaz ve borçlu şirket de durumunu makul bir süre içinde ayağa kaldırmaya mecbur kalır. Süre dolduğunda borçlu şirket hâlâ borca batıkta, o zaman, sırada sona çekilen alacaklıyı veya diğer bir alacaklıyı yeni bir sırada sona yerleştirilme sözleşmesi yapmaya ikna edemezse, mahkemeye bildirimde bulunarak iflasını istemelidir; ama, bu takdirde, iflasın tasfiyesinde, sırada sona yerleştirilme sözleşmesini yapan alacaklı, sıra itibarıyla diğer alacaklıların arkasında yer alacaktır (dar anlamda sırada sona yerleştirilme).

6. Alacağı Sırada Sona Yerleştirilen Alacaklının Finansal Durumu

Sırada sona yerleştirme sözleşmesinin TTK tarafından borca batıklığa bağlanan sonuçları etkisiz kılabilmesi için, alacağını sırada sona yerleştiren alacaklının finansal olarak bu sözleşmeyi kaldırabilecek güçte olması

⁵⁵ Etraflı bilgi için bkz. **Bastons Bulletti**, s. 112-113; **Chaudet/Cherpillod/Landrove**, s. 140, no. 674; **Chenaux/Pfister**, s. 164.

gerekir. Diğer bir deyişle, bu alacaklı, borçlu şirketin tasfiyesinde alacağının tamamını, bizzat kendisi iflas etmeden gözden çıkarabilecek finansal yeterlikte olmalıdır. Aksi takdirde, bizzat onun alacaklıları İİK m. 278 veya m. 280 uyarınca iptal davası açarak sırada sona yerleştirilen alacağın ödenmesini sağlayabilirler⁵⁶ ve bu şekilde ileride iptal edilebilecek olan bir sırada sona yerleştirmenin kendisinden beklenen yararı sağlayarak borçlu şirketin borca batıklığını izale etmesi mümkün addedilemez⁵⁷. Ayrıca, özellikle alacağı sırada sona yerleştirilen alacaklı bir sermaye şirketi ise, onun, sırada sona yerleştirilme yöntemini yanlış ve usulsüz olarak uygulamak suretiyle borçlu şirketin iflasının açılmasının ötelenmesine neden olan ve böylece sermaye riskine uygun ve ihtiyatlı davranmayan yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğu da gündeme gelebilir⁵⁸.

7. Sırada Sona Yerleştirmenin Hukuki Sonuçları

Daha önce de belirtildiği gibi, sırada sona yerleştirilen alacak varlığını muhafaza ettiğine ve borçlu şirketin borca batıklığı “örtülmele” birlikte devam ettiğine göre, alacağın sırada sona yerleştirilmesi bir iyileştirme tedbiri değildir. Ama, yöntemin, içerdiği erteleme etkisi nedeniyle, yöneticilere iyileştirme tedbirleri almak için zaman kazandırdığı ve dolayısıyla iyileştirilmeyi kolaylaştırdığı da açıktır. Borca batıklık çok geçici bir durum olarak ortaya çıkıyor ve borçlu şirketin faaliyetine devam etmesiyle kendi kendine ortadan kalkacak bir nitelik arz ediyorsa, iyileştirme tedbirlerine gerek bulunmamaktadır ve bu gibi durumlarda sırada sona yerleştirilme, borçlu şirkete, faaliyetine devam etmek suretiyle borca batıklığı bertaraf etmek için gerekli basit bir “köprü” sağlamaktan ibaret bir yöntem olarak telakki edilecektir⁵⁹.

Sırada sona yerleştirme, borca batık bir şirketin faaliyetine devam edemeyerek tasfiye edilmesi gerektiği ilkesine önemli bir istisnadır. Ama bu istisna, iyileştirmeyi kolaylaştırabileceğinden, haklı bir temele dayanmaktadır. Şu halde, iyileştirme mümkün değilse, borçlu şirketin iflası talep

⁵⁶ Bastons Bolletti, s. 113; Peter/Cavadini, s. 1147; Chenaux/Pfister, s. 163.

⁵⁷ Vouilloz, s. 316; Chaudet/Cherpillod/Landrove, s. 140, no. 674.

⁵⁸ Chenaux/Pfister, s. 163.

⁵⁹ Bastons Bulletti, s. 114-115, dipnot 58.

etmesi lazımdır. Diğer bir deyişle, iyileştirme hiçbir şekilde mümkün görülüyorsa, meblağ itibarıyla borca batıklığı izale etmek için yeterli olan bir sırada sona yerleştirme dahi borçlu şirketin yöneticilerini hakim nezdinde iflas talebinde bulunmaktan muaf kılamaz; aksi takdirde alacaklılar, borca batık şirketi tamamen suni olarak ayakta tutmak için sırada sona yerleştirme yöntemine başvuran ve zamanında iflas talep etmeyen yöneticiler aleyhine maruz kaldıkları zararın tazmini için dava açabilirler⁶⁰.

Bu sorunla ilgili olarak belirtmek gerekir ki, borçlu şirketin iyileştirilmesi mümkün olmamakla birlikte yine de sırada sona yerleştirme sözleşmesi yapılmışsa, bu sözleşme geçersiz değildir. Yalnız, bazı yazarlara göre, sırada sona yerleştirme sözleşmesi yaşaması artık mümkün olmayan bir şirketi suni olarak ayakta tutmaktan başka bir amaç gütmüyorsa, alacaklı sözleşmeyi akdetmeye razı olsa bile, hakkın suistimalinden ve dolayısıyla sözleşmenin hükümsüzlüğünden söz edilmelidir⁶¹. Görüleceği üzere, bu yazarlar iyileştirilmeyi sırada sona yerleştirmenin geçerlilik şartı olarak mütalaa etmektedirler. Diğer bir deyişle, bu yazarlara göre, alacaklının sırada sona yerleştirilme yükümlülüğünün karşısında borçlu şirketin iyileşme taahhüdü bulunmaktadır. Alacağını sıra itibarıyla sona yerleştirmeyi kabul eden alacaklının, borçlu şirketin iyileşme yükümlülüğünü yerine getirmesini isteme hakkına sahip olduğunu kabul etmeyen yazarlar da vardır. Bu yazarlara göre, borçlu şirketin iyileştirilmesi, genellikle, sırada sona yerleştirmenin arka plandaki gerekçesi ise de, buna ilişkin sözleşmenin bir unsuru değildir; borçlu şirket iyileştirmeyi sağlayamadığı takdirde, sırada sona yerleştirilmeyi kabul eden alacaklı, olsa olsa, bu nedenle uğradığı zararın tazmini için borçlu şirketin yöneticilerine karşı sorumluluk davası açabilir⁶².

Sırada sona yerleştirme sözleşmesinin içerdiği erteleme unsuru hükümlerini sırada sözleşmenin akdedilmesinden itibaren göstermeye başlar. Eğer sırada sona yerleştirme, ihtiyaten, borca batıklığın başlamasından önce tesis edilmişse, hükümlerini gerçekleştirmesi borca batıklığın meydana gelmesi şartına bağlıdır⁶³.

⁶⁰ **Chenau/Pfister**, s. 160.

⁶¹ **Bastons Bulletti**, s. 115.

⁶² **Bastons Bulletti**, s. 115.

⁶³ **Chenau/Pfister**, s. 161.

Borca batıklık devam ettiği sürece, her iki taraf da alacağı, ödeme, takas, yenileme gibi işlemlerle sona erdiremez⁶⁴. Taraflar, sırada sona yerleştirilen alacağı borçlu şirketin aktifleriyle teminatlandıramazlar ve alacak daha önce teminat altına alınmışsa, sözleşmede açıkça belirtilmemiş olsa dahi alacaklının bu teminattan vazgeçtiği kabul edilir⁶⁵. Ayrıca, sırada sona yerleştirilen alacak rehnedilemez veya başka şekilde takyit edilemez. Buna mukabil, alacağın temliki (devri) mümkündür, ama borçlu şirket, alacağı devralana karşı, alacağı sırada sona yerleştirilen alacaklıya karşı sahip olduğu erteleme savunmasını ileri sürebilir (TBK m. 188, f. 1); aksi takdirde sırada sona yerleştirme yöntemi kolaylıkla dolanılmış olur⁶⁶. Eğer sırada sona yerleştirilen alacak erteleme süresi içinde ödenirse, borçlu şirketin diğer alacaklıları iptal davası açarak ödemenin geri alınmasını sağlayabilirler⁶⁷.

Borca batıklık, sırada sona yerleştirmeye konu olan meblağı aşar veya iyileştirme mümkün olmaktan çıkarsa, yönetim kurulunun borçlu şirketin iflasına karar verilmesi için mahkemeye müracaat etme zorunluluğu tekrar doğar⁶⁸.

Sırada sona yerleştirmenin erteleme etkisi, şirketin tasfiyesi⁶⁹ sonuçlanınca veya -hukuken mümkün olduğu kabul edilirse⁷⁰- sözleşmeyle kararlaştırılan sürenin sonunda ya da sırada sona yerleştirmenin teminat altına aldığı borca batıklığın ortadan kalkmasıyla sona erer⁷¹. Bu son ihtimalde, dar anlamda sıraya yerleştirme de, hükümlerini hiç doğurmadan son bulacak ve sırada sona yerleştirilen alacaklı alacağının tamamını talep edebilir hale gelecektir. Yalnız borca batıklığın ne zaman sona ermiş sayılacağı hususu çok tartışmalıdır⁷². Bu açıdan bakıldığında, genellikle, sırada sona yerleş-

⁶⁴ **Jaques**, s. 900; **Bastons Bulletti**, s. 115; **Chenau/Pfister**, s. 162.

⁶⁵ **Bastons Bulletti**, s. 115. **Chenau/Pfister**'e (s. 163) göre, mevcut teminat sadece askıya alınır.

⁶⁶ **Chenau/Pfister**, s. 163.

⁶⁷ **Jaques**, s. 904-905; **Bastons Bulletti**, s. 116.

⁶⁸ **Bastons Bulletti**, s. 115; **Chenau/Pfister**, s. 160.

⁶⁹ Tasfiyenin tatili sırada sona yerleştirmenin son bulmasına neden olmaz; **Jaques**, s. 903.

⁷⁰ Bkz. yukarıda dipnot 55 civarı.

⁷¹ **Bastons Bulletti**, s. 116.

⁷² Konu hakkında etraflı bilgi için bkz. **Bastons Bulletti**, s. 116.

tirilen alacak tutarı kadar yeni özkaynakların (veya sermaye benzeri fonların) borçlu şirkete girmiş olmasının veya (İsvBK m. 725, f. 1/TTK m. 376, f. 1 anlamında) özkaynak yetersizliğinin ortadan kalkmasının gerekli olduğu kabul edilmektedir⁷³. Bu görüşte olan yazarlar, aksi takdirde, borca batıklık ve dolayısıyla iflas tehlikesi bertaraf edilmiş (uzaklaştırılmış) olmakla birlikte, iyileştirmenin daha tamamlanmamış olduğuna ve sırada sona yerleştirilen alacağın derhal ödenmesiyle tehlikeye girebileceğine işaret etmektedirler. Sadece borca batıklığın bertaraf edilmiş olmasının yeterli olduğunu kabul edersek, bir de, bu borca batıklığın tamamen ve sürekli olarak ortadan kalkmış olması gerekir ki, bu da, sırada sona yerleştirilen alacağın da hesaba katılması unutulmadan, işletmenin devamlılığı esasına göre hazırlanan bilanço veya bu bilanço ile birlikte muhtemel satış fiyatları üzerinden düzenlenen bilanço ya da en elverişsiz olan bilanço dikkate alınarak değerlendirilmelidir⁷⁴. İsviçre’de denetim organının bir raporla borca batıklığın son bulunduğunu tasdik etmesinin ve hatta sırada sona yerleştirmenin bittiğini beyan etmesinin gerekli olduğu da ifade edilmektedir. Böylece sırada sona yerleştirme, sıra itibarıyla geriye çekilmeye ilişkin hükümlerini hiç doğurmadan, daha erteleme safhasında son bulacaktır.

8. Sırada Sona Yerleştirmenin Zamanı ve Denetlenmesi

TTK m. 376, f. 3’ün yanıltıcı ifadesine rağmen, sırada sona yerleştirme sözleşmesi borca batıklık nedeniyle asliye ticaret mahkemesi nezdinde iflas talebinde bulunulduktan sonra yapılabileceği gibi, borca batıklık nedeniyle iflas talebinde bulunulmadan önce de yapılabilir⁷⁵.

Yalnız, alacakları toplamı borca batıklığı karşılamaya yetecek olan alacaklıların sırada sona yerleştirilme sözleşmelerini borca batıklık nedeniyle iflas talebinde bulunmadan önce akdetmiş olmaları, borçlu şirketin asliye ticaret mahkemesi nezdinde borca batıklık bildiriminde bulunmaktan muaf olması için yeterli değildir; buna ilave olarak, ayrıca, bu sözleşmelerin mahkemeye sunulması bunların mahkeme tarafından atanan bilirkişilerce

⁷³ Bastons Bulletti, s. 116.

⁷⁴ Bastons Bulletti, s. 116; Bahar, s. 487-488.

⁷⁵ Etraflı bilgi için bkz. Kayar, s. 654-655; Aydın, s. 112-113.

yerindelik, gerçeklik ve geçerlilik yönünden incelenip değerlendirilmesi ve doğrulanması da gerekir. Şu halde sırada sona yerleştirme yöntemi mahkemeye başvurmayı engelleyen bir usul olmayıp sadece iflası engellemeye yöneliktir⁷⁶; oysa İsviçre’de bu yöntem borçlu şirketin yönetim kurulunu borca batıklığı mahkemeye bildirmekten muaf kıldığı gibi, sırada sona yerleştirme sözleşmesinin mahkemece değerlendirilmesini de gerektirmemektedir⁷⁷. TTK m. 376, f. 3 dikkatlice incelendiğinde, borçlu şirketin borca batıklık bildirimini yapıp sıradan vazgeçme sözleşmelerinin değerlendirilmesini mahkemedен isterken ayrıca iflasını da talep etmeyeceği sonucuna varılmaktadır⁷⁸. Borçlu şirketin borca batıklık bildirimini ve sırada sona yerleştirme sözleşmelerinin değerlendirilmesi talebi, iflas davasının açılacağı mahkemeye yapılacaktır ve bu bildirim ve talep karşısında asliye ticaret mahkemesi önce borca batıklığın mevcut olup olmadığını inceleyecektir. Çünkü, talep sahibi şirket borca batık durumda değilse, sırada sona yerleştirme sözleşmelerinin incelenip değerlendirilmesine de gerek kalmayacaktır⁷⁹. Borçlu şirket gerçekten borca batık ise, bu takdirde sırada sona yerleştirme sözleşmesi “yerindelik, gerçeklik ve geçerlilik” yönünden mahkemece bilirkişi incelemesine tabi tutulacaktır. Borçlu şirketin mali durumunun alenileşmesi sonucunu doğuran ve bu nedenle bazı yazarlarca sakıncalı görülen⁸⁰ böyle bir inceleme, daha önce de belirtildiği üzere, kaynak Kanunda öngörülmemiştir. Bu tutumuyla Türk kanun koyucusu, borçlu şirket ile alacaklılar arasında muvazaalı, gerçekte var olmayan alacakları konu alan sıradan vazgeçme sözleşmelerinin akdedilmesinin her an için mümkün olduğu yolunda bir düşünceye sahip olduğunu göstermektedir. Asliye ticaret mahkemesi sözleşmelerin bu yönlerden incelenip değerlendirilmesini bilirkişilere yaptıracaktır. Bilirkişiler, sırada sona yerleştirme sözleş-

⁷⁶ **Kayar**, s. 655. Gerekçenin bu konudaki yanıltıcı ifadesi için bkz. yukarıda dipnot 2 civarı.

⁷⁷ **Chenau/Pfister**, s. 157.

⁷⁸ **Kayar**, s. 654; **Aydın**, s. 112. Oğuz **Atalay** (s. 44-45) aksi görüşte ise de, yazar, çalışmasını, 6102 sayılı TTK’nın yürürlüğe girmesinden önceki mevzuata (eTTK m. 324’e) göre hazırlamıştır ve dolayısıyla aksi sonuca varması normaldir.

⁷⁹ **Kayar**, s. 654.

⁸⁰ **Aydın**, s. 113.

leşmesine konu olan alacağı bütün yönleriyle, özellikle hangi hukuki ilişki çerçevesinde doğduğu, ne zaman oluştuğu, borçlu şirketin hesaplarına intikal ettirilmiş olup olmadığı, müstenidatının ne olduğu vb. yönlerden inceler ve ayrıca borçlu şirketin borca batıklığının ne kadar olduğu, sırada sona yerleştirme sözleşmesine konu olan alacağın borca batıklığı bertaraf edecek tutarda olup olmadığı, sırada sona yerleştirme sözleşmesinin şekil ve esas yönünden geçerli olup olmadığı gibi hususları da denetler⁸¹. Bilirkişilerin yaptığı bütün bu inceleme ve değerlendirmeler neticesinde asliye ticaret mahkemesi, şirketin borca batık olduğu ve fakat borca batıklığı bertaraf edecek tutarda sırada sona yerleştirme sözleşmesinin yapıldığı ve böylece diğer alacaklıların alacaklarını karşılayacak miktarda aktifin mevcut olduğu sonucuna varırsa, borca batıklığın tespitine, akdedilmiş sırada sona yerleştirme sözleşmeleri nedeniyle iflas kararı verilmesine yer olmadığına karar verir ve işten elini çeker⁸². Asliye ticaret mahkemesince yaptırılan bilirkişi incelemesinde, akdedilmiş olan sırada sona geçme sözleşmelerinin yerinde olmadığı, gerçek olmadığı veya geçerli olmadığı sonucuna varılırsa, mahkeme, borca batık şirketin iflasına karar verecektir. Böyle bir durumda, borçlu şirketin sırada sona yerleştirme sözleşmelerinin yerindeliği, gerçekliği ve geçerliliği yönünden bilirkişi incelemesi yapılmasına yönelik talebi, iflas bildirimini olarak kabul edilecek (TTK m. 376, f. 3, son cümle) ve borçlu şirketin borca batıklık nedeniyle iflasına karar verilecektir. Aynı sonuç, sırada sona yerleştirilme sözleşmelerinin konusunu oluşturan alacakların toplam tutarının “*şirketin açığını karşılayacak ve borca batık durumunu ortadan kaldıracak tutarda*” (TTK m. 376, f. 3, cümle 3) olmaması hali için de geçerlidir; bu ihtimalde de sıradan vazgeçme sözleşmelerinin asliye ticaret mahkemesince atanacak bilirkişiler tarafından incelenmesine yönelik bildirim, iflas bildirimini olarak kabul edilip borçlu şirketin borca batıklık nedeniyle iflasına karar verilecektir⁸³. Borçlu şirket borca batıklığının tespitini ve fakat sırada sona yerleştirme sözleşmelerinin varlığı nedeniyle borca batıklık izale edilmiş olduğundan iflasına karar verilmesinin gerek-

⁸¹ Karş. **Kayar**, s. 654.

⁸² **Kayar**, s. 654.

⁸³ Bu yönde: **Aydın**, s. 111 ve 112.

mediğini ileri sürerken, sırada sona yerleştirme sözleşmelerinin yerindeliği, gerçekliği veya geçerliliğine ilişkin yargılama sırasında bir aksaklık ortaya çıkabileceği düşüncesiyle, borca batıklık nedeniyle iflasına karar verilmesi gerektiğinin anlaşılması halinde geçerli olmak üzere iflasının ertelenmesi talebinde de bulunmuş olabilir. Öğretide bu takdirde, borca batıklık tespit edilerek, şartları varsa iflasın ertelenmesine karar verileceği belirtilmekte ise de⁸⁴, özellikle, mahkemeye ibraz ettiği sırada sona yerleştirme sözleşmesi gerçeğe aykırı olan borca batık şirketin iflas erteleme talebinin, iflas ertelemeyle layık olma unsuru gerçekleşmediğinden, kabul edilmemesi gerekir.

Tabiatıyla, sırada sona yerleştirme sözleşmeleri, borçlu şirketin asliye ticaret mahkemesinde borca batıklık bildiriminde bulunup iflas veya iflas ertelemeye karar verilmesini istemesinden sonra da yapılabilir. Bu açıdan bakıldığında, önemli olan asliye ticaret mahkemesinin henüz iflas kararı vermemiş olmasıdır, çünkü iflas kararı verildikten sonra artık sırada sona yerleştirme sözleşmesinin iflası önleyici bir rolü olamaz⁸⁵. Buna mukabil, iflas erteleme kararı verilmişse, bu karar kaldırılıp iflasın ertelenmesinin ve iflasın reddine karar verilmelidir; zira borca batıklık izale edildiğine göre artık borçlu şirketin iflasına karar verilemez ve dolayısıyla iflasın ertelenmesine de karar verilememesi gerekir⁸⁶. Ama iflas veya iflasın ertelenmesi kararı verilmeden önce asliye ticaret mahkemesine borçlu şirketin içinde bulunduğu borca batıklık durumunu izale eden bir veya birkaç sırada sona yerleştirme sözleşmesi sunulmuş ve bu sözleşmelerin yerinde, gerçek ve geçerli olduğu bilirkişilerce belirlenmişse, bu takdirde asliye ticaret mahkemesi sadece borca batıklığı tespit etmekle yetinir ve iflas ya da iflas erteleme kararı verilmesine yer olmadığına karar verir.

Yukarıda da belirtildiği gibi, eğer borca batıklık, sırada sona yerleştirme sözleşmeleriyle kararlaştırılan meblağı aşarsa veya borçlu şirketin iyileşme ümidi kalmamışsa, yönetim kurulu şirketin durumunu hakime bildirerek TTK m. 376, f. 3 ve İİK m. 179 uyarınca şirketin iflasına karar verilmesini istemelidir.

⁸⁴ **Kayar**, s. 654.

⁸⁵ **Kayar**, s. 655.

⁸⁶ **Kayar**, s. 655.

9. Sırada Sona Yerleştirilen Alacağın İflasın Tasfiyesi Sürecindeki Durumu

Sırada sona yerleştirilme usulü, hükümlerini, iflas kararından sonraki tasfiye aşamasında, daha doğrusu bu aşamanın sonunda, sırada sona yerleştirme yapılmamış olması halinde, bu yerleştirmeye konu olmamış diğer alacaklıların zarara uğrayacakları (alacaklarını tam olarak tahsil edemeyecekleri) pay cetvelinden anlaşıldığı zaman gösterecektir. Bu aşamadan önce, yani iflasın tasfiyesi sürecinde, alacağı sıra itibarıyla sona yerleştirilen alacaklı tasfiyeye diğer imtiyazsız alacaklılar gibi iştirak edecek, alacaklılar toplantılarına katılabilecek, özellikle sıra cetveline itiraz davası açabilecek, İİK m. 245 uyarınca münazaalı hakkı takip yetkisinin kendisine devredilmesini talep edebilecektir. Alacağı sıra itibarıyla sona yerleştirilen alacaklı alacağından vazgeçmediği için borç ödemediği için belgesi alabilecek ve iflasın kapanmasından sonra yeni mallar bulunmuşsa bunların paraya çevrilmesinden elde edilen bedelden borçlu şirketin ortaklarından önce ödenecektir⁸⁷.

Sıra itibarıyla sona yerleştirilen alacağa sıra cetvelinde yer verilir; ancak bu alacak artık İİK m. 206 çerçevesinde dördüncü sıradaki imtiyazsız adi alacaklardan sonra ödenir. Bu alacak için İİK m. 206’da öngörülmemiş olan yeni bir sıra (Türk hukukunda yeni bir 5.sıra, İsviçre hukukunda yeni bir 4. sıra) ihdas etmenin gerekli olup olmadığı Türkiye’de olmasa bile İsviçre’de, İİK m. 206’nın İsviçre’deki karşılığı olan İsvİİK m. 219 çerçevesinde tartışılmış ve bu alacağın tasfiyede son sıradaki (imtiyazsız) “*bütün diğer alacaklar*”dan sonra geldiği isabetle belirtilmiş ise de, sırada sona yerleştirilen alacaklar için yeni bir sıra ihdası konusunda üzerinde herkesin mutabık kaldığı bir sonuca varılamamıştır⁸⁸.

⁸⁷ **Jaques**, s. 902; **Bastons Bulletti**, s. 117; **Chenaux/Pfister**, s. 160-61.

⁸⁸ **Chenaux/Pfister**, s. 156. **Jaques** (s. 902 ve dipnot 27) ise, sırada sona yerleştirme genel nitelikte ise, yani borçlu şirketin sırada sona yerleştirilen borç dışındaki bütün diğer borçlarının alacaklıları lehine ise, sırada sona yerleştirilen alacağın sıra cetvelinde artık yeni bir (İsviçre’de 4., Türkiye’de 5.) sıraya yerleştirilmesi gerektiğini kabul etmekte, ancak tarih itibarıyla birbirinden farklı genel nitelikte sırada sona yerleştirmeler yapılmışsa, eşit şartlarda muamele kaydı mevcut olmadığı takdirde ilave sıraların da sözkonusu olabileceğini kabul etmektedir.

Alacaklı, borçlu şirketle sırada sona yerleştirilme sözleşmesi akdedilmediğini ve bu nedenle sıra cetvelinde bütün diğer alacaklılardan sonraki sıraya yerleştirilmemesi gerektiğini iddia ediyorsa, sıra cetveline karşı şikayet yoluna gitmelidir (İİK m. 235, f. 4)⁸⁹.

TTK m. 376'da ve İsvBK m. 725'de açıkça öngörülmemiş olsa da, yukarıda belirtilen kuralların iflasın tasfiyesi dışında bütün tasfiye hallerinde, özellikle bir sıra cetvelinin düzenlendiği (İİK m. 309/d) malvarlığının terki suretiyle konkordatoda⁹⁰ ve şirket borçları şirket varlığından fazla olduğu takdirde durumun derhal, iflas kararı verilmesi için, tasfiye memuru tarafından şirketin merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesine bildirilmesi gereken bütün anonim şirket tasfiyelerinde uygulanabileceği kabul edilmektedir⁹¹.

Görüleceği gibi, borca batıklığa rağmen anonim şirkete faaliyetine devam edebilme imkanını sağlayan “*sırada sona yerleştirme*” veya “*sıradan vazgeçme*” kavramı henüz çözümlenmemiş birçok hukuki sorun içermektedir ve hiç kuşkusuz hem ticaret hukuku hem de cebri icra hukuku bakımından özel bir bilimsel çalışma yapılmasını gerektirecek kapsam, önem ve niteliktedir.

⁸⁹ İsviçre'de ise sıra cetveline itiraz davası yoluna gidilecektir (İsvİİK m. 250, f. 1); **Jaques**, s. 902.

⁹⁰ Sırada sona yerleştirmenin malvarlığının terki suretiyle konkordato ve (genellikle herhangi bir sonuç doğurmadığı kabul edilen) adi konkordatodaki etkileri hakkında etraflı bilgi için bkz. **Jaques**, s. 903 vd.

⁹¹ **Jaques**, s. 903 vd.; **Bastons Bulletti**, s. 117; **Chenau/Pfister**, s. 160.

INSOLVENZVERMEIDUNG UND INSOLVENZVERFAHREN

*Prof. Dr. Christoph G. PAULUS**

Darauf vertrauend, dass der große Verfahrensrechtler Hakan Pekcanitez an den nachfolgenden Gedanken über gegenwärtige Bemühungen im Kampf gegen insolvenzbedingte volkswirtschaftliche Einbußen Interesse findet, widme ich ihm diese Zeilen in lang währender, freundschaftlicher Verbundenheit. Das Thema habe ich ausgewählt, weil es den Kern einer Entwicklung der letzten gut 15 Jahren ausmacht, die von ganz erheblicher Tragweite einmal für die dogmatische Einordnung des Insolvenzrechts ist, zum anderen aber auch für die Wirtschaft eines ganzen Landes bzw. eines Staatenverbundes wie die Europäische Union (EU). Um diesen Kern präsentieren zu können, werde ich zunächst einmal anhand der Beispiele der Schweiz und der EU vorstellen, wie weit der allgemeine Trend bereits vorangeschritten ist, die Insolvenzvermeidung mit dem Instrumentarium des gleichsam klassischen Insolvenzrechts zu verbinden¹. Im Anschluss daran soll anhand von einigen früheren Entwicklungsschritten auf diesem Weg gezeigt werden, welche gewaltigen Implikationen mit dieser Ausdehnung des Anwendungsbereichs des Insolvenzrechts verbunden sind.

A. Jüngste Entwicklungen

Eine globale Bestandsaufnahme der jüngsten Entwicklungen in dem hier behandelten Themenbereich würde den Rahmen meines Beitrags bei weitem sprengen². Wie in kaum einem anderen Rechtsgebiet finden im

* Lehrstuhlinhaber für Bürgerliches Recht, Zivilprozess- und Insolvenzrecht sowie Römisches Recht an der Juristischen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin

¹ Für die Schweiz s. insbesondere *Bauer*, Sanierungsrecht im Umbruch, Der Schweizer Treuhänder 1-2, 2014, 53 ff.

² Andeutungsweise etwa *Paulus*, Internationales Restrukturierungsrecht, RIW 2013, 577 ff.

Bereich des Insolvenzrechts seit nunmehr knapp zwei Jahrzehnten permanente Änderungen statt, was insbesondere mit den weiter unten (sub B) noch anzusprechenden Bemühungen supranationaler Institutionen wie des Internationalen Währungsfonds, der Weltbank, von UNCITRAL und des Financial Stability Boards zu tun hat. Eingedenk dieser äußeren Umstände geht es im Folgenden eingeschränkter nur um die Perspektive des innereuropäischen Rechtsraums.

I. Schweiz

Die Schweizer Rechtsordnung ist nicht dafür berühmt, sich schnell neuen Entwicklungen und Trends anzuschließen. Eher im Gegenteil³ wird man sagen dürfen, dass es zunächst einmal ganz massiver Anstoßenergie bedarf, um die Gedanken in Richtung Änderungsbedarf zu lenken, und dass dann, wenn in der Schweiz daraufhin tatsächlich eine Rechtsänderung einmal vorgenommen wird, dies ein untrügliches Zeichen dafür ist, dass sich der hinter einer solchen Änderung stehende Trend als äußerst stabil und konstant herausgestellt hat. So gesehen, stellen die mit dem Inkrafttreten des geänderten Gesetzes über Schuldbeitreibung und Konkurs am 1. Januar 2014 verbundene Erleichterung der Sanierungen von Unternehmen einen Ausweis der Bedeutsamkeit der hier thematisierten Entwicklung dar – und als das Resultat des sogar verfilmten schweizerischen Kollektivschocks aus dem Jahre 2001, als Swissair insolvent wurde. Es bedurfte dieses Ereignisses, um die Sinnhaftigkeit einer sanierenden Alternative zur bis dahin allein in den Blick genommenen Liquidation vor Augen zu führen. Die 2008 einsetzende globale Finanzkrise im Gefolge der Lehman-Pleite hat dann das Ihrige dazu getan, um den eingeschlagenen Weg zu bestätigen.

Sich am Chapter 11-Verfahren der USA orientierend, dieses aber nur vorsichtig als Leitfaden – und nicht etwa als Kopiervorlage – nutzend⁴, ist von den Neuerungen zunächst einmal die provisorische Nachlassstundung

³ Als Beispiel dafür, wie das schweizer Modell gern dem Rest der Welt angepriesen wird, *Bull*, Recognition of Foreign Bankruptcies: Swiss Law as an Example to the World?, FS Baudenbacher, 2007, 727 ff.

⁴ S. etwa *Kostkiewicz/Rodriguez*, Internationales Insolvenzrecht, 2013, S. 54 f.; *Schellenberg / Maas*, Revision of Swiss Insolvency Law Entered Into Force 1 January 2014, *International Corporate Rescue* 2014, 152 ff.

hervorzuheben, Art. 293a SchKG. Sie beschert dem Schuldner eine Art von Moratorium und kann von ihm für einen maximalen Zeitraum von 8 Monaten (2 x 4 Monate) beantragt werden, ohne dass es dafür eines gesonderten Insolvenzgrundes bedürfte. Alles, was der Schuldner einem derartigen Antrag beifügen muss, sind ein vorläufiger Sanierungsplan, einen Liquiditätsplan, einer aktuellen Bilanz und eine Einkommensaufstellung. Sofern die Chance auf einen Restrukturierungserfolg nicht aussichtslos erscheint, vgl. Art. 293b SchKG, soll das Gericht die provisorische Nachlassstundung gewähren und dabei zugleich die für die Durchsetzung des Moratoriums individuell angepassten Maßnahmen anordnen. Zu diesen gehört, dass der Schuldner weiterhin verfügungs- und verwaltungsbefugt bleibt. Allerdings kann ihm ein vorläufiger Verwalter an die Seite gestellt werden, dessen wesentliche Aufgabe darin besteht, die Sanierungschancen zu evaluieren⁵.

Die Gewährung der provisorischen Nachlassstundung braucht nicht veröffentlicht zu werden, Art. 293c Abs. 2 SchKG. Das Moratorium bewahrt den Schuldner vor (der Fortsetzung von) Zwangsvollstreckungen und vor Prozessen, sie hemmt den Lauf von Verjährungsfristen und sie verhindert ein weiteres Anwachsen der Zinsbelastung, Art. 297 SchKG. All das ermöglicht es dem Schuldner, weitgehend ungehindert von äußeren Einflüssen die in dem Sanierungsplan enthaltenen Vorgaben umzusetzen. Das klingt natürlich theoretisch einleuchtender und einfacher, als es sich in der praktischen Umsetzung tatsächlich umsetzen lässt. Dementsprechend wird diese Phase auch dazu genutzt werden, um zu einer Einschätzung zu kommen, wie die Chancen etwa etwa für eine außergerichtliche Restrukturierung stehen⁶, für einen Nachlassvertrag mit Dividendenvergleich⁷, für einen Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung⁸, oder ob ein reguläres Konkursverfahren durchgeführt werden muss.

⁵ Einzelheiten dazu etwa bei *Glasner/Pastore*, New restructuring law in Switzerland, Eurofenix Spring 2014, S. 30.

⁶ Dazu etwa Art. 725a OR.

⁷ Dazu, dass diese Dividende auch aus einem debt-equity-swap bestehen kann, s. *Glasner/Pastore* (wie vorige Fn.), S. 31.

⁸ Zu gerade dessen uralten Wurzeln bis hin zur augusteischen *cessio bonorum* s. *Paulus*, Ein Kaleidoskop der Geschichte des Insolvenzrechts, JZ 2009, 1148 ff.; *Paulus/Renner*, Ein weiteres Plädoyer für unscheinbare Normen, JuS 2004, 1051 ff.

Sofern die Sanierung im Verlaufe der provisorischen Nachlassstundung gelingt⁹, hebt das Gericht das Moratorium von Amts wegen auf, Art. 296a SchKG. Ist das nicht der Fall, muss das Gericht am Ende des Moratoriums darüber entscheiden, ob es ein Konkursverfahren einleitet oder die provisorische in eine definitive, bis zu maximal 24 Monate dauernde Nachlassstundung überleitet, Art. 294 SchKG. Letzteres wird es dann tun, wenn nach wie vor Sanierungschancen bestehen, und sei es auch in Gestalt eines gerichtlichen Vergleichsvertrags. Im einem derartigen Verfahren der definitiven Nachlassstundung wird dem weiterhin eigenverwaltenden Schuldner in jedem Fall ein Verwalter als eine Art von Kontrolleur an die Seite gestellt. Für die Vornahme bestimmter Rechtsgeschäfte bedarf der Schuldner der Autorisation durch den Gläubigerausschuss, Art. 295a SchKG, bzw. das Gericht¹⁰. Daraus resultiert der für den Sanierungserfolg unschätzbare Vorteil, dass derartige Geschäfte in einem eventuell nachfolgend eröffneten Konkursverfahren nicht angefochten werden können.

In der vorläufigen oder definitiven Moratoriumsphase kann der Schuldner mit Zustimmung des Verwalters darüber hinaus auch bestimmte Langzeitverträgeaußerordentlich kündigen, sofern die Gegenseite für ihren Verlust Kompensation erhält, Art. 297a SchKG. Von dieser Kündigungsmöglichkeit sind Arbeitsverträge freilich ausgeschlossen. Doch hat sich der Gesetzgeber an anderer Stelle der insolvenzrechtlichen Problematik von Arbeitsverträgen zugewandt, nämlich im Obligationenrecht (OR)¹¹. Dort wurde ein neuer Art. 333b OR eingefügt, der für den Fall der Übertragung eines Betriebs oder Betriebsteils „während einer Nachlassstundung, im Rahmen eines Konkurses oder eines Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung“ anordnet, dass der Übergang von Arbeitsverträgen von den getroffenen Vereinbarungen abhängig ist.

⁹ Zu der eminent wichtigen Frage, wann eigentlich eine Sanierung als gelungen bezeichnet werden kann, s. *Bauer* (wie Fn. 1), 54 f.

¹⁰ Einzelheiten dazu etwa bei *Ledermann/Luginbühl*, *Corporate Recovery & Insolvency* 2014, 8. Aufl., S. 209 ff., 213.

¹¹ Dazu, dass der Bundesrat derzeit prüft, ob – bzw. wie – in das OR Bestimmungen eingefügt werden könnten oder sollten, die die außergerichtliche Sanierung erleichtern, s. *Bauer* (wie Fn. 1), S. 57 f.

Anders als etwa § 613a BGB ist der Übergang nicht etwa ein Automatismus, sondern Verhandlungssache.

Man erkennt bereits an dieser eher knappen Skizze der jüngsten schweizer Errungenschaften, dass das Bestreben nach einer Rettung schlingernder Unternehmen bereits im Vorfeld einer Insolvenz erheblich gestiegen ist. Anstatt allein auf (noch so entwickelte und verfeinerte) Liquidationsmechanismen zu setzen, hat auch die Schweiz den Wert insolvenzvermeidender Instrumentarien erkannt.

II. Europa

1.) Das letztgenannte Bestreben, nämlich die Insolvenzvermeidung gegenüber der Durchführung eines Insolvenzverfahrens zu stärken, ist in vielen Ländern der Europäischen Union schon seit längerem weit verbreitet. Insbesondere Frankreich hat sich bereits seit gut 20 Jahren der Suche nach immer weiteren und effektiveren Verfahrensarten verschrieben¹²; aber auch England hatte mit seinem *Company's Voluntary Arrangement* (CVA) schon seit langem, seit kurzem zusätzlich mit seinem *Scheme of Arrangement* ein beachtliches Arsenal von Insolvenzvermeidungswerkzeugen. Die tatsächlichen wie aber auch bisweilen recht marktschreierisch suggerierten Erfolge all dieser Möglichkeiten hat zwischenzeitlich auch andere Länder zu verleitet, an dieser Stelle einen Wettbewerb zu veranstalten, bei dem immer wieder neue Instrumentarien angeboten werden¹³. Zu diesen Ländern zählen neben Deutschland mit seinem Schutzschirmverfahren nach § 270b InsO¹⁴

¹² Zur jüngsten diesbezüglichen Änderung *Degenhardt*, Die Reform des französischen Insolvenzrechts vom 12.3.2014, NZI 2014, 433. Wie sehr diese französische Eigenart mit der Ineffizienz des eigentlichen Insolvenzrechts zusammenhängt, ist eine ebenso spannende und naheliegende wie aber auch schwer zu beantwortende Frage.

¹³ Dazu etwa *Eidenmüller*, Wettbewerb der Insolvenzrechte?, ZGR 2006, 467; *ders./Frobenius/Prusko*, Regulierungswettbewerb im Unternehmensinsolvenzrecht: Ergebnisse einer empirischen Untersuchung, NZI 2010, 545.

¹⁴ Zur Entwicklung s. etwa *Lissner*, Die Insolvenzrechtsreform – Eine Betrachtung der Entwicklung, DZWIR 2014, 59 ff. Dazu, dass mit diesem insolvenzeingebundenen Verfahren wohl noch lange nicht das letzte Wort gesprochen ist, s. jüngst etwa *Florstedt*, Neue Wege zur Sanierung ohne Insolvenz, ZIP 2014, 1513 ff., 1518.

etwa Spanien, Italien, Griechenland¹⁵ oder Polen¹⁶. Freilich darf man bei all dieser innereuropäischen Vielfalt nicht aus den Augen verlieren, dass der Vorreiter all dieser Entwicklungen das berühmte Chapter 11 des US-amerikanischen Bankruptcy (Reform) Code ist. Dessen Einfluss ist von nicht überschätzbarer Wirkung in Europa, aber auch weit darüber hinaus.

Doch von diesen einzelstaatlichen Entwicklungen soll im Folgenden gar nicht die Rede sein. Im Blickpunkt steht vielmehr das, was ich hier der Einfachheit halber unter dem Kürzel „Europa“ zusammenfasse. Hierbei ist von einer Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) in Luxembourg zu berichten sowie von einer Empfehlung, die die Kommission jüngst erst ausgesprochen hat.

2.) Was zunächst die Entscheidung anbelangt, so hatte der EuGH darüber zu befinden, ob die polnischen Gerichte eine in Frankreich eröffnete *procédure de sauvegarde*¹⁷ anzuerkennen hätten, wo es sich doch dabei um ein Verfahren zur Insolvenzvermeidung handele, das gerade nicht die Definitionsvoraussetzungen einer Insolvenz nach Maßgabe des Art. 1 Europäische Insolvenzverordnung (EuInsVO) erfülle¹⁸. Obwohl also dieses Verfahren gerade nicht die Insolvenz des Schuldners voraussetzt, kam der EuGH dennoch zu dem (aus dem Anhang I zur Verordnung hergeleiteten) Ergebnis, dass dieses *Sauvegarde*-Verfahren einem Insolvenzverfahren gleichzustellen sei.

Diese enorme Ausweitung des Terrains, auf dem sich bislang das traditionelle Insolvenzrecht bewegt hatte, schafft natürlich eine Fülle von neuen Fragestellungen, auf die weiter unten, sub B, zurückzukommen sein wird.

¹⁵ Vgl. dazu *Paulus* (Hg.), *Restrukturierung in Krisenzeiten – dargestellt am Beispiel Griechenlands*, 2014.

¹⁶ S. zu diesem Themenkomplex auch *Paulus*, *Internationales Restrukturierungsrecht*, RIW 2013, 577.

¹⁷ Dazu etwa */Dammann*, *Das französische Handels- und Wirtschaftsrecht*, 3. Aufl. 2008, VIII 36 ff.; *Bauerreis* in: *Kindler/Nachmann* (Hgg.), *Handbuch Insolvenzrecht in Europa, Frankreich Rz.* 63 ff.

¹⁸ EuGH, Urt. v. 22.11.2012 – Rs C-116/11 – *Handlowy* –, NZI 2013, 106.

3.) Unbeschadet dessen und unbeirrt davon hat die Europäische Kommission sich die Entscheidung des EuGH in der Sache „Handlowy“ zu eigen gemacht und hat in ihrem am 12. Dezember 2012 vorgelegten Vorschlag für eine Änderung der EuInsVO eben diese Ausweitung des herkömmlichen Insolvenzbegriffs aufgenommen. Es steht zum gegenwärtigen Zeitpunkt zu erwarten, dass die Insolvenzvermeidung zu weiten Teilen Regulationsgegenstand der ergänzten Insolvenzverordnung werden wird.

Doch dabei ist die Kommission nicht stehen geblieben: Mit einer Empfehlung vom 12.3.2014 hat sie den Mitgliedstaaten aufgetragen, ein Verfahren auch schon bereits im Vorfeld der Insolvenz einzuführen, das in vielerlei Hinsicht dem englischen *scheme of arrangement*¹⁹ ähnelt²⁰. Anlass zu diesem Schritt sind Lebenswege wie die von Henry Ford, dessen erster Anlauf zur Gründung eines Unternehmens nach 18 Monaten scheiterte und in eine Insolvenz mündete, bevor er dann im zweiten Anlauf die Entwicklung einleitete, die zu einem Weltunternehmen führte.

Dass derlei Geschichten, die ja keineswegs gerade neu entdeckt worden sind, sondern vielmehr schon seit langem bekannt sind, gegenwärtig solche Auswirkungen und einen derartigen Vorzeigewert haben, ist ein Beleg dafür, dass die volkswirtschaftlich zentrale Bedeutung des Insolvenzrechts endlich auch in der Politik erkannt worden ist; auch darauf wird unten, sub B, zurückzukommen sein. Jedenfalls hat Europa den Wert der „zweiten Chance“²¹ entdeckt, und dass das Insolvenzrecht in einem weit verstandenen

¹⁹ Aus der umfangreichen deutschen Literatur jüngst und zusammenfassend *Swierczok*, Das englische *Scheme of Arrangement* und seine Rezeption in Deutschland, 2013. S. außerdem *Thole*, ZGR 2013, 109 ff.; *Schillig* in: Kindler/Nachmann (Hg.), Handbuch Insolvenzrecht in Europa, GB Rz. 287 ff.; *Petrovic*, ZInsO 2010, 265; *Gebler*, NZI 2010, 665; *Mankowski*, WM 2011, 1201 ff.; *Eidenmüller/Frobenius*, WM 2011, 1210 ff.; *Bormann*, NZI 2011, 892 ff.; *Schürmann-Kleber*, International Insolvency Law Review (IILR) 2011, 447 ff.; *Westpfahl/Knapp*, ZIP 2011, 2033 ff.; *Maier*, NZI 2011, 305 ff.; *Lüke/Scherz*, ZIP 2012, 1101 ff.

²⁰ S. bereits *Paulus*, Das ESUG als deutsche Antwort auf das *Scheme of Arrangement* – und doch nicht das letzte Wort?, Betriebs-Berater, Die Erste Seite, Heft 18/2014.

²¹ Vgl. dazu etwa die Pressemitteilung der Kommission vom 12.12.2012, abrufbar unter: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-12-1354_de.htm; oder die Mitteilung vom

Sinn das Unternehmertum fördern kann. Die Empfehlung zielt denn auch darauf, genau diesen Zweck zu erreichen.

Die Erwägungsgründenennen als Ausgangspunkt nicht nur die Harmonisierungsvorteile auch und besonders für kleine und mittlere Unternehmen, die grenzüberschreitend agieren wollen; vielmehr gehe es bei Präventionsmaßnahmen auch um Arbeitsplatzerhaltung, um die Vorteile für die Wirtschaft insgesamt (einschließlich des Kreditwesens und der Selbstständigkeit) bis hin zu dem richtig verstandenen Interesse des Steuerfiskus²² an geretteten Unternehmen.

Um diese Vorteile realisieren zu können, solle ein Verfahren eingeführt werden, das zum Schutze des rechtschaffenen Schuldners bereits bei finanziellen Schwierigkeiten einsetze, also gerade keinen Insolvenzeröffnungsgrund voraussetzt. Das ist aus deutscher Perspektive besonders bemerkenswert, weil die hiesige Vorstellung regelmäßig davon geprägt ist, dass es eines solchen Auslösers bedarf, um die Rechte der Gläubiger von Gesetzes wegen beschränken zu können. Darüber hinaus solle das neu zu schaffende Verfahren flexibel sein und möglichst mit nur minimaler Beteiligung eines Gerichts erfolgen. So solle das Gericht gegebenenfalls ein Moratorium von vier (maximal zwölf) Monaten anordnen und/oder einen Mediator bestellen können; außerdem solle es am Ende der Verhandlungen zwischen Schuldner und seinen Gläubigern den erzielten Plan daraufhin überprüfen, ob die Gläubigerrechte gewahrt sind, und ob der Schuldner rechtschaffen bzw. sein Unternehmen sanierungsfähig ist. Darüber hinaus wird empfohlen, die Restschuldbefreiungsperiode auf drei Jahre zu begrenzen²³.

8.5.2010, abrufbar unter: http://europa.eu/legislation_summaries/enterprise/business_environment/110133_de.htm.

²² S. dazu Erwägungsgrund 14. Hieraus lässt sich für die innerdeutsche Diskussion ein gewichtiges Argument ziehen in der Auseinandersetzung mit dem hiesigen Fiskus um das Sanierungsprivileg nach § 3 Nr. 66 EstG, § 8c Ia KStG.

²³ Diese Frist deckt sich etwa mit der des neuen irischen Verbraucherinsolvenzrechts, nachdem bis vor kurzem noch eine Frist von zwölf Jahren gegolten hatte, vgl. dazu *Paulus*, *Insolvency Intelligence* 2012, 25(5), 75 f., als Anmerkung zu: High Court of Justice in Northern Ireland (Ch), *Entschdg. v. 10.1.2012 – 2011 No. 133303*.

Die Empfehlungen beschränken sich aber nicht nur auf derlei allgemeine Aussagen; sie werden vielmehr deutlich konkreter in Gestalt von (lediglich) zwölf Modellvorschriften: So solle etwa ein Mehrheitsbeschluss die überstimmten Gläubiger binden und sollen Sanierungskredite (d.h. nicht nur neue Darlehen, sondern auch im Plan vorgesehene Veräußerungen von Vermögensgegenständen) von einer eventuellen nachfolgenden Anfechtbarkeit ausgenommen sein; der eigenverwaltende Schuldner solle keineswegs zwangsläufig von einem Sachwalter (oder auch Mediator) beaufsichtigt sein, und er solle unter konkret benannten Bedingungen Gläubiger von Zugriffsversuchen auf sein Vermögen abhalten können. Der Plan solle an einen bestimmten Aufbau gebunden sein, und er solle auch für lediglich eine bestimmte Gruppe von Gläubigern möglich sein, sofern die anderen Gläubiger hierdurch in ihren Rechten nicht betroffen werden.

Was sich scheinbar harmlos und schlicht beratend als „Empfehlung“ ausgibt, ist tatsächlich nicht geringeres als eine Handlungsanweisung. Denn die Kommission gibt sehr präzise Daten vor (12 Monate nach Veröffentlichung), binnen derer sie umgesetzt sein soll. Bereits 18 Monate nach Veröffentlichung der Empfehlungen soll eine erste Bestandsaufnahme der Erfolge durchgeführt werden. Allein schon anhand dieser Eile lässt sich ermesen, wie wichtig der Kommission diese legislatorischen Schritte sind. Wie bereits am Beispiel der Schweiz gesehen, geht es also auch hier darum, den volkswirtschaftlichen Schaden einer rein auf Liquidation ausgerichteten Insolvenzkultur möglichst gering zu halten und statt dessen nach dem Motto „Vorbeugen ist besser als Heilen“ Insolvenzvermeidung stärker in den Vordergrund zu rücken.

B. Standortbestimmung

Diese parallelen Entwicklungen machen neugierig darauf, was denn ihr so drängender Auslöser sein mag. Die Frage wird nur umso brisanter, wenn man die – wie oben schon angekündigt – hier ausgeblendete globale Perspektive mit einbezieht und dabei feststellen würde, dass es sich hierbei keineswegs um eine europäische Einzelinitiative handelt.

Hintergrund dieser Änderung war eine Bedingung des IWF anlässlich der Vergabe von Unterstützungshilfen bei der jüngsten irischen Staatsfinanzkrise.

I. Bedeutung des Insolvenzrechts

Natürlich ist eine Antwort hierauf schwer zu finden, und so ist das, was ich dazu anzubieten habe, nicht nur eine höchst persönliche Perspektive, sondern auch noch eine, die ich schon mehrfach vorgetragen habe. Deswegen sei mir gestattet, mich selber zu zitieren²⁴:

„Um die in diesem Kontext ganz massive und zentrale Funktion gerade des modernen Insolvenzrechts erkennen zu können, empfiehlt sich ein Blick in die jüngere Vergangenheit: Als vor etwas über 15 Jahren die Ostasienkrise ihren Höhepunkt erreicht hatte und die Weltwirtschaft infolgedessen kurz vor dem Kollaps stand, wurde das Financial Stability Forum (heute: Financial Stability Board: FSB²⁵) gegründet, das derartige Krisen entschärfen, besser noch: unterbinden sollte. Es hat zu diesem Zweck u.a. ein Compendium of Standards veröffentlicht²⁶, dessen Zweck es ist, international anerkannte Standards zentraler Regulationsbereiche zu identifizieren und zu verbessern, die erfahrungsgemäß für die Finanzstabilität eines jeden Landes von vorrangiger Wichtigkeit sind und von den einzelnen Länder tunlichst beherzigt bzw. angewendet werden sollten.

In diesem Compendium sind 12 solcher Regulationsbereiche aufgelistet. Bemerkenswerterweise zählen dazu nicht etwa (das in der allgemeinen Wahrnehmung der Juristen so im Vordergrund stehende) Gesellschaftsrecht, Steuerrecht oder Arbeitsrecht, sondern stattdessen von den eher traditionellen Rechtsgebieten nur und gerade das Insolvenzrecht! Und wie schon angedeutet, zählt hierzu nach modernem Verständnis auch das Restrukturierungsrecht.

²⁴ Paulus, Über die volkswirtschaftliche Bedeutsamkeit effektiver Insolvenzsysteme, in: Paulus (Hg.), Restrukturierung in Krisenzeiten – dargestellt am Beispiel Griechenlands, 2014, S. 9, 10 f.

²⁵ Vgl. www.financialstabilityboard.org/cos/key_standards.htm. Zum Folgenden vgl. Paulus, Global Insolvency Law and the Role of Multilateral Institutions, 33 Brooklyn Journal of International Law (2007) 755 ff.; ders., Ist das Insolvenzrecht wirklich eine Schlüsselmaterie für die Wirtschafts- und Finanzstabilität eines Landes? – der Versuch einer Antwort, FS K. H. Görg, 2010, S. 361 ff.

²⁶ Einsehbar auf der in der vorigen Fn. genannten Website.

Dieses Alleinstellungsmerkmal des Insolvenzrechts an so prominenter und, global gesehen, zentraler Stelle provoziert gerade die Frage: Wie kommt es zu einer solch einzigartigen Bedeutung dieser – im wirtschaftlichen und akademischen Leben – eher am Rande des Interesses stehenden Rechtsmaterie? Man findet die zutreffende Antwort nicht, wenn man sich die üblichen Begründungen ansieht, die sich etwa in Lehrbüchern oder Berichten über das Insolvenzrecht finden; denn dort heißt es meistens nur, dass das Restrukturierungs- und Insolvenzrecht dazu bestimmt sei, Ordnung in die chaotische Situation eines Unternehmens zu bringen, das sich in einer Krise befindet. Das Recht ist danach also vornehmlich als Hüter der Ordnung anzusehen!²⁷

Auch wenn diese Zweckbestimmung sicher nicht falsch ist, verkennt sie doch die Besonderheiten des Insolvenzrechts. Denn sie vermag nicht zu erklären, warum das FSB gerade und nur dieses Rechtsgebiet in den exklusiven Zirkel der 12 Standards aufgenommen hat. Für die Herstellung von Ordnung im menschlichen Zusammenleben sorgen schließlich so gut wie alle Rechtsregeln auf die eine oder andere Weise. Man darf sich infolgedessen nicht mit dieser ordnungspolitischen Vordergründigkeit begnügen, sondern muss tiefer graben. Da es um die Finanzstabilität ganzer Länder geht, liegt eine volkswirtschaftliche Betrachtung des Restrukturierungs- und Insolvenzrechts nahe. Sie ist es in der Tat, die die zentrale Bedeutung dieses Rechtsgebiets offenbart.

Die herausragende Bedeutung ergibt sich demnach daraus, dass ein modernes und effizientes Restrukturierungs- und Insolvenzrecht so konzipiert sein muss, dass es die suboptimale Verwendung von Wirtschaftsgütern schnellstmöglich korrigiert. Mit anderen Worten: Ein effizientes Gesetz muss diejenigen Güter und Werte eines Unternehmens, die unproduktiv geworden sind bzw. zu werden drohen, so schnell wie möglich wieder zu ihrer optimalen Produktivität zurückführen²⁸. Das geschieht bei einer Restrukturierung dadurch, dass das Unternehmen selbst

²⁷ S. dazu insbesondere Balz/Landfermann (Hg.), Die neuen Insolvenzgesetze, 2. Aufl., 1999, S. 140 f.

²⁸ Zuletzt dazu *Paulus*, Competition Law vs. Insolvency Law – When Legal Doctrines Clash, Uniform Law Review 2013, 65 ff.

wieder marktauglich gemacht wird; und bei einer Liquidation dadurch, dass die Arbeitskräfte und Wirtschaftsgüter an andere Unternehmer vermittelt bzw. veräußert werden, die diese Wirtschaftsgüter besser und effizienter einsetzen können als ihr Vorgänger.

Diese volkswirtschaftliche Betrachtungsweise mag kalt oder gar zynisch klingen, weil sie das Einzelschicksal insbesondere der von einem insolventen Unternehmen betroffenen Arbeitnehmer und auch der ungesicherten Gläubiger vollkommen ausblendet²⁹. Sie sind es, die jeweils zu leiden haben, und für die sich der Gesetzgeber auch stark machen soll und muss. Das ist zweifellos richtig. Nur – das Restrukturierungs- und Insolvenzrecht ist dafür nicht der richtige Ort. Das lehrt die Erfahrung – etwa die konkursrechtliche Gesetzgebung Antwerpens zu Beginn des 16. Jahrhunderts³⁰, aber auch die jüngste chinesische. ... Als Teil des Wirtschafts- und Unternehmensrechts muss es Anreize für Investitionen bieten; der englische Enterprise Act 2002 etwa folgte dem US-amerikanischen Modell und deklarierte als Zweck des neu gestalteten Insolvenzrechts die Förderung von Unternehmertum!“

II. Neue Aufgabenbereiche

Damit ist also die Zielsetzung wenn nicht definitiv geklärt, so doch zumindest einigermaßen plausibel gemacht, dass nämlich die Ausweitung des traditionellen, d.h. auf Liquidation ausgerichteten Insolvenzrechts auf ein weit in das Vorfeld der Krise hineinreichendes Insolvenzvermeidungsinstrumentarium ein Gebot moderner Wirtschaftsstrukturen ist. Wenn man dem zu folgen bereit ist, folgen daraus allerdings neuartige Aufgabenstellungen. Wenn nämlich das moderne, d.h. erweiterte Insolvenzrecht gerade nicht mehr ein fest auf den Zeitpunkt des Eintritts der Eröffnungsgründe beschränktes Rechtsgebiet ist, sondern dass

²⁹ Das ist denn auch in der Tat einer der Gründe, warum China mehr als 10 Jahre benötigt hat, sich schließlich im Jahr 2007 ein neues und modernes Insolvenzgesetz zu geben: Es ging dabei insbesondere um die Stellung der Arbeitnehmer – gerade auch im Vergleich zu Investoren; s. Gebhard/Olbrich, Das Chinesische Konkursrecht auf dem Weg ins 21. Jahrhundert, DZWIR 2001, 186 ff.

³⁰ Dazu Paulus, Ein Kaleidoskop der Geschichte des Insolvenzrechts, JZ 2009, 1148, 1154 ff.

es partiell weit in die Zeit davor hineinreicht, muss eine Standortbestimmung im Gesamtbereich des herkömmlichen Wirtschaftsrechts gesucht und gefunden werden muss³¹. Denn nunmehr müssen Rechtsgebiete mit dem Insolvenzrecht in diesem weit verstandenen Sinne abgeglichen werden, die bis dato nicht mit ihm zu tun hatten. Eine kleine Auswahl³² soll hier genügen, um die Dimensionen abzustecken:

- Zunächst und bewusst ganz zu Beginn muss hier das Gesellschaftsrecht genannt werden. In dem Maße, in dem ein Insolvenzvermeidungsverfahren die Einbeziehung der Gesellschafter der insolvenzbedrohten Gesellschaft ermöglicht, ergeben sich ganz eklatante neue Gestaltungsmöglichkeiten für die Durchführung eines entsprechenden Verfahrens. Paradigmatisch steht dafür das derzeit in Deutschland viel beachtete Verfahren um das traditionsreiche Verlagshaus Suhrkamp. Es wurde sogar medial klargestellt, dass das Insolvenzverfahren dazu verwendet werden soll, den Streit zwischen Haupt- und Mindergesellschafter in der Weise zu lösen, dass mittels eines Insolvenzplans der Minderheitengesellschafter weitestgehend seiner Rechte enthoben werden soll. Zum gegenwärtigen Zeitpunkt ist noch völlig offen, wie der Ausgang dieses Verfahrens sein wird³³; doch kommt es darauf im vorliegenden Kontext gar nicht an. Denn entscheidend ist hierbei nur, dass die Instrumentarien des Gesellschafts- und des Insolvenzrechts neu aufeinander abgestimmt werden müssen.

- Das Wettbewerbsrecht kommt unter den neuen insolvenzrechtlichen Gegebenheiten ebenfalls als neues Nachbargelände in Betracht. Beide Bereiche tragen auf ihre je eigenständige Weise dafür Sorge, dass der Markt möglichst effizient funktioniert³⁴. Dass es im Grenzbereich dabei zu

³¹ S. dazu bereits *Paulus*, Konturen des modernen Insolvenzrechts – Überlappungen mit dem Gesellschaftsrecht, BB 2008, 2513 ff.

³² Die „alten“, seit jeher mit dem Insolvenzrecht verbundenen Gebiete etwa des Kreditsicherungsrechts oder des Arbeitsrechts bleiben hier ausgespart.

³³ Soeben erst hat der Minderheitengesellschafter einen leichten „Etappensieg“ vor dem BGH errungen, Beschl. v. 17.7.2014 – IX ZB 13/14, NJW 2014, 2436.

³⁴ Dazu etwa *Vallery / Hujuel*, La loi sur la continuité des entreprises à l'épreuve du droit de la concurrence in *Actualité de la continuité, continuité de l'actualité*, *Etats généraux de la continuité des entreprises*, Under the direction of Alain Zenner and Marc Dal,

Verwerfungen kommen kann, zeigt sich etwa dann, wenn die Vorteile eines insolvenzrechtlichen Sanierungsverfahrens dazu genutzt werden, um sich Wettbewerbsvorteile gegenüber Konkurrenten zu verschaffen³⁵. So kann ein Insolvenzverfahren etwa dazu genutzt werden, um sich missliebiger Verträge mit den Gewerkschaften zu entledigen, um Arbeitnehmern erleichtert kündigen zu können, etc. All das verschafft nicht nur Luft für den Schuldner sondern auch (ungerechtfertigte?) Vorteile gegenüber den Wettbewerbern³⁶.

- Mit dem Kapitalmarktrecht kommt das moderne Insolvenzrecht ebenfalls in direkten Kontakt – und zwar gleich mehrfach. Das zeigt sich etwa an der Etablierung eines Sekundärmarktes für sog. Distressed Debts (oder Non-Performing Loans), dessen Wirken eine Insolvenz vermeiden, sie ebenso gut aber auch herbeiführen kann. Letzteres ist erst vor kurzem – Ende Juli 2014 – Argentinien widerfahren, das deswegen erneut in Zahlungsausfall geraten ist, weil der „NML Capital, Inc.“ argentinische Anleihen für einen Bruchteil des Nominalwerts aufgekauft, vor Gericht aber die Nominalsumme plus Zinsen eingeklagt hat – mit Erfolg³⁷. Eine weitere Verbindungslinie zwischen den Rechtsgebieten gibt es aber auch etwa im Kontext des Schuldverschreibungsrechts³⁸. Denn hier prallen spezifische

Barreaux de Bruxelles Ordre français, 651-699 (Larcier, 2012); *Paulus* (wie Fn. 28). Zu kartellrechtlichen Problemen bei Veräußerungen aus der Masse heraus vgl. *Riel*, Das Insolvenzverfahren über das Vermögen der ALPINE Bau GmbH – ein Zwischenbericht, ZIK 2014, 174, 176.

³⁵ Zu den Vor- und Nachteilen einer Sanierung innerhalb bzw. außerhalb eines Insolvenzverfahrens etwa *Strümpell*, Die übertragende Sanierung, 2006.

³⁶ Vgl. dazu insbesondere das sog. „good-faith-requirement“ der §§ 1112(b) und 1129(b)(3) des US-Bankruptcy Code und dazu etwa die Fälle: *In re Integrated Telecom Express, Inc.*, 384 F.3d 108 (3rd Cir. 2004); *In re Liberate Technologies*, 314 B.R. 206 (Bankr. N.D. Cal. 2004).

³⁷ Zu dem Verfahren *Olivares-Caminal*, Intl. Corporate Rescue 2013, 353 ff.; *Paulus*, Jüngste Entwicklungen im Insolvenzrecht, WM 2013, 489; *ders.*, Insolvenzrecht im Werden – NML Capital, Ltd. et al vs. Argentinien, 2. Runde, ZIP 2013, 2190 ff.; *Paulus/van den Busch*, Von Ausharrenden und Geiern, WM 2014, 2015 ff.

³⁸ Dazu etwa *Thole*, Die Restrukturierung von Schuldverschreibungen im Insolvenzverfahren, ZIP 2014, 293 ff.; *Florstedt/von Randow*, Die Kündigung von Anleiheschuldverhältnissen aus wichtigem Grund, ZBB 2014, 345 ff.; *Paulus*, Schuldverschreibungen, Restrukturierungen, Gefährdungen, WM 2012, 1109 ff.

vertragliche Regelungsmechanismen auf die grundsätzlich gleich behandelnde Klaviatur des Insolvenzrechts.

- Das Vergaberecht kommt auf mindestens zweierlei Weise mit dem Insolvenzrecht in Berührung: einmal, wenn es um die Restrukturierung öffentlichrechtlicher Unternehmen wie Stadtwerke, Verkehrsbetriebe etc. geht; zum anderen wenn die öffentliche Hand Aufträge ausschreibt und das billigste Angebot von einem Unternehmen stammt, das sich in einem Restrukturierungsprozess befindet³⁹.

- Hinsichtlich des Versicherungsrechts sind die Dinge bislang noch ein wenig im Dunkeln. Doch wenn man bedenkt, dass die auf dem Kapitalmarkt so ungeheuer in Mode gekommenen Credit-Default-Swaps (CDS) ihrem Wesen und ihrem originären Anspruch nach eine Versicherung sind, so kann es gar nicht anders sein, als dass sich über kurz oder lang die ersten Grenzberührungen zeigen werden.

- Das Übernahmerecht ist ein weiterer Nachbarschaftsanwärter. In dem bereits anlässlich des Gesellschaftsrechts angesprochenen Maße, in dem die Gesellschafter in das Verfahren einbezogen und hier insbesondere potentiell einem debt-equity-swap ausgesetzt werden, eröffnen sich interessante Übernahmealternativen: Unter dem Slogan 'loan to own' ist bereits angedeutet, was man mittels Darlehen alles so erreichen kann – man schafft nämlich damit eine Grundlage für eine potentielle Beteiligung (sie lässt sich gegebenenfalls zu einer Komplettübernahme ausbauen), die sich in einem Insolvenzverfahren erleichtert durchführen lässt.

- Die vielleicht erst im letzten Jahrzehnt so richtig in den Mittelpunkt gesellschaftsrechtlicher Diskussion gelangte Thematik der Corporate Governance hat gleichfalls viel mit Insolvenzvermeidung zu tun. Sollen doch die verschiedenen Codices einer Unternehmensführung den Weg weisen, wie man erfolgreich das Unternehmen steuert – also gerade den worst case vermeidet⁴⁰. Es kommt hinzu, dass diese Codices zu weiten Teilen die Lösung früherer Krisen (und damit – meist spektakulärer – Insolvenzen)

³⁹ Vgl. dazu VgK Brandenburg, Beschl. v. 19.12.2013 – VK 23/13, NZI 2014, 933.

⁴⁰ Dazu insbesondere A. Rokas, Die Insolvenzprophylaxe als Bestandteil der Corporate Governance im deutschen Aktienrecht, 2011, passim; s. aber auch Maesch, Corporate Governance in der insolventen Aktiengesellschaft, 2005, S. 75 ff.

beinhalten und sich somit gleichsam wie ein Negativabdruck früherer Fehler erweist.

- Die auch bis hierhin nur beispielhaft zu verstehende, gewisslich um weitere Rechtsgebiete anreicherbare Aufzählung von neu benachbarten Rechtsgebieten des modernen Insolvenzrechts soll abschließend noch um ein weiteres Gebiet – das überraschendste von allen – angereichert werden, das Völkerrecht⁴¹. Wenn nämlich das moderne Insolvenzrecht nicht mehr allein auf Zerschlagung ausgerichtet ist, sondern auf die Wiederherstellung der Schuldentragfähigkeit, so folgt daraus, dass diese Mechanismen – zumindest dem Grundsatz nach – auch auf die Wiederherstellung der Zahlungsfähigkeit von Staaten übertragen werden können. Dementsprechend ist denn auch insbesondere seit der Argentinienkrise im Jahre 2001 eine Diskussion entbrannt, ob überhaupt, und – wenn ja – wie ein derartiges Verfahren aussehen könnte. Diese Diskussion wurde noch einmal anlässlich der Griechenlandkrise angefeuert⁴². Die Vorschläge lehnen sich weitestgehend

⁴¹ Damit bleibt das öffentliche Recht ausgespart, das in großem Umfang mit dem Insolvenzrecht in Berührung kommt, wenn man über die Einführung eines Restrukturierungsverfahrens für Gemeinden nachzudenken beginnt; dazu etwa *Frielinghaus*, Die kommunale Insolvenz als Sanierungsansatz für die öffentlichen Finanzen, 2007; *Cranshaw*, Insolvenz- und finanzrechtliche Perspektiven der Insolvenz von juristischen Personen des öffentlichen Rechts, insbesondere Kommunen, 2007; Gutachten des Wissenschaftlichen Beirats beim Bundesministerium der Finanzen, April 2005, S. 17 ff.; v. *Lewinski*, Öffentlichrechtliche Insolvenz, 2011; *Paulus*, Insolvenzfähigkeit von Gemeinden - Pro, NordÖR 2010, 338 ff.

⁴² Eine Zusammenfassung der unterschiedlichen Ansätze findet sich etwa bei *Panizza / Sturzenegger / Zettelmeyer*, The Economics and Law of Sovereign Debt and Default, *Journal of Economic Literature*, 2009, 47:3, 651 ff. Ebenso *Rogoff/Zettelmeyer*, Bankruptcy Procedures for Sovereigns: A History of Ideas, 1976-2001, *IMF Staff Papers* 49, nr. 3, 2002. S. zum Ganzen auch *S. Schwartz* entwickelte Verfahren, welches der Struktur nach dem Chapter 11 des US-amerikanischen Bankruptcy Code entspricht (Sovereign Debt Restructuring: a Bankruptcy Reorganization Approach, *Cornell Law Review* 85, 956 ff.); der die vorhandenen Gerichte einbeziehende und auf dem Schutz der ex-ante Insolvenzanprüche basierende Vorschlag von *Bolton/Skeel*, Inside the Black Box: How should a Sovereign Bankruptcy Framework be Structured, in *Emory Law Journal* 53, 763 ff.); *Raffer*, welcher an die Lösung des Chapter 9-Verfahrens des US Bankruptcy Code anknüpft (Applying Chapter 9 insolvency to international debts: an economically efficient solution with a human face, *World Developments* 18 (2), 301

in einer Form oder der anderen an die Vorgaben des insolvenzrechtlichen Restrukturierungsrechts an⁴³.

C. Resümee

Der Beitrag hat versucht, zum einen eine Entwicklung der jüngeren Zeit, und zum anderen die sich daraus ergebenden Konsequenzen zu beleuchten. Aus beidem sollte zumindest so viel evident geworden sein, dass das, was vorstehend immer wieder als „modernes Insolvenzrecht“ bezeichnet wurde, eine qualitative Neuerung gegenüber dem traditionellen Insolvenzrecht darstellt. Während sich letzteres auf die Zerschlagung – und damit den Verkauf – der Masse konzentrierte, versucht ersteres, dem Schuldner wieder auf die Beine zu helfen oder gar, noch weiter im Vorfeld, die Insolvenz ganz zu vermeiden. Dass diese lohnende neue Aufgabe mit neuen Herausforderungen einhergeht, ist eine (im Grunde genommen) ebenso banale wie reizvolle Tatsache.

ff.); oder der International Debt Framework von *Berensmann/Schroeder*, A proposal for a new international debt framework for the prevention and resolution of debt crisis in middle-income countries, *Discussion Paper 2/2006*, Deutsches Institut für Entwicklungs-Politik.

⁴³ Dazu etwa *Paulus*, Die Eurozone und das größere Thema eines Staateninsolvenzrechts, in: *Kodek / Reinisch* (Hgg.), *Staateninsolvenz*, Wien 2011, S. 9 ff.; *ders.*, Prolegomena für die Schaffung eines Insolvenzrechts für Staaten, in: *Kadelbach* (Hg.), *Nach der Finanzkrise*, 2012, S. 105 ff.; *ders.*, Lehren aus den vergangenen Krisen und neue Ansätze zur Staateninsolvenz, in: *Giegerich* (Hg.), *Internationales Wirtschafts- und Finanzrecht in der Krise*, 2011, 135 ff.; *ders.*, Rechtliche Handhaben zur Bewältigung der Überschuldung von Staaten, *RIW* 2009, 11 ff.; *ders.*, Geordnete Staateninsolvenz – eine Lösung mit Hilfe des Vertragsrechts, *ZIP* 2011, 2433 ff.; *ders.*, Gläubiger oder neutrale Instanz – wer soll das schlingende Schiff steuern?, *ZSE*, 2012, 30 ff.; *ders.*, Sovereign Defaults to be Solved by Politicians or by a Legal Proceeding?, *Law and Economics Yearly Review* Vol. 1, Part 2, 2012, S. 203 ff. S. auch *Paulus/Tirado*, *Sweet and Lowdown: A Resolvency Process and the Eurozone's Crisis Management Framework*, *Law and Economics Yearly Review* 2013, S. 504 ff.

DIE INSOLVENZ DES VERBRAUCHERS IN DEUTSCHLAND

*Prof. Dr. Christian RUMPF**

I. Vorbemerkung

Seit 1979 beschäftige ich mich mit dem türkischen Recht – in allen Facetten. Zunächst faszinierte mich das türkische Verfassungsrecht, in meiner juristischen Praxis als Gutachter und Rechtsanwalt hatte ich im Laufe der Zeit mit fast allen Rechtsgebieten zu tun, durfte an Handbüchern zum Immobilienrecht, Bankrecht, GmbH-Recht, Stiftungsrecht mitwirken. Seit einigen Jahren wurde ich dann zunehmend auch auf das Zwangsvollstreckungsrecht und sogar Konkursrecht¹ gestoßen. Sogar in einem großen Schiedsverfahrensfall, in den ich als Schiedsrichter involviert war, kam es einmal auf die richtige Auslegung des Art. 24 des türkischen Zwangsvollstreckungs- und Konkursgesetzes an.

Im Laufe meiner Tätigkeit fiel mir vor ca. fünfzehn Jahren erstmals der Name *Pekcanitez* auf, und zwar mit seinem Buch „Yabancı Para Alacaklarının Tahsili“, das genau in denjenigen Zeitraum fiel, als ich selbst zunehmend mit Forderungen deutscher, amerikanischer und anderer ausländischer Unternehmen in der Türkei zu tun bekam. Erst eine Weile später merkte ich dann, dass sich ein Autorenteam um *Pekcanitez* zu einer ernsthaften „Konkurrenz“ zu den bis dahin herrschenden Platzhirschen Kuru/Yılmaz/Arslan aufgebaut hatte, das mir dann die eigene Arbeit im türkischen Zwangsvollstreckungsrecht erleichterte. Ich stand aus der Sicht des türkischen Zwangsvollstreckungs- und Konkursrechts nun nicht mehr auf einem, sondern auf zwei Beinen.

* Rechtsanwalt in Stuttgart, Honorarprofessor an der Universität Bamberg.

¹ Rumpf/Yılmaz, Länderbericht Türkei, in: Kindler/Nachmann, Handbuch Insolvenzrecht in Europa, München 2010.

So ist es mir eine besondere Ehre, an der Festschrift für Professor *Pekcanitez* mitwirken zu dürfen.

Obwohl ich in der Anwaltspraxis ständig (auch) mit deutschem Recht zu tun habe, kommt es selten vor, dass ich Themen des deutschen Rechts in Veröffentlichungen verarbeite. Im Hinblick darauf, dass das türkische Recht die Verbraucherinsolvenz bis heute nicht kennt, andererseits die Türkei sowohl mit der Reform des Obligationenrechts 2012 als auch mit dem neuen Verbraucherschutzgesetz 2014 unter Beweis gestellt hat, dass sie auf der Höhe der Zeit ist, war es mir ein Anliegen, dieses Thema – wenn auch „nur“ in deutscher Sprache – einmal in einem türkischen Printmedium veröffentlicht zu sehen. Das Manuskript fußt auf einer internen Ausarbeitung zur alten Rechtslage durch meinen ehemaligen Mitarbeiter Finn Simonis, das mir eine große Hilfe war.

II. Insolvenz in Deutschland²

Statistisch liegt Deutschland bei den Unternehmensinsolvenzen³ mit 87 auf 10.000 Unternehmen pro Jahr im europäischen Mittelfeld. Die wenigsten Insolvenzen hat Spanien (29), die meisten Luxemburg (356). Diese Zahlen zeigen bereits, dass Insolvenzen – europaweit gesehen – keinen Indikator für die wirtschaftliche Stabilität oder den unternehmerischen Erfolg in einem Lande darstellen. Dazu müssen jeweils die Entwicklungen individuell beobachtet werden. Denn es besteht kein Anlass zu glauben, dass die Wirtschaft im Zwergstaat Luxemburg (550.000 Einwohner) unendlich viel schlechter läuft als die Wirtschaft im Flächenstaat Spanien (46.000.000 Einwohner). Richtig dürfte dagegen sein – auch wenn der Autor hierzu selbst keine Erhebungen durchgeführt hat –, dass die statistischen Ergebnisse eher einen Schnittpunkt zwischen Wirtschaftskraft und Unternehmenskultur darstellen. So überwiegt in einigen Ländern wohl die Furcht vor der

² Für die Erstellung dieses Beitrags wurde vor allem auf folgende Kommentarliteratur zurückgegriffen: Kindler/Nachmann, Handbuch Insolvenzrecht in Europa, München 2010 (Stand 2013); Ahrens/Gehrlein/Ringstmeier, Insolvenzrecht (Fachanwaltskommentar), 2. Aufl., Köln 2014.

³ Die Zahl der Verbraucherinsolvenzen liegt für das Jahr 2013 bei 89.207 neuen Verfahren.

Insolvenz als rufschädigend und damit auch persönlich existenzgefährdend, die Insolvenz auch einer Kapitalgesellschaft wird sozialpsychologisch mit dem sozialen Abstieg des die Kapitalgesellschaft beherrschenden Individuums verknüpft. In anderen Ländern wiederum – und dazu möchte ich Deutschland und den Spitzenreiter Luxemburg zählen –, ist die Insolvenz ganz einfach eine Methode, den Schlussstrich unter eine Vergangenheit wirtschaftlichen Misserfolgs zu ziehen, um – unter Erhalt der unternehmerischen Ehre – wieder von vorne anfangen zu können. Eine weitere Ursache solcher Unterschiede kann sein, dass die Rechtslagen und Praktiken in den Ländern unterschiedlich streng sind.

In vielen Insolvenzen großer mittelständischer Unternehmen, ja sogar von Großunternehmen haben die Deutschen gelernt, dass die Insolvenz nicht notwendig etwas mit „Ehre“ oder unternehmerischem Ungeschick zu tun hat. Der Untergang des AEG-Konzerns, die Hertie-Pleite oder das wirtschaftliche Aus der Frankfurter Rundschau haben gezeigt, dass es auch nach dem wirtschaftlichen Misserfolg ein Leben nach dem Konkurs gibt. Das gilt sogar für die Firma Grundig, von welcher ursprünglich nur die Marke übrig geblieben war und der jetzt nach langer Stille durch ein türkisches Großunternehmen zu neuem Ansehen im gleichen Sektor verholfen wird.

Die soziale Akzeptanz der Pleite ist mit den Jahren gestiegen. Dass gerade unter einer Verfassung, die sich wie das deutsche Grundgesetz der „sozialen Marktwirtschaft“ verschrieben hat, dann auch Otto Normalverbraucher in das Visier einer modernen Gesetzgebung gerät, ist eine nachvollziehbare und vernünftige Konsequenz dieser sozialen Akzeptanz. Zu verdanken ist das dem Verbraucherschutzgedanken, der in den letzten dreißig Jahren ein zentrales juristisches Postulat in der juristischen Praxis und Gesetzgebung geworden ist. So wurde das Thema „individueller Konkurs“, den man sich gegenüber dem Konkurs des eingetragenen Kaufmanns erst nicht vorstellen konnte, plötzlich unter einem neuen Titel, nämlich dem der „Verbraucherinsolvenz“ zu einem Thema des Verbraucherschutzes in ganz Europa. Dass der traditionelle Rechtsbegriff des „Konkurses“ dabei zur nur scheinbar schöner klingenden „Insolvenz“ und damit die alte Konkursordnung (KO, in Kraft seit 1.1.1900) zur neuen Insolvenzordnung (InsO, in Kraft seit 1.1.1999) mutierte, ist dabei nur

dekoratives Beiwerk – obwohl schon der Begriff Insolvenz, etymologisch gesehen, mit einer verstärkten Berücksichtigung der Schuldnerinteressen zu tun hat. Darauf komme ich gleich noch einmal zurück.

III. Das deutsche Konkursrecht in historischer Perspektive⁴

Das Inkrafttreten der Konkursordnung zum 1.1.1900 traf zunächst auf einen Zustand wirtschaftlicher Prosperität. Das Deutsche Reich war gerade erst zur Kolonialmacht aufgestiegen, deutsche Waren „made in Germany“ hatten bereits weltweit den besten Ruf. Dennoch verging nur kurze Zeit, bis das neue Konkursrecht auf eine harte Probe gestellt wurde. In Folge der Wirtschaftskrise in den 1920er Jahren wurde die Konkursordnung durch eine Vergleichsordnung ergänzt. Damit sollte erreicht werden, dass sich Unternehmen sanieren konnten, sofern die Gläubiger bereit waren, auf Forderungen zu verzichten oder sie zu stunden.

Die erste Wirtschaftskrise nach dem Zweiten Weltkrieg war die „Ölkrise“ 1973, die zu einem drastischen Anstieg von Insolvenzen führte. Es wurde erkannt, dass eine erhöhte Zahl von Insolvenzen auch eine Gefahr für die Volkswirtschaft darstellen konnte. Seit 1978 arbeitete daher eine Kommission an der Reform des deutschen Insolvenzrechts. Diese zog dann auch terminologischen Konsequenzen, wobei sie allein der lateinischen Sprachtradition treu blieb: Der Konkurs (concurrere – zusammenlaufen [der Gläubiger]) wurde zur Insolvenz (insolvere – Schulden nicht zahlen [können]), das Gewicht verlagerte sich vom reinen Gläubigerinteresse auf das Interesse an der Hilfe für den Schuldner in seiner Not. Das wies über die Kapitalgesellschaft oder den Kaufmann hinaus – es lag auf der Hand, dass der „Schuldner in seiner Not“ ganz einfach auch der Verbraucher sein konnte, das destruktive Instrumentarium des Zwangsvollstreckungsrechts war nicht in der Lage, das Bedürfnis, die eigenen Kräfte des Schuldners zur Restrukturierung und Rehabilitation seiner wirtschaftlichen Grundlagen zu mobilisieren, zu befriedigen.

⁴ Nachmann/Geißler, Länderbericht Deutschland, in: Kindler/Nachmann, Handbuch Insolvenzrecht in Europa, München Lieferung Oktober 2013. Auch Österreich machte eine solche Metamorphose durch, wo die alte Konkursordnung Mitte 2010 einer Insolvenzordnung wich.

IV. Das heutige Insolvenzrecht

Das heutige Insolvenzrecht beruht auf der am 1.1.1999 in Kraft getretenen Insolvenzordnung. Diese wird derzeit reformiert, da die letzte Schulden- und Finanzkrise gezeigt hat, dass auch das neue Insolvenzrecht noch nicht allen Herausforderungen gewachsen ist. Die Bundesregierung hat daher eine Reform in drei Stufen in Angriff genommen.

In der ersten Stufe ging es um die Erleichterung der Unternehmenssanierung im Rahmen des Insolvenzrechts. Die hierfür notwendigen Änderungen an der Insolvenzordnung sind im Jahr 2012 bzw. 2013 mit dem „Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen“ in Kraft getreten⁵.

Die zweite Stufe der geplanten Gesetzesreform der Insolvenzordnung betrifft das Insolvenzverfahren für Verbraucher. Sie ist am 1.7.2014 in Kraft getreten⁶. Die Reformen gelten im Wesentlichen für Insolvenzverfahren, die *nach* dem jeweiligen Inkrafttreten eingeleitet worden sind.

Die dritte Stufe ist eingeleitet, aber noch nicht verabschiedet. In ihr wird es um die Insolvenz von Konzernen gehen.

Derzeit gibt es zwei verschiedene Insolvenzverfahren. Das Regelinsolvenzverfahren wird auf juristische Personen angewendet sowie auf solche natürliche Personen, die selbstständig tätig sind oder waren und deren Verhältnisse als „nicht überschaubar“ gelten; das Gesetz nimmt dies an, wenn eine solche Person mindestens 20 Gläubiger hat (§ 304 Abs. 2 InsO) oder wo mindestens ein Gläubiger Ansprüche aus Arbeitsverhältnissen geltend macht. Als Variante des Regelinsolvenzverfahrens kann das Nachlassinsolvenzverfahren bezeichnet werden, in dem der überschuldete Nachlass eines Verstorbenen abgewickelt wird.

Für andere natürliche Personen gibt es das Verbraucherinsolvenzverfahren, auf das wir unten im Detail eingehen werden. Dabei wird auch zu beachten sein, dass die scharfe Trennung

⁵ BGBl. 2011, Teil I Nr. 64, S. 2582. Einige Artikel des Gesetzes sind am 1.3.2012, andere am 1.1.2013 in Kraft getreten.

⁶ BGBl. 2013, Teil I Nr. 38, S. 2379.

zwischen Regelinsolvenzverfahren und Verbraucherinsolvenzverfahren durch die Reform teilweise aufgeweicht worden ist.

Ziel des Insolvenzverfahrens ist ein Interessenausgleich, in welchem die Interessen der Gläubiger, des Schuldners und der Allgemeinheit berücksichtigt werden sollen. Das Zünglein an der Waage spielen häufig die Insolvenzkosten (§§ 54 f. InsO). Denn können diese nicht aus der Masse befriedigt werden, wird die Eröffnung des Insolvenzverfahrens abgelehnt (Ablehnung der Eröffnung mangels Masse, § 26 InsO). Die Interessen der Arbeitnehmer sind Gläubigerinteressen mit besonderer Schutzbedürftigkeit, so dass zu einer geordneten Insolvenz auch ein Sozialplan gehört. Arbeitnehmer sind zusätzlich – wenn auch nur geringfügig – durch das Insolvenzgeld geschützt, dass sie für drei Monate von der staatlichen Arbeitsverwaltung erhalten. Ob der Interessenausgleich in der Weise erfolgt, dass das Schuldnervermögen – im Verfahren ist dies die „Masse“⁷ – zur Verteilung kommt oder aber eine Sanierung erfolgt, hängt von den Gläubigern und dem Zustand des Schuldnervermögens ab. Das Gesetz priorisiert zwar zunehmend die Sanierung, weil dies auch dem öffentlichen Interesse und dem Interesse der Arbeitnehmer am ehesten entspricht, dennoch ist bei vielen Konkursverwaltern nach wie vor die Tendenz zu erkennen, das verbliebene Vermögen möglichst schnell zu verwerten, was sich häufig zu Lasten aller Beteiligten und zu Gunsten von Schnäppchenjägern auswirkt, die auf diese Weise billig zu Grundstücken oder Betriebsinventar kommen.

Die zur Verteilung kommende Masse besteht gemäß §§ 35 ff. InsO aus dem gesamten Vermögen, das dem Insolvenzschuldner im Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung gehört. Nicht der Insolvenz unterliegen Vermögenswerte, die von Gesetzes wegen vor der Zwangsvollstreckung geschützt sind. Umgekehrt unterliegen solche Vermögenswerte der

⁷ Das Wort „Masse“ hat bereits im Althochdeutschen Verwendung gefunden und stammt ursprünglich aus dem Lateinischen (*massa* = Klumpen). Auch die Italiener verwenden das Wort *massa* für die Insolvenzmasse (*massa d'insolvenza*). Der türkische Rechtsbegriff „*masa*“ (*iflâs masası*) hat also mit *masa*=Tisch nichts zu tun, sondern stammt seinerseits aus dem Italienischen, das vor allem im Bereich Banken und Finanzen Einfluss auf die türkische Sprache hatte.

Insolvenz, die zwar im Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung nicht dem Schuldner gehören, von diesem aber ohne angemessene Gegenleistung weggegeben worden sind und daher im Wege der Anfechtung (Insolvenzanfechtung) wieder zurückgeholt werden können.

Kommt es zur Verteilung der Masse, sind Gläubiger vorab zu befriedigen, die über Pfandrechte verfügen und damit absonderungsberechtigt sind. Was übrig bleibt, wird weiter verteilt oder saniert.

Das Insolvenzverfahren über das Vermögen eines Schuldners wird nur auf Antrag eingeleitet. Der Antrag kann durch den Schuldner (§§ 2 f. InsO) oder einen Gläubiger (§ 13 Abs. 1 InsO) gestellt werden. Zuständig ist das Amtsgericht als Insolvenzgericht. Der Insolvenzrichter ist ein Rechtspfleger, also ein Beamter im Justizdienst, der keine Ausbildung als Richter im eigentlichen Sinne hat, aber ebenfalls unabhängig entscheidet und nur dem Recht und Gesetz verpflichtet ist.

Liegen die Voraussetzungen für die Antragstellung vor, sind die Verantwortlichen verpflichtet, die Insolvenz zu beantragen. Verstöße gegen die Antragspflicht können zu Schadensersatzverpflichtungen führen und strafbar sein. Das deutsche Strafrecht sieht hierfür den Tatbestand der Insolvenzverschleppung vor. Kommt ein Schädigungsvorsatz hinzu, kann auch von Insolvenzbetrug die Rede sein. Weitere Straftatbestände ergeben sich aus dem Steuerrecht. Auch das Versäumnis der rechtzeitigen Abführung von Sozialversicherungsbeiträgen ist strafbar (§ 266a StGB). Häufig liegt auch Kreditbetrug vor, wenn es dem Schuldner durch unvollständige oder falsche Angaben gelungen ist, noch Kredite zu erlangen. Dies sind die Gründe, warum das Insolvenzgericht die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens der Staatsanwaltschaft mitteilt. Die Antragspflicht besteht allerdings nicht für natürliche Personen.

Das Gericht (zuständig ist bis einschließlich der Eröffnung des Verfahrens der Insolvenzrichter) prüft den Antrag auf Zulässigkeit und Begründetheit. Zulässig ist der Antrag, wenn die allgemeinen Prozessvoraussetzungen gemäß ZPO vorliegen. Ferner hat das Gericht die Insolvenzfähigkeit des Schuldners zu prüfen (§ 11 InsO). Hat ein Gläubiger den Antrag gestellt, muss er beweisen, dass er forderungsberechtigt ist.

Schließlich ist auch der Eröffnungsgrund zu prüfen (§ 14 InsO; Zahlungsunfähigkeit: § 17 InsO, drohende Zahlungsunfähigkeit § 18 InsO, Überschuldung § 19 InsO⁸). Genügt die Masse nicht zur Deckung der Kosten, wird die Eröffnung „mangels Masse“ abgelehnt. Natürliche Personen können allerdings die Stundung der Kosten beantragen, dann greift die Staatskasse ein (§ 4a InsO). Das Gericht holt in der Regel zunächst einmal ein Gutachten ein. Ferner prüft das Gericht, ob Sicherungsmaßnahmen zu ergreifen sind (§ 21 InsO). Dazu kann insbesondere die Bestellung eines vorläufigen Insolvenzverwalters gehören. Im Eröffnungsbeschluss legt das Gericht dann den weiteren Fortgang fest, insbesondere ernennt es dann den Insolvenzverwalter, fordert die Gläubiger zur Geltendmachung ihrer Forderungen und Sicherungsrechte innerhalb einer bestimmten Frist auf (§ 28 InsO) und bestimmt Termine für einen Bericht und die erste Prüfung der Forderungen. Das Insolvenzgericht kann auch einen Gläubigerausschuss bestellen; dies bietet sich an, wenn die hohe Zahl der Gläubiger eine Erschwerung der Verfahrensführung befürchten lässt.

Mit der Eröffnung der Insolvenz erlangt der Insolvenzverwalter die vollständige Herrschaft über die Masse (Übergang der Verfügungsgewalt, § 80 InsO) und ist verpflichtet, alles zu tun, um die Masse zu erhalten oder zu verbessern, bevor es zur Verteilung kommt. Dabei ist das wichtigste Instrument – neben der Beitreibung von Forderungen gegen andere Schuldner – die Insolvenzanfechtung (§§ 129 ff. InsO). Diese ist dann erfolgreich, wenn eine Verfügung des Schuldners kurz vor der Insolvenz ohne angemessene Gegenleistung erfolgt ist oder eine die Gläubiger schädigende Wirkung hat.

Im Berichtstermin werden die Verzeichnisse der Massegegenstände und eine Vermögensübersicht mit den Gläubigern erörtert. Die Gläubigerversammlung, die sich aus den Gläubigern, dem Schuldner und dem Insolvenzverwalter zusammensetzt (§ 74 InsO), entscheidet über den

⁸ In anderen Ländern ist die „Überschuldung“ kein Insolvenzgrund. Tatsächlich ist allein schon die Feststellung der Überschuldung schwierig. Denn der Umstand, dass die Verbindlichkeiten die Vermögenswerte eines Unternehmens übersteigen, sagt nichts darüber aus, ob das betroffene Unternehmen überlebensfähig ist oder nicht.

Fortgang des Insolvenzverfahrens (§ 29 Abs. 1 InsO) bzw. über die Stilllegung oder Fortführung des Unternehmens (§ 157 InsO). Die Versammlungsleitung hat der Insolvenzrichter. Nach diesem Termin beginnt der Insolvenzverwalter mit der Verwertung der Masse (§ 159 InsO), wobei er nur in bestimmten Fällen – z.B. Unternehmensverkauf (§ 160 InsO) – die Zustimmung des Gläubigerausschusses oder der Gläubigerversammlung einzuholen hat. Aber wenn ein ausdrückliches Zustimmungserfordernis nicht besteht, holt sich in der Praxis der Insolvenzverwalter Rückendeckung vom Gläubigerausschuss oder einer Gläubigermehrheit, allein schon, um die eigene Haftung zu reduzieren.

Die Forderungen werden angemeldet. Der Insolvenzrichter prüft, ob die Anmeldung formgerecht erfolgt ist und die Behauptung des Gläubigers schlüssig ist. Die Tabelle steht den Gläubigern zur Einsicht zur Verfügung (§174 InsO). Im Prüfungstermin werden die angemeldeten Forderungen durch die Gläubigerversammlung nach Betrag und Rang geprüft (§ 29 Abs. 1 S. 2 InsO, § 176 InsO). Eine Forderung wird als berechtigt festgestellt, wenn niemand widerspricht. Sie wird dann mit Rang und Betrag in die Tabelle eingetragen (§ 178 InsO). Ist die Forderung bereits rechtskräftig festgestellt (tituliert), kann sie der widersprechende Gläubiger nur im Klagewege angreifen. Ist sie noch nicht tituliert, muss der Forderungsinhaber Feststellungsklage erheben (§§ 179 ff. InsO).

Bevor die Masse zur Verteilung kommt, wird sie bereinigt. Dies erfolgt in der Weise, dass Gegenstände, die Dritten gehören, an diese herausgegeben werden (Aussonderung) und sicherungsbehaftete Gegenstände zugunsten der absonderungsberechtigten Gläubiger verwertet werden und diese aus dem Erlös der Sicherheiten vorab befriedigt werden (Absonderung), wobei sie die Kosten zu tragen haben. Unverwertbare oder gar die Masse belastende Gegenstände kann der Insolvenzverwalter dem Schuldner überlassen. Ein weiteres Privileg bestand bis zur Reform gemäß § 114 InsO für Gläubiger, die sich Lohn- oder Gehaltsforderungen hatten abtreten lassen. Diese flossen bislang an der Insolvenzmasse vorbei direkt an diese Gläubiger. Diese Privilegierung wurde als gegenüber anderen Gläubigern nicht sachgerecht – Verstoß gegen die Verteilungsgerechtigkeit – erkannt und gestrichen.

Die *Verwertung* erfolgt entweder durch Verkauf einzelner Vermögensgegenstände oder durch Verkauf des gesamten Unternehmens; in

diesem Falle fällt der Erlös, nach Abzug der Kosten und eventuell nach Eröffnung des Verfahrens entstandener Verbindlichkeiten der Masse⁹, unter Beachtung der Rangfolge den Gläubigern zu. Wird saniert, werden die Gläubiger aus den Gewinnen des weitergeführten Unternehmens befriedigt. Soweit es die wirtschaftliche Lage der Masse erlaubt, kann der Insolvenzverwalter mit Zustimmung der Gläubiger schon vor der endgültigen Verteilung Zahlungen an die Gläubiger leisten. Ist die Verteilung beendet, hebt das Insolvenzgericht das Insolvenzverfahren auf (§ 200 InsO). Damit gehen die nicht befriedigten Forderungen der Gläubiger nicht unter, sondern können – theoretisch – vollständig weiterbetrieben werden. An diesem Punkt setzt die „Restschuldbefreiung“ bei der Insolvenz von Privatpersonen ein. Bei insolventen Kapitalgesellschaften werden die Forderungen allerdings gegenstandslos, da solche Gesellschaften aus dem Handelsregister gelöscht werden.

Zu den wesentlichen Bestandteilen der Reform vom 1.1.1999 gehörte das *Insolvenzplanverfahren* (§§ 217 ff. InsO). Hier können die Beteiligten abweichend vom Regelinsolvenzverfahren Vereinbarungen treffen, die in der Regel auf den Erhalt des Unternehmens abzielen. Es können sogar die Befugnisse des Insolvenzverwalters beschränkt werden¹⁰. Der Insolvenzplan, der durch den Schuldner oder den Insolvenzverwalter entworfen werden kann, wird wirksam, wenn das Gericht und die Gläubigerversammlung zugestimmt haben. Dem Insolvenzplan kann ein Sanierungsplan zugrunde liegen, der detailliert die Vergangenheit eines Unternehmens aufarbeitet und sich für die Zukunft als tragfähiger Businessplan darstellt. Praktisch besonders bedeutsam ist der vom Schuldner mit seinen Beratern erstellte *Prepackaged Plan*, der mit dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens eingereicht wird¹¹.

Schließlich besteht noch die Möglichkeit, dass das Gericht keinen Insolvenzverwalter bestellt, sondern für das Insolvenzverfahren die

⁹ Masseverbindlichkeiten entstehen, wenn der Insolvenzverwalter in laufende Verträge eintritt oder neue Verträge schließt. Die Forderungen der Vertragspartner fallen nicht in die Masse, sondern sind vollständig zu erfüllen.

¹⁰ BGH BeckRS 2013, 05649.

¹¹ Nachmann/Geißler (Mintzlaff), Länderbericht Deutschland, in Kindler/Nachmann, Rdn. 194.

Eigenverwaltung durch den Schuldner zulässt (§§ 270 ff. InsO). Der Schuldner kann zuvor ein dreimonatiges *Schutzschirmverfahren* beantragen, das dann vorläufig zu einem vollständigen Vollstreckungsschutz führt. Voraussetzung ist die drohende Zahlungsunfähigkeit und ein darauf gestützter Insolvenzantrag (§ 18 InsO). Die drei Monate müssen dann reichen, um ein tragfähiges Sanierungskonzept zu entwickeln. In diesem Zeitraum hat der Schuldner noch die Verfügungsgewalt über sein Geschäft, sofern er keine neuen Masseverbindlichkeiten begründet¹². Bei der Eigenverwaltung erfolgt die Überwachung des Schuldners durch einen gerichtlich bestellten Sachwalter (§ 274 InsO). Diese Variante wird selten genutzt, weil ihr durch die Insolvenzgerichte misstraut wird. Versagt wird die Eigenverwaltung vor allem dann, wenn Nachteile für die Gläubiger zu befürchten sind¹³. Andererseits verspricht dieses Verfahren auch mehr Effizienz. Das schwächste Argument gegen dieses Verfahrens ist die hin und wieder behauptete Missbrauchsgefahr. Denn diese ist auch im Regelinsolvenzverfahren gegeben, da es hier oft an einer effektiven Kontrolle der Insolvenzverwalter durch die Insolvenzgerichte fehlt.

Immerhin bietet das reguläre Insolvenzverfahren insoweit eine gewisse Sicherheit, als der Insolvenzverwalter bei Verletzung seiner Pflichten Schadensersatzansprüchen ausgesetzt ist (§ 60 Abs. 1 InsO). Seine Pflichten gelten als verletzt, wenn er fahrlässig die Pflichten eines ordentlichen und gewissenhaften Insolvenzverwalters vernachlässigt und den Gläubigern oder betroffenen Dritten dadurch ein wirtschaftlicher Nachteil entsteht. Typische Pflichtverletzungen sind die fehlerhafte Buchführung, das Verschleudern von Massegut, Anerkennung unberechtigter Forderungen, Versäumnis der Beitreibung von Forderungen der Masse, Versäumnis von Verjährungsfristen, verspätete Zahlung von Steuern, Nichtberücksichtigung einer festgestellten Forderung, verspätete Zahlung bei durch Vormerkung gesicherter Forderung, fehlerhafte Berücksichtigung von Absonderungs- und Aussonderungsrechten.

¹² LG Köln, 4.7.2014, BeckRS 2014, 14848. Das Gericht kann den Schuldner zur Begründung von Masseverbindlichkeiten ermächtigen. Vgl. auch AG Ludwigshafen BeckRS 2014, 09643. Mehr dazu bei Dahl NJW-Spezial 13/2013, 405.

¹³ AG Köln RS 2013, 11015.

V. Verbraucherinsolvenz: Vereinfachtes Verfahren und Restschuldbefreiung¹⁴

1. Allgemein

Mittlerweile werden in Deutschland pro Jahr ca. 100.000 Anträge auf Verbraucherinsolvenz gestellt¹⁵. Das zeigt die immense praktische Bedeutung dieses Verfahrens.

Das deutsche Insolvenzrecht kennt ein besonderes Verfahren für Verbraucherinsolvenzen seit dem Jahr 1999. Seit diesem Zeitpunkt ist es möglich, dass eine natürliche Person bei Einhalten von bestimmten Auflagen nach sechs Jahren von sämtlichen Schulden, die zum Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens begründet gewesen sind und im Laufe des Verfahrens nicht befriedigt werden konnten, befreit wird („Restschuldbefreiung“). Mit der Reform sind Möglichkeiten der Verkürzung dieses Zeitraums und ein Insolvenzplanverfahren jetzt auch für Verbraucher eingeführt worden.

2. Der Verbraucherbegriff in der Insolvenz

Im Fall der Zahlungsunfähigkeit erlaubt die deutsche Insolvenzordnung, wie bereits gesagt, auch natürlichen Personen die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens. Im Gegensatz zu juristischen Personen besteht dabei jedoch keine strafrechtlich sanktionierte Antragspflicht. Falls der Betroffene den Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens selbst stellt, reicht als Eröffnungsgrund schon die *drohende* Zahlungsunfähigkeit (§ 18 InsO).

Für den Ablauf des Insolvenzverfahrens unterscheidet die Insolvenzordnung zwischen Verbrauchern, die keine selbständige wirtschaftliche Tätigkeit ausüben, und Selbständigen; Letztere unterliegen dem Regelinsolvenzverfahren. Ehemalige Selbständige wiederum

¹⁴ Ahrens/Gehrlein/Ringstmeier (Henning) §§ 304 ff.; Nachmann/Geißler (Fridgen/Geißler), Länderbericht Deutschland, in Kindler/Nachmann, Rdn. 466 ff.

¹⁵ Angabe des Statistischen Bundesamts für 2011, abrufbar unter: <https://www-genesis.destatis.de/genesis/online/>.

unterfallen dem insolvenzrechtlichen Verbraucherbegriff, wenn ihre Vermögensverhältnisse wie bei einem Verbraucher überschaubar sind (§ 304 Abs. 1 Satz 2 InsO).

Bei Verbrauchern ist der Gesetzgeber davon ausgegangen, dass ihre Vermögensverhältnisse in aller Regel überschaubar sind. Daher hat er für Verbraucher ein im Vergleich zur Regelinsolvenz vereinfachtes Verfahren vorgesehen.

Ziel des Verfahrens ist auch hier die geregelte Verwertung des vorhandenen Vermögens des Schuldners (vgl. § 1 InsO). Der Teil der Forderungen, der nicht befriedigt werden kann, bleibt auch nach Abschluss des Insolvenzverfahrens vom Grundsatz her bestehen. Da dies aber eher zur endgültigen wirtschaftlichen Vernichtung des möglicherweise rehabilitationswilligen Schuldners, den oft keinerlei Verschulden an seiner Situation trifft (z.B. Verlust des Arbeitsplatzes) führen würde, hat der Gesetzgeber in Deutschland und in der übrigen EU als Besonderheit dieses Verfahrens die „Restschuldbefreiung“ eingeführt. In Deutschland – wie auch ansonsten innerhalb der EU – steht daher natürlichen Personen nach Abschluss des Insolvenzverfahrens die Möglichkeit der Restschuldbefreiung offen. Dieses Verfahren dauert sechs Jahre (nach der Reform: drei Jahre) und ist an zahlreiche Voraussetzungen gebunden. Auch Selbstständige, die das Regelinsolvenzverfahren durchlaufen haben, haben diese Möglichkeit.

3. Vereinfachtes Verfahren der Verbraucherinsolvenz

Die Verbraucherinsolvenz weist einige Besonderheiten im Vergleich zur Regelinsolvenz auf. Insbesondere hat der deutsche Gesetzgeber in die Verbraucherinsolvenz zahlreiche Vorschriften eingeführt, die auf eine gütliche Einigung zwischen Schuldner und Gläubiger abzielen. Ferner tritt in der Verbraucherinsolvenz an Stelle des Insolvenzverwalters der sogenannte Treuhänder, dessen teilweise eingeschränkten Funktionen zu einer Vereinfachung des Verfahrens führen sollen. Die vergangenen Jahre haben gezeigt, dass dieses Verfahren ein geeignetes Instrument ist, Verbraucher aus dem wirtschaftlichen Abgrund wieder herauszuführen, ohne die Gläubigerinteressen stärker zu schädigen, als dies bis 1999 mit der

existenzbedrohlichen Zwangsvollstreckung bis zum bitteren Ende der Fall war.

a) Einigungsversuch

In der Verbraucherinsolvenz ist im Gegensatz zur Regelinsolvenz in fast allen Fällen der Versuch vorgeschaltet, eine außergerichtliche Einigung mit den Gläubigern herbeizuführen. Nur wenn der Verbraucher einen solchen Versuch unternimmt und dessen Scheitern nachweist, kann er später in den Genuss der Restschuldbefreiung kommen. Der vorgeschriebene Versuch einer außergerichtlichen Einigung wird dabei unter Inanspruchnahme einer geeigneten Stelle (z.B. Schuldnerberatung) durchgeführt. Hin und wieder übernehmen auch Rechtsanwälte diese Funktion, insbesondere wenn der Verbraucher über einen „Hausanwalt“ verfügt, der seine wirtschaftlichen Verhältnisse und seine persönlichen Möglichkeiten kennt, sich aus der Situation wieder herauszuarbeiten.

Der vorgeschriebene außergerichtliche Einigungsversuch bei Verbrauchern ist zwar nicht immer erfolgreich, einen Zeitverlust stellt dieses vorgeschaltete Verfahren jedoch im Ergebnis nicht dar. Denn in dieser Phase wird in der Regel bereits alles an Dokumenten und Informationen zusammengestellt, was im eigentlichen Insolvenzverfahren ohnehin benötigt wird.

Im Rahmen des außergerichtlichen Einigungsversuchs erarbeitet der Schuldner einen Plan, der einen Vergleichsvorschlag an die Gläubiger beinhaltet. Die Erfolgsquote ist mit 20% nicht sehr hoch, aber auch nicht zu unterschätzen. In ca. 80% der Fälle¹⁶ wird der Vergleichsvorschlag des Schuldners von zumindest einem Gläubiger abgelehnt. Das genügt bereits für das Scheitern des außergerichtlichen Einigungsversuchs, wobei allerdings der Vorbehalt gilt, dass das Gericht gemäß § 309 InsO die fehlende Zustimmung von Gläubigern ersetzen kann. Der Schuldenbereinigungsplan entstand vor der Reform unter gerichtlicher Anleitung („gerichtliches Schuldenbereinigungsverfahren“). Nach der

¹⁶ Stellungnahme des Bundesverbands der Verbraucherzentralen v. 12.9.2012, abrufbar unter: <http://www.vzbv.de/cps/rde/xbcr/vzbv/Verbraucherinsolvenzrecht-Reform-Stellungnahme-2012-09-12.pdf>.

Reform gilt, dass die Schuldenbereinigung vom Schuldner selbst zu organisieren ist („außergerichtliches Schuldenbereinigungsverfahren“).

Der Schuldenbereinigungsplan dient dazu, dass noch einmal versucht wird, mit den Gläubigern eine vergleichsweise Einigung zu erreichen. Die Aufsicht des Gerichts beschränkt sich dabei letztlich auf die Prüfung nach Vorlage des Planes, dessen Annahme oder Qualität dann über den Fortgang entscheidet. Das Gericht stellt dann förmlich fest, ob der Plan angenommen worden ist oder nicht.

Falls dem Schuldenbereinigungsplan nicht alle Gläubiger zustimmen, kann die Zustimmung einzelner Gläubiger durch das Insolvenzgericht ersetzt werden (§ 309 InsO). Die Interessen der nicht zustimmenden Gläubiger werden aber insoweit geschützt, als das Gericht deren Zustimmung nur dann ersetzen kann, wenn diese dadurch keine wirtschaftlichen Nachteile erleiden. Bis zum Beschluss über den Schuldenbereinigungsplan wird das Verfahren nicht betrieben, nach dem Beschluss entscheidet das Gericht dann über den Fortgang (§ 306 InsO). Es wurde jedenfalls vor der Reform davon berichtet, dass nur in 3 % der Verbraucherinsolvenzen von den Gerichten das Verfahren zum gerichtlichen Schuldenbereinigungsplan durchgeführt wurde¹⁷. Ob sich dies nach der Reform ändert, muss sich noch zeigen.

b) Treuhänder oder Insolvenzverwalter?

Das Gesetz hatte ursprünglich für das Verbraucherinsolvenzverfahren vorgesehen, dass das Verfahren nicht von einem „Insolvenzverwalter“, sondern von einem „Treuhänder“ durchgeführt wurde. Damit war beabsichtigt, ein stärker an den Bedürfnissen des Verbrauchers orientiertes Verfahren zu konstruieren. Mit der Reform wurde das geändert.

Stellt das Insolvenzgericht fest, dass der Schuldenbereinigungsplan nicht durchzuführen ist oder scheitert ein solcher Schuldenbereinigungsplan an der fehlenden Zustimmung der Gläubiger, kommt es zum eigentlichen Insolvenzverfahren (§ 306 Abs. 1 InsO). Das Insolvenzgericht bestimmt dafür einen Treuhänder. Früher hatte der Treuhänder tatsächlich andere Kompetenzen und weniger Befugnisse als der Insolvenzverwalter. So konnte

¹⁷ Schmidt, Privatinsolvenz, 3. Aufl. 2009, Kap. 3 Rn. 3.

er zum Beispiel keine Rechtsgeschäfte anfechten, falls ihn die Gläubigerversammlung nicht ausdrücklich beauftragt hat (§ 313 Abs. 2 a.F. InsO, jetzt weggefallen). Dieser Vorteil einer Verbraucherinsolvenz gegenüber der Regelinsolvenz ist mit der Reform entfallen. Auch die Verbraucherinsolvenz wird jetzt durch einen Insolvenzverwalter durchgeführt, so dass jetzt auch insoweit wieder die Vorschriften über die Regelinsolvenz anzuwenden sind. Wenn das Gesetz an einigen Stellen noch vom Treuhänder die Rede ist, so ist damit jetzt also der Insolvenzverwalter gemeint.

In der Regelinsolvenz sind Anfechtungsprozesse durch die Insolvenzverwalter, welche die Vermögensverschiebungen durch die Schuldner in vielen Fällen aufmerksam untersuchen, durchaus verbreitet und häufig langwierig. Unlauteren Vermögensverschiebungen durch Schuldner in der Verbraucherinsolvenz versucht die Rechtsprechung unter anderem dadurch entgegenzuwirken, dass sie die gesetzlichen Auskunftspflichten des Schuldners auch auf mögliche Anfechtungssachverhalte erweitert. Falls ein Verbraucher diese Auskunftspflichten verletzt, ist ihm die Restschuldbefreiung zu versagen¹⁸.

Mit der Reform wurde den Gläubigern die parallele Verwertungsbefugnis entzogen (§ 313 Abs. 3 a.F. InsO, jetzt entfallen), sie liegt jetzt wieder ausschließlich beim Insolvenzverwalter. Im Ergebnis wirkt dies verbraucherschützend und ist daher als Verbesserung zu begrüßen. Die Diskussion darüber, was nun der Treuhänder darf und was nicht, ist damit wohl beendet¹⁹.

In die Insolvenzmasse fällt auch Vermögen, welches der Schuldner während des Insolvenzverfahrens erwirbt (z.B. Lottogewinn)²⁰.

Bei der Ermittlung der durch den Treuhänder/Insolvenzverwalter verwertbaren Insolvenzmasse besteht ein enger Zusammenhang zum Recht der Zwangsvollstreckung. Die deutsche Insolvenzordnung regelt ausdrücklich, dass Gegenstände, die nicht der Zwangsvollstreckung

¹⁸ BGH NZI 2010, 264 f.

¹⁹ Beispiel: Kündigung eines Kapitallebensversicherungsvertrages durch den Treuhänder, BGH NJW 2012, 678.

²⁰ AG Göttingen ZInsO 2011, 2002.

unterliegen, nicht zur Insolvenzmasse gehören (§ 36 InsO). Insbesondere zählt danach von den Einkünften, welche der Schuldner erzielt, nur sein pfändbares Einkommen zur Insolvenzmasse. Die Verteilung des Vermögens (soweit überhaupt Vermögen vorhanden ist) erfolgt nach Berücksichtigung der angemeldeten Forderungen durch den Treuhänder/Insolvenzverwalter unter Aufsicht des Insolvenzgerichts²¹. An die Verteilung des Vermögens schließt sich der gerichtliche Schlusstermin an, der zur Restschuldbefreiung überleitet (vgl. § 289 InsO).

Die dargestellte Stellung des Treuhänders in der Verbraucherinsolvenz bedeutet zusammen mit weiteren Vorschriften, welche das Verfahren betreffen, z.B. Wegfall des Berichtstermins (§ 312 InsO), eine Vereinfachung der Verbraucherinsolvenz gegenüber der Regelinsolvenz. Praktisch wichtig ist dabei, dass die Vergütung des Treuhänders unter der Vergütung für Insolvenzverwalter liegt. Dies führt in Kombination mit Regelungen zur Kostenstundung (§§ 4a ff. InsO) dazu, dass in Verbraucherinsolvenzen eine Ablehnung mangels Masse verhältnismäßig selten und damit der Weg zur Restschuldbefreiung offen ist.

c) Restschuldbefreiung

Die Restschuldbefreiung erfolgt – bei Verbrauchern und Selbständigen identisch – nach Durchlaufen mehrerer Etappen:

(1) Antrag, Abtretungserklärung

Der Antrag auf Restschuldbefreiung soll bereits zusammen mit dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens gestellt werden (§ 287 InsO). Allerdings kann der Antrag auf Hinweis des Insolvenzgerichts nachgeholt werden. Dem Antrag ist eine Erklärung beizufügen, dass der Schuldner den pfändbaren Anteil seiner Bezüge aus einem Dienstverhältnis oder an deren Stelle tretende laufende Bezüge (bei Selbständigen) für die Zeit von sechs Jahren nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens an den vom Gericht zu bestimmenden Treuhänder abtritt. Diese Regelung bedeutet im Ergebnis, dass nach Abschluss des Insolvenzverfahrens während der Zeit der

²¹ Gegebenenfalls hat der Insolvenzverwalter das eingegangene Geld zinsgünstig anzulegen (BGH BeckRS 2014, 14307: „Vermögenserhaltungspflicht“).

Abtretungserklärung erfolgreicher Vermögenszufluss, der nicht zu den laufenden Bezügen zu zählen ist, vom Grundsatz her dem Schuldner zusteht. Eine gesetzliche Ausnahme hiervon besteht allerdings für den hälftigen Erbschaftsanfall (§ 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO).

Das Gericht ist bei Einleitung eines Verbraucherinsolvenzverfahrens an den Antrag gebunden und darf nicht von Amts wegen in ein Regelinsolvenzverfahren überleiten²².

(2) Ankündigung und Versagung der Restschuldbefreiung

Wird die Restschuldbefreiung angekündigt, hat jeder Gläubiger im weiteren Verlauf jederzeit das Recht, die Versagung zu beantragen. Vor dem 1.7.2014 konnte dies während des Schlusstermins im Insolvenzverfahren erfolgen (§ 290 Abs. 2 InsO). Voraussetzung für die Versagung ist das Vorliegen eines wichtigen Grundes, der glaubhaft²³ gemacht werden muss.

Einer der wichtigsten Gründe, der in der Praxis dabei zur Versagung der Restschuldbefreiung führt, ist die Verletzung von Auskunftspflichten durch den Schuldner. Eine solche Auskunftspflichtverletzung liegt z.B. unter Umständen schon bei Verschweigen einer Mietkaution des Schuldners vor (§ 290 Abs. 1 Nr. 5, Nr. 6 InsO)²⁴. Auch vorsätzliche Falschangaben zur Erlangung von Sozialleistungen, die innerhalb eines Zeitraums von drei Jahren vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens bis zum Schlusstermin gegenüber dem Sozialleistungsträger gemacht werden, führen zur Versagung der Restschuldbefreiung (§ 290 Abs. 1 Nr. 2 InsO)²⁵. Ein häufiger Versagungsgrund für die Restschuldbefreiung ist in der Praxis schließlich noch die Verschwendung von Vermögen durch den Schuldner innerhalb eines Zeitraums von einem Jahr vor Eröffnungsantrag. Hierzu

²² BGH BeckRS 2013, 08614.

²³ „Glaubhaft machen“ bedeutet, dass eine Beweisführung nicht erforderlich ist, sich aber aus dem Vorbringen des Schuldners sich nachvollziehbar der wichtige Grund ergibt. Die Glaubhaftmachung kann durch Gegenbeweis widerlegt werden. Allerdings muss das Insolvenzgericht von Amts wegen prüfen, ob die „glaubhaft“ gemachten Versagungsgründe tatsächlich vorliegen (BGH BeckRS 2013, 08446).

²⁴ BGH Beschluss v. 12.07.2007, IX ZB 129/04.

²⁵ BGH NZI 2012, 145.

zählt z.B. unter Umständen auch das Verspielen von Geld²⁶. Wird kein Versagungsgrund von einem Gläubiger geltend gemacht, kündigt das Insolvenzgericht dem Schuldner die Restschuldbefreiung an. *Kein* Versagungsgrund ist, wenn der Schuldner nach Ablauf der Abtretungsfrist wegen Insolvenzverschleppung verurteilt wird²⁷. Seit 1.7.2014 kann ein Gläubigerantrag auf Versagung der Restschuldbefreiung im laufenden Insolvenzverfahren jederzeit schriftlich gestellt werden.

(3) Wohlverhaltensphase

An die Ankündigung der Restschuldbefreiung im Schlusstermin knüpft die sogenannte Wohlverhaltensphase an. Diese dauert vom Zeitpunkt der Aufhebung des Insolvenzverfahrens bis zum Ende der Laufzeit der Abtretungserklärung²⁸. Innerhalb dieser Phase unterliegt der Schuldner verschiedenen gesetzlichen Verpflichtungen. Insbesondere hat er eine angemessene Erwerbstätigkeit auszuüben oder sich um eine solche zu bemühen. Mit der Reform wurde dieses Erfordernis verschärft. Gemäß § 287b InsO muss der Schuldner bereits ab Eröffnung des Insolvenzverfahrens bis zum Ende der Abtretungsfrist – also in der Regel sechs Jahre – dafür sorgen, dass er eine Erwerbstätigkeit aufnehmen kann. Kommt der Schuldner dieser Verpflichtung nicht nach, muss ihm die Restschuldbefreiung versagt werden (§ 290 Abs.1 Zif. 7 InsO). Auch diese strenge Anforderung an den guten Willen des Schuldners führte zu einer Verbesserung des Gleichgewichts zwischen Gläubiger- und Schuldnerinteressen.

Ist der von der Insolvenz Betroffene selbständig tätig, hat er die Insolvenzgläubiger so zu stellen, wie wenn er ein angemessenes Dienstverhältnis eingegangen wäre (§ 295 InsO)²⁹. Erkennt der Schuldner dabei, dass er mit der von ihm ausgeübten selbständigen Tätigkeit nicht genug erwirtschaftet, um seine Gläubiger so zu stellen, als gehe er einer vergleichbaren abhängigen Tätigkeit nach, muss er sich nachweisbar um

²⁶ AG Göttingen ZInsO 2010, 1012.

²⁷ BGH BeckRS 2014, 15559.

²⁸ BGH ZInsO 2009, 299.

²⁹ Vgl. Harder NJW-Spezial 9/2013, 277.

eine angemessene abhängige Beschäftigung bemühen und – sobald sich ihm eine entsprechende Gelegenheit bietet – diese wahrnehmen³⁰.

Erbt der Schuldner während der Wohlverhaltensphase Vermögen, hat er die Hälfte des Werts durch Zahlung eines entsprechenden Geldbetrages herauszugeben (§ 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO)³¹.

In der Wohlverhaltensphase hat der Schuldner nur beschränkte Auskunft- und Informationspflichten. Er braucht zum Beispiel keine Auskunft über etwaige Gewinne aus seiner selbstständigen Tätigkeit zu erteilen³².

(4) Ausnahmen von der Restschuldbefreiung

Einige wenige Forderungen sind von vorneherein von der Restschuldbefreiung ausgenommen. Hierzu zählen insbesondere Verbindlichkeiten aus einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung, sofern der Gläubiger die entsprechende Forderung unter Angabe dieses Rechtsgrunds während des Insolvenzverfahrens angemeldet hat (§ 302 InsO)³³. Mit der letzten Reform neu hinzugekommen sind rückständige Unterhaltszahlungen und im Strafverfahren festgestellte Steuernachzahlungen und –strafen. Früher waren solche Tatbestände allerdings über den Begriff der unerlaubten Handlung bereits aus der Restschuldbefreiung herausgenommen worden. Denn nicht nur Steuerhinterziehung und –verkürzung sind strafbar, sondern auch der vorsätzliche Verstoß gegen Unterhaltspflichten (§ 170 StGB)³⁴. Ob diese Regelung allerdings sachgerecht ist, wird offenbar in der deutschen Literatur nicht hinterfragt. Der Staat wird hier mit seinen Nachforderungen nach Auffassung des Autors dieses Beitrags unangemessen privilegiert. Auch im Hinblick auf das Privileg der Unterhaltsberechtigten ist durchaus fraglich, ob das empfindliche Gleichgewicht in familiären Unterhaltsbeziehungen einseitig zu Lasten des insolventen Verbrauchers verschoben werden sollte.

³⁰ BGH NZI 2009, 482.

³¹ BGH BeckRS 2013, 01961.

³² BGH BeckRS 2013, 04745.

³³ Vgl. dazu BGH BeckRS 2013, 12812.

³⁴ BGH ZInsO 2010, 1246.

(5) Erteilung der Restschuldbefreiung

Liegen keine Verstöße gegen die gesetzlichen Obliegenheiten während der Wohlverhaltensphase vor, wird dem Schuldner auf seinen Antrag die Restschuldbefreiung erteilt. Auch in Fällen, in denen die Gläubiger praktisch leer ausgehen, kommt es bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen zur Restschuldbefreiung sechs Jahre nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens. Die Bestimmung des § 300 InsO kann als Kernvorschrift des Rechts der Verbraucherinsolvenz angesehen werden, denn sie erlaubt den Beteiligten ein flexibles Vorgehen bei der Restschuldbefreiung. So kann die Entscheidung über die Restschuldbefreiung sofort fallen, wenn kein Insolvenzgläubiger eine Forderung angemeldet oder der Schuldner alle Forderungen und sonstigen Masseverbindlichkeiten bezahlt hat. Eine Entscheidung kann ferner nach einer verkürzten Frist von drei Jahren fallen, wenn dem Insolvenzverwalter oder Treuhänder innerhalb dieses Zeitraums ein Betrag zugeflossen ist, der eine Befriedigung der Forderungen der Insolvenzgläubiger in Höhe von mindestens 35 Prozent ermöglicht; die Berechnung des Prozentsatzes erfolgt aufgrund der rechtskräftig festgestellten oder rechtshängigen oder in ein Schlussverzeichnis aufgenommenen Forderungen³⁵. Nach fünf Jahren kann eine Entscheidung fallen, wenn das Gericht dies nach seinem eigenen Ermessen für sachgerecht hält. In jedem Falle müssen natürlich Insolvenzgläubiger, Insolvenzverwalter bzw. Treuhänder und Schuldner angehört werden.

Falls es ein Insolvenzgericht innerhalb von sechs Jahren nicht schafft, das eigentliche Insolvenzverfahren zu beenden und es in die Wohlverhaltensperiode überzuführen, ist dem Schuldner dies nicht anzurechnen und die Restschuldbefreiung von Amts wegen zu erteilen, wobei den Gläubigern zunächst Gelegenheit zu geben ist, etwaige Versagungsgründe vorzubringen³⁶.

Die Restschuldbefreiung ist allgemeinverbindlich, trifft also auch Gläubiger, die ihre Forderungen nicht angemeldet hatten (§ 301 InsO). Eine

³⁵ Die Restschuldbefreiung ist höher, als ursprünglich durch den Gesetzgeber geplant. Zur Kritik und weiteren Praxisproblemen: Harder NJW-Spezial 15/2014, 469.

³⁶ BGH ZInsO 2010, 102.

Ausnahme bilden die Gläubiger, die über Sicherungsrechte verfügen und nach dem Insolvenzrecht (dazu oben) zur Absonderung berechtigt wären. Die Möglichkeit der Gläubiger, gegen Bürgen oder Mitschuldner vorzugehen, bleibt vom Insolvenzverfahren und der Restschuldbefreiung unberührt. Gegen die Rückgriffsansprüche der Mitschuldner und Bürgen ist der Schuldner durch die Restschuldbefreiung geschützt.

Eine Restgefahr besteht für den Schuldner aufgrund von § 303 InsO. Stellt sich nämlich heraus, dass der Schuldner gegen wesentliche Obliegenheiten verstoßen hat, kann die Restschuldbefreiung auf Antrag eines Insolvenzgläubigers widerrufen werden. Das ist etwa der Fall, wenn der Schuldner nach dem Beschluss über die Restschuldbefreiung wegen einer Straftat verurteilt wird, die er vor Ablauf der Abtretungsfrist begangen hat. Hier beträgt die Antragsfrist ein Jahr nach dem Beschluss auf Restschuldbefreiung. Nur sechs Monate Antragsfrist gibt es, wenn die Verletzung nur in der Verletzung von gesetzlich vorgesehenen Auskunft- oder Mitwirkungspflichten besteht.

Wird die Restschuldbefreiung versagt, wird der Schuldner in das Schuldnerverzeichnis eingetragen.

VI. Insolvenzrecht und Zwangsvollstreckung

Bevor ein Schuldner tatsächlich einen Insolvenzantrag stellt, der die Verwertung seines pfändungsfreien Vermögens zur Folge hat, kommt es häufig zu Zwangsvollstreckungsversuchen von Gläubigern. Es stellt sich damit die Frage nach dem Zusammenhang zwischen Zwangsvollstreckung und Insolvenzrecht.

Die grundlegende Vorschrift in der deutschen Insolvenzordnung zum Verhältnis zur Zwangsvollstreckung bestimmt, dass Zwangsvollstreckungen einzelner Insolvenzgläubiger während der Dauer des Insolvenzverfahrens in die Insolvenzmasse und sonstiges Vermögen des Schuldners (z.B. nach Freigabe durch den Insolvenzverwalter/Treuhänder) unzulässig sind (§ 89 InsO). Dabei regelt die Insolvenzordnung zusätzlich, dass Pfändungspfandrechte, die im letzten Monat vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens erlangt worden sind, mit der Eröffnung des Verfahrens unwirksam werden (§ 88 InsO).

Bei Verbraucherinsolvenzen wird die Frist für die Unwirksamkeit von Pfändungspfandrechten auf drei Monate vor Insolvenzeröffnung erweitert (§ 312 Abs. 1 Satz 3 InsO). Dennoch wird in der Praxis von Fällen berichtet, in denen Gläubiger die weitgehende Offenlegung der Vermögensverhältnisse des Schuldners im Zusammenhang mit dem vorgeschriebenen außergerichtlichen Schuldenbereinigungsplan dazu nutzen, gezielt Zwangsvollstreckungsmaßnahmen gegen den Schuldner einzuleiten. Es wird daher teilweise dafür plädiert, Zwangsvollstreckungsmaßnahmen während des außergerichtlichen Einigungsversuchs für grundsätzlich unwirksam zu erklären³⁷.

Die Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung während des Insolvenzverfahrens ist unmittelbar dem Ziel des Insolvenzverfahrens geschuldet, die Gläubiger eines Schuldners gemeinschaftlich zu befriedigen (§ 1 InsO). Durch die Insolvenzordnung soll ein – für alle Seiten häufig aufwändiger und unergiebig – Wettlauf der Gläubiger verhindert und stattdessen eine geregelte Verwertung des Vermögens des Schuldners ermöglicht werden. Dabei berücksichtigt die Insolvenzordnung, wenn Gläubiger wirksam Sicherungsrechte am Vermögen des Schuldners erlangt haben. Bestimmte Sicherungsrechte fallen vom Grundsatz her nicht unter das Vollstreckungsverbot (vgl. § 49 InsO). Dennoch überträgt die deutsche Insolvenzordnung auch bei zahlreichen Sicherungsrechten im Ergebnis das Verwertungsrecht wieder auf den Insolvenzverwalter (vgl. §§ 165 ff. InsO).

Während des Insolvenzverfahrens wird das vorhandene, pfändbare Vermögen des Schuldners in einem geregelten Verfahren verwertet. In der Insolvenz natürlicher Personen ist dabei die Festlegung des pfändbaren/pfändungsfreien Teils des Schuldnervermögens von besonderer praktischer Bedeutung. Im deutschen Recht finden sich die hierfür einschlägigen Regelungen im Recht der Zwangsvollstreckung. Die Insolvenzordnung verweist dabei schlicht auf diese Regelungen (§ 36 InsO). Der Treuhänder/Insolvenzverwalter hat diese Vorschriften zum pfändungsfreien Teil des Schuldnervermögens zu beachten. Bei

³⁷ Stellungnahme des Bundesverbands Verbraucherzentrale v. 12.9.2012, abrufbar unter: <http://www.vzbv.de/cps/rde/xbcr/vzbv/Verbraucherinsolvenzrecht-Reform-Stellungnahme-2012-09-12.pdf>, Seite 6.

Unklarheiten entscheidet auf Antrag das Insolvenzgericht (§ 36 Abs. 3 InsO). Auch die für die Wohlverhaltensphase entscheidende Abtretungserklärung des Schuldners bezieht sich ausschließlich auf den pfändbaren Teil des Einkommens (§ 287 Abs. 2 InsO).

Die Abgrenzung im Recht der Zwangsvollstreckung zwischen pfändbaren/pfändungsfreien Teil des Vermögens/Einkommens ist daher auch für das Insolvenzrecht von erheblicher Bedeutung. Die Regelungen zur Zwangsvollstreckung spielen demnach auch im Insolvenzrecht eine wichtige Rolle. Gleichzeitig verdeutlicht das Verfahren zur Restschuldbefreiung, dass das Insolvenzrecht neben der Ermöglichung der geregelten Verwertung des Schuldnervermögens weitere Ziele verfolgt, die sich in dieser Deutlichkeit nicht im Recht der Zwangsvollstreckung finden. Es geht im Insolvenzrecht wesentlich stärker auch um sozialpolitische und wirtschaftspolitische – Stichwort: Unternehmenssanierung – Ziele. Die aktuellen Diskussionen um die Reform des Insolvenzrechts in Deutschland zeigen dies sehr anschaulich.

VII. Zusammenfassung – was ist neu?

Am 1.7.2014 ist die zweite Stufe der Reform des Insolvenzrechts in Kraft getreten – der zweite Teil der Reform von 1999. Die Reform weicht geringfügig von den Vorschlägen ab, die die deutsche Bundesregierung im Vorfeld gemacht hatte. So hatte die Bundesregierung die Quote, die für eine Verkürzung der Frist zur Restschuldbefreiung auf drei Jahre gedacht war, mit 25 Prozent vorgesehen, die wurde auf 35 Prozent heraufgesetzt. Ziel dieser Maßnahme ist, die bislang durchschnittlich niedrigen Quoten von 10 Prozent, die Gläubiger in Verbraucherinsolvenzen erzielen konnten, nach oben zu ziehen. In der Summe gehen die Regeln vom Verbraucherinsolvenzverfahren stärker als zuvor vom mündigen Verbraucher aus, dem man zutraut, in Eigeninitiative zur eigenen Entschuldung beizutragen. Allerdings dürften 35% zu hoch angesetzt sein und damit die praktische Relevanz der Verkürzung der Frist mindern.

Ein Ergebnis der Reform ist des Weiteren, dass das Verfahren der Verbraucherinsolvenz stärker an das Verfahren der Regelinsolvenz angepasst worden ist. Der für das Verbraucher-insolvenzverfahren typische Treuhänder ist nun wieder im Insolvenzverwalter aufgegangen.

Gestrichen wurde auch das für die Verbraucherinsolvenz typische *gerichtliche* Schulden-bereinigungsverfahren. Es ist dem *außergerichtlichen* Schuldenbereinigungsverfahren gewichen. Das heißt nichts anderes, als dass das Insolvenzverfahren der Regelinsolvenz nun auch in der Verbraucherinsolvenz im Vordergrund steht. Dem Schuldner wird auferlegt, Eigeninitiative zu entwickeln und sich gemeinsam mit den Gläubigern um eine Lösung zu bemühen.

Als Kern der Verbraucherinsolvenz bleibt somit die Notwendigkeit, zunächst einen außergerichtlichen Einigungsversuch durchzuführen. Ergänzt und gestärkt wird diese Regelung jetzt, indem dem Gericht die Möglichkeit eingeräumt wird, die Ablehnung einzelner Gläubiger durch die Ersetzung der Annahme des Schuldenbereinigungsplanes zu ersetzen.

Diese Diskussion darum, ob eine Verkürzung der Wohlverhaltensperiode zur Bevorzugung von Schuldnern führt, die leicht an andere Geldquellen (z.B. Familie) herankommen³⁸, ist mit der Reform beendet worden. Das Ergebnis ist zu begrüßen, denn es führt zu einer sehr viel besseren Ausgewogenheit zwischen Gläubiger- und Schuldnerinteressen. Auch die Befürchtung, dass vor allem kleinere Gläubiger unter der verkürzten Frist leiden könnten und der Anreiz zur Verschuldung erhöht werde³⁹, dürfte unberechtigt sein.

Im Ergebnis gibt es keine Veranlassung, in Lobeshymnen über die Reform auszubrechen. Letztlich geht es um leichte Verschiebungen im schwierigen und labilen Gleichgewicht zwischen Gläubiger- und Verbraucherinteressen, die eher Richtung Gläubiger zu weisen scheinen.

³⁸ Stellungnahme des Bundesverbands Verbraucherzentrale v. 12.9.2012, abrufbar unter: <http://www.vzbv.de/cps/rde/xbcr/vzbv/Verbraucherinsolvenzrecht-Reform-Stellungnahme-2012-09-12.pdf>, S. 6.

³⁹ Pressemitteilung v. 18.7.2012 des Bundesverbands Deutscher Inkasso-Unternehmen e.V., abrufbar unter: http://www.inkasso.de/_downloads/430.pdf, S. 2.

^HROMA HUKUKUNDA İFLAS PROSEDÜRÜNÜN DOĞUŞU

*Prof. Dr. Stasys VÉLYVIS** / *Dr. Vilija MIKUCKIENÉ**

*(Çev.) Arş. Gör. Hande Gül KÜÇÜKKAYA***

Açıklama. İflasın amacını açıklamak, iflas prosedürünün ve hukuki terimlerin gerçek özünü ortaya çıkarmak için bu hukuki kurumun özünü, yaratımının ve gelişiminin sebepleri ile birlikte anlamak önemlidir. Bu makale iflas prosedürü kurumunun tarihsel gelişiminin analizini içermektedir. Bu amaçla, Roma Hukukundaki iflas prosedürü ve modern iflas prosedürü arasındaki benzerliklerin bulunması için tarihsel karşılaştırmalı analiz makalede ele alınmıştır. Ele alınan iflas prosedürünün gelişiminin tarihsel analizi amacıyla eski dönemlere ait hukuk olarak Roma hukuku seçilmiştir. Yazarlara göre, iflas prosedürünün kökenin ve oluşumunun nedenlerinin ortaya konması bakımından Roma Hukuku en iyi örnektir. Bazı Roma Özel Hukuku kurumlarının analizi, yazarların iflas prosedürüne ilişkin ana özelliklerin (prensiplerin) eksiksiz biçimde Roma Hukukunda olduğu sonucunu çıkarmalarına olanak sağlar: şahsi sorumluluğun maddi sorumlulukla değişimi; açık artırmanın borçlunun malvarlığını paraya çevirme şekli olarak bulunması; borçlunun malvarlığının tümünden bölünmüş parçaların paraya çevrilmesine geçiş; borçlunun malının açık artırmada yemin altında bencil sebeplerle davranmadan (hakkaniyetle) kimin yöneteceğinin bulun-

^H Hakem incelemesinden geçmiştir.

* Mykolas Romeris Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usûl Hukuku Anabilim Dalı

** İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Roma Hukuku Anabilim Dalı. Roma Usul Hukukuna ilişkin birçok kaynak bulunabilirken, Roma İflas Hukukuna ilişkin neredeyse hiç kaynak bulunamaması bizi bu makalenin çevrilmesine yöneltmiştir. Her ne kadar makalenin başlığı iflas prosedürüne ilişkin olsa da makalede yoğunlukla Roma Usul Hukukunun kurumlarından bahsedilmektedir ve evrensel iflas prosedürlerinin kökenleri tartışılmaktadır.

ması; 30 günlük süreler konulması, bu sürede borçlunun borcunu karşılaması (iddia konusu uyuşmazlığının çözümü için 30 gün süre verilmesi); başlamış borç temini prosedürüne ilişkin alacaklıların bilgilendirilmesi kurumunun oluşturulması ve bu prosedürlere teşvik edilmesi; borcun mesken eşyalarından karşılanmasının yasaklanması ilkesi, borçlu ile alacaklının anlaşması ilkesinin temellerinin oluşturulması; alacaklının haklarının korunması için yasal çare olarak Actio Pauliana'nın oluşturulması.

Belirtilen kurallar zamanla birçok yabancı ülkede iflas halinde hukuki ilişkilere uygulanan hukuki fiillere dönüşmüştür.

Anahtar kelimeler: iflas prosedürünün gelişimi, Roma Hukuku

GİRİŞ

Bütün uyuşmazlıklar sosyal bakımdan önemli olmadıkları ve çözümlenmeleri için çok karışık konuları bünyelerinde barındırmadıkları için aynı uyuşmazlık çözüm yollarını tüm uyuşmazlıklara uygulamak makul değildir. Değişik kategorilerdeki özel hukuk davalarını özelliklerine göre, doğası, karmaşıklığı, zaruri ilişkilerin kamusal önemi doğrultusunda ayırmak önemlidir. Davaların karmaşıklığı ve hukuki ilişkinin doğasının önemi doğrultusunda özel hukuk davalarının değerlendirilmesi ayrılmıştır. Kanun koyucu iki kıstas temelinde ayrı kategorilerde özel hukuk davalarını oluşturmuştur: toplum bakımından önemi olan hukuki ilişkilerin çözümüne ilişkin özel hukuk davalarında kamu yararını korumak ve davaların karmaşıklığı için; örneğin hukuki ilişkinin, uyuşmazlık yaratmasının irdelenmesi ve uyuşmazlık çözümünde belli kuralların belli koşullar altında kullanılmasında makul olunmasının değerlendirilmesi gibi. İflas prosedürünün amacını açıklamak ve iflastaki farklı terimlerin varlığının nedenini ortaya çıkarmak için bu hukuki kurumun özünü ve gelişimini sebepleri ile birlikte anlamak önemlidir.

Bu amaçla, Roma Hukukundaki iflas prosedürü ile modern iflas prosedürü arasındaki benzerliklerin tespiti için tarihsel karşılaştırmalara dayanan araştırmalar makalede ele alınmıştır.

Ele alınan iflas prosedürünün gelişiminin tarihsel analizi amacıyla eski dönemlere ait hukuk olarak Roma hukuku seçilmiştir. Yazarlara göre, iflas prosedürünün kökenin ve oluşumunun nedenlerinin yansıtılması bakımından

Roma Hukuku en iyi örnektir. İflas prosedürüne ilişkin önemli prensipler eksiksiz biçimde Roma Hukukunda oluşmuştur.

Konunun önemi. Yukarıda anılan sebepler doğrultusunda iflas prosedürünün bilimsel analizi günceldir ve kural olarak kanun koyucunun belirli iflas prosedürü modellerinin oluşumuna karar vermesinde yardımcı olabilir. Bu bilimsel çalışma iflas prosedürünün oluşumundaki nedenlerin ve iflasa dair hukuki ilişkilerin kurulu düzenleme mekanizmalarının amaçlarının ortaya çıkmasını sağlar.

Araştırma konusu. Roma Hukukundaki iflas prosedürünün özünü ortaya çıkaran bazı kurumların analizi

Amaç. Modern iflas prosedürünün kurumlarının tarihsel kökeninin analizi

Amaçlar. 1. İflas prosedürünün kökeninin oluşturulması 2. Roma özel hukukunun değişik kavramlarının analiz edilmesi ve iflas prosedürüne ilişkin hangi güncel kavramların Roma hukukundan doğduğunun açıklığa kavuşturulması.

Uygulanan yöntemin açıklanması. Bu araştırma için yazarlar bilimsel araştırmanın akademik ve ampirik yöntemlerini birleştirmişler: belgelerin analizi, hukuki kavramlar, dil bilim, karşılaştırma, özet, mantık, genelleştirme yöntemi birlikte uygulanmıştır.

1. İflas Prosedürünün Kökeni

İflas prosedürünün ne zaman ortaya çıktığı sorusunun cevabı “iflas”ın özünün yorumuna bağlıdır, örneğin borcun ödenememesine ilişkin ilişkilerin iflas ilişkisi olarak kabul edilip edilmediği gibi.

Borçlunun iflasında alacaklıların menfaatlerinin korunması çok eskiden beri hukuki düzenlemelerin amacıdır. Bu yüzden, yorumlama ve modern iflas prosedürünün düzenlenmesi, adetlerin uzun evriminin ve daha sonraları yazılı hukukun sonucudur.

Antik ulusların hukuklarının analizi, günümüzde bu karmaşık kurumun izlerinin ayrıntılı araştırılmasına yardımcı olabilir. Gelişmemiş antik ulusların mesken gerçeği borçlunun kendisini ve aile bireylerini (borçlunun malvarlığı değil) borcun teminatını oluşturmaktaydı. Bu kural sadece sıkı

Hint Kanunlarında değil, aynı zamanda kısmen yumuşak olan Tevrat'ta saptanmıştır. Bu kural Mısır ve Yunan kanunlarında da tespit edilmiştir¹. Eski İbranice yazıtlarda (11 Kralların Kitabı, 4 bölüm) belirli borç ilişkilerinin izleri bulunmaktadır. - bir kadının Hz. Elyasa'ya şikayeti: "...Kocam öldü, alacaklı iki oğlumu köle yapma niyetiyle geldi..."² ve Hamurabi Kanununda "Biri borcunu ödeyemezse kendisini, eşini, oğullarını ve kızlarını para için satarsa ya da zorunlu çalışmaları için verirse..."³ denilmektedir. Borçlunun kendisinin veya aile bireylerinin, borç teminine konu olması Roma Hukukunun erken gelişiminde de yaygındı.

Antik ulusların yaşam koşullarına, sosyal eğitim seviyeleri ile kültürel ve tarihi geleneklerine göre, iflas prosedürlerinin varlığı tartışmaya gerek yoktur; çünkü kapsamlı olarak tartışılan durumlar, prosedürün uygulanmasının temelini ayrıntılı olarak ortaya koymaktadır. Modern iflas prosedürünün kökeninden bahsedebilmek için borç tahsilinin (şüphesiz iflas prosedürünün başlangıcının ana kaynağıdır) kişiye değil kişisel malvarlığına yöneltildiği, kişisel keyfiyetin usul olması yerine, devlet makamlarının düzenleyici alanına bırakılmasına bakılması yeterlidir. Demek ki G. Pagano iflas prosedürünün antik kültürlerde var olmadığına ilişkin iddiasında haklıydı⁴ zira devlet iflas makamlarının müdahalesinden tamamen bağımsız ve özünde özel niteliklidir.

2. Modern İflas Prosedürünün Ana Özellikleri

Belirli bir hukuk normunun oluşumunu her zaman toplumun nesnel ihtiyaçları belirlemiştir. Uyuşmazlık yönetiminde kölelik sisteminin amaçları için daha medeni kurallar getirmek önemliydi; fakat uyuşmazlık çözümünün şekli ve içeriği devlet ilişkilerinin gelişim aşamasına yansdı. Böylelikle, borçluya öncelikle maddi değil kişisel sorumluluk yüklenmiştir.

Borçlunun malvarlığı olmadığı durumda alacaklıların birçok koşulun yarışması üzerine anlaşmaları prosedürü, modern iflas prosedürü olarak

¹ Pagano, G.; Teorica del Fallimento, Rome, 1889, s. 9.

² Gecas, D.; Insolvency and Bankruptcy of Debtors, 1929, s. 2.

³ Tamosaitis, A./Kairys, J.; Hammurabi's Code, 1938, s. 8.

⁴ Pagano, s. 9.

anlaşılmaktadır. A. Ch. Golmstein'a⁵ göre iflas prosedüründen bahsedebilmek ancak aşağıda sayılan koşulların varlığında mümkündür:

Borçlunun malvarlığı tüm alacaklıların taleplerini karşılamak için yetersizse;

- Çok sayıda alacaklı vardır.
- Alacaklıların taleplerini yerine getirmek için belirli bir prosedür vardır.

G. F. Sersenevich⁶ da borçlunun malvarlığının yönetiminin özel rejimini veya yarışmanın⁷ söz konusu olmasını bu özelliklere dayandırmaktadır.

Bütün bu özellikler antik ulusların hukukunda ortak olmasına rağmen, iflas prosedürü hepsinin birlikte bulunmaları durumunda kabul edilir.

İflas hukuki ilişkisini düzenleyen modern kanunlar, borçlunun ödeme kabiliyetini yeniden oluşturma ihtimalini koruma, borç yükünden kurtarma ve yeniden işe başlamasını amaçlar⁸. Yabancı ülkelerin uygulamalarının analizi iflasa dair hukuki ilişkilerin gelişimine olan eğilimi ortaya koyar; görülür ki iflas hukuki ilişkilerine ilişkin kanunlar yüzyıllardır yumuşatılmakta, şirket borçlarından kurtulmak için olumlu koşullar, borcun bir kısmından el çekmek vb., iflas eden şirketlerden pay alan devlet, özel sermaye temsilcileri ve alacaklılar tarafından oluşturulmuştur. Buna ilaveten, yabancı ülkelerde, örneğin Fransa ve A.B.D.'de, iflas eden şirketleri "korumak" için özel kuruluşlar kurulmuştur. Bu kuruluşlar iflas eden şirketin faaliyetlerinin ve aktivitelerinin normalleşmesi, borç ödeme gücünün yeniden yapılanması vb. üzerine uzmanlaşmıştır.

Böylelikle, iflas ilişkisindeki hukuki normlar pazar ekonomisinin asıl görevlerinden birini çözmeye yardım eder;- yükümlülüklerini yerine getiremeyen ve elverişli çalışmayan bireysel ilişkilerin taraflarının elemine edil-

⁵ **Golmstein**, A. Ch.; *Historic Study of Russian Competitive Procedure*, 1888, s. 1.

⁶ **Shershelevich**, G. F.; *Competitive Procedure*, 2000, s. 27-28.

⁷ Yarışmanın kütlesi sadece borçlunun mülkiyet hakları değil aynı zamanda borçlunun diğer mülkiyete ait menfaatleri ve yükümlülüklerini ilişkin malvarlığının alacaklılara dağıtılmasıdır.

⁸ **Stepanov**, V. V.; *Insolvency (Banruptcy) in Russia, France, England and Germany*, 1999, s. 14-15.

mesi- ve etkili biçimde çalışır. Yine de iflas prosedürünün temel amacı, borçlunun kapasitesinin ve işleyişinin sadece bu ümitsiz ticari işletmelerin tasfiyesi sırasında yeniden yapılandırılmasıdır. Birçok uzmana göre (L. LoPucki⁹, D. Garbus¹⁰, V. V. Stepanov¹¹, V. Vitianski¹²) iflas prosedürünün hak arama amacı, modern iflas hukuki ilişkilerinin düzenlenmesi için en önemlisidir. Bunun yanında, A.B.D.'li iflas prosedürünün güvenilir uzmanlarından D. G. Baird ve R. K. Rasmussen¹³ üzüntülerini belirterek maddi zorluklar yaşayan ticari işletmelerin korunmasını amaçlayan iflas prosedürü ya demode olmuştur ya da her halükarda son günlerini yaşamaktadır, demektirler¹⁴.

3. Roma Hukukunda İflas Prosedürünün Doğuşu

İflas prosedürü ne zaman oluştu, nasıl ve hangi nedenlerle dönüştü, iflas prosedürüne ilişkin ilkelerin ne zaman oluştuğu, hangilerinin daha sonra modern iflas prosedürünü doğrudan etkilediği sorularının cevabını bulmak için Roma hukukunun gelişimi aşamalarını (eski dönem roma hukukunun gelişimi, *manus iniectio* prosedürü, *venditio bonorum* prosedürünün doğuşu, *distractiobonorum* ve *cessiobonorum* prosedürleri) etraflıca analiz etmek gerekir. Roma hukuku, orta çağ Avrupası hukuk hayatında önemli ve kendine has bir olgu haline gelmiştir. Neredeyse ölü ve işlevsiz Roma hukuku, yaşayan hukukun üstesinden başlarda kanun koyucunun müdahalesi bile olmadan gelebildi, gücünün ve gelişiminin zirvesindeyken yapamadı-

⁹ **Pucki, L.**; Current Development in International and Comperative Corporate Insolvency Law. A System Approach to Comparing US and Canadian Reorganization of Financially Distressed Companies, Oxford 1994, s. 115.

¹⁰ **Garbus, D.**; Out-of-Court Debt Restructuring Alternatives in the United States, Boston, 1991, s. 121.

¹¹ **Stepanov**, s. 17.

¹² **Vitianskij, V. V.**; Peculiarities of Bankruptcy of Separate Categories of Debtors, 2001, s. 12.

¹³ **Baird, D. G./Rasmussen, R. K.**; The End of Bankruptcy University of Chicago http://www.law.uchicago.edu/files/files/173.dgb_bankruptcy.end_pdf (1.15.2009).

¹⁴ **LoPucki, L. M.**; Courting Failure: How Competition for Big Cases is Corrupting the Bankruptcy Courts, Londra 2003, s. 28.

ğına aniden ulaştı, elli yıldır değiştirilemez tarih olarak kabul olundu¹⁵. Böylelikle, değişik hukuk ilişkilerindeki belirli Roma hukuku doğmalarını yaratan Avrupalı hukukçularının çabaları sayesinde Roma hukukundan kazanılan birçok deneyim nesilden nesile aktararak modern hukuka ulaştı.

Roma hukuku kapsamında, “iflas”, “iflas prosedürü”, “iflas hukuku”, “iflas hukuki ilişkisi” ve diğer terimlerin kullanılması doğru gözükmez çünkü bu terimler, iflas terimi alacaklısından saklanan ve kaçan borçlunun tanımlanması için kullanan ortaçağ İtalyan hukukundan doğmuştur. İtalyanca’da iflas şöyle çevrilir: “*bankus*” terimi İtalyanca’da *ofis*, *büfe*, *ticaret kurumu* ve “*roto*” terimi *ofisi kapatmak ya da kırmak* anlamındadır¹⁶. Diğer yandan, modern iflas prosedüründe bazı farklı kavramların benzerliklerini ve kökenini göstermek için iflas prosedürünün tarihsel analizinin temelinde “iflas”, “iflas prosedürü”, “iflas hukuki ilişkisi” vb. terimlerin kullanımını makul kabul etmekteyiz; zira modern iflas hukukuna uygulanan dilbilim ve üslup bu makalenin amacının ve hedefinin anlaşılmasına yardım eder.

Birden çok alacaklının taleplerini bir borçluya yöneltmesine ilişkin olaylar Roma hukukunda sıkça rastlanır. Müflis borçluların ilişkileri üzerine düzenleme önceleri müflis borçlunun alacaklıları borcu borçlunun malvarlığından değil, borçlunun kendisinden temin edebiliyordu (XII Levha Kanunları, III. Levha)¹⁷. Borçluyu köle yapabilen, ya da basitçe öldürebilen örneğin takdir yetkisi dahilinde borçluya davranan alacaklıya borçlu devredilmekteydi¹⁸. Alacaklıların borçlunun bedenini alacaklı sayısı kadar parçaya ayırma hakları da vardı- *partessecare*¹⁹. Borç ilişkisindeki gelişmelere rağmen, aslında gerçekte gelişmemiş bireyin müflis borçluya karşı intikam duygusunun tatmininden ibaret bu prosedür, borcun geri ödenmesinde son hatalı biçim olarak geride kalmıştır. Borçlunun ve alacaklıların çıkar çatış-

¹⁵ Maksimaitis, M.; Foreign Law Theory. Vilnius: Justitia, 2002, s. 113.

¹⁶ Tkachev, V. N.; Insolvency (Bankruptcy) in the Russian Federation. Legal Regulation of Competitive Relations, 2002, s. 10.

¹⁷ Vélyvis, S./Jonaitis, M.; XII Tables of Law and their Commentary s. 41-44; Kipp, T.; History of Roman Law Sources, 1939, s. 31-37.

¹⁸ Tkachev, s. 8.

¹⁹ Sersenevich, s. 28.

ması daha esaslı bir biçimde çözülmüştür; fakat zamanın sosyal koşulları, gelişmemiş borç ilişkileri, paraya dayalı sistemin olmayışı ve yerleşik ahlak kuralları doğrultusunda anlatılan durum norm olarak kabul edilmişti. Aslında, borçlu ve alacaklı arasındaki çıkar çatışmasının çözüm yöntemi günümüz iflas hukukundaki iflas prosedürü olarak kabul edilemez. M. Teliukina tarafından doğru şekilde incelendiği gibi²⁰ iflas prosedürünün kökeninden bahsedebilmek sadece borcun borçlunun şahsından karşılanmasından önce, borçlunun malvarlığının hak talebinde bulunan alacaklılar arasında paraya çevrilmesi ve bölünmesi durumu için mümkündür. Fakat borçlunun durumunu periyodik olarak gözden geçirme olasılığı, örneğin borçlunun köle olmaktan kurtulmasına imkanın olmadığı doğrulanıyorsa (statünün gözden geçirilmesi çoğu zaman borçlunun aleyhine sonuçlansa da), o zamanların borç ilişkilerinin yenilikçi olgusu olarak kabul edilebilir²¹.

Tartışılacak diğer aşama *manus iniectio* usulüdür. *Legis actio per manus iniectioem* (zorunlu) yargı kararlarını uygulanmasının başlanmasını sağlayan bir usul şeklidir. Tartışılan *legisactio* (yargı kararının uygulanması) usulü 12. Levha Kanununun 3. Levhasında belirtilmiştir²². Borcun karşılanması prosedürünün başlaması ile, el koyma gücünün sembolik ifadesi olarak *manus iniectio* öncelikle borçlunun kişisel infazının başlaması için gerekliydi²³. Geniş anlamda *manus iniectio*, alacaklının magistranın huzurunda borçluyu tutukladığı ve borçlunun alacaklının haklarını hemen karşılanmazsa (örneğin *-vindex-* üçüncü kişiler alacaklının devam eden fiillerini engelleyebilir-) borçluyu evine götürüp altmış gün için alıkoyduğu, belirli bir usuldür. Bu sürenin bitiminde, alacaklı borçluyu öldürebilir ya da köle olarak satabilirdi²⁴. R. A. Miseviciute'a göre, *legis actio per manus iniectioem* yerine getirilmesi, zamanla yasallaşmış, özel meşru müdafaanın açık izlerini alıkoydu. Böylelikle *manus iniectio*, eski dönemlerde, şehrin (devletin) kişilerin özel uyuşmazlıklarına dahil olmadığı zamanda, yaygın olan basit meşru

²⁰ Teliukina, M. V.; Basics of Competitive Law, 2004, s. 2.

²¹ Malyshev, K. I.; Historic Study of Competitive Procedure, 1871, s. 6.

²² Vélyvis/Jonaitis, s. 41-44; Kipp, s. 34.

²³ Wagner, L.; Procedura civile romana. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1938, s. 20.

²⁴ Nekrosius, I./Nekrosius, V./Vélyvis, S.; Roman Law. Vilnius: Justitia, 1999, s. 48.

müdafaanın oluşturulmuş ve şekillendirilmiş ifadesi olarak yorumlanabilir²⁵. O zamanlarda, borcu kabul eden borçluya borcunu ödemesi için otuz günlük süre verilmesi uygulanmaya başladı. Sadece bu sürenin sonunda borcun karşılanması prosedürü borçluya uygulanabiliyordu: "...Eğer borçlu verilen sürede borcunu alacaklıya ödemezse müflis olarak ilan edilir ve daha sonra borcun borçlunun kendisinden ve malvarlığından karşılanması uygulanabilir..."²⁶. Otuz günlük süre yargı kararına konu olan kişiler için de uygulanmaktaydı. Borçlu verilen sürede alacaklının taleplerini karşılayamazsa, alacaklının zorunlu yöntemi borçluya uygulamaya ya da mahkemeden borçlunun kendisinin alacaklıya hükmetmesini istemeye hakkı vardır (*addictio*). *Manus iniectio* usulü sadece mahkeme kararlarına ya da borcun kabulüne ilişkin değil aynı zamanda borçlunun sözleşme bitiminde borcu kendi kişiliğiyle garanti altına almadığının kabulünde de uygulanmaktaydı. Bu durumda, alacaklının malı olarak borçlunun kabulüne ilişkin mahkeme kararı önemli değildir. Bütün borç bir seferde ödenirse ya da *vindex* prosedüre dahil olur ve borcun karşılanmasına ilişkin yükümlülüğü ele alırsa rehin olarak alıkonulan borçlu serbest bırakabilir. *Vindex* borçluyu *manus iniectio* prosedürü bittikten sonra eve getirebilir; ancak, borçlu köle haline gelmez ve ehliyetini kaybetmez. Alıkonulduğu 60 gün boyunca borçlu üç kere pazara götürülür ve borcunun karşılanması için satılmaya sunulur.

Bir hayırsever gelmezse, *vindex* borçluyu eve köle olarak götürebilir, Roma sınırları dışında satabilir ya da gerekirse öldürebilirdi²⁷. Gitgide Roma'daki Pleblerin fakirleşmesi ve sık sık borçlanmaları nedeniyle alacaklıların keyfi davranışlarının sınırlandırılması ihtiyacı doğmuştur, alacaklılara borçlunun dürüst olmaması durumunda izin verilmiştir. Bu amaçla M.Ö. 326'da Roma'da *lex Poetelia Papiria* kanunu çıkarılmıştır. Anılan kanunda borçlunun alacaklıdan hiçbir şey saklamayacağını ve tüm malvarlığını alacaklıya vermeyi kabul ederse alacaklının keyfi davranışları yasaklamıştır. Bu kanun aynı zamanda borcun zorunlu teminatı olarak borçlunun kendisinin olmasını yürürlükten kaldırmıştır ve buna ilaveten borçlunun suç

²⁵ **Miseviciute**, R. A.; *ManusIniectio as an Expression of Personal (Physical) Responsibility*, 2006, s. 96-97.

²⁶ **Malyshev**, K. I.; *Historic Study of Competitive Procedure.*, 2000, s. 6.

²⁷ **Sersenevich**, s. 29.

işlememesi koşuluyla müflis borçlunun kölelikten azat edilmesi imkanı kabul edilmiştir²⁸. Borç ilişkilerine devletin esaslı olarak değişen yaklaşımı, devlet alacaklıların keyfi davranışlarını sınırlamaya başlaması ve borçluların durumunu bir dereceye kadar iyileştirmesi ile ekonomik-ticari ilişkilerin ilerleyen zamanlardaki gelişimini kolaylaştırmıştır. Böylece aşamalı olarak borcun borçlunun malvarlığından karşılanmasına ilişkin hukuki normlar Roma hukukunda kabul edildi. Yine de borçlunun tüm malvarlığının borçlarını ödemesine yetmemesi durumunda borçlu kendisinin borcu karşılaması durumundan muaf tutulmamıştır²⁹. Anılan borçlu-alacaklı ilişkisi modeli uzun zaman yürürlükte kalmıştır.

Borcun borçlunun kişiliği değil de borçlunun malvarlığı ile karşılanmasına ne zaman dönüştüğü tam olarak bilinmemektedir. Açık ki, diğer Roma hukukunun kurumlarının gelişimi gibi bu da aşamalı bir süreçtir. Aslında alacaklıların taleplerinin borçlunun malvarlığına (*executiorealis*) yöneltilmesi Roma Pretor hukukunun bir sonucudur³⁰. Pretor hukuku *executio* usulünün kin güden doğasını tamamen ortadan kaldırmıştır.

Gaius'un *Institutiones*³¹ine göre borçlu uygun değilse ya da saklanıyorsa, borcun borçludan karşılanması mümkün değilse, alacaklı Pretor'dan borçlunun malvarlığının üzerinde (*missio in possessionem*) tasarruf etmesine izin vermesini talep eder. Bu talebin nedeni mahkeme kararı, sözleşme ya da borcun kabulü olabilirdi. Alacaklılar borçlunun malvarlığı üzerinde tasarruf etmeyi talep edebilirlerdi. Sadece bir alacaklı borçlunun malvarlığı üzerinde tasarruf etmeye ilişkin talepte bulunursa, daha sonra katılan diğer alacaklıların talepleri de bu doğrultuda karşılanırdı. Müflis borçlunun malvarlığının, mülkiyet devredilmeden, bir alacaklı tarafından tasarruf edilmesinin borçlunun malvarlığının korunması ve gözetilmesi (*bonorum servandorum causa*) imkanını sağlardı³². Yukarıda belirtilen sürecin başlamasını tasarruf yetkisinin devrinin açıklanması ve muhtemel mal satışı takip ederdi. Bu

²⁸ *Ibid.*, s. 30.

²⁹ **Tkacpev**, s. 9.

³⁰ **Gecas**, s. 3.

³¹ **Monuments of Roman Law**; Law of the XII Tables. Institutes of Gaius. Digests of Justinianus, 1997, s. 608.

³² **Sersenevich**, s. 31.

duyuru özünde muhtemel alacaklılara bilgi sağlamaya ve onları bu prosedüre dahil etmeye karşılık gelmektedir. Bu davet modern iflasın özünü tamamen karşılar. Alacaklıların talepleri 30 gün içinde karşılanmazsa, borçlunun yaşaması koşuluyla (ölmesi durumunda 15 gün içinde) borçlu *decoctor* (müflis) ilan edilirdi³³. *Magister bonorum vendorum* alacaklıların arasından borçlunun malvarlığının satımında görevlendirilmek için seçilirdi. Seçilen açık artırma uygulayıcısı görevlerini dürüstçe yerine getireceğine yemin ederdi. Borçlunun mallarını satın alacak kişileri bulmak ve mülk satımında anlaşmanın şartlarını garanti altına almak zorundaydı. Müflis borçlunun malvarlığı bir bütün halinde satılırdı, böylelikle alıcı mülkiyet haklarının halefi olurdu. Malvarlığı devrinde ana koşul alıcının alacaklıların taleplerinin karşılanması için bir belli orandaki malvarlığı değerini sunmasıdır. Müflis borçlunun malvarlığının satımına ilişkin sözleşme borçlunun malvarlığının azalmasına karar veren preator tarafından onaylanmak zorundaydı. Anılan prosedüre *venditiobonorum* denirdi. Bu terim aynı zamanda borçlunun malvarlığının açık artırmada satımı içinde kullanılırdı³⁴. Borçlunun malvarlığının satımı için belirtilen yöntem alacaklılar için zararlıydı; çünkü tümüyle satılan mal gerçek değerini karşılamıyordu. Zamanla alacaklıların memnuniyetsizlikleri borçlunun malvarlığının tam karşılığının alacaklılara geçmesiyle sonuçlandı. Böylelikle müflis borçlunun malvarlığının satımı için yeni bir satış yolu *distractibonorum* ortaya çıktı. Bu yolda malların satımı için borçlunun mallarını en karlı şekilde satmak sorumluluğu altında olan bir koordinatör atanıyordu. En karlı şekilde satma sadece malları parçalar haline bölünmesi ile gerçekleşiyordu. Bu aşamaya kadar iflas prosedürü uygulanmasının en önemli konularından biri olan iflas idaresinin izlerini fark etmek mümkündür. Julius Caesar'ın hükümdarlığı zamanında yürürlüğe konan kanunların uygulama usullerinin daha olumlu şartlar içerdiği, borçlunun kişiliğinden borcun temininin uygulanmama imkanı doğması gibi müflis borçlunun pozisyonunun kolaylaştırıldığı görülmektedir. Buna ilaveten müflis borçluya her zaman uygulanan toplumsal kınamadan (*infamia*) kaçınma imkanı da oluşturulmuştur³⁵. Bununla birlikte müflis borçlunun

³³ **Bartoshek**, M.; Roman Law. Understanding, Terms, Definitions., 1989, s. 102.

³⁴ **Girard**, P. F.; Roman Law. II Book, 1932, s. 50.

³⁵ **Sersenevich**, s. 32.

malvarlığının satılması borç ilişkisini bitirmemektedir. Mevcut malların satımından tatmin olmayan alacaklıların talepleri için borçlunun sorumluluğu devam etmektedir. Böylece, alacaklılar borçlunun gelecekte çalışmasıyla ya da başka yollara elde edebileceği malların haklarını kazanırlar³⁶. Bu usule *cessio bonorum* denir.

Alacaklıların borçlunun tüm haklarını değil sadece bazı haklarını kazanmasının gelişmiş olarak kabul edilmesi doğaldır. Alacaklının borçlunun hayatta kalması için gerekli olan kişisel kullanımına ait eşyalarını alamayacağına ilişkin kanun borçluya *beneficium compensatio* hakkı tanımıştır³⁷.

Devletin müflis borçlu ile alacaklı ilişkisine yönelik düzenlemelerin artırmasından ötürü daima sadece müflis borçlunun yükünün hafifletildiğinin düşünülmesi yanlış olurdu. Müflis borçluların devletin olumlu yaklaşımlarını hissetmeye başlamalarından itibaren değerli mallarının hepsini kaybetmeyi önlemek için yollar aramaya başlamışlardır. Bu amaçla değişik dürüst olmayan davranışlar, mülkiyetin üçüncü kişilere devredilmesi vb., yapılabilmıştır. Sık karşılaşılan hilelere tepki olarak, Pretor uygulaması alacaklıları dürüst olmayan borçlulardan korumak için iki yöntem oluşturmuştur; *interdictum fraudatorum* ve *actio Pauliana*. *Actio Pauliana* alacaklılara zarar veren (*fraus creditorum*) ve uygulamamın başlamasından önce yapılan borçlunun davranışlarına karşı kefilin itiraz etme hakkını sağlamıştır. Yine de kefiller borçlunun davranışların zarar verici, malın değerini düşürücü ve alacaklının zarar göreceğini bilerek yaptıklarını ispatlamalıydılar. Bu olgular ispat edilirse, üçüncü kişiler tarafından edinilen malların geri alınması söz konusu olabilirdi. Fakat üçüncü kişiler masum alıcı olduklarını (iyi niyetli) ispatlarsa, iade uygulanmıyordu³⁸. *Actio Pauliana* kurumu modern iflas prosedüründe kendine uygun bir yer edinmiştir. İflas idaresi tarafından müflis şirketin iflas prosedürü başlamadan önceki işlemlerinin alacaklıların menfaatlerine aykırı olarak tamamlandığı ispatlanırsa, işlemlere itiraz edilip, kötü niyetli alıcılardan malları talep edilir.

³⁶ *Ibid.*, s. 31-32.

³⁷ **Gecas**, s. 4.

³⁸ **Girard**, s. 50-51.

Daha sonraları imparatorlardan borç ödemelerinin ertelenmesine izin verilmesinin talep edilmesi imkanı tesis edildi. İmparatorlar, emirlerindeki-lerin desteğini güvence altına almak için, beş yıla kadar borçların ertelenmesine izin verdiler³⁹. Borç ödenmesinin ertelenmesi imkanı borç ilişkilerinin gelişimine yardımcı olmadı. Iustinianus alacaklıların çoğunluğu borçlunun talebiyle borcun ödenmesinin ertelenmesini onayladıklarında, bu kararın geriye kalan alacaklılar içinde zorunlu hale gelmesini tesis etmiştir⁴⁰. Bu uzlaşma kurumunun kökenini belirtmektedir.

Roma hukukunun gelişimi Roma imparatorluğunun IV. yüzyılda çöküşü ile durmuştur, fakat Roma hukuku Ortaçağ Avrupası'nın hukuk hayatının benzersiz ve anlamlı fenomeni haline gelmesiyle yeniden doğmuştur. Bahsedilen Roma hukukunda oluşan iflas hukuku çerçevesi daha sonraları kısmen, körü körüne Roma hukuku normlarına karşı durulmasına rağmen, ortaçağ İtalyan hukukuna aktarılmıştır.

SONUÇ

Sonuç olarak, borçlu alacaklı ilişkisi ve uygulanan prosedürlere ilişkin gelişen Roma Hukuku kurumlarının analizi ile sadece iflas prosedürünün ilk belirtilerini değil aynı zamanda iflas prosedürünün bazı yerleşik önemli prensiplerinin ortaya çıkmasının da sağladığı ileri sürülebilir. Böylelikle, iflas prosedürünün Roma hukukunda oluşan bu ilkeleri evrensel iflas prosedürünün gelişiminde ana girdi olarak kendini göstermektedir:

1. Şahsi sorumluluğun maddi sorumlulukla değişimi;
2. Açık artırmaların borçlunun malvarlığını paraya çevirme şekli olarak bulunması
3. Borçlunun malvarlığının tümünden, bölünmüş parçaların paraya çevrilmesindeki bağlantı;
4. Borçlunun malının açık artırmada yemin altında çıkarıcı sebeplerle davranmadan kimin yöneteceğinin bulunması;

³⁹ Sersenevich, s. 34.

⁴⁰ *Ibid.*, s. 34.

5. 30 günlük süreler konulması, bu sürede borçlunun borcunu karşılması (iddiaların uyumsuzluğunun çözümü);
6. Başlamış borç temini prosedürüne ilişkin alacaklıların bilgilendirilmesi kurumunun oluşturulması ve bu prosedürlere teşvik edilmesi;
7. Mesken eşyalarından borcun karşılanmasını yasaklanması ilkesi,
8. Borçlu ile alacaklının anlaşması ilkesinin temellerinin oluşturulması⁴¹;
9. Actio Pauliana'nın oluşturulması- alacaklının haklarının korunması için yasal çare;

İflas bakımından birçok yabancı ülkede belirtilen bu kurallar, o ya da bu şekilde davalara ve hukuki ilişkilere dönüşmüştür.

⁴¹ Kanaatimizce arabuluculuk kurumundan bahsedilmektedir.

Kaynakça

- Baird, D. G./Rasmussen, R. K.;** The End of Bankruptcy University of Chicago. [2009-01-15]. <http://www.law.uchicago.edu/Lawecon/WkngPprs_151-175/173.dgb.bankruptcy.end.pdf> [Bartoshek, M. Roman Law. Understanding, Terms, Definitions], 1989.
- Garbus, D.;** Out-of-Court Debt Restructuring Alternatives in the United States. Boston, 1991.
- Gecas, D.;** Insolvency and Bankruptcy of Debtors, 1929.
- Girard, P. F.;** Roman Law. II Book, 1932.
- Golmstein, A. Ch.;** Historic Study of Russian Competitive Procedure, 1888.
- Kipp, T.;** History of Roman Law Sources, 1939.
- LoPucki, L.;** Current Development in International and Comparative Corporate Insolvency Law. A System Approach to Comparing US and Canadian Reorganization of Financially Distressed Companies. Oxford, 1994.
- LoPucki, L. M.;** Courting Failure: How Competition for Big Cases is Corrupting the Bankruptcy Courts. London, 2003.
- Maksimaitis, M.;** Foreign Law Theory, 2002.
- Malyshev, K. I.;** Historic Study of Competitive Procedure, 1871.
- Miseviciute, R. A.;** Manus Iniectio as an Expression of Personal (Physical) Responsibility, 2006.
- Nekrosius, I./Nekrosius, V./Velyvis, S.;** Roman Law, 1999.
- Pagano, G.;** Teorica del Fallimento, Rome, 1889.
- Monuments of Roman Law;** Law of the XII Tables. Institutes of Gaius. Digests of Justinianus, 1997.
- Stepanov, V. V.;** Insolvency (Bankruptcy) in Russia, France, England and Germany, 1999.
- Spersenevich, G. F.;** Competitive Procedure, 2000.
- Tamosaitis, A./Kairys, J.;** Hammurabi's Code, 1938.

Teliukina, M. V.; Basics of Competitive Law, 2004.

Tkacpev, V. N.; Insolvency (Bankruptcy) in the Russian Federation. Legal Regulation of Competitive Relations, 2002.

Velyvis, S./**Jonaitis**, M.; XII Tables of Law and their Commentary, 2007.

Vitianskij, V. V.; Peculiarities of Bankruptcy of Separate Categories of Debtors, 2001.

Wagner, L.; Procedura civile romana. Milano: Dott. A. Giuffre, 1938.

^HTAKİP KONUSU ADI SENETTEKİ SAHTELİK İDDİASININ İCRA TAKİBİNE ETKİSİ

Doç. Dr. Cenk AKİL

GİRİŞ

12.1.2011 tarih ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun¹ kabulünden sonra bir adı senedin takibe konu kılınması ve senetteki imzanın yahut senet metninin sahteliğinin ileri sürülmesi durumunda bunun takibe etkisinin ne olacağı üzerinde gerek öğretide gerekse Yargıtay daireleri arasında görüş ayrılığı ortaya çıkmıştır. Aşağıda önce Yargıtay kararlarına daha sonra öğretide ileri sürülen görüşlere ve nihayet kişisel kanaatimize yer verilecektir.

I. YARGITAY KARARLARI

A. Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nin Görüşü

Yargıtay 19. Hukuk Dairesi önüne gelen bir dosya ile ilgili olarak adı senet altındaki imza inkârının (sahtelik iddiasının) takibe etkisinin ne olacağı üzerinde durmuştur. Karara konu olan olayda davacı, alacak iddiasını kanıtlamak üzere kullanılan bononun alacak miktarı kısmında tahrifat yapıldığını ileri sürerek menfî tespit davası açmış ve aynı zamanda takibin durdurulması için ihtiyati tedbir kararı verilmesini talep etmiştir. Yerel mahkeme HMK m. 290 ve devamı maddelerindeki koşullar oluşmadığından davacının ihtiyati tedbir talebinin reddine ve İİK m. 72, III uyarınca % 15 teminat karşılığında icra veznesine girecek paranın alacaklısına ödenmemesi yönünde ara kararı²

^H Hakem incelemesinden geçmiştir.

¹ RG, 4.2.2011, S. 27836.

² İhtiyati tedbir talebine yönelik olarak mahkemece verilen kararın türü öğretide tartışmalıdır. Kanımızca bu karar "ara kararı" niteliğindedir. Bu yönde bkz. Süha **Tanrıver**,

vermiştir. Bunun üzerine davacı taraf söz konusu kararı temyiz etmiştir. Yargıtay 19. Hukuk Dairesi yapmış olduğu inceleme neticesinde bonoda tahrifat iddiasında bulunduğundan, HMK m. 290 uyarınca tedbir (icra takibinin durdurulması) kararı verilmesi gerekirken, bu yön göz ardı edilerek İİK'nın 72, III uyarınca tedbir kararı verilmesini hukuka aykırı bulmuştur³.

Yargıtay 19. Hukuk Dairesi vermiş olduğu bir başka kararında da aynı görüşü savunmuştur. Karara konu olan olayda davacı vekili, takip konusu bonodan dolayı borçlu olmadığı tespit amacıyla açmış olduğu menfi tespit davasında, davacı şirketin azledilmiş dava dışı eski müdürünün görevine son verilmesinden sonra görevli olduğu döneme ilişkin bono düzenlendiğini belirterek takibin ihtiyari tedbir yoluyla durdurulmasını istemiştir. Yerel mahkeme, dava ve tedbir konusu iddianın sahtelik iddiası niteliğinde bulunduğunu, bu nedenle HUMK m. 317 ve HMK m. 209 uyarınca sahtelik iddiasına konu bononun hiçbir işleme esas alınamayacağını, sorunun takip hukuku ilgilendirdiğini ifade etmiş ve ihtiyati tedbir talebini reddetmiştir. Yargıtay 19. Hukuk Dairesi ise, yerel mahkemenin, davacının iddiasının sahtecilik olarak nitelendirmesini isabetli bulmadığı gibi, iddianın sahtecilik olarak nitelendirilmesi durumunda dahi HMK m. 209 uyarınca tedbir kararı verilebileceği sonucuna vararak yerel mahkemenin kararını bozmuştur⁴.

B. Yargıtay 12. Hukuk Dairesi'nin Görüşü

Yargıtay 12. Hukuk Dairesi ise benzer bir olayda Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nden farklı bir sonuca varmıştır. Karara konu olan olayda alacaklı tarafından bonoya dayalı olarak kambiyo senetlerine mahsus haciz yoluyla icra takibine başlanmış, örnek 10 numaralı ödeme emri tebliği üzerine borçlu icra mahkemesinde borca ve imzaya itiraz etmiş; itirazında ayrıca alacaklı hakkında İstanbul 4. Ağır Ceza Mahkemesi'nde resmi evrakta sahtekârlık ve

İlâmlı İcra Takibinin Dayanakları ve İcranın İadesi, Ankara 1996, s. 47. Karş. Muhammet **Özekes**, İcra ve İflâs Hukukunda İhtiyati Haciz, Ankara 1999, s. 234; Evrim **Erişir**, Geçici Hukukî Korumanın Temelleri ve İhtiyati Tedbir Türleri, İstanbul 2013, s. 77.

³ Y. 19. HD., 17.5.2012, 3644/8311 (www.e-uyar.com).

⁴ Y. 19. HD., 16.10.2012, 11268/15122 (www.kazanci.com).

dolandırıcılıktan dava açıldığını, ayrıca İstanbul 8. Asliye Ticaret Mahkemesi'nde de sahtecilik iddiasına dayalı menfî tespit davasının derdest olduğunu ifade etmiştir. Dosyalı inceleyen Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, HMK m. 209, 1'de "Adi bir senetteki yazı veya imza inkâr edildiğinde bu konuda bir karar verilmeye kadar, o senet herhangi bir işleme tâbi tutulamaz" düzenlemesinin yer aldığını, söz konusu hükmü kapsamı itibarıyla "senetteki imzanın inkârı" ve "senetteki yazının inkârı" olmak üzere ikiye ayırmak gerektiğini dile getirmiştir. Yargıtay 12. Hukuk Dairesi'ne göre, kambiyo senetlerine mahsus haciz yoluyla icra takibinde, imzaya itiraz, İcra ve İflâs Kanunu'nun 170 inci maddesinde açıkça düzenlenmiş olmasına rağmen, aynı takipler yönünden yazının sahteliği iddiası konusunda aynı kanunda özel bir hüküm mevcut değildir. Öte yandan, İcra ve İflâs Kanunu icra takip hukuku açısından Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre özel bir kanun olup, takip hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda öncelikle İcra ve İflâs Kanunu hükümlerinin, bu kanunda hüküm bulunmayan hallerde ise anılan kanuna aykırılık teşkil etmemek koşuluyla genel nitelikte olan Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun uygulanması gerekir. Bu itibarla imzaya itiraz İcra ve İflas Kanunu'nda özel olarak düzenlenmiş olduğundan anılan itiraz hakkında bu kanunun 170 inci maddesinin uygulanması zorunlu olduğundan, imzanın inkârı nedenine dayalı sahtelik iddiası hakkında genel nitelikte olan 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 209 uncu maddesinin uygulanması kabil değildir. Bununla birlikte, itiraz, imza dışında başka bir nedene dayanmak ise, bu konuda İcra ve İflâs Kanunu'nda özel bir düzenleme bulunmadığından sorunun çözümü için 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 209 uncu maddesinin uygulanması gerekecektir. İmzaya itiraz hakkında uygulanması gereken İİK m. 170, I/1 uyarınca itiraz satıştan başka icra takip işlemlerini durdurmaz. Şu halde, kambiyo senetlerine mahsus haciz yoluyla icra takibine konu edilen senedin imza inkârı nedeniyle sahteliğinin iddia edilmesi halinde İİK m. 170, I/1 uyarınca satış dışında hiçbir takip işlemi durmaz. Sahtelik iddiasının imza inkârı dışında bir nedene dayanması durumunda ise 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 209 uncu maddesinin birinci fıkrasının emredici düzenlemesi karşısında icra takibi olduğu yerde durur. Bunun için sahtelik iddiasının ileri sürüldüğü Cumhuriyet Savcılığı ya da mahkemece ayrıca tedbir kararı verilmesine de gerek yoktur. Borçlu tarafından icra dairesine başvurulması halinde icra

müdürlüğünce anılan madde uyarınca sahtelik davası sonuna kadar icra takibinin durdurulması gerekir⁵.

II. ÖĞRETİDE İLERİ SÜRÜLEN GÖRÜŞLER

A. İmza İnkârının İcra Takiplerini Durduracağı Görüşü

Bu görüş öğretide öncelikle *Pekcanitez/Atalay/Özkes* tarafından hazırlanan Medeni Usul Hukuku kitabı⁶ ile yine *Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özkes* tarafından hazırlanan İcra ve İflâs Hukuku kitabında⁷ ve bunu takiben *Atalay* tarafından münferiden yazılmış olan bir makalede⁸ savunulmuştur. Buna göre, sahteliği iddia olunan senede dayanılarak başlatılmış bulunan bir icra takibi var ise, bu takip de sahtelik davasının açıldığına ya da davada sahtelik iddiasında bulunulduğuna ilişkin bir belgenin icra dosyasına ibraz edilmesiyle birlikte olduğu yerde durur ve yeni bir takip işlemi yapılamaz. Burada icra takibinin, sahtelik davasını inceleyen mahkeme tarafından verilecek bir ihtiyati tedbir kararıyla durması söz konusu değildir. Dava açıldığına veya sahtelik iddiasında bulunulduğuna dair belgenin icra dairesine ibrazı üzerine icra müdürünün, sahteliği iddia olunan senede dayanılarak başlatılmış bulunan takibi durdurması gerekir. HMK m. 209'daki "o senet hiçbir işleme esas alınmaz" tarzındaki hükmün muhatabı, o senedi işleme esas almakta olan, işlemi yapan makamdır. Şayet sahtelik davasına konu senet, icra işlemine esas alınmakta ise, kanundaki hukuki sonucu gerçekleştirecek olan makam, o takibi yürüten icra dairesidir. HMK m. 209, 1'deki sonucun doğması için ihtiyati tedbir kararı verilmesine gerek yoktur.

Sahtelik davası (menfî tespit davası) açılmış ise ya da derdest davada sahtelik iddiasında bulunulmuşsa, başlatılmış bulunan takip hakkında da İİK m. 72 değil, HMK m. 209, 1 uygulanacaktır. Çünkü İİK m. 72'deki menfî

⁵ Y. 12. HD., 11.06.2013, 12815/21816 (www.kazanci.com). Aynı yönde bir başka karar için bkz. Y. 12. HD., 13.12.2012, 19755/37752 (www.e-uyar.com).

⁶ Hakan **Pekcanitez**/Oğuz **Atalay**/Muhammet **Özkes**, Medenî Usul Hukuku, 14. B., Ankara 2013, s. 736 vd.

⁷ Hakan **Pekcanitez**/Oğuz **Atalay**/Meral **Sungurtekin Özkan**/Muhammet **Özkes**, İcra ve İflâs Hukuku, 11. B., Ankara 2013, s. 426-427.

⁸ Oğuz **Atalay**, Adi Senetler Hakkında Sahtelik İddiası ve Sonuçları (Ersin Çamoğlu'na Armağan, İstanbul 2013, s. 547-556), s. 547 vd.

tespit davası, icra takibine konu olan borcu sona erdiren her türlü sebebe (ödeme, ibra, takas, feragat, butlan vb.) dayanılarak açılabilir. Oysa bu sebeplerden biri olan sahtelik iddiası kanun koyucu tarafından diğerlerinden ayrılarak HMK'da özel olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla, sahtelik iddiası dışındaki diğer tüm sebeplere dayanılarak açılan menfî tespit davaları İİK m. 72'nin kapsamına girerken, sahtelik sebebine dayanan menfî tespit davası HMK m. 209'daki özel düzenlemenin konusunu oluşturur ve bu tür bir iddia ya da davanın icra takibine etkisi de İİK m. 72'ye göre değil, HMK m. 209'a göre tayin edilir. Nitekim eski Kanun döneminde de HMK m. 209'a denk gelen HUMK m. 317'nin, İİK m. 72'ye nazaran özel hüküm olduğu ve öncelikle uygulanması gerektiği kabul edilmekteydi.

Bu görüşe göre, kambiyo senetlerinde imzaya itirazı düzenleyen İİK m. 170, 1 ile HMK m. 209, 1 arasında özel hüküm-genel hüküm ilişkisi yoktur. HMK m. 209, 1 sahtelik iddiasına dayanan menfî tespit davasının sonucunu düzenleyen özel hüküm iken, İİK m. 170, 1 sadece icra takibinde imzaya itirazın sonucunu düzenlemektedir. Diğer bir deyişle, ortada menfî tespit davasının sonucunu düzenleyen iki hüküm yoktur. İcra takibine itiraz, icra mahkemesine yapılırsa dahi, teknik anlamda bir davadan ya da ön sorun şeklinde sahtelik iddiasından söz edilemez. İcra takibine itiraz, HMK m. 209 anlamında imza inkârı ya da sahtelik iddiası değildir.

Aynı şekilde kambiyo senetlerinde imzaya itirazın sonucunu düzenleyen İİK m. 170, 1 salt bu alanda; imza sahteliği iddiasını dayanan menfî tespit davasının sonucunu düzenleyen HMK m. 209, 1 ise kendi alanında farklı iki özel hüküm konumundadır.

Bu görüşe göre, Yargıtay, 1086 sayılı mülga Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu döneminde, sahtelik davası açılmış olması durumunda kambiyo senetlerine mahsus icra takibinin durması bakımından, davanın imzada sahteciliğe mi yoksa metinde sahteciliğe mi dayandığı konusunda hiçbir fark gözetmemekteydi. Bu itibarla, Yargıtay'ın sahteliği iddia olunan senet hakkındaki "hiçbir işleme esas alınamama" sonucu yönünden herhangi bir değişiklik içermeyen, sadece bu sonucun ortaya çıkma zamanı bakımından

yenilik getiren HMK yürürlüğe girdikten sonraki dönemde fikrini neden değiştirdiğini anlamak güçtür⁹.

HMK m. 209, 1 hükmü, sahtecilik suçu sebebiyle ceza mahkemesinde kamu davası açılması halinde de uygulama alanı bulur ve sahteliği iddia olunan senede dayanılarak yapılan icra takibi kendiliğinden durur. Bunun için mahkeme kararına da ihtiyaç yoktur. HMK m. 209, 1 hükmünün salt Cumhuriyet savcılığına yapılan başvuru ile etkisini gösterdiği kabul edilmemelidir. Diğer bir deyişle, HMK m. 209, 1 hükmünün uygulanabilmesi için kamu davasının açılması beklenmelidir¹⁰.

HMK m. 209, 1'in icra takiplerinde de uygulanabileceği öğretide savunan başka bir yazar da *Uyar*'dır. *Uyar*'a göre, takip konusu senedin sahte olarak düzenlenmiş olduğunu ileri süren borçlu, bu konuda hukuk mahkemesine başvurarak sahtelik iddiasına dayalı menfi tespit davası açabileceği gibi, savcılığa başvurarak, hakkında sahte bir senet düzenlendiğini belirtip ceza mahkemesinde sahte senet düzenlemek suçundan dolayı kamu davası açılmasını sağlayabilir. Borçlu daha sonra açılan kamu davasının konusu hakkında açıklamalı yazı alıp, bunu senedin takip konusu yapıldığı icra dairesine ibraz ederek hakkındaki takibin durdurulması konusunda bir karar verilmesini isteyebileceği gibi, sahtelik iddiasına dayalı olarak açtığı menfi tespit davasına bakan hukuk mahkemesine başvurarak HMK m. 209, 1 uyarınca teminat aranmaksızın icra takibinin durdurulması kararı verilmesini de talep edebilir¹¹. Bu başvurular üzerine icra müdürü ya da icra ve hukuk mahkemeleri İİK m. 72, III hükmünü öne sürerek teminat karşılığında takibin durdurulması ya da teminat karşılığında icra dosyasına yatırılacak paranın alacaklıya ödenmemesi şeklinde bir karar veremez. Onlar HMK m. 209, 1 hükmünü uygulayarak, teminat aranmaksızın icra takibinin durdurulmasına karar vermek zorundadırlar¹².

⁹ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 742; Atalay, s. 554.

¹⁰ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 743; Atalay, s. 556; Kiraz, s. 69.

¹¹ Talih Uyar, Takip Konusu Senedin Sahte Olarak Düzenlenmiş Olduğu İleri Sürülerek, İcra Takibinin Durdurulması Nasıl Sağlanabilir? (İBD 2012/2, s. 199-207), s. 206; Talih Uyar, "Takip Dayanağı Senedin Sahte Olduğu" İleri Sürülerek İcra Takibinin Teminatsız - Durdurulması (İBD 2013/2, s. 488-516), s. 488.

¹² Uyar, Makale II, s. 488-489.

Muşul'a göre de senedin sahte olduğu iddia edilerek açılan menfi tespit davasında, davanın takibe etkisinin ne olacağı, İİK m. 72 hükmüne göre değil, bu hükme nazaran özel hüküm niteliğinde olan HMK m. 209'a göre belirlenir¹³.

Kiraz ise bu konudaki tartışmalara son verilmesinin yolunun açık bir kanunî düzenlemenin yapılmasından geçtiğini belirttikten sonra uygulamada gerek esasa yönelik itiraz (İİK m. 62, 168, I/5, 169, 169a) gerekse imzaya yönelik itiraz (İİK m. 62, 168, I/4, 170) ayırımında, sadece sahtelik iddialarının icra takibe etkisinin, HMK m. 209, 1 çerçevesinde değerlendirilmesinin kanunun ruhu ve tekniği olarak benimsendiğini; benzer şekilde, sahtelik iddiası halinde, sade ve pratik ifadeyle adi senet veya kambiyo senedi yahut da yazı veya imza inkârı ayırımı yapılmasının HMK m. 209, 1 hükmünün kaleme alındığını dile getirmiştir. Yazara göre HMK m. 209'un, İİK m. 72 karşısında özel hüküm olarak kabulü ve lafzında "o senet herhangi bir işleme esas alınmaz" şeklindeki düzenlemesi karşısında, icra işlemlerinin durması için İİK m. 72'de olduğu gibi ihtiyati tedbir kararı alınmasına gerek yoktur. Bu sonuç kanunun amir hükmüne bağlı olarak, kendiliğinden ortaya çıkacak bir sonuçtur. Aksi halde, icra müdürlüğünün kararının süresiz şikâyet yoluna tâbi olması (İİK m. 16, 17) ve yapılan icrai işlemin iptal edilmesi gerekir. Yazara göre, sahtelik iddiası dışında, borçlu olunmadığına ilişkin olarak açılan menfi tespit davalarında ise, bu davanın icra takibine etkisi HMK m. 209'a göre değil, İİK m. 72'ye göre belirlenir¹⁴.

B. İmza İnkârının İcra Takiplerini Durdurmayacağı Görüşü

Bu görüş öğretilde *Kuru*¹⁵, *Kuru/Arslan/Yılmaz*¹⁶, *Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası*¹⁷ ve *Börü*¹⁸ tarafından savunulmuştur. Bu görüşe

¹³ Timuçin **Muşul**, İcra ve İflâs Hukuku, C. 1, 5. B., Ankara 2013, s. 419.

¹⁴ Taylan Özgür **Kiraz**, Âdi Senetlerde Sahtelik İddiasına İlişkin Düalist Yapı Üzerine Bir İnceleme (MİHDER 2013/1, s. 43-72), s. 67, 68.

¹⁵ Baki **Kuru**, Hukuk Davasında Adî Senetteki İmzanın İnkâr Edilmesinin İcra Takibine Etkisi (Bankacılar Dergisi, Özel Sayı: 2013, s. 62-66), s. 65; Baki **Kuru**, Hukuk Davasında Adî Senetteki İmzanın İnkâr Edilmesinin İcra Takibine Etkisi (Medeni Usul ve İcra İflâs Hukuku Dergisi, 2012/3, s. 3-10), s. 9 vd.; Baki **Kuru**, İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, 2. B., Ankara 2013, s. 349.

göre, HMK m. 209, 1 hükmü icra takipleri hakkında uygulanmaz. Zira İcra ve İflâs Kanunu, imzaya itirazı ayrıca düzenlemiştir¹⁹ ve İcra ve İflâs Kanunu'nun imzaya itirazı düzenleyen hükümleri, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun anılan hükmüne oranla özel hüküm niteliğindedir. Bu nedenle, icra hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda öncelikle İcra ve İflâs Kanunu'nu hükümlerinin, bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde ise -söz konusu Kanuna aykırılık teşkil etmemek kaydıyla- genel kanun niteliğinde bulunan Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun hükümlerinin uygulanması gerekir. İmzaya itiraz ise İcra ve İflâs Kanunu'nda özel olarak düzenlenmiş olduğundan anılan itiraz hakkında, genel hüküm niteliğindeki Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 209 uncu maddesi değil, İcra ve İflâs Kanunu'nun 170 inci maddesinin uygulanması gerekir. Öte yandan, kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile takibi, genel haciz yolu ile takipten ayıran en önemli özellik, takibin daha kolay ve çabuk ilerlemesini sağlayan hükümlere yer verilmiş olmasıdır. Bunlardan biri de, imzaya itirazın satıştan başka takip işlemlerini durdurmayacağına yönelik İİK m. 170, I, c. 2 hükmüdür. Dolayısıyla, HMK m. 209 hükmünü özel hüküm sayarak İİK m. 170 hükmünü ikinci plâna atmak doğru değildir.

III. KİŞİSEL KANAATİMİZ

Adî senetteki imzanın sahteliğinin derdest bir davada yahut yazı inkârına dayalı menfî tespit davası açılmak suretiyle ileri sürülmesi durumunda HMK m. 209, 1 uyarınca icra takibinin durdurulması gerektiği kanısındayız. Bunun gerekçelerini şu şekilde sıralayabiliriz:

Yukarıda da belirtildiği gibi, icra takibinin durmayacağını savunan (karşı) görüş, İcra ve İflâs Kanunu'nun, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na

¹⁶ Baki **Kuru**/Ramazan **Arslan**/Ejder **Yılmaz**, İcra ve İflâs Hukuku, 27. B., Ankara 2013, s. 218, dn. 6, s. 363, dn. 16).

¹⁷ Ramazan **Arslan**/Ejder **Yılmaz**/Sema **Taşpınar** **Ayvaz**/Emel **Hanağası**, İcra ve İflâs Hukuku Pratik Çalışmaları, 13. B., Ankara 2013, s. 179-180.

¹⁸ Levent **Börü**, Kambiyo Senetlerine Özgü Haciz Yolu ile Takipte İmzaya İtirazın Takibi Durdurup Durdurmayacağını Değerlendirilmesi (BATİDER 2012/4, s. 257-265), s. 261-262.

¹⁹ Bkz. İİK m. 68/a, 72, 170.

göre özel kanun olmasından hareket etmektedir. Her şeyden önce belirtmek gerekir ki, İcra ve İflâs Kanunu imza inkârı bakımından Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre özel kanun olsa dahi, bu otomatik olarak sonraki kanun olan Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun dikkate alınmaması anlamına gelmez. Zira özel hüküm genel hükmü bertaraf eder esası (*lex specialis derogat legi generali*) bağlayıcı nitelikte müspet bir hukuk kuralı değildir²⁰. Önceki-özel kanun ile sonraki-genel kanun çatışmasının hangi kanun lehine çözüleceği kolaylıkla üstesinden gelinebilecek bir mesele değildir²¹. Bu konuda kanun koyucunun amacına bakmak²² ve menfaatler durumunu gözden geçirmek²³ gerekir. Bunun için kanunun gerekçesine başvurmak uygun olur. Bununla birlikte, HMK m. 209, 1'in gerekçesinden hareketle bir sonuca varmak mümkün değildir. Çünkü bahsi geçen gerekçe "(A)di bir senette yazı ve imza inkâr edildiğinde, bu konuda bir karar verilmeye kadar o senedin bir işleme esas alınamayacağı kuralı tekrarlanmıştır." Açıklama-

²⁰ Tahir **Çağa**, Özel Hüküm Genel Hükmü Daima Bertaraf Eder mi? (TBBĐ 1991/3, s. 366-375), s. 373.

²¹ Bu itibarla karşı görüşte olan yazarların (örneğin, bkz. Kuru, Makale II, s. 64, dn. 3) Yargıtay 6. Hukuk Dairesi tarafından verilmiş bulunan bir takım kararları (Y. 6. HD., 7.5.2012, 3005/6787; 27.3.2012, 1804/4862; 11.9.2012, 8369/11305 sayılı kararlar) örnek göstererek İcra ve İflâs Kanunu'nun, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na nazaran özel kanun niteliğinde olduğunu ve bu nedenle İcra ve İflâs Kanunu'nun uygulanması gerektiğini belirtmeleri kanımızca isabetli değildir. Zira örnek gösterilen kararlar sadece dava konusu olay bakımından İcra ve İflâs Kanunu'nun uygulanması gerektiğini belirtmektedir ki, bu, önceki-özel kanun, sonraki-genel kanun çatışmasında "duruma/olaya göre" ulaşılabilecek sonuçlardan biridir; yoksa genel geçer bir kural değildir.

²² Ferit **Saymen**, Türk Medeni Hukuku, C. 1, Umumi Prensipler, İstanbul 1960, s. 146; Seyfullah **Edis**, Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Ankara 1997, s. 168; Şener **Akyol**, Medeni Hukuka Giriş, İstanbul 2006, s. 195; Necip **Bilge**, Hukuk Başlangıcı, Ankara 2009, s. 195; Kemal **Oğuzman**/Nami **Barlas**, Medeni Hukuk, 15. B., İstanbul 2008, s. 76; Adnan **Güriz**, Hukuk Başlangıcı, 12. B., Ankara 2009, s. 157; Rona **Serozan**, Medeni Hukuk, İstanbul 2011, s. 176; Jale **Akıpek**/Turgut **Akıntürk**/Derya **Ateş Karaman**, Türk Medeni Hukuku, Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku, C. 1, İstanbul 2012, s. 103; **Börü**, s. 261. Karş. Yaşar **Karayalçın**/Aynur **Yongalık**, Hukukta Öğretim-Kaynaklar-Metod-Problem Çözme, 7. B., Ankara 2008, s. 152; Muhammet **Özekes**, Temel Hukuk Bilgisi, 4. B., Ankara 2013, s. 96.

²³ **Bilge**, s. 195.

sından ibarettir²⁴. Gereğinden de tartışma bakımından bir sonuç elde edilememesi karşısında, kanımızca, hükmün lâfzı daha da önem kazanmaktadır. HMK m. 209, 1'de şu sözlere yer verilmiştir: “Adî bir senetteki yazı veya imza inkâr edildiğinde bu konuda bir karar verilinceye kadar, o senet herhangi bir işleme esas alınmaz”. Görüldüğü gibi kanun koyucu senet altındaki imzanın yahut senet metninin inkâr edilmesi durumunda, senedin hiçbir işleme esas alınamayacağını açıkça hükme bağlamıştır. Kanımızca icra takibi de burada geçen “herhangi bir işlem” ifadesine dâhildir. Zira normun genelliği karşısında adî senede dayalı olarak başlatılan icra takibini bundan muaf tutmak mümkün değildir.

İcra takiplerinin durdurulması gerektiği fikri 1086 sayılı mülga Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu döneminde de savunulmuştur. Gerçekten de, bahsi geçen Kanun döneminde gerek menfî tespit davalarında (İİK m. 72) gerekse borçlunun, savcılığa şikâyeti üzerine takip alacaklısı hakkında evrakta sahtekârlık suçundan kamu davası açılması durumunda, bu davaların icra takibine etkisinin ne olacağı, HMK m. 209, 1 hükmüne denk gelen, HUMK m. 317, c. 2 hükmü uyarınca tespit edilmekte ve icranın durdurulması gerektiği ifade edilmekteydi²⁵. Yargıtay da aynı görüşteydi: “*Borçlularca Asliye Ticaret Mahkemesinde takip konusu senetlerde sahtecilik iddiası ile açılan davada bilahare açılan davada (...) Hal böyle olunca mezkûr davaya konu olan senet ile ilgili olarak HUMK'nun 317. maddesi gereğince hüküm verilinceye kadar hiçbir muameleye esas ittihaz edilemeyeceğinden takibin bu aşamasında icra müdürlüğünce haciz talebinin reddine yasaya uymayan bir cihet yoktur*”²⁶.

²⁴ Baki **Kuru**/ Ramazan **Arslan**/ Ejder **Yılmaz**, Hukuk Muhakemeleri Kanunu, 39. B., Ankara 2103, s. 244, dn. 285.

²⁵ Bkz. İlhan **Postacıoğlu**, İcra Hukuku Esasları, İstanbul 1982, s. 214; Baki **Kuru**, İcra ve İflâs Hukukunda Menfî Tespit Davası ve İstirdat Davası, Ankara 2003, s. 18 vd.; Baki **Kuru**, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. 2, İstanbul 2001, s. 2100-2103; Baki **Kuru**, İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, İstanbul 2004, s. 304, s. 664; Talih **Uyar**, İcra Hukukunda Olumsuz Tespit ve Geri Alma Davaları, C. 1, Ankara 1993, s. 34; Talih **Uyar**, İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, C. IV, 2008, s. 6067; Ahmet **Türk**, Maddî Hukuk ve İcra ve İflâs Hukuku Yönleriyle Menfî Tespit Davası, Ankara 2006, s. 267 vd.; Timuçin **Muşul**, İcra ve İflâs Hukuku, 4. B., Ankara 2008, s. 373 vd.

²⁶ Y. 12. HD., 30.6.2000, 9350/11064 (**Kuru**, Menfî Tespit, s. 19).

İcra ve İflâs Kanunu'nun imza inkârı bakımından Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre özel bir kanun olduğunu savunan görüş, özellikle icra takiplerinin alelade bir inkârla durdurulabileceği ve bundan alacaklıların zarar görebileceği endişesini taşımaktadır²⁷. Ancak bu noktada -uygulamada duyulan ihtiyacı tam olarak karşılamasa da²⁸- HMK m. 209, 3 ve HMK m. 213, 1 hükümleri de gözden uzak tutulmamalıdır. HMK m. 209, 3 uyarınca senede dayanılarak verilmiş olan ihtiyati tedbir, o senet hakkındaki sahtelik iddiasından etkilenmez ve gerektiğinde senet sahibi haklarının korunması için yeni tedbirler talep edebilir. Böylelikle senede dayanan ve sahtelik iddiasıyla karşılaşan alacaklının haklarının korunması için geçici hukuki koruma tedbirlerine başvurulabileceği kabul edilmiştir. HMK m. 213, 1'e göre ise *"Sahtelik iddiası sonunda haksız çıkan taraf kötü niyetli ise, bu sebeple ertelen her bir duruşma için celse harcına ve talep halinde bu sebeple diğer tarafın uğradığı zarar ziyarı tazmin etmeye mahkûm edilir"* denilmek suretiyle, borçluların kötü niyetli davranışlarıyla alacağına kavuşturulması geciktirilen alacaklılara bu nedenle uğramış oldukları zararı tazmin ettirme imkânı tanınmıştır.

Takibe konan adî senet altındaki imzanın inkârı ile senet altındaki imzanın sahteliği iddiasıyla dava açılmasının uygulama alanları farklıdır. Her şeyden önce, başlatılan takibe karşı imza itirazında bulunulması -bu talep icra mahkemesine yöneltilmiş olsa dâhi- teknik anlamda dava açılması demek değildir. Dolayısıyla, ortada bir dava yok ise, HMK m. 209, 1 hükmüne istinaden icra takibinin de durdurulamaması gerekir²⁹. Bu çerçevede, borçlunun sahtelik iddiasıyla savcılığa başvurması da yeterli olmayıp, borçlunun iddiası üzerine en azından kamu davasının açılmış olması aranmalıdır³⁰. Bu sayede dayanaksız sahtecilik iddiaları ile takiplerin durdurulması da belli ölçüde engellenmiş olacaktır.

Yargıtay 12. Hukuk Dairesi'nin kararında imza inkârı ile yazının (metnin) sahteliğine yönelik diğer inkâr biçimlerinin birbirinden ayrılarak

²⁷ **Kuru**, Makale I, s. 8.

²⁸ Bu konuda bizim de katıldığımız kanun değişikliği önerisi hakkında bkz. aşağıda. "Sonuç" kısmına.

²⁹ **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 740.

³⁰ **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 743.

yazı inkârı konusunda İcra ve İflâs Kanunu'nda hiçbir düzenleme yer almadığının belirtilmesi ve bu nedenle HMK m. 209, 1'in uygulanması gerektiği sonucuna varılması isabetli değildir. Çünkü *Uyar*'ın da haklı olarak belirttiği gibi, hakkında düzenleme bulunmadığı belirtilen husus, esasen İİK m. 168, I/5 ve İİK m. 169a, I'de yer alan "borçlu olunmadığı itirazı"nın kapsamına girmektedir. Bu itibarla, İcra ve İflâs Kanunu, takip hukuku bakımından özel kanun olarak kabul edilmekte ise, imza inkârının yanı sıra imza inkârı dışında kalan iddialar bakımından da HMK m. 209, 1'in değil, İİK m. 168, I/1-5, 169, 169/a hükümlerinin uygulanması gerekir. Öte yandan, Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden önce sahtelik iddiasının ileri sürülmesi durumunda HMK m. 209'a denk gelen HUMK m. 317 hükmünün uygulanması gerektiği yönünde kararlar vermektedir. Örneğin: "... *Takip dayanağı senet hakkında borçlunun, 'imza itirazı' ile birlikte veya 'sahtelik iddiası' ile şikâyette bulunmasından sonra, alacaklı hakkında suç duyurusunda bulunması nedeniyle sahtecilik suçundan dolayı kamu davası açılmış olması durumunda, bu davanın icra takibine etkisinin ne olacağına ilişkin açık bir yasal düzenleme 2004 sayılı İcra ve iflas Kanunu'nda bulunmamaktadır. Bu nedenle, 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 317.maddesinin 2.cümlesinden yararlanarak soruna bir çözüm getirmek gerektiği yargısal uygulamada kabul edilmiştir (Hukuk Genel Kurulu'nun 22.01.2003 gün ve 2003/12-3 E.2003/28 K.; 06.02.2008 gün ve 2008/12-77 E. 2008/90 K. sayılı kararları). Nitekim, 1086 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 317.maddesinin; 'Sahtelik iddiası 308'inci madde ile mevaddı mütaakıbesi ahkamına tevfikân tetkik olunur. Sahteliği iddia kılınan senedin ehlihibre marifetiyle tetkik ve tatbikına ve vakayı ve hadîsattan haberdar olanların istimalına karar verildiği takdirde bu kabil senedat, neticei hükme kadar bir güne muameleye esas ittihaz kılınmaz. Ancak bu senede müsteniden evvelce ittihaz edilen ihtiyati tedbirlere de halel gelmez ve ledelhace senet sahibi hukukunun muhafazası zımında sair ihtiyati tedbirlere de tevessül edebilir' şeklindeki hükmü ile de, hukuk ya da ceza mahkemesinde dava açılmış ve o davada mahkemece sahteliği iddia edilen senet hakkında, 'inkâr edilen imzanın borçhuya ait olup olmadığı' yönünde bilirkişi incelemesi yapılmasına ve senedin yazıldığını görenlerin tanık olarak dinlenmesine karar verilmiş ise, 'senedin dava sonuçlanıncaya kadar hiçbir işleme dayanak yapılamayacağı'*

düzenlenmiştir. Bu düzenleme karşısında; imzaya itiraza ilişkin davanın görülmesi aşamasında ceza davası da açılmışsa; ceza davasının sonuçlanması, imzaya itiraz davası yönünden bekletici sorun olarak kabul edilmiştir...³¹.

Kanun koyucu HMK m. 209, 1 hükmünü sevk ederken senet sahibi (alacaklı) ile senedi düzenlediği iddia edilen kişi (borçlu) arasında menfaat dengesini göz önünde bulundurmuş ve sahte bir senede dayalı olarak işlem yapılması (dava açılması yahut takip başlatılması) durumunda senedi düzenlediği iddia edilen kişinin (borçlunun) menfaatlerine öncelik tanımıştır. Gerçekten de bu hüküm (HMK m. 209, 1) olmasaydı, kendisine karşı sahte senede dayalı olarak takip başlatılan borçlu İİK m. 72, III uyarınca menfi tespit davası açabilecekti. Fakat bu davaya bakan mahkeme, ihtiyati tedbir yoluyla icra takibinin durdurulmasına karar veremeyecekti. Borçlu, sahte bir senede dayanılarak icra takibi yapılması halinde, alacaklının elinde sahte bir senet olduğunu genellikle bilmediğinden icra takibinden önce menfi tespit davası açarak bu davada alacağı ihtiyati tedbir kararıyla icra takibini durdurma imkânına sahip değildir. Başka bir deyişle, böyle bir durumda borçlu sahte senedin mevcudiyetini genellikle icra takibinin başlamasından sonra öğrenebilmektedir. İşte böyle bir durumda, HMK m. 209, 1 hükmü göz ardı edilerek, mesele İİK m. 72'ye göre çözüme bağlansın denilirse, kendisine karşı sahte senede istinaden icra takibi başlatılan ve şu veya bu sebeple ödeme emrine itiraz etmeyi ihmal etmiş olan borçlunun durumu çok ağırlaşacaktı. Çünkü bu halde sahtelik (menfi tespit) davasına bakan mahkeme, ihtiyati tedbir yoluyla da olsa icra takibinin durdurulmasına karar veremeyecek (İİK m. 72, III); borçlu da ne kadar haklı olursa olsun mallarının haczini ve hatta satışını önleyemeyecekti³².

³¹ Y. 12. HD., 4.10.2011, 2245/17673 (KİB).

³² **Kuru**, Usul II, s. 2012.

SONUÇ

Adî senet altındaki imzanın bir dava vesilesiyle inkârı durumunda HMK m. 209, 1 hükmü gereği icra takibinin durdurulması gerekir. Fakat belirtmek gerekir ki, HUMK m. 317, c.1 hükmünün uygulanma anını daha da erkene alan bu (yeni) hükmün menfaatler dengesini yeterince gözettiğini söylemek güçtür. Zira bu hüküm sayesinde kötü niyetli borçluların kendilerine karşı başlatılan icra takiplerini haksız yere durdurabilmelerine imkân tanınmıştır. Bu itibarla, öğretilerde haklı olarak ifade edildiği üzere³³, HMK m. 209, 1 hükmünden hemen sonra gelmek üzere “*İcra takibine konu olan adî senetler hakkındaki İİK’nun 68a, 169a ve 170 inci hükümlerinin saklı olduğu*” ya da hiç olmazsa “*İcra takibine konu olan kambiyo senetleri hakkındaki 169a ve 170 hükümlerinin saklı olduğu*” ilave edilmiş olsaydı, özellikle kambiyo senedine dayalı takiplerde borçlunun takip dayanağı senedin altındaki imzasını inkâr etmesi veya senetteki alacak miktarında ya da tarihte tahrifat yapıldığını iddia etmesi üzerine bu iddia icra mahkemesince incelenerek ciddi bulunması durumunda, iddianın esası hakkında hüküm verilmeye kadar takibin geçici olarak durdurulmasına karar verilerek borçlunun sahte olduğu ileri sürülen senede dayalı olarak yapılan takipten zarar görmesi de önlenmiş olurdu. Diğer yandan, bu sayede takip konusu senet sahte olmamasına rağmen borçluların kötü niyetli olarak, takibi uzatmak amacıyla yapacakları itirazlar da etkisiz bırakılarak alacaklıların zarar görmesi önlenbilirdi. Bununla birlikte, HMK m. 209, 1 ile getirilen düzenleme değiştirilinceye kadar uygulanmaya devam edileceğinden, ticari hayatın sürat gerektirdiği ve bu nedenle HMK m. 209, 1’in değil de, İcra ve İflâs Kanunu’nun ilgili hükümlerinin uygulanması ileri sürülerek mevcut hüküm (HMK m. 209, 1) yok sayılamaz. Hukuki ilişkinin tarafları arasındaki menfaat dengesinin nasıl ve ne yönde düzenleneceği kanun koyucunun takdirindedir ve o -şimdilik- tercihini senet sahibinden değil, sahtelik iddiasında bulunandan yana kullanmıştır.

³³ Uyar, Makale II, s. 515.

Kaynakça

- Akipek**, Jale/**Akıntürk**, Turgut/**Ateş** Karaman, Derya: Türk Medeni Hukuku, Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku, C. 1, İstanbul 2012.
- Akyol**, Şener: Medeni Hukuka Giriş, İstanbul 2006.
- Arslan**, Ramazan/**Yılmaz**, Ejder/**Taşpınar** Ayvaz, Sema/**Hanağası**, Emel: İcra ve İflâs Hukuku Pratik Çalışmaları, 13. B., Ankara 2013.
- Atalay**, Oğuz: Adi Senetler Hakkında Sahtelik İddiası ve Sonuçları (Ersin Çamoğlu'na Armağan, İstanbul 2013, s. 547-556).
- Bilge**, Necip: Hukuk Başlangıcı, Ankara 2009.
- Börü**, Levent: Kambiyo Senetlerine Özgü Haciz Yolu ile Takipte İmzaya İtirazın Takibi Durdurup Durdurmayacağıın Değerlendirilmesi (BATİDER 2012/4, s. 257-265).
- Çağa**, Tahir: Özel Hüküm Genel Hükümü Daima Bertaraf Eder mi? (TBBĐ 1991/3, s. 366-375).
- Edis**, Seyfullah: Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Ankara 1997.
- Erişir**, Evrim: Geçici Hukukî Korumanın Temelleri ve İhtiyatî Tedbir Türleri, İstanbul 2013.
- Güriz**, Adnan: Hukuk Başlangıcı, 12. B., Ankara 2009.
- Karayalçın**, Yaşar/**Yongalık**, Aynur: Hukukda Öğretim-Kaynaklar-Metod-Problem Çözme, 7. B., Ankara 2008.
- Kiraz**, Taylan Özgür: Âdi Senetlerde Sahtelik İddiasına İlişkin Düalist Yapı Üzerine Bir İnceleme (MİHDER 2013/1, s. 43-72).
- Kuru**, Baki/**Arslan**, Ramazan/**Yılmaz**, Ejder: İcra ve İflâs Hukuku, 27. B., Ankara 2013.
- Kuru**, Baki/**Arslan**, Ramazan/**Yılmaz**, Ejder: Hukuk Muhakemeleri Kanunu, 39. B., Ankara 2103.
- Kuru**, Baki: Hukuk Davasında Adî Senetteki İmzanın İnkâr Edilmesinin İcra Takibine Etkisi (MİHDER, 2012/3, s. 3-10), (Kuru, Makale I).

- Kuru**, Baki: Hukuk Davasında Adî Senetteki İmzanın İnkâr Edilmesinin İcra Takibine Etkisi (BD, Özel Sayı: 2013, s. 62-66), (Kuru, Makale II).
- Kuru**, Baki: Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. 2, İstanbul 2001, (Kuru, Usul II).
- Kuru**, Baki: İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, 1. B., İstanbul 2004, (Kuru, El Kitabı, 1. B.).
- Kuru**, Baki: İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, 2. B., Ankara 2013, (Kuru, El Kitabı, 2. B.).
- Kuru**, Baki: İcra ve İflâs Hukukunda Menfi Tespit Davası ve İstirdat Davası, Ankara 2003, (Kuru, Menfi Tespit).
- Muşul**, Timuçin: İcra ve İflâs Hukuku, 4. B., 2008, (Muşul İcra, 4. B.).
- Muşul**, Timuçin: İcra ve İflâs Hukuku, C. I, 5. B., Ankara 2013, (Muşul, İcra, 5. B.).
- Oğuzman**, Kemal/**Barlas**, Nami: Medenî Hukuk, 15. B., İstanbul 2008.
- Özekes**, Muhammet: İcra ve İflâs Hukukunda İhtiyati Haciz, Ankara 1999.
- Özekes**, Muhammet: Temel Hukuk Bilgisi, 4. B., Ankara 2013.
- Pekcanitez**, Hakan/**Atalay**, Oğuz/**Özekes**, Muhammet: Medenî Usul Hukuku, 14. B., Ankara 2013.
- Pekcanitez**, Hakan/**Atalay**, Oğuz/**Sungurtekin Özkan**, Meral/**Özekes**, Muhammet: İcra ve İflâs Hukuku, 11. B., Ankara 2013.
- Postacıoğlu**, İlhan: İcra Hukuku Esasları, İstanbul 1982.
- Saymen**, Ferit: Türk Medeni Hukuku, C. 1, Umumi Prensipler, İstanbul 1960.
- Serozan**, Rona: Medeni Hukuk, İstanbul 2011.
- Tanrıver**, Süha: İlamlı İcra Takibinin Dayanakları ve İcranın İadesi, Ankara 1996.
- Türk**, Ahmet: Maddi Hukuk ve İcra ve İflâs Hukuku Yönleriyle Menfi Tespit Davası, Ankara 2006.

Uyar, Talih: “Takip Dayanağı Senedin Sahte Olduğu” İleri Sürölerek İcra Takibinin Teminatsız - Durdurulması (İBD 2013/2, s. 488-516), (Uyar, Makale II).

Uyar, Talih: İcra Hukukunda Olumsuz Tespit ve Geri Alma Davaları, C. 1, Ankara 1993.

Uyar, Talih: İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, C. IV, Ankara 2008.

Uyar, Talih: Takip Konusu Senedin Sahte Olarak Düzenlenmiş Olduğu İleri Sürölerek, İcra Takibinin Durdurulması Nasıl Sağlanabilir? (İBD 2012/2, s. 199-207), (Uyar, Makale I).

Kısaltmalar Cetveli

BATİDER	: Bankacılık ve Ticaret Hukuku Araştırma Dergisi
BD	: Bankacılar Dergisi
c.	: cümle
C.	: Cilt
HD	: Hukuk Dairesi
HMK	: 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HUMK	: 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İİK	: 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu
karş.	: karşılaştırınız
KİB	: Kazancı İçtihat Bilişim
MİHDER	: Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi
RG	: Resmî Gazete
s.	: sayfa
S.	: Sayı
TBBD	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
vd.	: ve devamı

**DIE HAFTUNG DES MASSEVERWALTERS GEM § 81
ABS 3 IO - HAFTUNG EX MANDATO ODER HAFTUNG IM
ZWISCHENBEREICH VON VERTRAG UND DELIKT***

***Priv.-Doz. Mag. Dr. Henriette-Christine DUURSMA-KEPPLINGER,
LL.M., M.A.S., LL.M.*****

Gemäß § 81 Abs 3 IO (Insolvenzordnung) ist der Insolvenzverwalter „*allen Beteiligten für Vermögensnachteile, die er ihnen durch pflichtwidrige Führung seines Amtes verursacht, verantwortlich*“. Die Ausführungen sollen sich auf den Masseverwalter konzentrieren, so bezeichnet man den Insolvenzverwalter im Konkursverfahren und im Sanierungsverfahren ohne Eigenverwaltung.

Ziel des Beitrags ist es, dem herrschenden Konzept der Masseverwalterhaftung ein neues alternatives Lösungsmodell gegenüber zustellen. Dieses knüpft bei der Frage der Rechtsnatur der Masseverwalterhaftung an der Rechtsstellung des Masseverwalters als Organ der Insolvenzmasse an¹. Daraus ergeben sich vor allem Unterschiede bei der Schutzrichtung der Amtspflichten und folglich auch der geschützten Beteiligten.

* Dieser Beitrag beruht auf dem Vortrag der Autorin im Rahmen des Habilitationskolloquiums an der Paris-Lodron-Universität Salzburg. Der Vortragsstil wurde beibehalten, der Text jedoch um Fußnoten ergänzt.

** Paris-Lodron-Universität Salzburg

¹ Monographisch hierzu *Duursma-Kepplinger*, Die Haftungsordnung im Gesellschaftskonkurs Band I bis IV (2009).

I. Die herrschende Lehre – Sonderbeziehungstheorie

A. Rechtsgrund

Lehre und Rsp betrachten die insolvenzrechtliche Sonderbestimmung über die Haftung des Masseverwalters als Ausdruck einer **gesetzlichen Sonderbeziehung**, in welcher der Masseverwalter zu den einzelnen Beteiligten steht². Diese besondere rechtliche Beziehung basiert nicht auf einer vertraglichen Verbindung, sondern resultiert aus dem Naheverhältnis, welches sich aufgrund der Insolvenzabwicklung zwischen Verwalter und Beteiligten ergäbe³. Gekennzeichnet sei dieses durch eine intensivere Pflichtenbindung, als sie im deliktischen Bereich zwischen Schädiger und Geschädigtem gemeinhin gegeben sei⁴. Die Haftung des Verwalters stelle somit ein gesetzlich anerkanntes Beispiel für eine rechtliche Sonderbeziehung dar, die im Zwischenbereich von vertraglicher und deliktischer Haftung anzusiedeln sei⁵.

² Haftung im Zwischenbereich zwischen Vertrag und Delikt, siehe nur *Welser*, Sachverständigenhaftung und Insolvenzverfahren, NZ 1984, 92, 96; *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht, Band I Allgemeiner Teil³ (1997) Rz 4/84; *Koziol*, Delikt, Verletzung von Schuldverhältnissen und Zwischenbereich, JBl 1994, 209, 218; *Shamiyeh*, Die zivilrechtliche Haftung des Masseverwalters (1995) 47 ff; *Hierzenberger/Riel* in Konecny/Schubert §§ 81, 81a KO Rz 11; *Schulyok* in Konecny/Schubert (Hrsg), Kommentar zu den Insolvenzgesetzen (in Teillieferungen ab 1997; unvollständig) § 48 InsO Rz 238; *Dellinger/Oberhammer*, Insolvenzrecht² (2004) Rz 127; *Artmann*, Die Haftung des Abschlussprüfers für Schäden Dritter, JBl 2000, 623 ff, insb Text bei FN 67; auch noch *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in Bartsch/Pollak/Buchegger (Begr/Hrsg), Österreichisches Insolvenzrecht - Kommentar⁴, Band I (2000), Band II/2 (2004), Band III (2002), Band IV (2006) III, § 81 KO Rz 94 ff; stRsp, zB OGH ZIK 1998, 101; ZIK 1998, 171; ZIK 1999, 165; ZIK 2007/287 = Zak 2007/389.

³ Insb *Welser*, NZ 1984, 92, 96; *Koziol*, Haftpflichtrecht I Rz 4/84; *Koziol*, JBl 1994, 209, 218 f; *Shamiyeh*, Haftung 47 ff; *Hierzenberger/Riel* in Konecny/Schubert §§ 81, 81a KO Rz 11; *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in Bartsch/Pollak/Buchegger III § 81 KO Rz 94 ff; ablehnend, jedoch unter Darstellung des Meinungsstands *Duursma-Kepplinger*, Die Haftungsordnung im Gesellschaftskonkurs Band III, Die Haftung des Masseverwalters (2009) 231 ff.

⁴ Stellvertretend für viele *Koziol*, JBl 1994, 209, 218.

⁵ *Welser*, NZ 1984, 92, 96; *Koziol*, Haftpflichtrecht I Rz 4/84; *Koziol*, JBl 1994, 209, 218; *Shamiyeh*, Haftung 47 ff; *Hierzenberger/Riel* in Konecny/Schubert §§ 81, 81a KO Rz 11; *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in Bartsch/Pollak/Buchegger III § 81 KO Rz 94 ff.

B. Anknüpfungspunkte der Sonderbeziehungstheorie

Den Hauptaspekt der Begründung dieser Sonderbeziehung erblickt die hA in der Betrauung des Masseverwalters mit Aufgaben, die erhöhte Einflussmöglichkeiten auf die Sphäre anderer eröffneten, die jenen bei rechtsgeschäftlichem Kontakt entsprächen. Als nicht unwesentlichen Nebenaspekt betrachtet die hM, dass der Verwalter für seine Tätigkeit ein Honorar bezieht, somit die Übernahme der Aufgaben im eigenen wirtschaftlichen Interesse desselben liegt⁶.

Im Detail divergieren die Ansichten, ob von einer **einheitlichen Sonderbeziehung** zu allen Beteiligten mit **allseitigen Pflichten**⁷, von einer **einheitlichen Sonderbeziehung mit abgestuften Pflichten**⁸ oder ob von einer **Pluralität an Sonderbeziehungen** zu jedem einzelnen Beteiligten⁹ auszugehen sei. Die letztgenannte Auffassung liegt dem Gros der höchstgerichtlichen Entscheidungen zu Grunde. Wesentlich ist, dass jede dieser Unterarten, die Haftung des Masseverwalters generell den Regeln der Vertragshaftung unterstellt¹⁰.

C. Beteiligte

Nach hM und ständiger Rechtsprechung sind „**Beteiligte**“ alle Personen „*deren Rechtsstellung einschließlich ihres wirtschaftlichen Gehalts*“

⁶ *Koziol*, JBl 1994, 209, 218 f; *Koziol*, Haftpflichtrecht I Rz 4/43, 4/48; *Welser*, Die Haftung für Rat, Auskunft und Gutachten (1983) 77 f; *Shamiyeh*, Haftung 48; weitergehend - allerdings im Kontext der Abschlussprüferhaftung für Pflichttestate - *Artmann*, JBl 2000, 623 ff, Text bei FN 65, die dem Aspekt der Entlohnung keine eigenständige Bedeutung beimisst; aus der Rsp zB OGH ZIK 1995, 55; ZIK 1997, 24; ZIK 1999, 205; SZ 63/138; Zak 2007/389.

⁷ In diesem Sinn offenbar *Bydlinski*, Schadenersatz wegen materiell rechtswidriger Verfahrenshandlungen, JBl 1986, 626, 638; kritisch hierzu *Duursma-Kepplinger*, Haftungsordnung III 293 ff.

⁸ In diese Richtung gehend zum insoweit vergleichbaren deutschen Recht *Meyer*, Die Haftung des vorläufigen Insolvenzverwalters (2003) 98 ff.

⁹ *Shamiyeh*, Haftung 95 ff; *Koziol*, Haftpflichtrecht I Rz 4/42; für das deutsche Recht *Lüke*, Die persönliche Haftung des Konkursverwalters, Schriften des Institutes für Arbeits- und Wirtschaftsrecht der Universität Köln, Band 52, (1986) 38 f, 75 ff, 81 ff, 90 ff, dessen Ausführungen auch von der österreichischen Lehre aufgegriffen wurden.

¹⁰ OGH ZIK 1995, 55; ZIK 1997, 24; ZIK 1998, 171; ZIK 1999, 169; ZIK 1999, 205; SZ 63/138; AnwBl 2003/7858 (krit *Duursma-Kepplinger*); Zak 2007/389; ZIK 2007/333.

von der Gestaltung des Insolvenzverfahrens beeinflusst wird, sofern der Masseverwalter bei seinen Handlungen oder Unterlassungen zur Verhütung ihrer Schädigung verpflichtet erscheint¹¹. Dabei wird das Schwergewicht weniger auf den Aspekt der Betroffenheit in rechtlichen Interessen gelegt, als auf die Frage, ob der Masseverwalter bei seiner Tätigkeit zur **Verhütung der Schädigung bestimmter Personen verpflichtet** erscheint¹². Beteiligte seien demnach alle Personen, denen gegenüber der Masseverwalter „insolvenzspezifische Pflichten“ zu erfüllen habe und die daher einen Rechtsanspruch auf ein entsprechendes, pflichtgemäßes Verhalten des Verwalters hätten¹³.

D. Insolvenzspezifische Pflichten

Das Abrücken von einem verfahrensrechtlichen Beteiligtenbegriff¹⁴ und die Beteiligteenermittlung allein über die Pflichten des Verwalters hat zu einer weitgehenden **Sinnentleerung** des Begriffs der „Beteiligten“ im Haftungssystem des § 81 Abs 3 IO geführt¹⁵. Um eine unkonturierte Haftung des Verwalters für bloße Vermögensschäden zu verhindern, sieht sich die Sonderbeziehungstheorie genötigt, die „*Amtspflichten*“ des Verwalters auf Verletzung „*insolvenzspezifischer Pflichten*“ einzuschränken¹⁶. Pflichten, die den Verwalter gleich jeden anderen Teilnehmer am Rechtsverkehr gegenüber Dritten oder Vertragspartnern bei Geschäftsabschluss treffen,

¹¹ Für viele *Petschek/Reimer/Schiemer*, Das österreichische Insolvenzrecht (1973) 171; *Welser*, NZ 1984, 92, 96; *Koziol*, JBl 1994, 218; *Koziol*, Haftpflichtrecht I Rz 4/84; *Shamiyeh*, Haftung 47 ff; *Hierzenberger/Riel* in *Konecny/Schubert* §§ 81, 81a KO Rz 11; *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger* III § 81 KO Rz 94 ff.

¹² Krit bereits *Duursma-Kepplinger*, Haftungsordnung III 298 ff, 385 ff.

¹³ Siehe die in Fn 11 genannten.

¹⁴ Hierzu eingehend *Duursma-Kepplinger*, Haftungsordnung III 165 ff, insb 169 f mwN.

¹⁵ Krit *Duursma-Kepplinger*, Haftungsordnung III 173 ff.

¹⁶ *Rintelen*, Handbuch des österreichischen Konkurs- und Ausgleichsrechts (1915) 73; *Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzrecht 171; *Welser*, NZ 1984, 92, 96; *Koziol*, JBl 1994, 218; *Koziol*, Haftpflichtrecht I Rz 4/84; *Shamiyeh*, Haftung 47 ff; *Hierzenberger/Riel* in *Konecny/Schubert* §§ 81, 81a KO Rz 11; *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger* III § 81 KO Rz 94 ff; OGH ZIK 1995, 55; ZIK 1997, 24; ZIK 1998, 101; ZIK 1998, 171; ZIK 1999, 165; ZIK 2007/287 = Zak 2007/389.

begründen keine Haftung gem § 81 Abs 3 IO. Auf den formalen Aspekt einer Normierung innerhalb der Insolvenzgesetze komme es jedoch nicht entscheidend an¹⁷. Die Definition der insolvenzspezifischen Pflichten beruhe auf dem § 81 Abs 3 IO unterstellten **Normzweck**. Dieser wird in der Schaffung eines „Ausgleichs für die mit der Einsetzung des Verwalters verbundenen zusätzlichen, nicht vorhersehbaren beziehungsweise nicht steuerbaren Risiken“ gesehen. Der genaue Inhalt dieser insolvenzspezifischen Pflichten ist laut hL „freilich noch im Fluss“¹⁸.

E. Anerkannte Beteiligte

Als Beteiligte werden der Schuldner¹⁹, Insolvenzgläubiger²⁰, Massegläubiger²¹, Aussonderungsberechtigte²², Absonderungsberechtigte²³,

¹⁷ Für viele *Hierzenberger/Riel* in Konecny/Schubert §§ 81, 81a KO Rz 14; *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in Bartsch/Pollak/Buchegger III § 81 KO Rz 97.

¹⁸ *Riel*, Zur Haftung des Masseverwalters bei Unternehmensfortführung im Konkurs, *ecolex* 1997, 484, 486; beachte auch *Lovrek*, Aktuelle Rechtsprechung des OGH zur Haftung von Insolvenzverwaltern und Gesellschaftsorganen, in Konecny, *Insolvenz-Forum* 2006 (2007) 105, wonach Art und Umfang dieser konkurspezifischen Pflichten im Einzelfall oft diskussionswürdig seien.

¹⁹ *Petschek/Reimer/Schiemer*, *Insolvenzrecht* 171; *Shamiyeh*, *Haftung* 62; *Hierzenberger/Riel* in Konecny/Schubert §§ 81, 81a KO Rz 16; *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in Bartsch/Pollak/Buchegger III § 81 KO Rz 103 ff; *Dellinger/Oberhammer*, *Insolvenzrecht* Rz 130; *Holzhammer*, *Österreichisches Insolvenzrecht*⁵ (1996) 112; im Kontext der Nichtfreigabe einer im Konkurs nicht verfolgten Forderung *Kodek* in Bartsch/Pollak/Buchegger IV § 119 KO Rz 144 und *Riel* in Konecny/Schubert § 119 KO Rz 37; OGH SZ 47/84; JBl 1963, 323; AnwBl 2003/7858 (*Duursma-Kepplinger*), Haftung wegen pflichtwidriger Unternehmensschließung.

²⁰ *Petschek/Reimer/Schiemer*, *Insolvenzrecht* 170 ff; *Shamiyeh*, *Haftung* 62 f; *Hierzenberger/Riel* in Konecny/Schubert §§ 81, 81a KO Rz 17; *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in Bartsch/Pollak/Buchegger III § 81 KO Rz 108 ff; *Dellinger/Oberhammer*, *Insolvenzrecht* Rz 130; *Holzhammer*, *Insolvenzrecht* 112; OGH ZIK 2006/66, Sicherstellungspflicht im Verhältnis zu Konkursgläubigern im Zwangsausgleich; zur letztgenannten Entscheidung *Lovrek* in Konecny, *Insolvenz-Forum* 2006 105, 106.

²¹ *Petschek/Reimer/Schiemer*, *Insolvenzrecht* 171; *Welser*, NZ 1984, 92, 97; *Bydlinski*, JBl 1986, 626, 638 f; *Shamiyeh*, *Haftung* 63 ff; *Hierzenberger/Riel* in Konecny/Schubert §§ 81, 81a KO Rz 21 f; *Holzhammer*, *Insolvenzrecht* 112; *Bachmann*, *Befriedigung der*

Einzelanfechtungsgläubiger²⁴, Garanten im Sanierungsplan und bei Unternehmensfortführung²⁵ genannt. Weitestgehend anerkannt ist die Beteiligtenstellung der Neumassegläubiger bei Unternehmensfortführung²⁶.

Masseforderungen (1993) 25 ff; *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in Bartsch/Pollak/Buchegger III § 81 KO Rz 112 ff; *Lentsch*, Geltendmachung und Umfang der Haftung des Masseverwalters bei gescheiterter Unternehmensfortführung, ZIK 2000/49; *Lovrek* in Konecny, Insolvenz-Forum 2006 105, 106 f; *Dellinger/Oberhammer*, Insolvenzrecht Rz 130; *Nunner-Krautgasser*, Masseverwalterhaftung für Prozesskosten, Zak 2007/373; *Kodek* in Bartsch/Pollak/Buchegger IV § 124 KO Rz 3, 5; vgl dazu hinsichtlich des Bestandgebers in Bezug auf (den aliquoten Teil der) Bestandzinsforderungen nach Konkurseröffnung (§ 23 Abs 1 IO): *Rathauscher*, Bestandrechte und Konkurs (1999) 129; OGH SZ 60/201; SZ 68/48 = ZIK 1995, 55 = DRdA 1996, 140 (*Oberhofer*) = ZAS 1996, 56 (*Grießer*); ZIK 1997, 24; AnwBl 2003/7858; ZIK 2005/252; ZIK 2007/287 = Zak 2007/389.

²² *Shamiyeh*, Haftung 69 ff; *Hierzenberger/Riel* in Konecny/Schubert §§ 81, 81a KO Rz 18 ff; *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in Bartsch/Pollak/Buchegger III § 81 KO Rz 123 ff; *Duursma-Kepplinger*, Eigentumsvorbehalt und Mobilienleasing in der Insolvenz – Eine Darstellung der österreichischen und deutschen Rechtslage (2002) 56 f, 71 f, 82 f; *Schulyok* in Konecny/Schubert § 44 KO Rz 88 ff; *Dellinger/Oberhammer*, Insolvenzrecht Rz 130; *Holzhammer*, Insolvenzrecht 112; *Rabl*, Die Aussonderung von Buchgeld, ÖBA 2006, 575; *Fischer* Aktuelle Rechtsprechung des BGH zur Haftung von Insolvenzverwaltern und Gesellschaftsorganen, in Konecny, Insolvenz-Forum 2006 (2007) 43, 45; OGH SZ 63/138; ZIK 1999, 205.

²³ *Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzrecht 171; *Welser*, NZ 1984, 92, 97; *Bachmann*, Masseforderungen 26; *Shamiyeh*, Haftung 62 ff; *Hierzenberger/Riel* in Konecny/Schubert §§ 81, 81a KO Rz 18 ff; *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in Bartsch/Pollak/Buchegger III § 81 KO Rz 120 ff; *Dellinger/Oberhammer*, Insolvenzrecht Rz 130; *Lovrek* in Konecny, Insolvenz-Forum 2006 105, 107 ff; *Holzhammer*, Insolvenzrecht 112; OGH SZ 47/84; JBl 1987, 53; RdW 1998/343; Zak 2007/80.

²⁴ *Shamiyeh*, Haftung 74.

²⁵ *Shamiyeh*, Haftung 74.

²⁶ *Shamiyeh*, Haftung 86 ff; *Lentsch*, ZIK 2000/49; *Hierzenberger/Riel* in Konecny/Schubert §§ 81, 81a KO Rz 25; *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in Bartsch/Pollak/Buchegger III § 81 KO Rz 147 ff; OGH ZIK 1995, 55; ZIK 1997, 24; ZIK 1999, 169; vgl auch OGH AnwBl 2003/7858 (*Duursma-Kepplinger*); vor der InsNov 2002 außerhalb der Unternehmensfortführung verneinend *Shamiyeh*, Haftung 79 ff; *Lentsch*, ZIK 2000/49; *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in Bartsch/Pollak/Buchegger III § 81 KO Rz 144 ff; generell verneinend *Harrer*, Die zivilrechtliche Haftung des Sachverständigen, in Aicher/Funk, Der Sachverständige im Wirtschaftsleben (1990)

Hingegen ist die Beteiligtenstellung des Prozessgegners der unzulänglichen Masse in Ansehung seines aufschiebend bedingten Prozesskostenersatzanspruchs sowie jene des Gläubigers einer ausgeschlossenen Forderung selbst unter den Vertretern der hA umstritten²⁷.

II. Kritik an der Sonderbeziehungstheorie

A. Einflussnahmemöglichkeit auf einzelne Sphären und wirtschaftliches Eigeninteresse

Die Überlegungen zu den abgestuften Pflichten beziehungsweise der Isolierung einer Vielzahl einzelner Sonderbeziehungen macht die Sonderbeziehungstheorie in sich angreifbar.

Dies folgt zum einen daraus, dass die Pflichtenbindung des Masseverwalters beziehungsweise seine Einflussnahmemöglichkeiten auf einzelne Sphären, insbesondere jene von Aussonderungsberechtigten oder potentiellen Massegläubigern wesentlich schwächer sind, als etwa in Bezug auf die „Gesamtheit der Insolvenzgläubiger“²⁸. Die materiellen Rechte von Massegläubigern und Aussonderungsberechtigten werden durch die Insolvenz nicht eingeschränkt. Auch stehen ihnen mehr oder minder die gleichen Möglichkeiten zur Rechtsverfolgung zu wie außerhalb der Insolvenz²⁹.

177, 194 f; *Duursma-Kepplinger*, Haftungsordnung IV 208 ff, insb 332 ff; generell bejahend nach der InsNov 2002 im Hinblick auf § 124a KO bejahend *Nunner-Krautgasser*, Zak 2007/373; *Riel*, Zur Haftung des Masseverwalters für Prozessführung bei Masseunzulänglichkeit, Anmerkungen zu OGH 18.4.2007, 8 Ob 3/07k, ZIK 2007/246.

²⁷ Beteiligtenstellung bejahend etwa *Hierzenberger/Riel* in *Konecny/Schubert* §§ 81, 81a KO Rz 22; *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger* III § 81 KO Rz 112, 114; *Riel*, ZIK 2007/246; *Nunner-Krautgasser*, Zak 2007/373; wohl auch *Bydlinski*, JBl 1986, 626, 638 f; abl *Shamiyeh*, Haftung 99 ff; *Duursma-Kepplinger*, Die Haftungsordnung im Gesellschaftskonkurs IV, Parallelfälle der Masseverwalter- und Geschäftsführerhaftung (2009) 451 ff, insb 484 ff; OGH ZIK 2007/287 = Zak 2007/389; OGH ZIK 2007/333.

²⁸ Eingehend dazu *Duursma-Kepplinger*, Haftungsordnung III 355 ff, 385 ff.

²⁹ Dazu *Duursma-Kepplinger*, Haftungsordnung III 615ff, 661 ff, 701 ff, jeweils mwN.

Allein der Umstand, dass der Masseverwalter in seiner Funktion als Organ der Masse für die Begründung bzw Befriedigung der Masseforderungen sowie die Aussonderung zuständig ist und insofern mit deren Vermögenssphären in Berührung kommt, begründet keine über das allgemeine Maß hinausgehende Einflussmöglichkeit auf deren Position³⁰. Eine vergleichbare Einwirkungsmöglichkeit auf das Vermögen eines potenziellen Gesellschaftsgläubigers kommt schließlich außerhalb der Insolvenz auch organschaftlichen Vertretern von Kapitalgesellschaften zu, ohne dass darin eine Sonderbeziehung mit vergleichbarer Haftung erblickt würde³¹. Eine insolvenzspezifische Gefahrenerhöhung lässt sich insoweit folglich nicht ausmachen.

Zum anderen misst die hL dem Umstand, welcher Personenkreis wirtschaftlich die Entlohnung des Verwalters trägt, zu geringe Bedeutung bei³². Dies gilt vor allem dann, wenn man eine Pluralität von Sonderbeziehungen bejaht. Beim Abschluss eines Vertrags namens der Masse im Zuge der Insolvenzabwicklung verfolgt der Masseverwalter keineswegs eigene wirtschaftliche Interessen etwa gegenüber dem potenziellen Massegläubiger. Allein, dass er eine Pauschalentlohnung aus der Masse erhält, begründet noch kein eigenes wirtschaftliches Interesse gegenüber dem konkreten potentiellen Vertragspartner der Masse. Diesen Befund bestätigt ein Blick auf eine vergleichbare Konstellation außerhalb der Insolvenz. Das Geschäftsführer- oder Vorstandsgehalt rechtfertigt nach stRsp nämlich keineswegs zur Annahme eines wirtschaftlichen Interesses des Gesellschaftsorgans, welches dessen Eigenhaftung gegenüber Vertragspartnern der Gesellschaft für Verschulden bei Vertragsabschluss zu begründen vermag³³.

³⁰ So bereits *Duursma-Kepplinger*, Haftungsordnung III 710 ff, 726; *Duursma-Kepplinger*, Haftungsordnung IV 57 ff.

³¹ *Duursma-Kepplinger*, Haftungsordnung III 741 ff, 756 ff; *Duursma-Kepplinger*, Haftungsordnung IV 52 ff, 77 f.

³² Kritisch schon *Duursma-Kepplinger*, Haftungsordnung III 227 f.

³³ Zum Verständnis des wirtschaftlichen Eigeninteresses in diesem Zusammenhang *Dellinger*, Vorstands- und Geschäftsführerhaftung im Insolvenzfall insbesondere gegenüber sogenannten Neugläubigern (1991) 156 ff; *Schumacher* in Bartsch/Pollak/Buchegger II/2 § 69 KO Rz 157 f; *Chalupsky/Schmidsberger*, Rechte, Pflichten und Haftungen der Organe der GmbH und der GmbH & Co KG, in Bertl/Mandl D./Mandl

Doch auch ein Blick auf § 1300 ABGB verdeutlicht, dass ein gewisser, wenn auch gelockerter „synallagmatischer“ Konnex zwischen Pflichtenbeziehung und Entlohnung verlangt wird, soll ein Sachverständiger für Rat oder Auskunft schon bei leichter Fahrlässigkeit haften³⁴.

B. Art der Beteiligenermittlung und Unkonturiertheit der insolvenzspezifischen Pflichten

Den zweiten Kritikpunkt bilden Art und Weise der Ermittlung des geschützten Personenkreises sowie die Konturenlosigkeit der insolvenzspezifischen Pflichten.

G./Ruppe, GmbH oder GmbH & Co KG? (2000) 74; *Medicus*, Die Außenhaftung des GmbH-Geschäftsführers, *GmbHR* 1993, 533, 535 f; *Honsell*, Die Haftung des Geschäftsführers gegenüber Gesellschaftsgläubigern bei Insolvenz der GmbH *GesRZ* 1984, 134, 142 f; *Karollus*, Pflichten und Haftung der Organe von Kapitalgesellschaften in der Krise und bei der Sanierung, in *Feldbauer-Durstmüller/Schlager* (Hrsg), *Krisenmanagement - Sanierung - Insolvenz* (2002) 1165 f; *Harrer*, Haftungsprobleme bei der GmbH (1990) 201 f, 205 ff; *Medicus*, Die interne Geschäftsverteilung und die Außenhaftung von GmbH-Geschäftsführern, *GmbHR* 1998, 9, 11; *Schneider*, Zur Haftung des Geschäftsführers für nicht entrichtete Sozialversicherungsbeiträge, *ZIK* 2006/186; *Duursma-Kepplinger* in *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth*, *Handbuch zum Gesellschaftsrecht* (2007) Rz 3022, 3023 f; OGH SZ 56/135; SZ 57/37; SZ 69/69; RdW 2007/308; allgemein hierzu auch *Welser*, Vertretung ohne Vollmacht – zugleich ein Beitrag zur Lehre von der culpa in contrahendo (1970) 102.

³⁴ *Honsell*, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil⁸ (2006) 307 ff, insb 310; *Honsell*, Die Haftung für Gutachten und Auskunft unter besonderer Berücksichtigung von Drittinteressen, FS *Medicus* (1999) 211, 213 ff; *Harrer*, Aus aktuellem Anlass (OGH JBl 1997, 524) - über Bewertungsmethoden, Rechtsfortbildung und Probleme der Schadensermittlung, *Besprechungsaufsatz zu OGH 20.11.1996, 7 Ob 513/96, JBl 1997, 674 ff*; *Harrer* in *Schwimann* § 1300 ABGB Rz 6 ff, 103; *Harrer*, Die Haftung des Abschlussprüfers, FS *Georgiades* (2005) 1637, 638 ff; *Harrer*, Die Dritthaftung des Abschlussprüfers de lege ferenda, in *Gruber/Harrer* (Hrsg), *Aktuelle Probleme der Abschlussprüfung* (2006) 135 ff; *Harrer*, Kritische Anmerkung zur Haftung des Abschlussprüfers de lege ferenda (Entwurf eines GesRÄG 2005), *wbl* 2005, 108 ff; *Duursma-Kepplinger* in *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth*, *Gesellschaftsrecht Rz* 3282; *Duursma-Kepplinger*, *Haftungsordnung III* 347 ff mwN; ähnlich *Reischauer* in *Rummel* (Hrsg), *Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch, Band I²* (1990), I³ (2000), II² (1992), 3. Auflage in Teillieferungen (unvollständig), § 1300 ABGB Rz 9; abw *Völkl*, § 1300 Abs 1 ABGB als Grundlage einer allgemeinen zivilrechtlichen Informationshaftung, *ÖJZ* 2006/8.

Die Sonderbeziehungstheorie bestimmt die „Beteiligten“ ausgehend von einer Analyse der Verwalterpflichten³⁵. Dies erscheint gerade vor dem Hintergrund befremdlich, dass eine Sonderbeziehung doch regelmäßig auf der Prämisse eines klar abgegrenzten oder zumindest unschwer abgrenzbaren Kreises von Beteiligten beruht³⁶. Dementsprechend erfolgt im Schuldverhältnis die Pflichtenermittlung grundsätzlich ausgehend von Vertragsparteien und Vertragsgegenstand. Anders verhält es sich bloß bei einzelnen Konstruktionen im Zwischenbereich von Vertrag und Delikt³⁷.

So erfolgt die Ermittlung des geschützten Personenkreises bei der Dritthaftung des Gutachters für Rat und Auskunft wegen Verletzung „objektivrechtlicher Sorgfaltspflichten“ oder des Abschlussprüfers für Pflichttate auf Basis des Vertrags mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter auf ähnliche Weise³⁸. Ohne an dieser Stelle auf die dogmatische und rechtspolitische Berechtigung dieser Institute einzugehen, lässt sich dieses

³⁵ So etwa *Shamiyeh*, Haftung 78 f; *Shamiyeh*, ZIK 1995, 76; *Hierzenberger/Riel* in *Konecny/Schubert* §§ 81, 81a KO Rz 14 ff.

³⁶ Eingehend dazu *Duursma-Kepplinger*, Haftungsordnung III 165 ff, insb 200 ff.

³⁷ Ausführlich *Duursma-Kepplinger*, Haftungsordnung III 298 ff mwN.

³⁸ Für eine Dritthaftung auf Grundlage des Vertrags mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter OGH *ecolex* 2002, 83 (*G. Wilhelm*) = *ÖZW* 2002, 88 (*Artmann*) = *ÖBA* 2002, 820 (*W. Doralt*); für eine Dritthaftung auf Basis der Haftung wegen Verletzung objektivrechtlicher Sorgfaltspflichten *Karollus/Artmann*, Dritthaftung des Abschlussprüfers - bald auch in Österreich?, *Der Wirtschaftstreuhand* 1999 H 3, 38 f; *Artmann*, *JB* 2000, 623 ff; *Kalss*, Die rechtliche Grundlage kapitalmarktbezogener Haftungsansprüche *ÖBA* 2000, 641, 657; *Vavrovsky*, Zur Haftung des Bankprüfers, *ÖBA* 2001, 584 f; *Liebscher*, Der Abschlussprüfer (1998) 62 f; *W. Doralt*, Die Haftung der Abschlussprüfer (2005) passim; *Kalss*, Die Haftung des Abschlussprüfers gegenüber Gläubigern, Gesellschaftern und Anlegern, *ÖBA* 2002, 187, 194 ff; die Dritthaftung generell ablehnend: etwa *Geist* in *Jabornegg* (Hrsg), (Hrsg), *HGB - Handelsgesetzbuch, Kommentar* (1997), *Ergänzungsheft* (1999) § 275 *HGB Rz* 11; *U. Torggler*, Unbeschränkte Dritthaftung des Abschlussprüfers? - Besprechung der E OLG Wien v. 28.6.2001, *wbl* 2001, 545; *Walter*, Die Haftung des Wirtschaftsprüfers, *RWZ* 1997, 315 f; *Harrer* *FS Georgiades* 638 ff; *Harrer* in *Gruber/Harrer*, Abschlussprüfung 135; *Harrer*, *wbl* 2005, 108; *Zehetner* in *Jabornegg/Strasser* (Hrsg), *Kommentar zum Aktiengesetz*⁴ (2006), § 42 *AktG Rz* 43 ff; *Gruber*, Dritthaftung des Abschlussprüfers - die Rechtsprechung in Deutschland und Österreich, *ÖJZ* 2002/17; *Duursma-Kepplinger* in *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth*, *Gesellschaftsrecht Rz* 3282.

Vorgehen bei der Ermittlung des geschützten Personenkreises zumindest vor dem Hintergrund rechtfertigen, dass infolge der singulären Pflichten des Gutachters oder des Abschlussprüfers, die Gefahr einer Ausuferung der Anspruchsberechtigten und sohin der Haftung für bloße Vermögensschäden deutlich geringer ist als beim Masseverwalter. Dessen Tätigkeit ist von einer Pflichtenpluralität geprägt. Sie reicht von Dokumentations- und Berichtspflichten über die Führung von Rechtsstreitigkeiten oder die Beurteilung wirtschaftlicher Sachverhalte bis hin zur Prüfung komplexer Rechtsfragen³⁹.

Zwar lassen sich die einzelnen Geschäftsführungspflichten des Masseverwalters in groben Zügen der Insolvenzordnung entnehmen, wie zB Inventarisierung, Verwaltung und Verwahrung der Masse, Beurteilung der Fortführbarkeit des Unternehmens, Rechnungslegung, Beurteilung der Vorteilhaftigkeit und Erfüllbarkeit des Sanierungsplans, Aussonderung, Befriedigung der Massforderungen, Beantragung der Schließung des Unternehmens, Erstellung eines Verteilungsentwurfs für die Insolvenzforderungen et cetera⁴⁰. Damit sind aber gerade zwei sehr wesentliche Aspekte noch nicht beantwortet, nämlich **erstens** deren **Schutzrichtung** und **zweitens**, ob und inwieweit eine in der Insolvenzordnung genannte Pflicht mit ungeschriebenen **Aufklärungs-, Schutz- und Sorgfaltspflichten** „**umhüllt**“ ist. Gerade diese für die Reichweite der Haftung für bloße Vermögensschäden praktisch sehr bedeutsame Frage, wird von der hL und Rsp nur unbefriedigend beantwortet.

Einen deutlichen Beleg für die Unkonturiertheit solcher mit ungeschriebenen Schutz- und Sorgfaltspflichten ausgestalteten insolvenzspezifischen Pflichten bildet die Diskussion um die Aussonderung⁴¹. § 44 Abs 1 IO beschränkt sich insofern auf die Wendung, dass das dingliche oder persönliche Recht auf Aussonderung nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu beurteilen sei. Trotz des Verweises auf **allgemeine Rechtsgrundsätze**, erblickt die hM darin eine gegenüber dem

³⁹ *Duursma-Kepplinger*, Haftungsordnung III 224 ff.

⁴⁰ Näheres bei *Duursma-Kepplinger*, Haftungsordnung III 57 ff mwN.

⁴¹ Hierzu unter Aufzeigung des Meinungsstands *Duursma-Kepplinger*, Haftungsordnung IV 57 f mwN.

Aussonderungsberechtigten bestehende insolvenzspezifische Pflicht. Keine Einigkeit besteht indessen, ob den Masseverwalter spezielle Nachforschungspflichten in Ansehung noch nicht erkannter Aussonderungsrechte, Versicherungs- oder Verwahrungspflichten für Aussonderungsgegenstände trifft, wann die Aussonderung als verzögert anzusehen ist und ob der Masseverwalter gegebenenfalls für den Verzögerungsschaden haftet⁴². Unklar ist ferner, ob bzw unter welchen Voraussetzungen der Verwalter für eine Vereitelung der Aussonderung durch einen Mitarbeiter des schuldnerischen Unternehmens oder gar einen anderen Masseverwalter eines parallel anhängigen Insolvenzverfahrens haftet⁴³.

In Bezug auf den Prozessgegner einer unzulänglichen Insolvenzmasse vertrat unlängst sogar der OGH, dass allein durch den „aufschiebend bedingten“ Prozesskostenersatzanspruch eine Beteiligtenstellung iSv § 81 Abs 3 IO nicht begründet wäre, die eine Haftung des Masseverwalter für leicht fahrlässige Fehleinschätzung des Prozessausgangs auslösen könnte⁴⁴. In seiner Begründung stellte der OGH die Überlegung in den Raum, dass uU eine strengere Haftung eingreifen könnte, wenn der Prozessgegner bereits aus einem anderen Grund - dh nicht bloß „bedingt“ durch den Prozessgewinn im Hinblick auf die Verfahrenskosten - Beteiligter war. Dies könnte als Indiz gewertet werden, dass allein aus einer „Beteiligtenstellung“ weitergehende, in der Insolvenzordnung wohl nicht ausdrücklich normierte Schutz- und Sorgfaltspflichten resultieren. Gerade diese Überlegung lässt allerdings das haftungsbeschränkende Kriterium der „insolvenzspezifischen“ Pflichten ins Zwielficht geraten⁴⁵.

Die Problematik der Bestimmung der Adressaten einer insolvenzspezifischen Pflicht zeigt jene zur rechtzeitigen Beantragung der

⁴² Vgl nur OGH SZ 63/138; *Schulyok* in Konecny/Schubert § 44 KO Rz 94; *Hierzenberger/Riel* in Konecny/Schubert §§ 81, 81a KO Rz 20; *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in Bartsch/Pollak/Buchegger III § 81 KO Rz 132 f.

⁴³ OGH ZIK 1999, 205; *Shamiyeh*, Haftung 179 f; *Fenzl*, Die Haftung der rechtsberatenden Berufe im Spiegel der neuesten Rechtsprechung, ÖJZ 1962, 309, 312.

⁴⁴ OGH Zak 2007/389; ZIK 2007/333.

⁴⁵ *Duursma-Kepplinger*, Haftungsordnung IV 481 ff.

Unternehmensschließung⁴⁶. Maßgebliches Kriterium hierfür ist ein überwiegend wahrscheinlicher Ausfall der Insolvenzgläubiger. Obgleich die Regelungen über die Unternehmensfortführung mit keinem Wort auf Neumassegläubiger Bezug nehmen, das sind solche, deren Masseforderungen im Zuge der Unternehmensfortführung erst zu einem Zeitpunkt begründet werden, in welchem eine Schließung hätte beantragt und umgesetzt werden müssen, werden sie von der stRsp und hM zu den Beteiligten iSv § 81 Abs 3 IO gezählt⁴⁷. Argumentiert wird, dass die Pflicht des Masseverwalters zur rechtzeitigen Beantragung der Unternehmensschließung im Reflex auch Neumassegläubiger vor Quoten- und Vertrauensschäden schütze⁴⁸. Begründet somit bereits ein Reflexschutz die Beteiligtenstellung? Dass Personen, die erst durch eine Handlung des Verwalters Gläubiger werden, schon im Stadium der Vertragsanbahnung als Beteiligte iSv § 81 Abs 3 IO zu werten sind, ist nicht nur aus Sicht des insolvenzrechtlichen Beteiligtenbegriffs, sondern auch vor dem Hintergrund des im Jahr 2000 eingefügten § 141 Abs 5 EO (Exekutionsordnung) zweifelhaft. Die exekutionsrechtliche Bestimmung betrachtet den Ersteher einer Liegenschaft nämlich gerade nicht als „Beteiligten“, ordnet sie doch die Haftung des Sachverständigen gegenüber „dem Ersteher und allen Beteiligten“ an.

C. Vernachlässigung der Rechtsstellung des Masseverwalters und der Haftung der Masse für dessen Rechtshandlungen

Der dritte und **zentrale Kritikpunkte** an der Sonderbeziehungstheorie besteht darin, dass sie der Rechtsnatur der Insolvenzmasse und der **Rechtsstellung des Masseverwalters** zu geringe Bedeutung bei der Auslegung der insolvenzrechtlichen Verwalterhaftung beimisst. Nach der

⁴⁶ Siehe dazu *Duursma-Kepplinger*, Haftungsordnung IV 296 ff mwN.

⁴⁷ OGH ZIK 1995, 55; ZIK 1997, 24; ZIK 1999, 169; AnwBl 2003/7858 (*Duursma-Kepplinger*).

⁴⁸ *Shamiyeh*, Haftung 79 ff, 86 ff; *Lentsch*, ZIK 2000/49; *Hierzenberger/Riel* in Konecny/Schubert §§ 81, 81a KO Rz 25; *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in Bartsch/Pollak/Buchegger III § 81 KO Rz 144 ff, 147 ff; *Nunner-Krautgasser*, Zak 2007/373; *Riel*, ZIK 2007/246; OGH ZIK 1995, 55; ZIK 1997, 24; ZIK 1999, 169; AnwBl 2003/7858 (*Duursma-Kepplinger*).

Organtheorie ist die Masse als Rechtsperson und der Masseverwalter als ihr Organ zu qualifizieren⁴⁹. Konsequenz der Rechtsfähigkeit der Masse stellt eine Konzentration sämtlicher, auch nur teilweise vermögensbezogener (arg § 81a Abs 2 IO) Rechte und Pflichten auf diese dar⁵⁰. Für die Wahrnehmung ihrer Rechte und die Erfüllung ihrer Pflichten hat der Masseverwalter als ihr geschäftsführungs- und vertretungsbefugtes Organ zu sorgen. Schäden, die der Masseverwalter Dritten im Zuge der Geschäftsführung durch deliktisches oder gemessen an den Pflichten der Masse vertragswidriges Verhalten zufügt, werden der Masse entsprechend § 26 ABGB zugerechnet⁵¹.

Diese enge Pflichtenbeziehung des Masseverwalters zur Masse, legt in der Tat die Annahme einer **rechtlichen Sonderbeziehung zwischen**

⁴⁹ *Hanisch*, Rechtszuständigkeit der Konkursmasse - Die Wiederentdeckung selbstständiger Rechtsbeziehungen der Konkursmasse in rechtsvergleichender Sicht (1973) passim 23 ff, 84 ff, insb 104, 134 ff, 275 ff, 287 f; *Bötticher*, Besprechung von Jaeger, Kommentar zur Konkursordnung, 8. Auflage, ZZP 71 (1958) 314, 318 f; *Bötticher*, Die Konkursmasse als Rechtsträger und der Konkursverwalter als ihr Organ, ZZP 77 (1964) 55 ff; *Bötticher*, Erbe und Gemeinschuldner als gewillkürte Prozessstandschafter des Nachlass und Konkursverwalters, JZ 1963, 582 ff; *Wolff* in Klang (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, Band I - VI² (ab 1950), I/1 196; *Aicher* in Rummel § 26 ABGB Rz 14; *Schubert* in Konecny/Schubert § 6 KO Rz 18; *Rechberger/Simotta*, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts⁶ (2003) Rz 170 f, 177, 183; *Rathauscher*, Bestandrechte 159; *Kepplinger*, Das Synallagma in der Insolvenz - Das Wahlrecht des Masseverwalters, Ausgleichsschuldners und Insolvenzverwalters (2000) 44 f; *Bachmann*, Masseforderungen 8 ff, insb 140; *Fasching*, Lehrbuch des österreichischen Zivilprozessrechts² (1990) Rz 340 f; *Holzhammer*, Parteien und Parteienvertreter im Zivilprozess³ (2002) 5; *Buchegger* in Bartsch/Pollak/Buchegger I § 1 KO Rz 41; *Shamiyeh*, Haftung 22 ff; *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in Bartsch/Pollak/Buchegger III § 81 KO Rz 24, 28; *Chalupsky/Ennöckl*, Unternehmensfortführung im Konkurs. Entscheidungsgrundlagen und Fortführungsgarantie (1985) 101; *Nunner-Krautgasser*, Haftungsverwirklichung im Konkurs und praktische Folgen, in Konecny, Insolvenz-Forum 2006 (2007) 125, 139 f, 143; *Duursma-Kepplinger*, Die Haftungsordnung im Gesellschaftskonkurs I, Die Rechtsstellung von Masse und Masseverwalter (2009) 547 ff.

⁵⁰ *Duursma-Kepplinger*, Haftungsordnung I 344 f, 411 ff, 516 ff, 547 ff.

⁵¹ Eingehend dazu *Duursma-Kepplinger*, Die Haftungsordnung im Gesellschaftskonkurs II, Die Haftung der Masse (2009) 155 ff, mwN.

Masseverwalter und Masse nahe. Zurückführen lässt sie sich auf das **organschaftliche Mandat**⁵². Diese Überlegung gilt es sohin bei der Auslegung des § 81 Abs 3 IO im Auge zu behalten.

III. Das neue Alternativmodell

A. Auslegung des § 81 Abs 3 IO

Sieht man vom unstrittigen Umstand ab, dass § 81 Abs 3 IO generell eine Haftung für „Vermögensnachteile“ regelt, fallen bei der Textierung zwei Aspekte ins Auge: Zum einen wird eine Verantwortung gegenüber „*allen Beteiligten*“, nicht gegenüber „jedem einzelnen Beteiligten“ normiert, zum anderen der Schadenersatz an die „*pflichtwidrige Führung des Amts*“, nicht an die Verletzung „*insolvenzspezifischer Pflichten*“ geknüpft.

B. „Beteiligte“

1. Als Instrument der Haftungsbegrenzung

Die Statuierung der Ersatzpflicht gegenüber „*allen Beteiligten*“ lässt auf eine angestrebte Begrenzung des geschützten Personenkreises schließen. Der Begriff der „*Beteiligten*“ findet sich nicht nur in § 81 Abs 3 IO oder der Insolvenzordnung im Allgemeinen, sondern generell in Verfahrensgesetzen, wie der Zivilprozessordnung, dem Außerstreitgesetz, der Exekutionsordnung oder dem Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetz. Das geschieht in wechselnder Bedeutung. Abgesehen von den Parteien sind damit Personen gemeint, denen Mitwirkungsrechte an einem Zivil- oder Verwaltungsverfahren zustehen. Selbst innerhalb der IO umschreibt der Begriff der „*Beteiligten*“ keinen einheitlichen Personenkreis⁵³. Zulässig ist jedoch die Schlussfolgerung, dass Personen, denen jegliche formale Mitwirkungsbefugnis im Insolvenzverfahren fehlt, nicht zum geschützten Personenkreis zählen. Auf diese Erkenntnis ist bei der Prüfung des Normzwecks des § 81 Abs 3 IO noch zurückzukommen.

⁵² So *Duursma-Kepplinger*, Haftungsordnung III 794 ff.

⁵³ *Duursma-Kepplinger*, Haftungsordnung III 165 ff, 389 ff.

2. Sonderinteressen einzelner Beteiligter und gemeinsame Interessen

Die nachfolgende Begriffsbestimmung soll sich vorerst auf § 81 IO konzentrieren. Dieser spricht auch in Absatz 2 im Zusammenhang mit der Ausrichtung der Verwalterpflichten von „Beteiligten“. Dabei fällt auf, dass § 81 Abs 3 IO eine Verantwortlichkeit gegenüber „allen Beteiligten“ statuiert, während § 81 Abs 2 IO dem Verwalter aufträgt, gegenüber den Sonderinteressen „einzelner Beteiligter“ die „gemeinsamen Interessen“ zu wahren.

a. Gemeinsame Interessen aller Beteiligten?

Ziel des § 81 Abs 2 IO war die Schaffung eines Ausgleichs zum Wegfall des Begriffs der „Gläubigerschaft“, im Zuge des Übergangs von der CO 1868 zur KO 1914, ohne der Diskussion über die Rechtsstellung des Verwalters durch die Formulierung theoretischer Sätze vorzugreifen⁵⁴. Die vom Grundsatz der Gläubigerherrschaft geprägte CO 1868 bezeichnete den Masseverwalter als Vertreter der Gläubigerschaft und Verwalter des in den Konkurs gehörigen Vermögens. Die in § 81 Abs 2 IO / KO genannten „gemeinsamen Interessen“ treten somit an die Stelle der Interessen der Konkursgläubiger, die nach altem Recht die Gläubigerschaft ausmachten⁵⁵. Lehre und Rsp haben den vom historischen Gesetzgeber eingeräumten Auslegungsspielraum genützt und Theorien über die Rechtsstellung des Verwalters herausgebildet⁵⁶. Die in § 81 Abs 2 IO erwähnten „gemeinsamen Interessen“ umschreiben die „aller Beteiligten“, die nach den Wertungen der Organtheorie als jene der Masse aufzufassen sind⁵⁷. Die in der Masse objektivierten Interessen entsprechen den Insolvenzzwecken und -zielen:

⁵⁴ Denkschrift zur Einführung einer Konkursordnung, einer Ausgleichsordnung und einer Anfechtungsordnung (1914) 75.

⁵⁵ *Duursma-Kepplinger*, Haftungsordnung III 401 ff.

⁵⁶ Eingehende Darstellung und Analyse dieser Theorien bei *Duursma-Kepplinger*, Haftungsordnung I 113 ff mwN; *Shamiyeh*, Haftung 9 ff; *Riel*, Befugnisse 3 ff; für Deutschland zB *Lüke*, Haftung 51 ff; *Meyer*, Haftung 46 ff, 45 ff; aus rechtsvergleichender Sicht *Hanisch*, Rechtszuständigkeit passim.

⁵⁷ In diesem Sinn *Duursma-Kepplinger*, Haftungsordnung III 427 ff.

also primär der bestmöglichen Befriedigung der Insolvenzgläubiger und sekundär, bei Unzulänglichkeit der Masse der bestmöglichen Restabwicklung zur anteiligen Tilgung der Altmasseforderungen sowie der Sanierung des Schuldners bzw des Unternehmens⁵⁸.

b. Einzelne Beteiligte als konkurrierende Teilnehmer an der Insolvenz

Bei der Ermittlung des Beteiligtenbegriffs des § 81 Abs 2 IO hilft der Entwurf der KO 1914. Dieser sprach in diesem Zusammenhang noch von „Gläubigern, insbesondere Absonderungsgläubigern“ und nicht von „einzelnen Beteiligten“. Dies erklärt die Denkschrift damit, dass es gerade jene Gläubiger waren, die zur Geltungszeit der CO 1868 im Rahmen von Gläubigerversammlungen und Tagsatzungen danach trachteten, ihre **eigenen Interessen ohne Rücksichtnahme auf jene der Gläubigergesamtheit** zu verfolgen. Diesen Missständen in Ansehung von Verfahrensbeteiligten, die in einem Spannungs- oder Konkurrenzverhältnis zueinander stehen, sollte § 81 Abs 2 IO/KO vorbeugen⁵⁹. Zudem stellt er klar, dass der Masseverwalter den gemeinsamen Interessen aller Beteiligten, nicht Sonderinteressen Einzelner verpflichtet ist. Insofern sind unter einzelnen Beteiligten iSv § 81 Abs 2 IO die einzelnen persönlichen Gläubiger des Schuldners zu verstehen, die Anspruch auf die Teilnahme an der Insolvenz und somit auf anteilige Befriedigung ihrer geltend gemachter Ansprüche aus der Insolvenzmasse erheben⁶⁰. Dies trifft auf bloße Forderungsprätendenten ebenso zu, wie auf Absonderungsgläubiger, welche die besicherte Forderung zur Insolvenz anmelden. Ähnlich verhält es sich mit Altmassegläubigern seit dem im Zuge der Insolvenz-Novelle 2002 eingeführten Zahlungsstopp und Exekutionssperre nach Eintritt der Masseunzulänglichkeit⁶¹. Hinweise etwa auf die Einbeziehung der Aussonderungsberechtigten, des Schuldners, des Prozessgegners oder erst potentieller Massegläubiger finden sich in der

⁵⁸ Dazu *Duursma-Kepplinger*, Haftungsordnung I 40 ff; *Duursma-Kepplinger*, Haftungsordnung III 430 ff.

⁵⁹ Denkschrift zur KO 75 ff.

⁶⁰ *Duursma-Kepplinger*, Haftungsordnung III 417 ff, 427 ff.

⁶¹ Eingehende Darstellung bei *Duursma-Kepplinger*, Haftungsordnung III 427 ff, 431 ff.

Denkschrift in diesem Kontext nicht. Dies folgt schon daraus, dass keine Konkurrenz untereinander besteht und es ihnen an Einflussmöglichkeiten zur Durchsetzung von verpönten Sonderinteressen mangels Einbindung in die Insolvenzorganisation fehlt⁶².

c. Wahrung der gemeinsamen Interessen „aller Beteiligten“ als Masseschutz

Dieses Auslegungsergebnis hat Rückwirkungen auf § 81 Abs 3 IO. Es liegt nahe, dass der Gesetzgeber in ein und derselben Norm einen einheitlichen „*Beteiligtenbegriff*“ zugrunde legt. Auch spricht die in § 81 Abs 3 IO gebrauchte Wendung „*allen Beteiligten*“ dafür, dass vorrangig an gemeinschaftliche Schäden, dh an Minderungen des Massevermögens gedacht war. Hätte es in der Absicht gestanden, auch generell Massegläubiger, Aus- und Absonderungsberechtigte oder den Schuldner in Ansehung seines insolvenzfremden Vermögens zu schützen, wäre es konsequent gewesen, eine Ersatzpflicht „*jedem einzelnen Beteiligten*“ gegenüber zu statuieren. Diese Überlegung als „Wortgläuberei“ abzutun, erweist sich in Hinsicht auf § 81 Abs 2 IO als nicht geboten. Auch dort trennt das Gesetz zwischen den „*gemeinsamen Interessen*“ und den Sonderinteressen „*einzelner Beteiligter*“⁶³. Gleichermäßen weist der im Zuge des Insolvenzrechtsänderungsgesetzes 1982 eingefügte § 84 Abs 3 IO Individualbeschwerderechte dem einzelnen Gläubiger, nicht allen Gläubigern zu. Insofern dürfte der Plural „*allen Beteiligten*“ in § 81 Abs 3 bewusst gewählt worden sein⁶⁴.

C. Berücksichtigung der Rechtsstellung des Masseverwalters

1. Legalobliegenheit zur Wahrnehmung der Rechte und Pflichten der Masse

Den Masseverwalter treffen sämtliche seiner Pflichten aufgrund seiner **Organstellung**⁶⁵. Dies gilt unabhängig davon, ob es sich um Pflichten

⁶² So *Duursma-Kepplinger*, Haftungsordnung III 431 ff.

⁶³ Näheres bei *Duursma-Kepplinger*, Haftungsordnung III 431 ff.

⁶⁴ *Duursma-Kepplinger*, Haftungsordnung III 553 ff.

⁶⁵ Weiterführend *Duursma-Kepplinger*, Haftungsordnung I 177 ff, 516 ff.

handelt, welche die Masse unmittelbar aufgrund der Insolvenzordnung treffen, also **originäre Pflichten** sind, wie zB anteilige Befriedigung der Insolvenzforderungen, Zahlungsstopp in Bezug auf Altmasseforderungen bei Masseunzulänglichkeit bzw Aussonderung von nicht dem Schuldner gehörigen Sachen, oder um solche, die in anderen Rechtsbereichen ihren Ursprung haben und die Masse, wie jeden anderen Teilnehmer am Rechtsverkehr treffen, wie etwa dem allgemeinen bürgerlichen Recht, Wettbewerbsrecht oder öffentlichen Recht. Letztere möchte ich als **derivative Pflichten** bezeichnen⁶⁶. Insbesondere aus der in der IO normierten Pflicht zur Verwaltung der Masse folgt, dass der Verwalter für das ordnungsgemäße Auftreten der Masse im Rechtsverkehr zu sorgen hat⁶⁷.

2. Stütze der Ausrichtung der Geschäftsführungspflichten auf die Masse

§ 81 Abs 3 IO stellt somit eine Schadenersatzvorschrift dar, die jenen typischerweise mit der Insolvenzverwaltung einhergehenden Schädigungen des Massevermögens begegnen soll. Die Notwendigkeit dieser Norm resultiert daraus, dass es sich bei besagten Schäden regelmäßig um bloße Vermögensschäden handelt, die außerhalb einer sittenwidrigen Schädigung iSv § 1295 Abs 2 ABGB nicht geschützt wären. Diese Überlegungen finden zudem eine Stütze im ursprünglichen Aufbau des § 81 KO 1914: So nannte Abs 1 die wichtigsten Geschäftsführungspflichten, normierte den Sorgfaltsmaßstab für die Geschäftsführung und die Pflicht zur Rechnungslegung über selbige. Abs 2 gab die Zielrichtung der Geschäftsführungspflichten vor. Abs 3 regelte die Ersatzpflicht für unsorgfältige Geschäftsführung des Verwalters im Verhältnis zu den in Abs 2 ausgewiesenen „Schutzbefohlenen“. An dieser Grundstruktur haben auch die späteren Novellen nichts geändert. Nur am Rande sei auf die konzeptionelle Ähnlichkeit zu § 25 GmbHG hingewiesen, der erst wenige Jahre vor Einführung der Verwalterhaftung Gesetz wurde. Der Blick auf das

⁶⁶ *Duursma-Kepplinger*, Haftungsordnung III 57 ff.

⁶⁷ *Eckardt*, Deliktische Haftpflicht im Konkurs, KTS 1997, 411, 440 ff; *Duursma-Kepplinger*, Haftungsordnung III 78 ff.

Kapitalgesellschaftsrecht ist keinesfalls zu weit hergeholt, nahm doch die KO 1914 ausweislich der Denkschrift Anleihen beim Kapitalgesellschaftsrecht, zB bei der Regelung des Stimmrechts in den Insolvenzorganen⁶⁸.

3. Haftung für Verletzung von Amtspflichten/ Geschäftsführungspflichten – Verzicht auf Isolierung „insolvenzspezifischer Pflichten“

Infolge dieses primären Innenhaftungsansatzes kann auf die Beschränkung der Haftung des Masseverwalters auf die Verletzung „insolvenzspezifischer Pflichten“ verzichtet werden⁶⁹. Insoweit ist im Sinne von § 81 Abs 3 IO von Amtspflichten oder in der Terminologie der §§ 81 Abs 1, 114 IO von Geschäftsführungspflichten zu sprechen. Dabei ist ausweislich des § 81 Abs 1 IO ein objektiver Maßstab (§ 1299 ABGB) anzulegen⁷⁰. Der Verwalter hat für die Sorgfalt eines durchschnittlichen Masseverwalters einzustehen. Dies gilt grundsätzlich unabhängig davon, ob es sich bei der fraglichen Pflicht um eine originäre oder derivative Geschäftsführungspflicht handelt⁷¹.

D. Insolvenzbedingte Gefahrenerhöhung als Normzweck und Haftungsansatzpunkt

Zweck der sondergesetzlichen Haftung des Masseverwalters nach § 81 Abs 3 IO liegt und insoweit ist der hA beizupflichten, in der Schaffung eines Ausgleichs für die mit der **Insolvenzeröffnung und Insolvenzabwicklung verbundene Gefahrenerhöhung**⁷². Ob eine solche vorliegt, ist im

⁶⁸ Denkschrift zur KO 78.

⁶⁹ Eingehend *Duursma-Kepplinger*, Haftungsordnung III 526 ff.

⁷⁰ *Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzrecht 170; *Shamiyeh*, Haftung 156; *Hierzenberger/Riel* in Konecny/Schubert §§ 81, 81a KO Rz 27; *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in Bartsch/Pollak/Buchegger III § 81 KO Rz 199; OGH SZ 59/35 = HS 17.140; SZ 59/196 = EvBl 1987/205 = JBl 1987, 254; ZIK 1997, 24 = JBl 1997, 49.

⁷¹ *Duursma-Kepplinger*, Haftungsordnung III 465.

⁷² *Hierzenberger/Riel* in Konecny/Schubert §§ 81, 81a KO Rz 14; *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in Bartsch/Pollak/Buchegger III § 81 KO Rz 97.

Verhältnis zu all jenen Personen zu prüfen, die infolge bestimmter Mitwirkungsrechte als Beteiligte im weiteren Sinn des Verfahrensrechts anzusehen sind.

Eine **Gefahrenerhöhung** kann sich vor allem ergeben (1) infolge der **Angewiesenheit** auf die sorgfältige Masseverwaltung wegen der formellen beziehungsweise materiellen Betroffenheit vom Insolvenzverfahren, (2) durch weitergehende **Eingriffsrechte** des Verwalters im Vergleich zum Tätigwerden von organschaftlichen Vertretern in Parallelkonstellationen außerhalb der Insolvenz und zuletzt (3) aufgrund des **Verlusts der Masse als Schuldnerin respektive Haftungsfonds** infolge der Insolvenzaufhebung⁷³.

E. Von § 81 Abs 3 IO geschützte Beteiligte – Schlussbefund

Der im Wege der Wortinterpretation, systematischen und historischen Interpretation gewonnene **Innenhaftungsansatz** wird durch die **teleologische Auslegung im Kern bestätigt**⁷⁴. Eine deutliche Gefahrenerhöhung ergibt sich in Bezug auf die Gesamtheit der Insolvenzgläubiger, den Schuldner in Ansehung seines Interesses an der möglichst weitgehenden Schuldentilgung und die „Gesamtheit“ der Altmassegläubiger im masseunzulänglichen Verfahren⁷⁵.

Davon abgesehen kann man nur wenige Fälle insolvenzbedingter Gefahrenerhöhungen herausfiltern, die sich nicht unmittelbar in einer Masseminderung manifestieren. Zu nennen sind insbesondere einzelne Insolvenzgläubiger in Bezug auf die Aufnahme in das Forderungsverzeichnis sowie ihrer Berücksichtigung bei den Zwischen- und Schlussverteilungen, ferner einzelne Massegläubiger im Hinblick auf die Bezahlung ihrer festgestellten und Sicherstellung ihrer gerichtlich eingeklagten Forderungen vor Insolvenzaufhebung, Absonderungsberechtigte in ihrer Doppelstellung soweit es um die Berücksichtigung bei der Verteilung geht, weiters Fortführungs- und

⁷³ Ausführlich hierzu *Duursma-Kepplinger*, Haftungsordnung III 608 ff.

⁷⁴ Näher dazu *Duursma-Kepplinger*, Haftungsordnung III 518 ff, 608 ff.

⁷⁵ *Duursma-Kepplinger*, Haftungsordnung III 715 ff.

Sanierungsplangaranten ab Abgabe der Garantieerklärung oder einzelne Gläubiger nachrangiger Forderungen bei Aufforderung zur Anmeldung⁷⁶.

Grundsätzlich **auszuschließen ist eine Gefahrenerhöhung** im Verhältnis zu Aussonderungsberechtigten, zu Absonderungsberechtigten in Bezug auf die Günstigkeit der Verwertung, zum Schuldner in Ansehung seines insolvenzfreien Vermögens bzw Sanierungsschäden, zu Gläubigern ausgeschlossener Forderungen, zu Massegläubigern im massezulänglichen Verfahren, gegenüber Neumassegläubigern bei Vertragsabschluss, Prozessgegnern, gegenüber dem Einzelanfechtungsgläubiger sowie im Verhältnis zum Sanierungsplan- beziehungsweise Fortführungsgaranten vor Abgabe der Garantieerklärung⁷⁷.

F. Rechtsgrund – Haftung ex mandato

Bei § 81 Abs 3 IO handelt es sich somit wie eingangs angedeutet um eine *Haftung ex mandato*, die sich **vornehmlich als Innenhaftung gegenüber der Masse** niederschlägt⁷⁸. Sie ist Ausdruck der den Masseverwalter aufgrund seiner Stellung als Organ der Masse treffenden Verantwortung. Sie erklärt sich aus der **besonderen Pflichtenbindung** zwischen Masse und Masseverwalter. Ihre Bestätigung findet sie im Normzweck, der insolvenzspezifische Gefahrenerhöhungen ausgleichen soll. Diese liegen in der Angewiesenheit der von der Masse repräsentierten maßgeblich an der Insolvenzabwicklung interessierten Beteiligten auf die sorgfältige Wahrnehmung der Amtspflichten durch den Masseverwalter.

Eine **partielle Öffnung** der Verwalterhaftung *ex mandato* ist allerdings aus **Normzwecküberlegungen** heraus geboten. Dies gilt für jene wenigen Konstellationen, in welchen ausnahmsweise auch nicht von der Masse repräsentierte Beteiligte von der **insolvenzbedingten Gefahrenerhöhung** in ihren Vermögensinteressen betroffen sind. Voraussetzung hierfür ist freilich, dass eine insolvenzrechtlich normierte Geschäftsführungspflicht besteht, der erkennbar drittschützenschar Charakter gegenüber besagten Beteiligten

⁷⁶ Ausführlich *Duursma-Kepplinger*, Haftungsordnung III 793 f.

⁷⁷ *Duursma-Kepplinger*, Haftungsordnung III 741 ff, 756 ff, 760 f, 762.

⁷⁸ So bereits mit eingehender Begründung *Duursma-Kepplinger*, Haftungsordnung III 794 ff.

beizumessen ist, dh die jeweilige Geschäftsführungspflicht gerade der Vorbeugung oder Verhinderung deren Vermögensschäden oder der Sicherung deren Ansprüchen dient. Dies lässt sich auf den Rechtsgedanken einer Schutzwirkung der Mandatsstellung des Masseverwalters zugunsten Dritter zurückführen⁷⁹.

G. Rechtsfolgen der Haftung ex mandato

Das Mandatsverhältnis, welches Grundlage der Verwalterhaftung ist, rechtfertigt die Heranziehung der Wertungen der **Vertragshaftung**. Dies gilt gleichermaßen für den Bereich der **Innen- als auch der Außenhaftung**⁸⁰. Setzt der Masseverwalter eigene Mitarbeiter oder was nur selten vorkommen wird Arbeitnehmer der Masse zur Erfüllung seiner Geschäftsführungspflichten ein, so haftet er in beiden Bereichen nach der strengen Gehilfenhaftung des § 1313a ABGB. Soweit Arbeitnehmer der Masse in ihrer bisherigen Funktion weiterbeschäftigt werden greift die strenge Gehilfenhaftung des § 1313a ABGB nicht ein. Vielmehr haftet der Masseverwalter nur im Verhältnis zur Masse für die Einrichtung und Kontrolle einer angemessenen personellen betrieblichen Organisation. Da es sich hierbei um eine interne Geschäftsführungspflicht handelt, kommt eine persönliche Außenhaftung nach § 81 Abs 3 IO nicht in Betracht⁸¹.

IV. Unterschiede zum herrschenden Konzept

Zusammenfassend lassen sich die Unterschiede zwischen dem hier vorgestellten Modell der Masseverwalterhaftung und dem herrschenden Konzept wie folgt zusammenfassen:

(1) Die Rechtsgrundlage der Verwalterhaftung ist nach der hier vertretenen Lösung eine Mandatshaftung und nicht eine Haftung aufgrund der Verletzung einer gesetzlichen Sonderbeziehung. (2) Aus der Rechtsbeziehung zwischen Masse und Masseverwalter folgt die

⁷⁹ Duursma-Kepplinger, Haftungsordnung III 793 f.

⁸⁰ So bereits Duursma-Kepplinger, Haftungsordnung III 794 ff.

⁸¹ Ausführliche Erörterung bei Duursma-Kepplinger, Haftungsordnung III 797 ff und Duursma-Kepplinger, Haftungsordnung IV 54 ff.

grundsätzliche Ausrichtung der Geschäftsführungspflichten auf die Masse, sodass deren Verletzung primär eine Innenhaftung begründet. (3) Normzwecküberlegungen gebieten jedoch eine ausnahmsweise Außenhaftung in jenen Fällen, in welchen das Vermögen nicht von der Masse repräsentierter Beteiligter durch das Einschreiten des Verwalters respektive die Insolvenzeröffnung von einer insolvenztypischen Gefahrerhöhung unmittelbar, nicht bloß reflexartig betroffen ist. (4) Im Gegensatz zur herrschenden Ansicht dient der Beteiligtenbegriff als Instrument der Haftungsbegrenzung. (5) Die Schadensgeltendmachung erfolgt primär über die Masse, zumal die Innenhaftung im Vergleich zur Außenhaftung einen weiteren Anwendungsbereich aufweist. (6) Divergenzen ergeben sich zudem bei der Reichweite der Haftung des Masseverwalters für Gehilfen.

HİCRA VE İFLÂS KANUNUNDA MAL BEYANINDA BULUNMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN İHLÂLİ HÂLİNDE ÖNGÖRÜLEN TAZYİK HAPSİ VE DİSİPLİN HAPSİNİN MÜKERRER CEZALANDIRMA YASAĞI BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

*Doç. Dr. Mustafa Serdar ÖZBEK**

GİRİŞ

İsviçre ve Türk Medenî Kanunlarında, sorumluluğun konusunun borçlunun bütün malvarlığı olduğunu belirten açık hükümler olmasa da, gerek Türk Medenî Kanunu gerek İcra ve İflâs Kanununda sınırsız sorumluluk ilkesi benimsenmiş ve borçlunun alacaklılara karşı bütün malvarlığıyla (şahsî olarak) sorumlu olduğu kabul edilmiştir.

Borçluyla hukukî bir ilişkiye giren alacaklı, borçlunun malvarlığına, ödeme ahlâkına, ödeme gücüne güvenerek borçluya kredi açar. Borçlu bu güvene sadık kalmaz ve borcunu ifa etmezse, alacaklı cebrî icraya başvurarak, verdiği kredinin borçlunun malvarlığı unsurlarının haczi ve paraya çevrilmesi sûretiyle tahsiline çalışır. Dolayısıyla cebrî icrada borçlunun malvarlığı, “*alacaklılarının müşterek rehni*” (alacaklıların alacaklarının teminatı, borçlunun tekml borçlarının teminatı) olarak kabul edilir ve alacağın tahsili amacıyla malvarlığı unsurları üzerinde haciz (İİK m. 78 vd.) yapılabilir¹.

H Hakem incelemesinden geçmiştir.

* Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Özel Hukuk (Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku) Anabilim Dalı Öğretim Üyesi (mozbek77@hotmail.com).

¹ **Akcan**, Recep; Hacze İştirak, Ankara 2005, s. 38; **Aşık**, İbrahim; İcra Sözleşmeleri, Ankara 2006, s. 135; **Becker-Eberhard**, Ekkehard; Takibin Konusu Olarak Borçlunun

Borçlunun malvarlığı, şahsî sorumluluğu çerçevesinde alacaklıya alacağını tahsil etme konusunda bir güvence teşkil etmekte ve alacaklıların müşterek rehni makamında olmaktadır (İİK m. 311/1). Borçlunun tekml borçlarının teminatı olması bakımından alacaklı, borçlunun malvarlığı hakkında bilgi sahibi olmalıdır. Bunun en temel yöntemlerinden birisi de hiç kuşkusuz borçlunun icra takibinde mal beyanında bulunmasıdır.

Gerek mukayeseli hukuk gerek Türk hukuku hükümleri nazara alındığında İcra ve iflâs hukukunda mal beyanı, borçlunun gerek kendi gerek üçüncü kişiler elinde bulunan her türlü veya haczi kabil mal, hak ve alacaklarının tamamı ya da borca yetecek miktarının çeşit ve niteliklerini, her türlü kazanç ve gelirlerini, haczedilebilir mal veya geliri yoksa bu hususu, yaşayış şekline göre geçim kaynaklarını ve buna göre borcunu nasıl ödeyebileceğini, yazılı veya sözlü olarak ya da borçlunun yemini veya yeminle temin edilmiş ifâdesiyle icra organına veya mahkemeye bildirmesidir². Türk hukukunda

Malvarlığı (Çev. Nevhis Deren-Yıldırım) (21. Yüzyıl Usûl Hukuku Sorunları, İstanbul 2003, s. 41-58), s. 43; **Berkin**, Necmeddin M.; Tatbikatçılara İcra Hukuku Rehberi, İstanbul (Tarihsiz), s. 13; **Deren Yıldırım**, Nevhis; İcra Hukuku'nda Paylaştırmaya İlişkin İlkeler Hakkında Düşünceler (İcra Hukuku Analizleri, İstanbul 2011, s. 1-21), s. 1; **Kuru**, Baki; İcra ve İflâs Hukuku, C. 1, İstanbul 1988, s. 588; **Kuru**, Baki; İcra ve İflâs Hukuku, C. 3, İstanbul 1993, s. 1391; **Özbek**, Mustafa S.; Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda İlâmlı İcranın Etkinliği, Ankara 2013, s. 316-322; **Özkes**, Muhammet; İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler, Ankara 2009, s. 96-97; **Postacıoğlu**, İlhan E.; İflâs Hukuku İlkeleri, İstanbul 1978, s. 3; **Postacıoğlu**, İlhan E.; Konkordato, İstanbul 1965, s. 3; **Postacıoğlu**, İlhan E./**Altay**, Sümer; İcra Hukuku Esasları, İstanbul 2010, s. 4, dn. 12; **Yılmaz**, Ejder; Hacze Takipli Katılma (Hacze Adi İştirak) (AÜHFHD 1973/1-4, s. 271-316), s. 274.

² **Arar**, Kemal; İcra ve İflâs Hükümleri, C. I İcra, Ankara 1944, s. 166; **Berkin**, İcra, s. 201; **Ercan**, Hasan; İcra ve İflâs Kanununa Göre Mal Beyanı (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2004, s. 6-7; **Gürdoğan**, Burhan; İcra Hukuku Dersleri, Ankara 1970, s. 66; **Karakoç**, Yusuf; Genel Vergi Hukuku, Ankara 2014, s. 679; **Kuru**, İcra 1, s. 591; **Kuru**, Baki; İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, Ankara 2013, s. 402; **Kuru**, Baki/**Arslan**, Ramazan/**Yılmaz**, Ejder; İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2014, s. 227; **Muşul**, Timuçin; İcra ve İflâs Hukuku Bilgisi, Ankara 2008, s. 194; **Muşul**, Timuçin; İcra ve İflâs Hukuku, C. 1, 2, Ankara 2013, s. 465; **Özbek**, İlâmlı İcranın Etkinliği, s. 363; **Pekcanitez**, Hakan/**Atalay**, Oğuz/**Sungurtekin Özkan**, Meral/**Özkes**, Muhammet; İcra ve İflâs Hukuku, Ankara 2013, s. 262; **Postacıoğlu/Altay** s. 348; **Seviğ**, Vasfi Reşit; Doktrin ve İçtihatlar Açısından Türk İcra ve İflas Kanunu, C. 2,

mal beyanının verilmesinde borçlunun yemini veya yeminle temin edilmiş ifâdesi aranmamaktadır.

Mal beyanında bulunma yükümlülüğü, cebrî icranın yürümesi ve borçlunun malvarlığının şeffaflığının sağlanması bakımından kilit rol oynamaktadır. Bu sebeple İcra ve İflâs Kanununda borçlunun mal beyanında bulunma yükümlülüğü öngörülmüş ve bu yükümlülüğe uyulmasını temin etmek bakımından, mal beyanında bulunmayan borçlu hakkında iki ayrı yaptırıma yer verilmiştir.

İİK m. 76'da yer verilen birinci yaptırım, süresinde mal beyanında bulunmayan borçluyu mal beyanında bulunmaya zorlamak için, beyanda bulununcaya kadar borçlunun icra mahkemesince hapisle tazyik edilmesidir. İcra ve İflâs Kanununda, hiç veya kanûnî süresinde mal beyanında bulunmayan borçlu için öngörülen ikinci yaptırım İİK m. 337, 1'de yer almış ve mazereti olmaksızın yasal süresi içinde mal beyanında bulunmayan borçlu hakkında, alacaklının şikâyeti üzerine, on gün disiplin hapsi cezası verileceği belirtilmiştir. Alacaklının alacağını karşılayacak miktarda malın haczedilmesi veya borcun ödenmesi hâlinde, bu ceza düşmektedir.

İİK m. 337, 1'de yer alan disiplin hapsi hükmü, Anayasa Mahkemesinin 28.2.2008 tarihli, 2006/71 E. ve 2008/69 K. sayılı iptal kararıyla, İİK m. 76'da bulunan tazyik hapsi sebebiyle, aynı fiil hakkında kanunda iki ceza verilmesi benimsendiği gerekçesiyle, tekrar yargılama ve cezalandırma yasağına aykırı görülmüş ve iptal edilmiştir. Ancak İİK m. 337, 1'de yer alan disiplin hapsinin, İİK m. 76'da bulunan tazyik hapsiyle tekrar yargılama ve cezalandırma yasağına aykırı bir düzenleme oluşturduğu görüşü eleştirilmeyi hak etmektedir.

§ 1. MAL BEYANINDA BULUNMAYAN BORÇLU HAKKINDA TAZYİK HAPSİ UYGULANMASI

Mal beyanında bulunma mecburiyetinin yasal kaynağı olan İİK m. 75'e göre, "*İtirazının iptaline veya kat'i veya muvakkat surette kaldırılmasına*

Ankara 1967, s. 39; Uyar, Talih/Uyar, Alper/Uyar, Cüneyt; İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, C. 1, 2, 3, Ankara 2014, s. 1486-1487; Üstündağ, Saim; İcra Hukukunun Esasları, İstanbul 2004, s. 149; Yıldırım, Mehmet Kâmil/Deren Yıldırım, Nevhis; İcra Hukuku, İstanbul 2012, s. 83; Yılmaz, Ejder; Hukuk Sözlüğü, Ankara 2011, s. 866.

karar verilen borçlu, bu kararın kendisine tebliğinden itibaren üç gün içinde yukarıdaki maddede gösterildiği üzere beyanda bulunmaya mecburdur".

Benzer şekilde 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun (AATUHK) m. 58, 6'da, "*Borcun tamamına bu Madde gereğince vâkı itirazların tamamen veya kısmen reddi halinde, borçlu ret kararının kendisine tebliğ tarihinden itibaren 7 gün içinde mal bildiriminde bulunmak mecburiyetindedir*" hükmüne yer verilmiştir.

Görüldüğü gibi her iki kanunda da borçluya, tebellüğ ettiği ödeme emrine süresinde itiraz etmemesi veya itirazının reddine karar verilmesi durumunda "borcunu ödemesi" ya da kanunda tanınan süre içinde "mal beyanında bulunması" şeklinde iki seçenek sunulmuştur.

Mal beyanında bulunmayan borçluya karşı İcra ve İflâs Kanunu her ne kadar tazyik hapsi ve disiplin hapsi şeklinde iki ayrı yaptırım öngörmüşse de, bu yaptırımların mahiyetinin irdelenmesi gerekir. Mal beyanında bulunmayan borçlu hakkında ilk olarak İİK m. 76'da şu hüküm yer almaktadır:

"HAPİS İLE TAZYİK

MADDE 76 - (Değişik: 51 - 24.5.1962 / m.1) *Mal beyanında bulunmayan borçlu, alacaklının talebi üzerine beyanda bulununcaya kadar icra mahkemesi hâkimi tarafından bir defaya mahsus olmak üzere hapisle tazyik olunur. Ancak bu hapis üç ayı geçemez*".

Mal beyanında bulunmayan borçluya karşı 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu m. 76'da öngörülen yaptırım, süresinde borcunu ödemediği ve itiraz etmediği hâlde mal beyanında bulunmayan borçluyu mal beyanında bulunmaya zorlamak suretiyle haczi kabil mal, hak ve alacaklarını öğrenmeye ve bu sayede yapılacak hacizle alacaklının alacağını tahsil etmeye matuf olup, madde başlığında da ifâde edildiği üzere niteliği itibarıyla bir *tazyik (zorlama) hapsidir* ve borçlunun, mal beyanında bulununcaya kadar icra mahkemesince hapisle *tazyik edilmesini (zorlanmasını)* emretmektedir³.

³ Arslaner, Hakan; 6183 Sayılı Kanun Kapsamında Kamu Alacaklarının Haciz Yoluyla Tahsili, Ankara 2010, s. 226-227.

Genel icra hukukunda uygulanan İİK m. 76'ya benzer bir tazyik hapsi, kamu icra hukukunda mal bildiriminde bulunmayan kamu borçluları hakkında da öngörülmüştür. 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun m. 60 hükmüyle, ödeme emrini tebellüğ etmesine rağmen borcunu ödemeyen veya dava açmayan kamu borçlusunun mal bildiriminde bulunması zorunluluğu getirilerek, alacaklı kamu idaresinin (tahsil dairesinin), borçlunun malvarlığı hakkında bilgilendirilmesi, bu sayede haciz yapabilmesi ve kamu alacağının tahsil edilmesi amaçlanmıştır⁴. AATUHK m. 60'ta şu hükme yer verilmiştir:

“MAL BİLDİRİMİNDE BULUNMIYANLAR:

MADDE 60 - (Değişik: 251 - 13.6.1963) Kendisine ödeme emri tebliğ edilen borçlu 7 günlük müddet içinde borcunu ödemediği ve mal bildiriminde de bulunmadığı takdirde mal bildiriminde bulununcaya kadar bir defaya mahsus olmak ve üç ayı geçmemek üzere hapisle tazyik olunur.

Hapisle tazyik kararı, ödeme emrinin tebliğini ve 7 günlük müddetin bitmesini müteakip tahsil dairesinin yazılı talebi üzerine icra tetkik mercii hakimi tarafından verilir.

Bu kararlar Cumhuriyet Savcılığınca derhal infaz olunur.

İcra tetkik mercii hâkimi tarafından verilen hapsen tazyik kararları her türlü harç ve resimden muaftır”.

Görüldüğü gibi borçlunun mal beyanında bulunmaması sebebiyle hapsen tazyik edilmesi, genel icra hukukuna münhasır bir yaptırım olmayıp, kamu icra hukukunda da aynı şekilde benimsenmiştir. Gerek İcra ve İflâs Kanunu m. 76 gerek Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun m. 60'ta yer verilen tazyik hapsinin usûl ve esas yönünden müşterek noktaları vardır. Her şeyden önce her iki tazyik hapsinin de amacı, borca itiraz etmediği hâlde borcunu yasal süresinde ödemeyen borçluyu mal beyanında bulunmaya zorlamak (tazyik etmek) sûretiyle icra takibinin devamını sağlamak ve böylece alacaklıyı alacağına kavuşturmaktır. Gerek İİK gerek AATUHK'da, yasal mal beyanında bulunma yükümlülüğünü ihlâl eden

⁴ Karakoç, s. 678.

borçlu hakkında tazyik hapsi yaptırımı öngörülmüştür. Dikkat edilirse, tıpkı genel icra hukukunda olduğu gibi kamu icra hukukunda da bu tazyik hapsi, borca karşılık verilen bir hürriyeti bağlayıcı ceza olmayıp, borcun nakden ödenmesini sağlamak için borçluyu mal beyanında (bildiriminde) bulunmaya zorlayan (tazyik eden) bir yaptırım olup, doktrinde geçici bir tedbir olarak da nitelendirilmektedir⁵.

Nitekim “Ödeme Emri ve Muhtevası”nı düzenleyen İİK m. 60/4’te, ödeme emrinde borçluya “*Senet veya borca itirazını bildirmediği takdirde yukarıda yazılı yedi günlük süre içinde 74 üncü maddeye göre mal beyanında bulunması ve bulunmazsa hapisle tazyik olunacağı; mal beyanında bulunmaz veya hakikate aykırı beyanda bulunursa ayrıca hapisle cezalandırılacağı*” ihtarının yapılacağı açıkça belirtilmiştir⁶. Aynı şekilde AATUHK m. 55, 2’de, ödeme emrinde borçluya şu ihtarın yapılacağı emredilmiştir:

“Ödeme emrinde borcun asıl ve ferilerinin mahiyet ve miktarları, nereye ödeneceği, müddetinde ödemediği veya mal bildiriminde bulunmadığı takdirde borcun cebren tahsil ve borçlunun mal bildiriminde bulununcaya kadar üç ayı geçmemek üzere hapis ile tazyik olunacağı, gerçeğe aykırı bildirimde bulunduğu takdirde hapis ile cezalandırılacağı kayıtlı bulunur. Ayrıca, borçlunun 114’üncü maddedeki vazifeleri ve bu vazifeleri yerine getirmedeği takdirde hakkında tatbik edilecek olan ceza bu ödeme emrinde kendisine bildirilir”.

Her iki tazyik hapsi de, ödeme süresi içinde borcunu ödemeyen ve aynı sürede mal beyanında bulunmayan borçlu hakkında verilmekte, mal beyanında bulununcaya kadar ve bir defaya mahsus olmak üzere uygulanmaktadır. Tazyik hapsi kararını verecek merci icra mahkemesi, uygulayacak

⁵ Karakoç, s. 680-681.

⁶ “Şikayet dilekçesinde borçlunun İcra ve İflas Kanunu’nun 337/1. maddesiyle cezalandırılmasının talep edilmesi icra takip dosyasında borçluya gönderilen icra emrinde İİK’nın 74. maddesine göre mal beyanında bulunmasının istenilmesi ve en önemlisi de **icra emrinde mal beyanında bulunulmadığı takdirde İİK’nın 76. maddesi uyarınca hapsen tazyik ihtarının bulunmaması karşısında**, borçlunun İİK’nın 76. maddesi gereğince **hapsen tazyikine karar verilmesi mümkün değildir**. Hal böyle olunca itirazın reddi yerine kabulü ile yazılı şekilde karar verilmesi isabetsizdir” (16 HD 4.5.2009, 2649/3165: KBİBB).

(infaz edecek) merci Cumhuriyet başsavcılığıdır (AATUHK m. 60, 3). Alacaklı veya tahsil dairesinin yazılı talebi üzerine tazyik hapsine hükmedilir. Tazyik hapsinin süresi gerek İİK gerek AATUHK’da en fazla üç aydır⁷.

Tazyik hapsinin amacı, borçluyu mal beyanında bulunmaya zorlamak olduğundan⁸, borçlu süresinden sonra da olsa mal beyanında bulunursa, tazyik hapsiyle cezalandırılmamakta, ceza verilmişse derhal serbest bırakılmaktadır (İİK m. 346-354; AATUHK m. 60).

İİK m. 354, 3’e göre, “*Nafaka alacaklarına ilişkin takipler hariç, alacak miktarı Asgari Ücret Tespit Komisyonu tarafından her yıl belirlenen aylık en yüksek brüt asgari ücret tutarının altında kalan takiplerde bu Kanunda öngörülen disiplin ve tazyik hapsi uygulanmaz.*” 6217 sayılı Kanunla⁹, 2004 sayılı İİK’nın 354. maddesinin başlığı “*Davanın ve cezanın düşmesi ile ceza verilemeyecek hâller*” şeklinde değiştirilmiş ve maddeye bu üçüncü fıkra eklenmiştir. Böylece, “herkesin evinde veya üzerinde belirli bir miktar mal bulunacağı gerçeğinden” hareketle, nafaka alacaklarına ilişkin takipler dışında, belli miktarın altındaki borçlar bakımından mal beyanında bulunulmaması hâlinde disiplin ve tazyik hapsinin uygulanmayacağı kabul edilmiştir.

İİK m. 354, 3’e göre, herkesin evinde veya üzerinde bulunacak olan miktar veya malın değeri en fazla, aylık en yüksek brüt asgarî ücret tutarı kadardır. İİK m. 354, 3’te, nafaka alacaklarına ilişkin takipler dışında mal beyanında bulunma zorunluluğunun olmayacağı, dolayısıyla tazyik hapsinin uygulanmayacağı miktarın, aylık en yüksek brüt asgarî ücret tutarıyla sınırlanarak yüksek tutulmaması; alacaklı ve borçlu arasındaki menfaat dengesinin bozulmaması ve icra takiplerinin sürüncemede kalmaması bakımından doktrinde¹⁰ isabetli görülmektedir¹¹.

⁷ **Kuru**, El Kitabı, s. 404-405.

⁸ **Karakoç**, s. 678.

⁹ Bkz. 6217 sayılı Yargı Hizmetlerinin Hızlandırılması Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (RG 14.04.2011, Sa. 27905).

¹⁰ **Hanağası**, Emel; “İcra ve İflâs Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı” Taslağı’nın Değerlendirilmesi (Prof. Dr. Muallâ Öncel’e Armağan, C. 2, Ankara 2009, s. 1417-1463), s. 1437-1438; **Özbek**, Mustafa; İcra ve İflâs Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Taslağıyla Getirilme İstenen Değişikliklerin Değerlendirilmesi (AÜHFD 2008/3, s. 463-524), s. 511-513; **Uyar**,

6217 sayılı Yargı Hizmetlerinin Hızlandırılması Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile 2004 sayılı İİK m. 354'e ekle-

Talih: 4949 Sayılı ve 17.07.2003 Tarihli "İcra ve İflâs Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"un Getirdiği Yenilikler (TBBD 2003/49, s. 159-221), s. 219.

- ¹¹ Buna karşılık Anayasa Mahkemesinin, İİK m. 354, 3 hükmünün Anayasaya aykırı olmadığına dair kararına karşı oy kullanan Celal Mümtaz Akıncı şu aksi görüşü dile getirmiştir: "Yargıyı hızlandırmak gerekçesi ile asgari ücret tutarının altındaki alacakların tahsilini, dolayısıyla adaletin tecellisini zorlaştıran dava konusu kural; **'...her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurma' ilkesine aykırıdır. Kuralla asgari ücretin altında borcu olanlara pozitif ayrımcılık yapılmakta**, bu durumda olanlar yasaya aykırı davranıp ödeme şartını ihlal etseler dahi kendilerine **bir müeyyide uygulanmamakta**, böylece **müeyyidesizlik nedeniyle bu kişilerden alacak tahsili güçleştirilmekte, adeta bunların borçlarını ödememesi kolaylaştırılmaktadır**. UYAP verilerine göre, 2012 yılında para alacağına ilişkin olarak yapılan 4.962.874 icra takibinden 2.269.272 sinin asgari ücretin altında olduğu göz önüne alındığında bu sayının hiç de azımsanmayacak bir oranda olduğu izahtan varestedir. -Son on, onbeş yıl içerisinde telefon intifa haczinin, emekli maaşı haczinin yasaklanması, karşılıksız çek keşide etmeye verilen para cezası ve bunun da ödenmemesi halinde verilen hapis cezasının kaldırılmasına ilişkin düzenlemeler ile **mal beyanında bulunmama halinde verilen disiplin ve tazyik hapsi cezasının iptaline ilişkin karara** ve ev eşyası haczine getirilen sınırlandırmadan sonra **asgari ücretin altındaki alacaklarda Kanunda öngörülen disiplin ve tazyik hapsinin uygulanmayacağına ilişkin kural da eklenince alacak tahsili oldukça güçleşmiş, bazı hallerde imkansız hale gelmiştir**. Bu durum ise ticari hayatı, piyasaları olumsuz etkileyerek, **toplumsal barış ve huzurun bozulması** ile hukuk devletine ve adalete duyulan güvenin sarsılmasına neden olacak niteliktedir. -Bu değerlendirmelerden sonra, Hukuk devletinde adaletin yerine getirilmesine mi, yargının hızlandırılmasına mı öncelik verilmeli? İkilimde tercihin **adaletin yerine getirilmesinden yana olması gerektiği kanaatindeyim**. -İcra ve İflâs Kanunu'nun 340. maddesi, icra dairesinde kararlaştırılan borcu ödeme şartını, makbul bir sebep olmaksızın ihlal edenlere üç aya kadar tazyik hapsi verileceğini hüküm altına almıştır. Burada cezalandırılmasına karar verilen eylem 'ödemeye şartını makbul bir sebep olmaksızın ihlal etmek'tir. Ceza, borçtan dolayı ve borcun miktarı nedeniyle değil, ödeme şartının ihlali nedeniyle verilmektedir. Bu durumda asgari ücretin altında borcu olduğu halde ödeme şartını ihlal eden kişi ile asgari ücretin üzerinde borcu olduğu halde ödeme şartını ihlal eden kişi yönünden **cezaya konu eylem aynı (borç ödeme şartını ihlal) olduğu halde, kuralla aynı ihlali gerçekleştiren bu kişiler arasında eşitsizliğe neden olunmaktadır**. Ayrıca nafaka borcu olanlarla, nafaka borcu dışında asgari ücretin altında borcu olanlar arasında da yasanın cezalandırılmasını istediği ihlal eylemi nedeniyle bir eşitsizlik, pozitif ayrımcılık söz konusu olmaktadır" (Anayasa Mahkemesi 01.11.2012, 64/168: RG 13.03.2013, Sa. 28586).

nen üçüncü fıkranın Anayasaya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesine yapılan iptal istemi reddedilmiştir. Anayasa Mahkemesine göre, Asgarî Ücret Tespit Komisyonu tarafından belirlenen asgarî ücret tutarları Resmî Gazetede önceden yayımlanmakta olduğundan, asgarî ücretin, cezanın belirlenmesinde ölçüt alınması belirsizliğe yol açmamaktadır ve bu hüküm, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 2. maddesinde yer alan *suçta ve cezada kanunilik* ilkesinin zorunlu sonucu olan, "suç ve cezaya ilişkin kuralların belirli olması" ilkesiyle çelişmemektedir. Anayasa Mahkemesinin red kararında, ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirlerine ilişkin kuralların, ceza hukukunun ana ilkeleri ile Anayasa'nın konuya ilişkin kurallarına aykırı olmamak kaydıyla, ülkenin sosyal, kültürel yapısı, ahlâki değerleri ve ekonomik hayatın gereksinimleri göz önüne alınarak saptanacak ceza politikasına göre kanun koyucu tarafından belirleneceğine vurgu yapılarak, alacak miktarı belli tutarın altında kalan takiplerde disiplin ve tazyik hapisleri yönünden cezasızlık sebebi öngören bu hükmün Anayasanın ve ceza hukukunun temel ilkelerine aykırı olmadığı sonucuna varılmıştır¹².

§ 2. MAL BEYANINDA BULUNMAYAN BORÇLU HAKKINDA DİSİPLİN HAPSİ UYGULANMASI

İcra ve İflâs Kanununda, hiç veya kanunî süresinde mal beyanında bulunmayan borçlu için öngörülen ikinci yaptırım ise, İİK m. 337, 1'de yer almıştır. Anayasa Mahkemesinin, aşağıda irdelenen 28.2.2008 tarihli, 2006/71 E. ve 2008/69 K. sayılı kararıyla iptal edilen İİK m. 337, 1 hükmü şu şekildedir:

"Yükümlülüklerin yerine getirilmemesi

Madde 337- Müddeti içinde beyanda bulunmak üzere mazereti olmaksızın icra dairesine gelmeyen veya yazılı beyanda bulunmayan borçlu, alacaklının şikâyeti üzerine, on gün ***disiplin hapsi*** ile cezalandırılır. Alacaklının ***alacağını karşılayacak miktarda malın haczedilmesi veya borcun ödenmesi hâlinde, bu ceza düşer***".

¹² Anayasa Mahkemesi 01.11.2012, 64/168 (RG 13.03.2013, Sa. 28586).

§ 3. TAZYİK VEYA DİSİPLİN HAPSİ İLE BORÇLUNUN BORCUNU ÖDEMEMESİ SEBEBİYLE HAPSİ ARASINDAKİ FARKLILIK

A. Cebrî İcra Hukukunda Borçlunun Malvarlığının Alacaklılara Terki ve Hapsi

I. Borçlunun Malvarlığının Alacaklılara Terki

Cebrî icra hukuku tarihinde, alacağın borçlunun malvarlığı değerlerinin haczi ve satılması suretiyle tahsili yanında, iki diğer tahsil yöntemi daha görülmüştür. Bunlar, borçlunun borcunu ödememesi sebebiyle malvarlığının alacaklılara terki ve hapsidir. Çağdaş cebrî icra hukukunda bu iki cebrî icra yöntemi tümüyle terk edilmiştir. İlk olarak Fransız Medenî Kanunu (*Code Civil*, C.Civ.) m. 1265 ilâ 1270 arasında düzenlenen hükümler, iyiniyetli fakat talihsiz bir borçlunun, tüm malvarlığını mahkeme önünde herhangi bir kayıt ve şart ileri sürmeksizin alacaklılarına terk etmesine izin vermiştir. Borçlu ile alacaklılar, mahkemenin müdahalesi olmadan anlaşmakta, borçlu, bütün mallarını alacaklılara terk etmekte ve karşılığında da tüm borçları için ibra edilmekteydi¹³. Bunun dışında yalnızca, deniz hukukunda bir geminin teslim veya terki olarak bilinen borçlunun malvarlığının alacaklılara terki, diğer ülkelerde takipçi bulamamıştır. 1991 yılında yeni Fransız İcra Kanunu¹⁴ ile terk edilen bu kurum, 1867 yılında kaldırılan borçlunun hapsiyle yakından bağlantılı olması sebebiyle, bu tarihten önce de nadir uygulanmıştır¹⁵.

Esâsında İcra ve İflâs Kanununda yer alan malvarlığının terki suretiyle konkordato da, borçlunun malvarlığının alacaklılara terki müessesesinin çağdaş cebrî icra hukukundaki yansımasıdır (İİK m. 309/a-309/l). Zirâ malvarlığının terki suretiyle konkordato ile alacaklılara, borçlunun malvarlığının aktif (mevcudu) üzerinde tasarruf etmek veya bu malların tamamı ya da bir kısmını üçüncü kişiye devretmek yetkisi verilmektedir (İİK m. 309/a).

¹³ Umar, Bilge; İcra ve İflâs Hukukunun Tarihi Gelişmesi ve Genel Teorisi, İzmir 1973, s. 75-76.

¹⁴ 91-650 sayılı Kanun m. 94, 1.

¹⁵ Kerameus, Konstantinos D.; Enforcement Proceedings, International Encyclopedia of Comparative Law, Vol. XVI, Civil Procedure, Chapter 10, Tübingen 2002, s. 59.

Bilhassa tasfiye anlaşması şeklindeki malvarlığının terki suretiyle konkordatoda borçlu, alacaklılarına, borçlarını belli bir miktar para ile değil, malvarlığı ile ödemeyi teklif ettiğinden ve sonuçta malvarlığı üzerindeki tasarruf yetkisini alacaklılara terk ettiğinden; malvarlığının üçüncü kişiye terki suretiyle konkordatoda ise, borçlunun malvarlığının tamamı veya bir kısmı belli bir ücret karşılığında üçüncü bir kişiye devredildiği ve borçlu, mallarının mülkiyetini de kaybettiğinden¹⁶, malvarlığının alacaklılara terki fikrinin çıkış noktası olduğu görülmektedir.

II. Borcunu Ödemeyen Borçlunun Hapsi

Para alacaklarının tahsilinde başvurulmuş diğer bir marjinal cebrî icra türü, ilâmda hükmedilen borcunu ödemeyen borçlunun hapsidir¹⁷ (*imprisonment for debt*). Geçmiş Roma hukukuna¹⁸ kadar geriye uzanan ve modern zamanlarda başta Fransız¹⁹ hukuku olmak üzere bazı temel kodifikasyon çalışmalarında da yer bulan borçlunun borcunu ödememesi sebebiyle hapsi, borçlunun iradesi üzerinde baskı kurmaya matuf bir yöntem olarak kullanılmış, hapis korkusunun veya hapsedilen borçlunun hürriyetine kavuşma isteğinin, borcunu ödemesini ve açılan kredinin teminat altına alınmasını sağlayacağı düşünülmüştür²⁰.

Hukuk tarihi boyunca özellikle iki cebrî icra türü ortaya çıkmıştır. Bunlar, borçlunun şahsı üzerinde icra ve malları üzerinde icradır. Roma hukuk tarihinin muhtelif devrilerinde bu iki cebrî icra usûlüne de rastlanılmış olup, zamanla şahıs üzerinde icradan (şahıs ile sorumluluktan, *personal enforcement*) mallar üzerinde icra usûlüne (malvarlığı ile sorumluluğa, *patrimonial enforcement*) doğru geçiş olmuştur²¹. Örneğin Roma hukukunda

¹⁶ **Ercan**, İbrahim; *İcra ve İflâs Hukukunda Malvarlığının Terki Suretiyle Konkordato*, Konya 2008, s. 109, 121.

¹⁷ **Jacob**, Jack I. H.; *The Enforcement of Judgment Debts (The Reform of Civil Procedure Law and Other Essays in Civil Procedure*, London 1982, s. 281-300), s. 284.

¹⁸ *Lex Poetelia* (M.Ö. 326). Bkz. **Rosenberg**, Leo/**Gaul**, Hans **Friedhelm/Schilken**, Eberhard; *Zwangsvollstreckungsrecht*, München 1997, s. 96; **Umar**, s.60-70.

¹⁹ C.Civ. a. 2059-2070; Eski C.Civ. a. 780-805.

²⁰ **Berkin**, *İcra*, s. 478; **Ercan**, *Mal Beyanı*, s. 8.

²¹ **Arar**, s. 4; **Avcı**, Mustafa; *Borç için Hapis Yasağı* (Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı, İstanbul 2004, s. 105-145), s. 116; **Ercan**, *Mal Beyanı*, s. 8-9; **Rado**, Türkân; *Roma*

“*Legis actio*”lar usûlünün uygulandığı dönemde, cebrî icra borçlunun şahsına yönelik olmuştur²². XII Levha Kanunu alacaklının, borcunu ödemeyen borçlunun şahsı üzerinde tazyike başvurmaya, borçluyu öldürmesine veya köle olarak satmasına izin vermiştir. XII Levha Kanununa göre alacaklı, borçluya el koyarak onu evine götürebilir, hususî hapisanesinde zincire vurarak hapsedebilir ve hatta borçlunun vücudunu parçalayabilirdi²³. *Ius civile* devrindeki bu icra usûlü zamanla değişmiş ve praetorların icra hukukunda ortaya koyduğu insanî yeniliklerle şahıs üzerinde cebrî icra, yerini malvarlığı (mâmelek) üzerinde cebrî icraya bırakmıştır. Önceleri borçlunun tüm malları haczedilirken, imparator hukuku devrinde bu da değişmiş ve borcunu karşılamaya yetecek kadar mallarının haczi yapılmış, bunlar belli bir süre sonunda açık artırmayla satılmış ve borcun ödenmesinden sonra satım bedelinden artan bir miktar varsa, bu da borçluya geri verilmiştir. Mallar üzerindeki icra usûlünün bu yeni şekli, *extra ordinem* yargılama usûlü devrinde olağan uygulama hâline gelmiştir²⁴.

Hukukunda Cebrî İcra Usullerinin İnkişafı (1) (İÜHFM 1944/1-2, s. 229-240), s. 229-230; **Rado**, Türkân; Roma Hukuku Dersleri-Borçlar Hukuku, İstanbul 2006, s. 29; **Seviğ**, s. 14.

²² **Gürten**, Kadir/**Küçük**, Eşref; Roma Hukukunda Actio Kavramı ve Tarihsel Gelişimi (Prof. Dr. Bilge Öztan’a Armağan, Ankara 2008, s. 465-479), s. 475-476; **Uzar**, Gökçe Nazar; İcra ve İflâs Kanunu’nun Tarihsel Gelişimi (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2001, s. 9 vd.

²³ **Arar**, s. 4; **Avcı**, s. 116; **Çiftçi**, Pınar; Menfaat Dengesi Çerçevesinde Genel İcra Hukuku ile Kamu İcra Hukukunun Karşılaştırılması (DEÜHFD, Prof. Dr. Burhan Ceyhan’a Armağan, 2010/Özel Sayı, İzmir 2012, s. 313-379), s. 317-318; **Dawson**, John P.; Specific Performance in France and Germany (Mich.L.Rev. 1959, Vol. 57, s. 495-538), s. 497; **Jackson**, T. Haller; Specific Performance of Contracts in Louisiana (TLR 1950, Vol. 24, s. 401-418), s. 409; **Karadeniz-Çelebican**, Özcan; Roma Hukuku, Ankara 2012, s. 290; **Koschaker**, Paul/**Ayiter**, Kudret; Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları, İzmir 1993, s. 183; **Rado**, Cebrî İcra s. 235-237; **Umar**, s. 60 vd.; **Uzar**, s. 12-13; **Yılmaz**, Ejder; İflâs İdaresi, Ankara 1976, s. 12; **Yılmaz**, Ejder; “Borçlunun Sözleşmeden Doğan Yükümlülüğünü Yerine Getirmemesi”ne İlişkin Anayasa Hükmü ve İcra İflâs Suçları (Prof. Dr. Ergun Önen’e Armağan, İstanbul 2003, s. 493-502), s. 495.

²⁴ **Ansay**, Sabri Şakir; Hukuk İcra ve İflâs Usulleri, Ankara 1960, s. 128; **Arslan**, Ramazan; İcra-İflâs Hukukunda İhale ve İhalenin Feshi, Ankara 1984, s. 33; **Berkin**, İcra, s. 23-24; **Çiftçi**, Pınar; İcra Hukukunda Menfaat Dengesi, Ankara 2010, s. 18-29; **Çiftçi**, Karşılaştırma, s. 318-319; **Dawson**, s. 497-498; **Eren**, Fikret; Borçlar Hukuku

Borçlunun borcunu ödememesi sebebiyle hapsi düşüncesi, 19. yüzyılın ortalarından itibaren sayısı hızla artan birçok ülkede kaldırılmıştır²⁵. Borçlunun borcunu ödememesi sebebiyle hapsi 1867 yılında Fransa²⁶, 1868 yılında Almanya²⁷, 1869 yılında İngiltere²⁸, 1872 yılında Arjantin²⁹, 1874 yılında anayasal zorunluluk sebebiyle İsviçre³⁰ ve 1967 yılında Belçika'da³¹ kaldırılmıştır. Borçlunun borcunu ödememesi sebebiyle hapsi, 1963 yılında İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 4 no'lu protokolü ile de kısmen kaldırılmıştır. 4 no'lu protokolün 1. maddesinde “hiç kimse, sâdece sözleşmeden doğan bir borcu yerine getirememesinden dolayı hürriyetinden mahrum bırakılamaz” hükmüne yer verilmiştir.

Para alacaklarının³² tahsili maksadıyla şahsî icraya benzer yöntemler İtalya, İspanya, Latin Amerika ülkelerinin çoğu, Amerika Birleşik Dev-

Genel Hükümler, Ankara 2012, s. 86; **Özmumcu**, Seda; Cebrî İcra Hukukunda Pazarlık Suretiyle Satış, İstanbul 2005, s. 9; **Öztek**, Selçuk; Roma Medenî Usûl Hukukunun Ana Hatları (İÜHF 1985/1-4, s. 335-372), s. 369; **Postacıoğlu/Altay**, s. 3; **Rado**, Roma Hukuku, s. 30-31; **Rado**, Cebrî İcra, s. 238-239; **Taşpınar**, Sema; Borçlunun Bazı Mallarının Haczedilememesi ve Nedenleri (Haczedilmezlik ve Nedenleri) (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 1994, s. 7-8; **Üstündağ**, İcra, s. 2; **Yıldırım**, M. Kâmil; İcra Hukukunun Anayasa ile İlişkisi ve Ölçülülük İlkesi (MÜHF-HAD 1989/1-3, s. 98-115), s. 98; **Yıldırım**, M. Kâmil; Hileli İflas Suçları, İstanbul 2000, s. 5; **Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 2.

²⁵ **Umar**, s. 6.

²⁶ 22 Temmuz 1867 tarihli Borç için Hapis Kanunu (Loirelative à la contrainte par corps). Ceza davalarında verilmiş olan zararların tazminini zorlamak bakımından dahi hapis cezasına izin verilmemiştir. Bkz. Cass.crim. 16 Şubat 1960, D. 1960, 243, 244.

²⁷ Kuzey Alman Federasyonunun 29 Mayıs 1868 tarihli Kanunu.

²⁸ 1869 tarihli Borç için Hapis Cezasının Kaldırılmasına İlişkin Kanun (**Jacob**, Enforcement, s. 289).

²⁹ 22 Haziran 1872 tarihli ve 514 sayılı Kanun m. 1.

³⁰ 29 Mayıs 1874 tarihli Federal Anayasa m. 59, 3.

³¹ Belçika'da borçlunun borcunu ödememesi sebebiyle hapsi, Belçika Yargı Teşkilâtı Kanunu (Code Judiciaire, Gerechtelijk Wetboek, GerW) ile kaldırılmıştır.

³² Buna mukabil para alacağı dışındaki ilâmların icrasında borçlunun hapsi, her zaman geniş ölçüde bilinen ve sürekli uygulanan bir cebrî icra yöntemidir. Farklı hukuk sistemleri, mahkemelerin kendi kararlarını uygulama istek ve ihtiyacı doğrultusunda, para dışındaki ilâmların icrası sorununu çözmek üzere borçlu hakkında uygulanabilecek tazyik hapsi, tazyik para cezası (*astreinte*) veya mahkemeye itaatsizlik yaptırımı gibi

letleri, Japonya ve eski Sosyalist ülkelerinde³³ de bilinmemektedir. Her şeyden önce alacaklının temel amacı borçlunun hapsi değil, alacağını tahsil edebilmektir. Bununla birlikte borçlunun hapsi, kural olarak kaldırılmış olmakla birlikte, bazı icra hukuku sistemlerinde istisnâî hâllerde para alacaklarının bir tahsil yöntemi olarak hâlâ muhafaza edilmektedir. Bu tür istisnalar genelde, bazı Latin Amerikan hukuk sistemlerinde olduğu gibi nafaka alacakları hakkında veya Yunan hukukunda olduğu gibi tacirlere karşı haksız fiiller ya da ticarî borçlardan kaynaklanan alacaklarda bulunmaktadır³⁴.

Borcunu ödemeyen borçlunun hapsinin en çarpıcı örneği, Yunan medenî usul hukukunda, tacirlerin haksız fiilden kaynaklanan borçlarını ödeyememesi sebebiyle hapsinde görülmektedir (Yunan MUK m. 1047, 1). Yunanistan, 26.2.1997 tarihinde 2462/1997 sayılı Kanunla, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 16.12.1966 tarihinde kabul edilen Milletlerarası Şahsî ve Siyasî Haklar Sözleşmesini onaylamıştır. Şahsî ve Siyasî Haklara İlişkin Birleşmiş Milletler Milletlerarası Sözleşmesinin 11. maddesi, sözleşmeden doğan borçların yerine getirilmemesi sebebiyle hapis cezası uygulanmasını kaldırmıştır³⁵. Doktrindeki hâkim görüş, Şahsî ve Siyasî Haklara İlişkin Birleşmiş Milletler Milletlerarası Sözleşmesinin sâdece ödeme güçlüğü (*inability of performance*) içine düşmüş olması hâlinde tacirlerin hapsedilmesini yasakladığı yönündedir. Başka bir ifâdeyle tacir, muaccel borçlularını, ödeme araçlarındaki geçici olmayan yoksunluktan dolayı ödeyemiyorsa, yâni istese ile borçlarını ödeyemeyecek (ifayı yerine getiremeyecek) durumdaysa hapis cezasıyla cezalandırılmaz³⁶.

yöntemler geliştirmişlerdir. Bu konuda geniş bilgi için bkz. Trends in the Enforcement of Non-money Judgments and Orders, The First International Colloquium on the Law of Civil Procedure, June 1985, Faculty of Law University of Lund, Ulla **Jacobsson** and Jack **Jacob** (ed.), Deventer 1988.

³³ **Stalev**, Zhivko; Regional Report from Continental Eastern Europe (Trends in the Enforcement of Non-money Judgments and Orders, Deventer 1988, s. 171-189), s. 174.

³⁴ **Kerameus**, Enforcement Proceedings, s. 60.

³⁵ 16 Aralık 1966 tarihli, 2200A (XXI) sayılı Genel Kurul Kararıyla kabul edilmiş ve imza, onay ve katılmaya açılmış olan Şahsî ve Siyasî Haklara İlişkin Milletlerarası Sözleşmenin 11. maddesinde şu hüküm bulunmaktadır: “Hiç kimse sırf sözleşmeden doğan yükümlülüklerini yerine getiremediği gerekçesiyle hapsedilemez” (<http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/53-73.pdf>).

³⁶ **Kerameus**, Enforcement Proceedings, s. 60, dn. 739.

Böylece tacirlerin ticarî borçlarını ödeyememesi sebebiyle hapsi Yunan hukukunda terk edilmiştir. Buna karşılık tacirlerin haksız fiilden kaynaklanan borçlarını ödeyememesi sebebiyle hapsine dokunulmamıştır; zîrâ Şahsî ve Siyasî Haklara İlişkin Milletlerarası Sözleşme, sâdece sözleşmeden doğan borçlarla sınırlı bir düzenleme getirmektedir³⁷. Haksız fiilden kaynaklanan ilâma dayalı alacaklarda tacir borçlu borcunu ödemezse, bir yıla kadar hapis cezasına mahkûm edilebilmektedir (Yunan MUK m. 1047-1054). Bu cebrî icra yöntemi, bir hukuk yargılaması kapsamında yapılacak şikâyetle talep edilebilir. Borçlunun hapis cezası alabilmesi için, ilâm kesin hüküm gücünü kazanmalıdır (Yunan MUK m. 1049). Aynı cebrî icra yöntemi, geçici hukukî himaye tedbirlerine ilişkin mahkeme kararlarında da kullanılabilir (Yunan MUK m. 1047, 1). Yunan hukukunda borcunu ödemeyen borçlunun hapsinin anayasaya uygunluğu konusunda ciddî tartışmalar olmakla birlikte, bu yöntem cebrî icra hukukunda borcunu ödemeyen tacir borçlular bakımından hâlâ etkili bir tehdit oluşturmaktadır³⁸.

Belçika'da, borçlunun ceza kanununda suç olarak sayılan bir fiiliyle veya kasıtlı olarak işlediği bir haksız fiille³⁹ verdiği zarar ve masrafları tazmin borcunu ödememesi sebebiyle hapsi, 1980 yılında Benelüks Yeknesak Kanunu ile kaldırılmıştır. 1973 tarihli Benelüks Yeknesak Kanunu⁴⁰ (*Benelux Uniform Law, BUL*), Benelüks ülkelerinde tazyik para cezasına (*astreinte, dwangsom*) ilişkin temel kuralları düzenlemekte ve büyük ölçüde eski Hollanda hukukunu esas almaktadır⁴¹.

³⁷ **Kerameus**, Konstantinos D.; *Enforcement in the International Context* (RdC 1997, Vol. 264, s. 179-410), s. 1919, dn. 2.

³⁸ **Kerameus**, *Enforcement in the International Context*, s. 198; **Maniotis**, Dimitris N.; *The Greek Law of Execution According to the Code of Civil Procedure: An Introduction* (Comparative Studies of Civil Enforcement and Provisional Measures, Tübingen 2011, s. 68-73), s. 72.

³⁹ 21.3.1859 ve 27.7.1871 tarihli kanunlar.

⁴⁰ Benelüks ülkelerinde tazyik para cezasına ilişkin yeknesak bir mevzuat oluşturan Benelüks Sözleşmesi, 26.11.1973 tarihinde Lahey'de imzalanmış ve 31.01.1980 tarihli Benelüks Yeknesak Kanunu ile onaylanmıştır.

⁴¹ **Council of Europe**: *Synthesis on the execution of court decisions in civil cases* (The Execution of Court Decisions in Civil Cases, Council of Europe 1998, s. 149-268), s. 161; **Denti**, Vittorio/**Silvestri**, Elisabetta; *Regional Report from Continental Western Europe* (Trends in the Enforcement of Non-money Judgments and Orders, Deventer

Borcunu ödemeyen borçlunun hapsi konusunda İngiltere'deki mevzuat gelişmesi karakteristik bir özellik taşımaktadır. İngiliz hukuk yargılama sistemi, yüzyıllardır, ilâma dayalı borcunu ödemeyen borçlunun, haciz müzekkeresiyle (*a writ of attachment*) tutuklanabileceği ve borcunu ödeyinceye veya alacaklı merhamet edinceye kadar belirsiz bir süre için hapsedilebileceğine ilişkin Ortak Hukuk (*Common Law*) kuralını benimsemiştir. Borç için hapis kuralının temelinde yatan felsefeye göre bir borçlu borçlandığı zaman, sâdece malvarlığıyla değil aynı zamanda şahsıyla da borcun teminatını teşkil eder. Bu sebeple borçlu, borcunu vadesinde ödemez ve ilâmla borçlu olduğuna hükmedilirse, ilâm alacaklısı, borçlunun şahsı üzerinde cebrî icraya başvurmaya ve borçluyu hapse koydurmaya yetkilidir. Bu belki kölelik şeklinde veya borçluları Tarpeian Kayalıklarından atan Roma tatbikatı gibi vahşi biçimde olmayacaktır; fakat bu uygulama, borçluların yüzyıllardır hukukun koruması dışında kalmasına yol açmıştır. Bu anlayış, borçluların toplumda bir asalak olarak görülmesine ve dolandırıcı sayılmalarına yol açmış, borçlarını ödemedeki sadakatsizliklerinin toplumdaki güven ve krediyi zedelediği kabul edilmiş ve bu nedenle borçlulara yönelik bir sempati veya hoşgörü geliştirilmesini önlemiştir⁴².

19. yüzyılda, yukarıda açıklanan yaklaşımın sanıldığı kadar doğru olmadığı anlaşılmış, cebrî icra hukukunda medenîleşmeye doğru adım atılmış ve medenîleşmiş bir toplumda borçlulara merhametli olarak muamele edilmesi gerektiği ve onların da hukuken korunması gereken temel hak ve hürriyetlerinin bulunduğu kabul edilmiştir. Böylece, temelde bir alacak-borç ilişkisinden kaynaklanan cebrî icra faaliyetinde borçlunun da insan onurunun korunması gerektiği fikri yerleşmeye başlamıştır⁴³. Bu anlayış 20. yüzyılda ivme kazanmışsa da, bu dönemde bile özel hukuk kökenli alacak-borç ilişkisinden kaynaklanan borcunu ödemeyen borçluların, bu borçlarından dolayı hapsedilmesi sürmüştür.

1988, s. 155-170), s. 162; **Jacob**, Jack; General Report including Regional Report from Great Britain (Trends in the Enforcement of Non-money Judgments and Orders, Deventer 1988, s. 3-67), s. 38; **van Houtte**, Hans; Belgium (Methods of Execution of Orders and Judgments in Europe, Chichester 1996, s. 27-36), s. 31.

⁴² **Jacob**, Enforcement, s. 296.

⁴³ **Çiftçi**, Menfaat Dengesi, s. 14-29; **Özekes**, s. 111; **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, s. 75.

18 ve 19. yüzyılda İngiliz doktrininde tartışılan borç için hapis kuralı yüzünden İngiliz hapishaneleri borçlularla dolmuş, tiksindirici koşullarda yaşayan borçlular sefil bir vaziyette ümitsizliğe kapılmışlardır. Bu koşullar, başta Charles Dickens olmak üzere birçok İngiliz romancı tarafından gerçekçi biçimde tasvir edilmiş ve 19. yüzyılın ortalarında bu yazarlar, İlçe Mahkemesi (*County Courts*) hâkimleri gibi güçlü kurumların direncine rağmen, borç için hapis cezasının kaldırılmasına yönelik ülke çapında bir isteği uyandırmışlardır⁴⁴.

Sonuçta memnun edici olmayan bir uzlaşmayla hapis cezası, ödenmeyen her bir borç veya taksit için süresi sınırlanarak muhafaza edilmiştir. 1869 tarihli Borçlular Kanununun gerekçesinde, bu Kanunun borç için hapis cezasını kaldırmayı amaçladığı açıkça yazılmış ve hiç kimsenin para borcunu ödememesi sebebiyle tutuklanmaması veya hapsedilmemesi gerektiği belirtilmiştir. İsmine rağmen 1869 tarihli Borçlular Kanunu (*Debtors Act*), borcunu ödemeyen borçlunun hapsini tümüyle kaldırmayarak, bazı durumlarla sınırlandırmış, bu hususta borçlunun kastî davranışını belirleyici kılan bir düzenleme getirmiş ve böylelikle asıl kuralı zedeleyen istisnalar koymuştur⁴⁵. En önemli istisnaya göre borçlu, bir mahkeme emri veya taksit kararında öngörülen parayı ödeme borcunu kasit veya ihmaliyle yerine getirmediği takdirde, eğer mahkeme emri tarihinden itibaren ödemediği para borcunu ödemek için gerekli imkâna da sahipse, mahkeme borçlunun altı ayı aşmayacak süreyle hapsine karar verebilir. Borçlu borcunu öderse daha erken tahliye edilir⁴⁶.

Bu formülüyle İngiliz sistemi, ilâma dayalı borçların icra sürecinin bir parçası olarak hapis cezasını muhafaza etmiştir. Bu yapısıyla İngiliz sistemi, 20. yüzyılın sonunda borç için hapis cezasını (nafaka ilâmları hariç) kaldırmış olan Kıta Avrupası (*civil law*) sisteminden keskin biçimde farklılaş-

⁴⁴ **Jacob**, Jack H.; *The Fabric of English Civil Justice*, London 1987, s. 198.

⁴⁵ **Umar**, s. 7. İngiltere’de 1933 yılında, borcunu ödemeyen borçlular hakkında 23.000’ün üzerinde hapis cezası verilmiştir. Bunun anlamı, hükmedilen hapis cezalarının toplamının yaklaşık yarısını, borcunu ödemeyen borçlular hakkında verilen hapis cezalarının oluşturmasıdır. Bu sayı, 1965 yılında 7500’e ve 1976 yılında 2617’ye düşmüştür (**Jacob**, *Enforcement*, s. 288-289).

⁴⁶ **Jacob**, *Fabric*, s. 199.

maktadır. Başta İngiliz İlçe Mahkemelerinde olmak üzere, mahkemelerce yüzbinlerce hapis kararı verilmiş ve her geçen yıl onbinlerce borçlu hapsedilmiştir. Bu durum, İlâma Dayalı Borçların İcrası Hakkında Payne Komitesinin (*Payne Committee on the Enforcement of Judgment Debts*), borç için hapsin (nafaka borçları hariç) kaldırılmasına dair tavsiyeleri üzerine, 1970 tarihli Adalet Yönetim Kanununun (*Administration of Justice Act*) yürürlüğe girdiği 1971 yılının Ağustos ayına kadar devam etmiştir. Adalet Yönetim Kanunu, İngiliz hukukunda borç için hapsi önemli ölçüde sınırlandırılmıştır⁴⁷. İstenen değişim hemen gerçekleşmiş; 1971 yılında 88.594 adet hapis kararı verilmişken, 1972 yılında bu sayı 993'e düşmüştür. 1971 yılında 1200 borçlu hapsedilirken, 1972 yılında sadece 82 borçlu hapse girmiştir. Bu değişim, İngiliz medenî yargı sisteminde son 25 yılda yapılan en iyi ve dikkat çekici reform olarak görülmüştür. Bununla birlikte bu konu gene de kapanmamış ve her türlü borç için hapis cezası kaldırılana kadar da kapanmayacaktır. İngiliz doktrininde, borcunu ödemeyen borçlunun hapsinin, nafaka ve vergi borçları da dâhil olmak üzere her türlü özel hukuk borcu hakkında tümüyle kaldırılması fikri giderek daha fazla taraftar toplamaktadır⁴⁸.

1970 tarihli Adalet Yönetim Kanunu, sâdece karısına Nafaka Emrinde (*Maintenance Orders*) belirlenen nafaka borcunu ödemeyen kocalar ile vergi ve kamu fonlarından dolayı devlete olan para borçlarını (*Crown debts*) ödemeyen borçlular hakkında hapis cezası uygulamasını sürdürmüştür⁴⁹. Özel hukuk borçlarından dolayı verilen hapis cezasından farklı olarak mahkemeye itaatsizlik (*contempt of court, contemptus curiae*) fillerinde de, itaatsizlik edenin malvarlığına el koyulması müzekkeresine (*a writ of sequestration*) ilâve olarak hapis kararı da verilebilmektedir⁵⁰. Eski Yunanistan'daki Drakon kanunlarına benzer şekilde nadir başvuru olan bu yöntem, şirketlere karşı da uygulanabilmektedir.

⁴⁷ **Payne Report**; Committee on the Enforcement of Judgment Debts, Report, CMND No. 3909, London 1969, para. 952-1007.

⁴⁸ **Jacob**, Fabric, s. 200.

⁴⁹ **Jacob**, Enforcement, s. 296.

⁵⁰ **Andrews**, Neil; *The Modern Civil Process: Judicial and Alternative Forms of Dispute Resolution in England*, Tübingen 2008, s. 164-167.

1970 tarihli Adalet Yönetim Kanununa rağmen, cebri icra sürecinde borçluların hapse girmesine yönelik hapis emirlerinin sayısı küçümsemeyecek miktarda olmuştur. Örneğin 1976 yılında, özel hukuk kaynaklı borçlar sebebiyle borçluların hapse girmesini emreden 2.617 adet hapis kararı verilmiş, 202 borçlu fiilen hapse girmiş ve bunların içinde 105 hükümlü, 28 günlük hapis süresinin tamamı dolmadan, erken tahliye edilmiştir⁵¹.

Payne İlâmlı İcra Komitesi, nafaka borcunu ödemeyen borçluların hapsi konusunda bölünmüştür. Komitenin üç üyesi, nafaka borçlarında hapis cezasının hiçbir zaman kaldırılmaması gerektiğini savunurken, diğer üç üye daha sonraki bir tarihte kaldırılması gerektiğini belirtmiştir. Kalan altı üye ise, bunun hemen kaldırılması gerektiğini beyan etmiştir. Başka bir ifadeyle, Payne İlâmlı İcra Komitesinin çoğunluğu, ister hemen ister daha ileri bir tarihte olsun, nafaka borcunu ödemeyen borçlular hakkında da hapis cezasının kaldırılması gerektiği görüşündedir. Nafaka borçlarında hapis cezasının hemen kaldırılması gerektiğini savunan üyeler, özel hukuk borçlarında olduğu gibi nafaka borcunu ödemeyen borçluların da hapsine, moral olarak zarar vermesi, ekonomik yönden masraflı olması, sosyal bakımdan zarara yol açması, bürokratik yönden külfet doğurması ve adli yönden yanlış olması sebepleriyle karşı çıkmışlardır. Bu üyelere göre nafaka borçlarında borçlunun hapsi, aile barışına zarar vermekte, aile uyumsuzluklarının uzlaşma ve arabuluculuk yoluyla çözümünü imkânsızlaştırmakta ve kocanın karısına nafaka ödemesini zorlaştırmaktadır. Komite üyeleri, devlet borçları bakımından da, devletin alacaklarıyla diğer âdi alacaklar (örneğin ticarî alacaklar veya tüketici alacakları) arasında ayırım yapılmasını gerektiren haklı bir menfaatin olmadığını belirtmiş ve devlete olan borçlarını ödemeyen borçlulara hapis cezası verilmesinin yanlış olduğunu vurgulamışlardır⁵².

1974 yılında bu konuda yeni ve gerçekten daha derin bir inceleme yapan Finer Raporu bu eleştirileri benimsemiş ve oybirliğiyle, nafaka borcunu ödemeyen borçlular hakkında öngörülen hapis cezasının kaldırılması gerektiği tavsiyesinde bulunmuştur. Derhal dinlenmesi gereken bu öneri yasalaşamamış ve 1984 yılında hâlâ 1050'den fazla kişi, nafaka borcunu ödememesinden dolayı hapsedilmiştir. Bu hapis cezaları, yargı çevresinde

⁵¹ **Jacob**, Enforcement, s. 296.

⁵² **Jacob**, Enforcement, s. 296; **Payne Report**, para. 1099.

esas itibariyle ceza mahkemesi olarak görev yapan, istisnaen hukukî sorumluluktan dolayı hapis cezası veren ve bu sebeple de hukuk ve ceza yargısı arasında geçiş hattında bulunan Sulh Mahkemeleri⁵³ (*Magistrate Courts*) tarafından hükmedilmiştir. İngiliz hukukunda, nafaka borcunu ödemeyen borçlular hakkında hapis cezası verilmesinin, aile hukuku alanında sıkıntı doğurduğu belirtilerek, aile hukukunda yapılacak ilk reformda bu hapis cezasının kaldırılması gerektiği ileri sürülmektedir⁵⁴.

Vergi ve kamu fonlarından kaynaklanan para borçlarını ödemeyen borçlular hakkında hapis cezası uygulanması, 1970 tarihli Adalet Yönetim Kanununa hükümetin girişimiyle girmiştir. Bu düzenleme, hükümetin kendi menfaatini korumak için kanuna koyulmuş olup, herhangi bir sosyal kurumun desteğini almamıştır ve Payne İlâmlı İcra Komitesinin, nafaka emirleri müstesna olmak üzere, borcun kaynağı (borç çeşitleri) bakımından herhangi bir ayırım yapmaksızın, her türlü para borcunu ödemeyen borçlular hakkında hapis cezasının kaldırılması gerektiği yönündeki ittifakla verilmiş tavsiyelerine tümüyle aykırıdır. Bu düzenleme doktrinde, sosyal politika alanında yapılmış önemli bir hata olarak değerlendirilmektedir. Çünkü bu düzenleme, merkezî ve yerel yönetim ile diğer alacaklılar arasında keyfi bir ayırım yapılmasına yol açmıştır. İngiltere dışında hiçbir Avrupa ülkesinde böyle bir ayırım yoktur. İngiliz hukuk sisteminin bu çağda hâlâ borç için hapis sorunuyla boğuşması, inanılması güç bir durum olarak müşâhede edilmektedir. İngiliz müellifler, 1984 yılında yaklaşık 490 adet borçlunun, vergi ve diğer

⁵³ İngiltere’de ilk derece mahkemesi olarak görev yapan mahkemeler “county courts” (ilçe mahkemeleri), dava konusu olan miktarın daha yüksek olduğu hâllerde “high courts” (asliye hukuk mahkemeleri) ve “magistrate courts” (sulh mahkemeleri) olarak adlandırılan mahkemelerdir. Bu mahkemelerin kararlarına karşı istinaf mahkemesine (appeal courts) gidilebilir. Lordlar Kamarası (House of Lords), istinaf mahkemesinin veya Lordlar Kamarasının Temyiz Komitesinin izniyle, bir davaya yüksek mahkeme sıfatıyla bakabilir. Ayrıca, “asliye hukuk mahkemesi” olarak görev yapan mahkemelerin kararlarına karşı belirli hâllerde doğrudan Lordlar Kamarasına başvurulabilir. Lordlar Kamarası mahkeme sıfatıyla toplandığında en az üç hâkimden oluşur (**Blackstone’s Guide to The Civil Procedure Rules**, Ed-in Chief: Charles Plant, London 1999, s. 52 vd.; **Oğuz**, Arzu; Karşılaştırmalı Hukuk, Ankara 2003 s. 271-275; **Youngs**, Raymond; English, French and German Comparative Law, London 2007, s. 90, 97).

⁵⁴ **Jacob**, Fabric, s. 201.

yasal sorumlulukları ödemiş olması yüzünden hapis cezası almış olmasını, tümüyle müessif bir hâdise olarak nitelendirmektedirler. İngiliz hukukunda hapis cezasının sürdürülmesinin temel gerekçelerinden birisi, bir cebrî icra yöntemi olarak hapis tehdidinin gerçek anlamda caydırıcı olmasıdır; fakat hapis cezası vermek yanı sıra, hapis tehdidi de yanlıştır. Doktrindeki bu görüşe göre, bir cebrî icra yöntemi olarak hapis cezası İngiliz medenî yargı sistemini lekelemekte ve onun doksuna zarar vermektedir. Bu sebeple, borç için hapis müessesesi, her türlü borç hakkında hukuk sisteminden mümkün olduğu kadar çabuk kaldırılmalıdır⁵⁵.

Yukarıda özetlenen tarihi gelişim süreci sonunda, doktrindeki bu görüş İngiliz hukuk sisteminde destek bulmuş ve Payne İlâmlı İcra Komitesinin de aynı yöndeki tavsiyeleri benimsenerek, ödenmeyen özel hukuk borçları için borçluya hapis cezası verilmesi, aşağıdaki istisnalar dışında kaldırılmıştır⁵⁶:

- 1- İlâmda belirtilen sürede ilâmın gereğini yerine getirmemek veya bir işin yapılması ya da yapılmamasını emreden bir mahkeme emrine uymamak sûretiyle mahkemeye medenî itaatsizlik (*civil contempt of court*) fiilini işleyen borçluya, para cezasına alternatif olarak iki yıla kadar hapis cezası verilebilir⁵⁷ (RSC Ord. 45, r. 5, 1).

⁵⁵ **Jacob**, Fabric, s. 202.

⁵⁶ **Andrews**, Civil Process, s. 165; **Andrews**, Neil; The System of Enforcement of Civil Judgments in England (Comparative Studies of Civil Enforcement and Provisional Measures, Tübingen 2011, s. 13-20), s. 18-19; **Jacob**, Enforcement, s. 289; **Jacob**, General Report, s. 33; **Kaye**, Peter/**Bruce**, Morgan; England and Wales (Methods of Execution of Orders and Judgments in Europe, Chichester 1996, s. 51-72), s. 70-71.

⁵⁷ Mahkemeye itaatsizlik suçunun oluşması ve bu fiili işleyenlerin hapis veya para cezasına çarptırılabilmesi için kastının olması aranmaz; fakat mahkeme emrine iradesi dışında gerçekleşen bir fiil sebebiyle (elinde olmayan sebeplerle) uyamamışsa, borçlu cezalandırılmaz (**Andrews**, Civil Process, s. 165-166; **Andrews**, Enforcement of Civil Judgments, s. 20). Bu konuda bilgi için ayrıca bkz. **Eruygur**, K. Halûk; Yedieminlik, Ankara 2008, s. 104-105; **Fiss**, Owen M./**Resnik**, Judith; Adjudication and Its Alternatives: An Introduction to Procedure, New York 2003, s. 11; **Halsbury's Laws of England**, Vol. 8, Ed-in Chief: Lord Simonds, London 1954, s. 25-26; **Jacob**, General Report, s. 29-36; **Kruse**, John; Bailiffs Powers, A Debtors Guide, Brighton 2006, s. 27; **Miller**, Christopher John; Contempt of Court, Oxford 1989, s. 44-45; **Morse**, Melisa; Enforcement methods available in England and Wales (The Execution of Court Decisions in Civil Cases, Council of Europe 1998, s. 85-95), s. 87-89; **Özbek**, İlâmlı

- 2- Avukatlar (*solicitors*), iflâs memurları (*trustees*) veya iflâs dairesi tarafından ödenmesi emredilen paraların ödenmemesi hâlinde, bir yıla kadar hapis cezası verilebilir.
- 3- Asliye Mahkemesi (*High Court*) tarafından hükmedilen nafaka emirlerine uyulmaması ve vergi borclarının ödenmemesi hâlinde altı haftaya kadar hapis cezası verilebilir.

Hâkim, yukarıdaki durumlarda bile borçluya borcunu taksitle ödeme imkânı verebilir ve taksitlerini ödemeyi aksattığı takdirde hapis cezasına hükmedebilir⁵⁸.

Sonuç olarak, Roma hukukundan beri tadrîcen insanileşen cebri icra artık eski devirlerde olduğu gibi, alacağını elde edememiş alacaklının intikam hislerini tatmin ve borçluyu cezalandırma amacını güden bir usûl değil; fakat çağdaş hukuk sistemlerinde geçerli olan icra uygulamasına esas olacak şekilde, alacağını tahsil edemeyen alacaklıyı borçlunun malvarlığı unsurlarının satım bedelinden tatmin etme amacına matuf makul ve ölçülü bir yol olmuştur. Bu hususta doktrinde şu haklı tespitlere yer verilmiştir:

“Yapılan tecrübeler, para veya hapis prensibi tatbikatının borcun bizzat borçlu tarafından ödenmesini temin etmedikten başka sosyal ve moral mahzurlar doğurduğunu göstermiştir. Gerçekten, borç için hapsi borçluyu iktisadi faaliyetinden mahrum bırakarak borcun hiç değilse borçlunun faaliyeti neticesi elde edeceği kazancile ödenmesine mâni olmakta, borçlarını ödemekten kaçınan yarı ahlâksızları hapse alıştırmakta ve hapsin kötü tesirleriyle onların büsbütün ahlâksızlaşmalarında âmil olmaktadır”⁵⁹.

Borcunu ödemeyen borçlunun hapsi, günümüzde çok az sayıdaki hukuk sisteminde para alacağının cebri icra yoluyla tahsilinde kullanılan yöntemlerden biri olarak kabul edilmektedir⁶⁰. Buna karşılık, mallarını saklayan

İcranın Etkinliği, s. 641-645; Siegel, David D.; New York Practice, St.Paul 1999, s. 777; Remien, Oliver; Rechtsverwirklichung durch Zwangsgeld, Tübingen 1992, s. 20 vd.

⁵⁸ Kaye/Bruce, s. 70.

⁵⁹ Berkin, Necmeddin; Borçlunun Hapis ile Tazyiki (İl.H. 1946/18, s. 215-217), s. 215.

⁶⁰ Örneğin Hindistan’da, 1908 tarihli Medeni Usûl Kanunu 21. Emir 30. Kuralda, borçlunun özel hukuk borcundan dolayı hapsine izin verilmektedir (Banerjee, B.N.; Law of

veya alacaklılarından kaçırarak kötü niyetli borçluları mal beyanında bulunmaları için hapisle zorlamak, genel krediyi korumak düşüncesiyle kamu yararına uygun görülmektedir⁶¹.

Cebrî icra hukuku kurallarının emredici niteliği, her halükârda tarafların kanunda öngörülenlerin dışında daha basit, hızlı veya kendi kendine hak almaya yol açacak cebrî icra yöntemlerini kararlaştırmasını ya da farklı yöntemlere başvurmasını engellemektedir. Alman hukukunda mevcut veya müstakbel icra takibinin tarafları olan takip alacaklısı ve borçlusunun, icra takip sürecini konu alan icra sözleşmeleri yapmasına genel olarak izin verilmekte ve icra sözleşmeleri, usûl sözleşmelerinin özel bir türü olarak kabul edilmektedir. Taraflar, yapacakları icra sözleşmeleri ile icra sürecini etkilemekte, kanunda öngörülen kurallardan ayrılarak cebrî icra imkânlarını genişletmekte (icrayı genişleten sözleşmeler), daraltmakta (icrayı sınırlayan sözleşmeler) ya da ortadan kaldırmaktadır⁶². Buna rağmen şekli ve sıkı kanûnîlik esâsına tâbi olan cebrî icra hukukunda “cebrî icra yollarının mecburî (bağlayıcı, emredici) oluşu”, tartışmasız bir ilke olarak varlığını sürdürmekte ve kanunda, taraflarca icra sözleşmeleri ile değiştirilmesi mümkün olmayan (emredici) hükümler bulunmaktadır. Devlete ilişkin icra işlemlerinin koşulları ve hudutları soyut olarak tarafların anlaşmalarına tâbi kılınmayacağından, taraflar ancak emredici olmayan icra hukuku kuralları hakkında icra sözleşmesi yapabilirler⁶³. Benzer şekilde Fransız hukukunda, eski bir ilke olan “*hiç kimse adaleti kendisi sağlayamaz*” ilkesi, işverenin işçiden olan alacaklarını işçinin doğacak ücretinden kesebileceğine⁶⁴ veya bankaların, borçlunun banka hesabından kesinti yapmasına izin veren sözleşme şartla-

Execution, Allahabad 1998, s. 440). Benzer şekilde Mali Medenî Usûl Kanunu m. 211’de ilâm alacaklısının başvuracağı son çare, borcunu ödemeyen borçlunun hapsidir (**Kerameus**, Enforcement Proceedings, s. 61, dn. 748).

⁶¹ **Berkin**, İcra, s. 479.

⁶² **Aşık**, İbrahim; İcra Sözleşmeleri, Ankara 2006, s. 8.

⁶³ **Aşık**, İcra Sözleşmeleri, s. 58-60; **Blomeyer**, Arwed; Zivilprozeßrecht, Vollstreckungsverfahren, Berlin 1975, s. 145-148; **Kılıçoğlu**, Evren; İcra Sözleşmeleri, İstanbul 2005, s. 1, 3, 39, 48, 54; **Rosenberg/Gaul/Schilken**, s. 509-523, 515; **Üstündağ**, Saim; İcra ve İflâs Kanunu’nun Dünü ve Bugünü, İstanbul 1990, s. 125.

⁶⁴ Chambre Civile de la Cour de Cassation 21.7.1909, D.P. 1910.I.25, 27 (**Kerameus**, Enforcement Proceedings, s. 61, dn. 751).

rının geçersiz olduğuna⁶⁵ dair mahkeme kararlarının temelini oluşturmaktadır⁶⁶.

B. Tazyik ve Disiplin Hapsinin Borç İçin Hapis Yasağına Aykırı Olmaması

Sâdece sözleşmeden doğan bir borcu yerine getirememesinden dolayı borçlunun hapsedilemeyeceğini öngören İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmeye ek Bazı Hak ve Hürriyetleri Tanıyan 4 no'lu protokolün 1. maddesine paralel olarak Anayasanın 38. maddesinin 4079 sayılı Kanunla⁶⁷ değişik sekizinci fıkrasında, “Hiç kimse, yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü yerine getirememesinden dolayı özgürlüğünden alıkonulamaz” hükmüne yer verilmiştir (AY m. 38, 8).

Bu hüküm, İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Korumaya Dair Avrupa Sözleşmesine (İHAS) İlişkin, Bu Sözleşmede ve Bu Sözleşmeye Ek Birinci Protokolde Yer Alanlardan Başka, Bazı Hak ve Özgürlükleri Güvence Altına Alan 4 No'lu Protokolün, “borç nedeniyle hapis yasağı” başlıklı 1. maddesine dayanmaktadır ve bu maddenin bir tekrarıdır.

Aynı şekilde Anayasanın 38. maddesinin sekizinci fıkrasında düzenlenen, sözleşmeden doğan bir yükümlülüğün yerine getirilmemesi nedeniyle hapis yasağı, insan haklarına ilişkin Amerika Sözleşmesinin 7. maddesinin yedinci fıkrasındaki, “borç nedeniyle kimsenin hapsedilmeyeceği” hükmü ve Birleşmiş Milletler Milletlerarası Şahsî ve Siyasî Haklar Sözleşmesinin 11. maddesi hükmü ile aynı istikamettir⁶⁸.

Anayasanın 90. maddesinin beşinci fıkrasına göre, usûlüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmünde olup, usûlüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır. 4 No'lu Protokol, onaylanmasının uygun bulunması ve 14.07.1994 tarihinde

⁶⁵ Cour Paris, 7.4.1973, D.S. 1973.Som. 113 (**Kerameus**, Enforcement Proceedings, s. 61, dn. 752).

⁶⁶ **Kerameus**, Enforcement Proceedings, s. 61.

⁶⁷ RG 17.10.2001, Sa. 24556 (Mükerrer).

⁶⁸ **Avcı**, s. 105; **Yılmaz**, İcra İflâs Suçları, s. 493.

Resmî Gazetede yayımlanarak yürürlüğe konulması sebebiyle⁶⁹ pozitif hukukumuzda kanun hükmünde geçerliyken, daha sonra Anayasa hükmüne dönüştürülmüştür⁷⁰.

Cebrî icra hukuku, özel hukuk borç ilişkilerine ilişkin bir hukuk dalı olduğundan, baskın biçimde kamu menfaatlerinin zedelenmesi sonucuna bağlanan hapis cezasının bu alandaki uygulaması sınırlıdır⁷¹. Ancak İcra ve İflâs Kanununda, hiç veya kânûnî süresinde mal beyanında bulunmayan borçlu için öngörülen tazyik hapsi (İİK m. 76) ve disiplin hapsi (Anayasa Mahkemesi kararıyla iptal edilen İİK m. 337, 1) yaptırımını ile gerçeğe aykırı mal beyanında bulunan borçlu için öngörülen hapis cezasının (İİK m. 338), Anayasanın 38. maddesinde yer alan sözleşmeden doğan bir yükümlülük için hapis cezası verilemeyeceği kuralına aykırı olmadığı konusunda tereddüt yoktur.

Hakkında icra takibi yapılan borçlu, hiç veya kanûnî süresinde mal beyanında bulunmazsa ya da gerçeğe aykırı mal beyanında bulunursa, fiiline göre tazyik hapsi veya hapis cezası yaptırımlarıyla karşılaşabilir. İcra ve İflâs Kanununda bu hapis cezasının dayanağı olan kanun maddeleri, Anayasanın 38. maddesinin sekizinci fıkrasına aykırı değildir. Zîrâ Anayasanın 38. maddesinde yer alan borç için hapis yasağı, sâdece sözleşmeden doğan bir borcu yerine getirmemek sebebiyle borçlunun hapsedilemeyeceğini emretmekte ve iyi niyetli olan, borcunu ödemek istediği hâlde elinde olmayan sebeplerden ötürü ödeyemeyen (ödeme güçlüğü içinde olan) borçluyu korumaktadır⁷². Hâlbuki mal beyanında bulunmama suçunun hukukî konusu, kanunen öngörülen mal beyanında bulunma yükümlülüğüdür.

⁶⁹ RG 14.07.1994, Sa. 21990.

⁷⁰ **Akılhoğlu**, Tekin; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek 4 Nolu Protokol 1. Maddeye Göre Borç İçin Hapis Yasağı Kuralı (AİHS ve Anayasa m. 38 f.8 Açısından Ödenmeyen Para Borçlarında Yaptırımlar Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar-Panel, Ankara 1 Aralık 2001, s. 3-12), s. 4; **Ercan**, Mal Beyanı, s. 181-184; **Feyzioğlu**, Metin; Sözleşmeden Kaynaklanan Yükümlülükler Nedeniyle Hürriyetin Kısıtlanması, Anayasa ve Ceza Hukukları Açısından Bir İnceleme (AİHS ve Anayasa m. 38 f.8 Açısından Ödenmeyen Para Borçlarında Yaptırımlar Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar-Panel, Ankara 1 Aralık 2001, s. 15-35), s. 17.

⁷¹ **Üstündağ**, İcra ve İflâs Kanunu'nun Dünü ve Bugünü, s. 128.

⁷² **Yılmaz**, İcra İflâs Suçları, s. 494.

Disiplin hapsi, kısmî bir düzeni korumak amacıyla yaptırım altına alınmış olan fiil dolayısıyla verilen, seçenek yaptırımlara çevrilemeyen, ön ödeme uygulanamayan, tekerrüre esas olmayan, şartla salıverilme hükümleri uygulanamayan, ertelenemeyen ve adli sicil kayıtlarına geçirilmeyen hapsi ifade eder (CMK m. 2, 1/1). Yargıtay CGK da vermiş olduğu bir kararında, karar tarihinde yürürlükte olan İİK m. 337, 1’de düzenlenen disiplin hapsinin, icra işlemlerinin yürütülmesi konusunda kanunda getirilen yükümlülüğe uyulmasını amaçlandığı ve bu yükümlülüğe aykırı davranan borçlunun sözleşmeden kaynaklanan bir yükümlülüğü değil, kanunla getirilen bir yükümlülüğü, yâni kamu düzenini ihlâl ettiğini belirtmiştir. Bu durumun sözleşmeyle veya sözleşmeden kaynaklanan bir yükümlülükle ilgisi bulunmadığından, İİK m. 337’de düzenlenen disiplin hapsi, AY m. 38, 8’de düzenlenen, sözleşmeden doğan bir yükümlülüğün yerine getirilmemesi nedeniyle hapis yasağı kapsamında mütalâa edilmemiştir. Yargıtayın fevkalâde isabetli olan bu kararında şu sonuca varılmıştır:

“Bu belirlemeler ışığında somut olay değerlendirildiğinde; sanıklar hakkında başlatılan icra takibinde, sanıklara ödeme emrinin tebliğ edildiği, ancak mal beyanında bulunmadıkları anlaşılmaktadır. İY’nın 337 inci maddesinde düzenlenen mal beyanında bulunmama suçu, **yasal bir yükümlülüğün mazeretsiz olarak yerine getirilmemesinden kaynaklanmaktadır. -Bu suç ile korunmak istenen hukuki yarar ‘borcun ödenmesi’ olmayıp, yasa hükmüne uyulmasının sağlanması suretiyle, cebri icranın etkin bir şekilde yürütülmesinin sağlanmasında kamu otoritesidir.** Belirtilen suçun yalnızca sözleşmeden kaynaklanan bir yükümlülüğün yerine getirilememesi ile ilgisi bulunmadığından, Anayasa’nın 38 inci maddesinin 9 uncu fıkrası ile getirilen yasak kapsamında değerlendirilmesi olanaklı değildir”⁷³.

Yukarıda izah edilen esaslar dikkate alındığında, mal beyanında bulunmamak sûretiyle, cebri icranın etkin bir şekilde yürütülmesini engelleyen ve bu husustaki kamu otoritesinin itimadını sarsan borçlunun, Anayasanın 38. maddesindeki korumadan yararlanmaya hakkı olmadığı anlaşılmaktadır.

⁷³ CGK 22.1.2002, 17-298/2 (Karşı, Abdurrahim; İcra ve İflas Kanunu, Tebligat Kanunu ve İlgili Mevzuat, İstanbul 2012, s. 859-860).

Doktrinde de İİK m. 76 ve 337, 1'in Anayasanın 38. maddesinde yer alan borç için hapis yasağı hükmüne aykırı olmadığı ittifakla kabul edilmektedir⁷⁴. Doktrinde haklı olarak savunulan görüşlere göre Anayasa m. 38, 8'de düzenlenen "borç nedeniyle hapis yasağı", sözleşmeden doğan yükümlülükler için geçerli olup, kanun veya mahkeme kararından doğan (yani sözleşmeden kaynaklanmayan) yükümlülükleri kapsamaz. Kanunda mal beyanında bulunma yükümlülüğünün kabul edilmesinin sebebi, devletin icra organı vasıtasıyla, alacaklıların alacağına kavuşmasını temin etmesi ve bu sûretle kamu düzenini korumasıdır. İİK m. 76'da düzenlenen tazyik hapsi ve Anayasa Mahkemesi kararıyla iptal edilen İİK m. 337, 1'de düzenlenen disiplin hapsi, niteliği itibarıyla *kanundan kaynaklanan bir yükümlülüğün yaptırımı* (borçlunun mal beyanında bulunmasını sağlamaya yönelik bir baskı aracı, bir tedbir) olduklarından, Anayasa m. 38, 8 hükmüne aykırı değildir⁷⁵.

Nitekim Anayasa Mahkemesi de "Borçlunun ödeme şartını ihlali hâlinde ceza" kenar başlıklı İİK m. 340'ın, Anayasa m. 38, 8 uyarınca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğün yerine getirilememesinden dolayı özgürlüğü kısıtlama yasağını ihlâl ettiği iddiasıyla, 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun⁷⁶ uyarınca bireysel başvuru hakkı (AMKYUK m. 45) kullanılarak yapılan başvuruyu reddeden kararında, doktrindeki görüşlerle paralel bir düşünce benimsemiş ve aşağıdaki gerekçeye dayanmıştır:

"Anayasa'nın 148. maddesinin üçüncü ve 6216 sayılı Kanun'un 45. maddesinin (1) numaralı fıkraları uyarınca Mahkemenin yetkisi bakımından ihlal edildiği ileri sürülen hakkın, Anayasa'da güvence altına

⁷⁴ Gerçeğe aykırı mal beyanında bulunma suçunun, kamu güvenini koruması ve borçlunun yalan beyanını cezalandırması sebebiyle, Anayasa m. 38, 8'e aykırılık taşımadığı hususunda tereddüt yoktur (Avcı, s. 127; Ercan, Mal Beyanı, s. 191-192).

⁷⁵ Akilhoğlu, s. 11; Aşık, İcra Sözleşmeleri, s. 195; Aşık, İbrahim; 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu ve 5358 Sayılı Kanun İşığında İcra ve İflâs Kanunu'nda Yer Alan Cezaî Hükümler (m. 331-354) (Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan, C. 2, Ankara 2010, s. 2513-2551), s. 2527-2528; Avcı, s. 126; Ercan, Mal Beyanı, s. 82, 191-194; Fezyioğlu, s. 30; Karşlı, Abdurrahim; İcra ve İflâs Hukuku, İstanbul 2014, s. 278; Muşul, s. 468, dn. 660; Üstündağ, İcra, s. 427.

⁷⁶ RG 03.04.2011, Sa. 27894.

alınan haklardan olmasının yanı sıra Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokoller kapsamında yer alan bir hak olması da gerekmektedir. -2004 sayılı Kanun'un 340. maddesinde icra dairesinde kararlaştırılan ödeme şartının borçlu tarafından ihlali düzenlenmektedir. **Maddede yaptırıma bağlanan sözleşmeye dayalı bir borcun ödenmemesi olmayıp, borçlunun haczedilen malının satışının taksitle ödeme teklif ve taahhüdü gerçekleşene kadar ertelenmesine ilişkin, resmî makamlar huzurunda verilen taahhüdün makbul bir sebep olmaksızın yerine getirilmemesidir.** Burada korunan hukuki yarar, **kişilerce devlet kurumlarına verilen sözlerin tutulması ve kamu otoritesine olan itimadın sarsılmamasıdır.** (Anayasa Mahkemesinin 21/11/2002 tarih ve E.2000/415, K.2002/166 sayılı kararı). -Açıklanan nedenlerle, **taahhüdü ihlal eylemlerinin konusunun sözleşmeden kaynaklanmaması sebebiyle** başvurunun, diğer kabul edilebilirlik şartları yönünden incelenmeksizin 'açıkça dayanaktan yoksunluk' nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir"⁷⁷.

Mal beyanında bulunma yükümlülüğüne uymayan borçlunun hapis cezasıyla cezalandırılması, İHAS'ne de aykırı değildir. İHAS'ne Ek 4 No'lu Protokolün borç nedeniyle hapis yasağını düzenleyen 1. maddesinin bağlantılı olduğu İHAS m. 5, 1/b'ye göre bir kişinin, bir mahkeme tarafından kanuna uygun olarak verilen bir karara uymaması sebebiyle veya kanunun öngördüğü bir yükümlülüğün uygulanmasını sağlamak amacıyla kanuna uygun olarak yakalanması veya tutulması mümkündür⁷⁸. Bu maddeye göre de, kanunun koyduğu bir yükümlülüğü yerine getirmeyen kişinin gözaltına alınması veya tazyik hapsine muhatap olması İHAS'a uygundur⁷⁹. Bu kural İİK m. 76 ve Anayasa Mahkemesi kararıyla iptal edilen İİK m. 337, 1 açısından değerlendirildiğinde, borçlunun yeminli beyanıyla (*affidavit*,

⁷⁷ Anayasa Mahkemesi 12.02.2013, Başvuru Numarası 2012/695 (RG 22.02.2013, Sa. 28567).

⁷⁸ **European Commission Council of Europe:** Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa Antlaşmaları Serisi, No. 5, s. 6; **İstanbul Barosu:** Bireysel Başvuru İçin İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtüzüğü, İstanbul 1999, s. 12.

⁷⁹ **Akılhoğlu,** s. 6, 8; **Avcı,** s. 108.

eidesstattliche Versicherung) mal beyanında bulunmak amacıyla mahkeme huzuruna çağrılmasına rağmen gelmemesi veya kanunda öngörülen mal beyanında bulunma yükümlülüğüne uymaması hâlinde hapis cezasıyla cezalandırılması, İHAS m. 5'e aykırılık oluşturmamaktadır. Çünkü bu durumlarda borçlunun hapis cezası almasını gerektiren fiilleri, özel hukuktan doğan bir yükümlülüğün yerine getirilmemesi (sözleşmeden doğan borcun ödenmemesi) olmayıp, kanunda öngörülen bir yükümlülüğün yerine getirilmemesi veya ihlâl edilmesidir⁸⁰.

Nitekim İnsan Hakları Avrupa Komisyonunun, Federal Alman Cumhuriyetine karşı yapılan bir başvuruda bu konuda verdiği karara göre, bir kimsenin kanunun emrettiği hâlde buna uymayarak alacaklısına, malvarlığı hakkında yeminli beyanıyla (*affidavit*) beyanda bulunmaması yüzünden mahkemece hapsine karar verilmesi, İHAS'ne Ek 4 No'lu Protokolün 1. maddesinin koruduğu alana girmemektedir. İnsan Hakları Avrupa Komisyonunun, borçlunun mal beyanında bulunmama nedeniyle hapis cezasına mahkûm edilmesinin İHAS ve ek protokollere aykırı olmadığını açıkça gösteren bu kararı şu şekildedir:

“Başvuru No: 5025/71 X, Federal Alman Cumhuriyeti’ne Karşı 18 Aralık 1971 Tarihli Karar

OLAYLAR:

Başvuru sahibi tarafından sunulan davanın olayları aşağıdaki gibi özetlenebilir:

Başvuru sahibi, ...Eylül 1939 tarihinde B.'de doğan bir Alman vatandaşıdır. Başvuru sahibi B.'de ikamet etmekte olup, mesleği motor ustasıdır.

...Ağustos 1970 tarihinde B.'de bulunan Yerel Mahkeme (*Amtsgericht*), alacaklının talebi hâlinde mahkemenin, malvarlığı hakkında yeminli beyan (*affidavit*) vermeyen bir borçlunun hapsedilmesine karar verilebileceğini öngören Medenî Usûl Kanunu'nun (*Zivilprozessordnung, ZPO*) 901. maddesine dayanarak, başvuru sahibinin hapsine karar vermiştir⁸¹.

⁸⁰ Pekantez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 51-52.

⁸¹ Kararda atıf yapılan Alman Medenî Usûl Kanununun madde numaraları, 01.01.2013 tarihinde Alman Medenî Usûl Kanununda yapılan değişiklikler sebebiyle değişmiştir.

Medenî Usûl Kanunu'nun 911. maddesine göre, alacaklı hapis giderlerini aylık olarak peşin ödemek zorundadır. Giderler bir sonraki aydan önceki gün ödenmezse, borçlu serbest bırakılmalıdır. Borçlunun hapsinin toplam süresi altı ayı geçemez.

Görülmekte olan davada alacaklı, Federal Savunma Bakanlığıdır. Mahkeme Harçları Kanunu'nun (*Greichtskostengesetz*) 2. maddesine dayanarak bu alacaklı, giderleri ödemekten muaf tutulmuştur. Yerel Mahkeme bu nedenle, alacaklı tarafından hapis kararının infazı için yapılan başvurunun, diğer olası alacaklılar tarafından hapis giderlerinin peşin ödenmesiyle aynı şekilde muamele göreceğine karar vermiştir.

...Eylül 1970'de alacaklı, infaz için başvurmuş ve ...Eylül 1970'de X hapsedilmiştir.

Başvuru sahibi, malvarlığı hakkında yeminli beyan (*affidavit*) vermeyi reddettiği için, hatalı olarak hapsedildiği gerekçesiyle şikâyet etmiştir. Başvuru sahibi, kendi görüşüne göre Alman Medenî Usûl Kanunu'nun (hapis bu Kanununun 901. maddesine dayanmıştır), Sözleşmenin 5 (I). maddesi anlamında bir kanun olmadığı gerekçesiyle, hapsedilmesinin Sözleşmenin 5 (I). maddesini ihlâl ettiğini iddia etmektedir.

Komisyon öncelikle, Alman Medenî Usûl Kanunu'nun, yasamayla ilgili yürürlükte olan Anayasa kurallarına uygun olarak, Alman Kanun Koyucusu tarafından kanunlaştırıldığını gözlemlemiştir. Bunun sonucunda, bu Kanunun bütün olarak, Sözleşmenin 5 (I) (b) maddesi anlamında bir kanun olduğuna şüphe yoktur.

Bu hükme göre, kanun tarafından belirlenen usûle uygun olarak hapsedme ve '...kanunun koyduğu bir yükümlülüğün yerine getirilmesini sağlamak amacı' dışında hiç kimse hürriyetinden yoksun bırakılamaz. Komisyon, Kanuna Aykırı Dava hakkındaki Raporunda (bkz. paragraf 64, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Yayınları, B Serisi, sayfa 64), '...kanunun koyduğu bir yükümlülüğün yerine getirilmesini sağlamak için' kelimelerinin, **kanun**

Yeni düzenlemeler hakkında bilgi için bkz. **Walker**, Wolf-Dietrich; Alman Cebri İcra Hukukundaki Güncel Gelişmeler (Çev. Hülya Taş Korkmaz) (Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan, C. 2, Ankara 2014, s. 1197-2005), s. 2002-2005. Karş. **Fisher**, Howard; The German Legal System and Legal Language, London 2002, s. 224-225.

tarafından öngörülen özel yükümlülüklerin yerine getirilmesini güvenceye almak için tutuklama veya hapsedme anlamına geldiğini kabul etmiştir. Bu görüş, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin, aynı davadaki kararında zimnen onaylanmıştır (bkz. Mahkeme Yayınları, A Serisi, sayfa 51).

Alman Medenî Usûl Kanunu'nun 899. maddesine göre bir **yeminli beyan (affidavit) verme yükümlülüğünün, kanun tarafından öngörülen özel bir yükümlülük olduğu** açıktır. Komisyon bu hususta, zikredilen Kanunun 900. maddesinin V. fıkrasında 'yemin etme yükümlülüğü' (*die Verpflichtung zur Leistung des Eides*) kelimelerinin kullanıldığına ve bunun yanında, konuyla ilgili **hapsi, kanun tarafından öngörülen bir davranışı zorlamak için hürriyetten yoksun bırakma** olarak tanımlayan, Baumbach ve Lauterbach'ın Alman Medenî Usûl Kanunu Şerhine (bkz. made 899'dan önceki not No. 2) işâret etmektedir.

Komisyon bu nedenle, başvuru sahibinin hapsinin, kanun tarafından kendisi hakkında öngörülen özel bir yükümlülüğün yerine getirilmesini sağlamak için hükmedilmiş olduğundan, Sözleşmenin 5 (I) (b) maddesinin kapsamına girdiğine karar vermiştir.

Bununla birlikte Komisyon, Sözleşmeden sonra yürürlüğe giren 4 No'lu Protokolün I. maddesinin, Sözleşmenin tutuklama ve hapsin haklılığını gerekçelendiren 5. maddesinde belirlenen koşulların kapsamını belli ölçüde sınırlayabileceği görüşündedir. Bu sebeple Komisyon bu şikâyeti, belirtilen Protokolün, 'hiç kimse, yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü yerine getirememiş olmasından dolayı özgürlüğünden yoksun bırakılmaz' hükmünü içeren I. maddesine göre de incelemiştir. Bununla birlikte, Uzmanlar Komitesinin Bakanlar Komitesine sunduğu, 4 No'lu Protokol taslağını açıklayan Raporda ifade edilen görüşten, bu Protokolün I. maddesinin, '**kişi hürriyeti ve onuru kavramına aykırı olarak ve sözleşmeden doğan borçlarını yerine getirmek için maddî olanaklardan yoksun kişilerin** **sırf bu sebeple hürriyetinden yoksun bırakılmasını yasaklamayı amaçladığı**' açıktır. Uzmanlar Komitesinin, 2-10 Mart 1962 tarihinde yapılan toplantı tutanaklarında, örneğin bir kişinin borcunu ifa etmeyi kasıtlı olarak reddetmesi gibi, sözleşmeden doğan bir yükümlülüğün yerine getirilememesine ek olarak başka bir etkenin bulunması hâlinde, hürriyetten yoksun bırakmanın yasaklanmadığı ayrıca belirtilmiştir (Doc. DH/Exp. (62)7).

Görülmekte olan davada başvuru sahibi, *affidavit* şeklindeki yemin etme yükümlülüğünü yerine getirmesini sağlamak için hapsedilmiştir. Bu sebeple başvuru sahibinin hapsi, sadece sözleşmeden kaynaklanan bir yükümlülüğü yerine getirememesi gerekçesine dayanmamıştır.

Başvurunun bu kısmının, Sözleşmenin 27 (2) maddesi anlamında dayanaksız olduğu ortaya çıkmıştır (4503/70 No'lu Başvurunun kabul edilebilirliği hakkındaki 24 Mayıs 1974 tarihli cf. Kararı).

Başvuru sahibi ayrıca, özel alacaklılar her ay peşin olarak hapis giderlerini ödemek zorundayken (Medenî Usûl Kanunu m. 911), kendi alacaklısı olan Savunma Bakanlığının hapis giderlerini ödemekten muaf tutulmasını şikâyet etmiştir; aksi hâlde hapis devam etmeyecektir.

Komisyon ilk olarak, başvuru sahibinin, diğer borçlularla aynı sebeple hapsedildiğini, **kendisinden istenen yeminli beyanı (*affidavit*) yerine getirmek suretiyle, hapsine her zaman son verebileceğini** tespit etmiştir. İkinci olarak, şikâyet edilen düzenlemenin, borçlunun durumu hakkında bazı dolaylı etkileri olacağı ileri sürülebilse de, sadece alacaklının haklarını etkilediğine işaret edilmelidir. Sonuç olarak şikâyetin bu kısmı, 14. maddenin bir ihlâlini ortaya koymamaktadır ve dayanaksızlığı görülerek reddedilmelidir (madde 27 (2)).

Bu sebeplerle Komisyon,

BU BAŞVURUNUN KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNU BİLDİRİR⁸².

Anayasa Mahkemesinin 28.02.2008 tarihli kararıyla iptal edilen İİK m. 337, 1 hakkında, daha önce İnsan Hakları Avrupa Komisyonuna yapılan başvurudakine benzer gerekçelerle, Anayasanın 38. maddesinin sekizinci fıkrasına aykırılık oluşturduğu iddiasıyla da Anayasa Mahkemesine başvurulmuş; fakat bu itiraz yerinde görülmeyle, Anayasa Mahkemesinin 21.11.2002 tarihli kararıyla esastan reddedilmiştir. Anayasa Mahkemesinin 21.11.2002 tarihli, 2001/415 E., 2002/166 K. sayılı red kararında, doktrinde

⁸² Application No: 5025/71, X against the Federal Republic of Germany, Decision of 18 December 1971 (Directorate of Human Rights of the Council of Europe: Yearbook of the European Convention on Human Rights, Vol. 14, 1971, s. 692, 696, 698, 756). Ayrıca bkz. **Akılhoğlu**, s. 7.

ve İnsan Hakları Avrupa Komisyonunun yukarıdaki kararında savunulan görüşlerle aynı yönde bir gerekçeyle şu hükme yer verilmiştir:

“B- Yasa’nın 337. Maddesinin Birinci Fıkrasının İncelenmesi

İtiraz başvurularında, icra takibinin dayanağı olan işlemlerin bir alacak borç ilişkisinden kaynaklandığı ve temelinde bir sözleşme olduğu, sözleşmenin yerine getirilememesi sebebiyle Yasa’da özgürlüğü bağlayıcı ceza öngörüldüğü, bunun ise Anayasa’nın 38. maddesinin sekizinci fıkrasına aykırılık oluşturduğu ileri sürülmüştür. -İtiraz konusu kuralda, hakkında icra takibinde bulunan borçluya, takibin niteliğine göre yasada belirtilen sürede, kendisinin veya üçüncü kişilerin elinde bulunan mal, alacak ve haklarından borca yetecek miktarını haklı neden olmaksızın yazılı veya şifahi icra dairesine bildirmemesi hâlinde hürriyeti bağlayıcı ceza öngörülmüştür. -**Bu suçun konusu, cebrî icra işlemlerinin yürütülmesi sırasında borçluya yasa ile getirilen bir yükümlülüktür.** Nitekim bu husus, mal beyanında bulunmama suçunu konu alan 11.12.1957 günlü, 16-28 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme kararında, ‘prensip itibarıyla İcra ve İflâs Kanunu’na vazolunan cezai hükümler borçluyu kanun emirlerine itaate mecbur etmek ve dolayısıyla alacaklının hakkını kolayca istihsal eylemek için bir nevi müeyyideden ibarettir.’ şeklinde açıklanmıştır. -İtiraz konusu kuralda düzenlenen suç konusu eylem, Anayasa’nın 38. maddesinin sekizinci fıkrasında sözü edilen, **doğrudan sözleşmenin yükümlülüğünün yerine getirilememesi olmayıp, kanunla getirilen mal beyanında bulunma yükümlülüğünün yerine getirilmemesidir. Bununla korunmak istenen hukukî yarar, yasa hükmüne uymak suretiyle cebrî icranın etkin bir şekilde yürütülerek kamu otoritesinin sağlanmasıdır.** -Bu nedenlerle kural, Anayasa’nın 38. maddesinin sekizinci fıkrasına aykırı değildir. İtirazın reddi gerekir.

- Yasa’nın 338. Maddesinin Birinci Fıkrasının İncelenmesi

İtiraz başvurusunda, hakkında icra takibi yapılan borçlunun, gerçeğe aykırı mal beyanında bulunması nedeniyle hürriyeti bağlayıcı ceza öngören kuralın Anayasa’nın 38. maddesinin sekizinci fıkrasına aykırı olduğu ileri sürülmüştür. -İtiraz konusu kuralla, borçlunun icra takibi sırasında **yasanın belirlediği sürede yapacağı mal beyanının haki-**

kate aykırı olması halinde hürriyeti bağlayıcı ceza öngörülmüştür. -Gerçeğe aykırı mal beyanında bulunma, **yasal yükümlülüğün, yasadaki koşullara uygun ancak hakikate aykırı biçimde yerine getirilmesi suretiyle işlenen bir suç olup, yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğün yerine getirilememesi değildir.** -Bu nedenle, 331. madde için belirtilen Anayasa'ya uygunluk gerekçesi bu kural içinde geçerlidir. İtirazın reddi gerekir⁸³.

§ 4. MAL BEYANINDA BULUNMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜ İHLÂL EDEN BORÇLU HAKKINDA HAPİS CEZASI VERİLMESİNİN ANAYASAYA UYGUNLUĞU

A. Borçlunun Hapis Cezasıyla Mal Beyanında Bulunmaya Zorlanmasının Anayasanın Hukuk Devleti, Kanun Önünde Eşitlik ve Âdil Yargılanma Hakkı İlkelerine Uygunluğu

Görüldüğü gibi İcra ve İflâs Kanununda, hiç veya süresinde mal beyanında bulunmayan borçlu için taziyik (zorlama) hapsi (İİK m. 76) ve disiplin hapsi (Anayasa Mahkemesi kararıyla iptal edilen İİK m. 337, 1) olmak üzere iki ayrı yaptırım öngörülmüştür. Cebrî icra hukukumuzda son yıllarda bazı uygulamacılar tarafından, borçlunun mal beyanında bulunmaya zorlanmasının ve bu amaçla yasal yaptırımlar öngörülmesinin doğru olmayacağı belirtilerek, bunun Anayasa aykırı olduğuna dair görüşler ileri sürülmüştür.

İcra ve İflâs Kanunu'nun mal beyanında bulunmama (Anayasa Mahkemesi kararıyla iptal edilen İİK m. 337, 1) ve gerçeğe aykırı mal beyanında bulunmanın (İİK m. 338, 1) cezasına ilişkin hükümleri, mahkemelerce itiraz (somut norm denetimi) yoluyla ayrı ayrı Anayasa Mahkemesine taşınmıştır. Örneğin İİK m. 337, 1/1'in Anayasa aykırılığı iddiasıyla yapılan itirazda, itiraz yoluna başvuran mahkemelerin gerekçeleri arasında, "borçludan alacağını rızasıyla alamayan alacaklının devlet kurumlarının yardımıyla alacağını zorla tahsil etme olanağına sahip olduğu, cebrî icranın dışında borçlunun ayrıca hapisle cezalandırılmasının evrensel hukuk kuralları ile bağdaşmayacağı, özel hukuktan doğan alacaklarda tarafların birbirlerinin ödeme gücünü bilebilecek durumda oldukları ve basiretli tacir öngörüsüyle hareket

⁸³ Anayasa Mahkemesi 21.11.2002, 415/166 (RG 28.02.2003, Sa. 25034).

etmeleri gerektiği, Avrupa Birliği ülkelerine gönderilen ve hapis cezasını içeren icra ve ödeme emirleri ile ilgili adli yardımlaşma taleplerinin kendi hukuklarında benzer suç bulunmaması nedeniyle kabul görmediği, mal beyanında bulunmama suçunu işleyen kimselere disiplin hapsi cezası verilerek seçenek yaptırımlardan yararlandırılmadıkları, bu durumun eşitsizliğe yol açtığı, mal beyanında bulunmama eylemi nedeniyle borçlu hakkında ayrı ayrı veya aynı anda birlikte tazyik ve disiplin hapsi olmak üzere iki defa aynı veya farklı zamanlarda özgürlüğü kısıtlayıcı ceza uygulanabileceği, böylece tek bir eylem için iki ayrı özgürlüğü bağlayıcı cezanın öngörülmesi olduğu, yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'nda şahsi davaya yer verilmediği ve şahsi davaların kamu davasına dönüştürüldüğü, bu nedenle İcra ve İflas Kanunu'na göre açılacak davaların da Cumhuriyet Savcılığı tarafından açılması gerektiği, farklı uygulamaların eşitsizlik doğurduğu, disiplin hapsi suçları ve bunların dışındaki suçlar hakkında ceza verecek makamların farklı öngörüldüğü, idari yaptırımların nitelikleri ve amaçları yönünden kamusal cezalardan farklı olduğu, idari yaptırımların bizzat idari organlar tarafından verilmesi gerektiği, kamu cezalarının toplum düzenini bozan ağır ihlallerin karşılığı olarak getirildiği, disiplin cezasının bir ceza hukuku normu olmadığı, disiplin hapsi cezasının asliye ceza mahkemesi sıfatı ile icra ceza mahkemeleri tarafından verilmesinin eşitlik ilkesine uymadığı” gibi görüşlere yer verilmiştir⁸⁴.

Bu görüşler yakından incelendiğinde, eleştiriye muhtaç oldukları görülmektedir. Her şeyden önce, gerek Avrupa Birliği Üyesi olan çeşitli Devletlerdeki durum gerek Avrupa Komisyonu nezdinde yapılan çalışmalar incelendiğinde, “Avrupa Birliği ülkelerinde mal beyanında bulunmama fiili nedeniyle hapis cezasını içeren yaptırımlar bulunmadığı” görüşü doğru değildir. Zîrâ birçok Üye Devletin cebrî icra hukukunda (örneğin Almanya ZPO § 802e I; § 802f; mülga § 899; Avusturya EO §§ 47-49; Belçika GerW 1409; Hollanda Rv a. 475g; İngiltere RSC O. 48; Portekiz CPC a. 833; 837-A), borçlunun yeminli beyanıyla veya yemin etmeden mal beyanında bulunma zorunluluğu bulunmakta ve bu zorunluluğa aykırı davranış hapis cezasıyla cezalandırılmaktadır⁸⁵.

⁸⁴ Anayasa Mahkemesi 28.02.2008, 71/69 (RG 16.04.2008, Sa. 26849).

⁸⁵ **Andenas**, Mads; National Reports-England and Wales (Enforcement Agency Practice in Europe, The British Institute of International and Comparative Law 2005, s. 131-153), s.

Borçlunun mal beyanına ilişkin önem taşıyan hususlardan biri, mal beyanının şahsen yapılmasının gerekmesidir. Borçlu malvarlığını açıklamayı reddederse, icra organları, polisin de desteğiyle borçlunun şahsı üzerinde cebir kullanabilir ve onu tutuklayabilir. Örneğin İrlanda ve İngiltere’de mahkemenin bu yöndeki kararına uyulmaması, “mahkemeye itaatsizlik suçu” (*contempt of court*) olarak kabul edilir⁸⁶. Portekiz’de mal beyanında bulunmayan borçlunun para cezasıyla cezalandırılması mümkündür. Danimarka, Almanya, İrlanda, İngiltere, Yunanistan, İspanya, Avusturya, Portekiz ve İsveç gibi Üye Devletler’de borçluya ayrıca bir (hattâ bu ülkelerin bazılarında iki) yıla kadar hapis cezası verilebilmektedir⁸⁷. Birçok Üye Devlette

149; **Andrews**, Enforcement of Civil Judgments, s. 18; **Commission of the European Communities**: Green paper, Effective enforcement of judgments in the European Union: the transparency of debtors’ assets, COM (2008) 128 final, Brussels 6.3.2008, s. 10; **Council of Europe**, Synthesis s. 263; **Fisher**, s. 224-225; **Hess**, Burkhard; Study No JAI/A3/2002/02 on making more efficient the enforcement of judicial decisions within the European Union: Transparency of a debtor’s assets, attachment of bank accounts, provisional enforcement and protective measures, Heidelberg 2004, s. 37; **Kennett**, Wendy; The Enforcement of Judgments in Europe, Oxford 2005, s. 105-107; **Kodilinye**, Gilbert/**Kodilinye**, Vanessa; Commonwealth Caribbean Civil Procedure, London 2009, s. 214; **Konecny**, Andreas/**Soher**, Claudia/**Albrecht**, Isabel/**Broeckx**, Karen/**Kennett**, Wendy/**Moustaira**, Elina/**Wiwinius**, Jean-Claude/**Schaick**, Bert Van/**Capelo**, Maria José; Enforcement of Judgments (ERPL 1997/3, Vol. 5, s. 321-427), s. 341-342; **Özbek**, İlâmlı İcranın Etkinliği s. 365-375; **Warne**, Jonathan/**Dane**, Tom; England and Wales (International Commercial Dispute Resolution, West Sussex 2009, s. 223-259), s. 249.

⁸⁶ **Andrews**, Enforcement of Civil Judgments, s. 18; **Bradley**, Pat; Republic of Ireland (Methods of Execution of Orders and Judgments in Europe, Chichester 1996, s. 165-172), s. 167; **Kaye/Bruce**, s. 70.

⁸⁷ **De Leval**, Georges; Subject of the proceedings (The Execution of Court Decisions in Civil Cases, Council of Europe 1998, s. 45-83), s. 49-50; **Gregow**, Torkel; Sweden (Methods of Execution of Orders and Judgments in Europe, Chichester 1996, s. 305-322), s. 314; **Kennett**, s. 106; **Magliveras**, Konstantinos; Greece (Methods of Execution of Orders and Judgments in Europe, Chichester 1996, s. 135-146), s. 144; **Schoibl**, Norbert A.; Austria (Methods of Execution of Orders and Judgments in Europe, Chichester 1996, s. 3-23), s. 19; **Walbom**, Allan; Denmark (Methods of Execution of Orders and Judgments in Europe, Chichester 1996, s. 39-48), s. 43; **Yessiou-Faltsi**, Pelayia/**Pipsou**, Lida-Maria; The Law of Execution Faced with the Social Phenomenon of ‘Overrunning into Debt’: National Report for Greece (Seizure and Overindebtedness in the European Union, Civil Procedure in Europe, Vol. 1, The Hague 1997, s. 323-406), s. 346.

mal beyanında bulunmayan borçlu, hapis yaptırımına muhatap olduğundan, mal beyanında bulunmak “hukukî bir yükümlülük” şeklinde düzenlenmektedir. Bu yaptırım da, suç ve cezaların şahsiliği ilkesi gereği mal beyanında bulunma yükümlülüğünü, borçlu için şahsî bir yükümlülük hâline getirmektedir⁸⁸. Dolayısıyla “Avrupa Birliği ülkelerinde mal beyanında bulunmama fiili nedeniyle hapis cezasını içeren yaptırımlar bulunmadığı” görüşü temelsizdir.

Diğer yandan, “özel hukuktan doğan alacaklarda tarafların birbirlerinin ödeme gücünü bilebilecek durumda oldukları ve basiretli tacir öngörüsüyle hareket etmeleri gerektiği” görüşü de gerçekçi değildir. Alacaklı, borçlu ile arasındaki hukukî ilişki çerçevesinde borçlunun haczi kabil mal, alacak ve haklarını bilmiyorsa ve bilgiye (örneğin resmî sicillere) erişim imkânı da kısıtlıysa, alacaklının elinde borçlunun mal beyanından başka bir bilgiye erişim yöntemi kalmamaktadır⁸⁹. Örneğin borçlunun banka hesaplarını bilmeyen alacaklı, bu bilgileri bankacılık sırrı sebebiyle bankalardan öğrenme olanağından yoksundur⁹⁰. Bankalara genel içerikli haciz ihbarnameleri gönderilmesi, Türk hukukunda 6352 sayılı Kanunla⁹¹ İİK m. 89, 7’de yapılan değişikliğe kadar mümkün olmamış; alacaklının, borçlunun mevduatının bulunduğu beyan ettiği belli bir şube göstererek icra dairesinden somut olarak talepte bulunması gerekmiştir. Bankanın da, bütün şubelerindeki borçluya ait mevduatları araştırma görevi olmamıştır⁹². Bu durum, borçlunun

⁸⁸ Hess, s. 37.

⁸⁹ Postacıoğlu/Altay, s. 348.

⁹⁰ Reisoğlu, Seza; Bankacılık Kanunu Şerhi, C. 1, 2, Ankara 2007, s. 994-995.

⁹¹ Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Basın Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelenmesi Hakkında Kanun (RG 05.07.2012, Sa. 28344).

⁹² “Borçlunun mal beyanında bulunurken bankadaki mevduatını bildirmemiş veya hiç mal beyanında bulunmamış olması hallerinde, alacaklının, borçlunun mevduatının bulunduğu bildirdiği bankadaki mevduatın haczi mümkündür. **Banka sırrı** (Bankalar Kanunu m. 22/7, 8 ve 9) **nedeniyle alacaklının hangi bankada borçluya ait hesap olduğunu bilmesi mümkün değildir**. Bu nedenle İcra Dairesi, **alacaklının, borçlunun mevduatının bulunduğu bildirdiği (tahmin ettiği) bankadaki mevduatı alacaklının talebi üzerine haczeder**. Borçlunun o bankada gerçekten mevduatının bulunup bulunmadığı, ancak birinci haciz ihbarnamesinden sonra belli olacaktır (Prof. Dr. Baki Kuru, İcra İflâs Hukuku, 2004 Baskı, s. 405). -**Kendilerine haciz ihbarnamesi veya ücret haczi bildi-**

mal beyanının icra takibinin devamı açısından arz ettiği önemi göstermektedir. Aksine bir yaklaşımın kabulü hâlinde, alacağın tahsili fevkalâde güçleşecek ve alacaklının anayasal hakları zarar görecektir.

Nihayet Avrupa Birliği üyesi olan devletlerdeki yasal düzenlemeler incelendiğinde, mal beyanında bulunma zorunluluğunun “evrensel hukuk kuralları ile bağdaşmayacağını” ileri sürmek de isabetli olmayacaktır. Nitekim Anayasa Mahkemesi de, İcra ve İflâs Kanunu’nun 5358 sayılı Kanunla değiştirilen 337. maddesinin birinci fıkrasına ilişkin 28.02.2008 tarihli iptal kararının gerekçesinde bu görüşe itibar etmemiş ve hükmü, ileri sürülen gerekçeler içinde sâdece, mal beyanında bulunmayan borçlunun, aynı fiilden ötürü hem İİK m. 76 hem de İİK m. 337, 1’e göre iki ayrı hürriyeti bağlayıcı ceza ile cezalandırılmasını, “bir fiilden ötürü birden fazla ceza verilemez” ilkesine aykırı bulduğu için iptal etmiştir.

B. Mal Beyanında Bulunmayan Borçlu Hakkında Öngörülen Tazyik Hapsi ile Disiplin Hapsinin Mükerrer Cezalandırmaya Yol Açmaması

Anayasa Mahkemesi, İİK m. 337, 1’in Anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle ikinci kez yapılan başvuruyu kabul etmiş ve bu hükmü, Anayasanın hukuk devleti ilkesine aykırı bularak iptal etmiştir. Anayasa Mahkemesinin çeşitli kararlarında tanımlandığı üzere; “Anayasa’nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, **eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren**, her alanda adaletli

rilen üçüncü kişiler, meslek veya banka sırrına dayanarak cevaptan kaçınmazlar, cevap vermeye ve borçlunun mevcudunu (parasını, ücretini, malını) İcra Dairesi’ne teslim mecburdurlar (Prof. Dr. Baki Kuru, adı geçen eser s. 436). -Oysa ki, somut olayda alacaklı vekili 26.06.2007 tarihinde İcra Dairesi’ne başvurarak 20 farklı banka adı bildirip, şikâyetçi için genel müdürlük seviyesinde, borçlu yönünden araştırma talebi anlamında istekte bulunmuş, fakat belirli bir şubedeki hesap yönünden hacizle ilgili açıklama yapmamıştır. -**Borçlunun mevduatının bulunduğu şube bildirilmediği için, haciz konulması talep edilen bir malvarlığı olmadan 3. şahsa (şikâyetçiye) borçlunun malvarlığı araştırması görevini yükleyen genel içerikli haciz yazısı yasa da öngörülen yetkinin amacını aşar.** -O hâlde, şikâyetin kabulü yerine reddine karar verilmesi isabetsizdir” (12. HD 16.11.2007, 18625/21364: MİHDER 2008/2, s. 544-545).

bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, **Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan**, yargı denetimine açık olan devlettir.

'Hukuk güvenliği ilkesi', hukuk devletinde uyulması zorunlu olan temel ilkelerden birini oluşturmaktadır. Anayasada öngörülen temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasının ve insan haklarının yaşama egemen kılınmasının önkoşulu olan hukuk güvenliği ilkesi, **hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duymasını, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar**⁹³.

Anayasa Mahkemesinin, İİK m. 337, 1'in Anayasaya aykırılık itirazını esastan reddeden 21.11.2002 tarihli, 2001/415 E. ve 2002/166 K. sayılı ilk kararının Resmî Gazetede yayımlanmasından sonra, 2006 yılında aynı madde için tekrar itiraz yoluna başvurulmuştur. Anayasanın 152. maddesinin dördüncü fıkrasına göre, "*Anayasa Mahkemesinin işin esasına girerek verdiği red kararının Resmî Gazetede yayımlanmasından sonra on yıl geçmedikçe aynı kanun hükmünün Anayasaya aykırılığı iddiasıyla tekrar başvuruda bulunulamaz*". Anayasa m. 152, 4'te yer alan on yıl yasağı, hem hakkında Anayasaya aykırılık iddiasında bulunulan kanun maddesinin hem de ilgili Anayasa maddelerinin değiştirilmediği durumlarda uygulanır. Aksi hâlde, kanunda veya Anayasada yapılan değişikliklerle sonradan Anayasaya aykırı hâle gelen bir kanun hükmünün, kanun koyucu tarafından yürürlükten kaldırılmadığı takdirde, on yıllık süre doluncaya kadar somut norm denetimi (itiraz) yoluyla Anayasa Mahkemesinin önüne götürülmesi imkânsız olur ki, Anayasa bunu amaçlamamıştır. İİK m. 337'de, 01.06.2005 tarihinde 5358 sayılı Kanunla değişiklik yapıldığından, on yıl yasağı uygulanmamış ve Anayasa Mahkemesi itirazı esastan inceleyerek, İİK m. 337, 1'i farklı bir gerekçeyle iptal etmiştir⁹⁴.

Hâlbuki Anayasa Mahkemesinin 21.11.2002 tarihli, 2001/415 E. ve 2002/166 K. sayılı kararına ilişkin incelemeyi yaptığı sırada, hem İİK m. 76

⁹³ Anayasa Mahkemesi 18.09.2008, 37/141 (RG 23.12.2008, Sa. 27089).

⁹⁴ **Uslu**, Murat; Anayasa Mahkemesinin Süresi İçerisinde Mal Beyanında Bulunmama Suçunu Düzenleyen İİK m. 337/1'e İlişkin İptal Kararı Üzerine Düşünceler (THD 2008/22, s. 33-50), s. 43.

hem de İİK m. 337 yürürlükte olup, İİK m. 337, 1’de mal beyanında bulunmama fiili nedeniyle hafif hapis cezası öngörülmüştür⁹⁵. Dolayısıyla aynı fiil nedeniyle iki ayrı müeyyide (yaptırım) gene Kanunda (*de iure*) mevcut olmuştur. Ancak Yargıtay, mal beyanında bulunmayan borçlunun hem hapsen zorlanması (tazyik hapsi) hem de cezalandırılması istenmişse, borçlu (sanık) lehine olan İİK m. 76’nın uygulanması gerektiğine karar verdiğinden⁹⁶, uygulamada (*de facto*) “tekrar yargılama yasağı”na aykırılık ortaya çıkmamıştır⁹⁷.

Anayasa Mahkemesinin 21.11.2002 tarihli, 2001/415 E. ve 2002/166 K. sayılı kararında İİK m. 337, 1, *Ne bis in idem* (tekrar yargılama ve cezalandırma yasağı) ilkesine aykırılık yönünden değerlendirilmemiştir. Oysaki 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usûlleri Hakkında Kanun’un 29. maddesi uyarınca Anayasa Mahkemesi, kanunların Anayasa’ya aykırılığı konusunda ilgililer tarafından ileri sürülen gerekçelerle bağlı olmadığından, iptali istenilen kuralı, ilgisi nedeniyle Anayasanın başka maddeleri yönünden de inceleyebilmekte, bütün hukukî görüş açılarından inceleyerek hukuk normunu uygulamakta (*da mihi factum, dabo tibi ius*), Anayasaya aykırılığı her türlü neden yönünden araştırmakta ve medenî yargılama hukukuna egemen olan “hâkimin hukuku görevinden ötürü uygulaması” ilkesinde (*maxim of ius curia novit, iura novit curia*) olduğu gibi, taraflarca ileri sürülmeyen aykırılıkları kendiliğinden (re’sen) nazara alabilmektedir⁹⁸. Hâkimin hukuk kurallarını kendiliğinden uygulaması ilkesi

⁹⁵ Kuru, El Kitabı, s. 405, dn. 21.

⁹⁶ 12. HD 10.07.1979, 6377/6475 (Uyar, Talih; Gereğçeli-Notlu-İçtihatlı İcra ve İflâs Kanunu, C. 2, İzmir 1998, s. 2110).

⁹⁷ “Şikâyet dilekçesinde borçlunun İcra ve İflâs Kanunu’nun **337/1. maddesiyle cezalandırılmasının talep edilmesi**, icra takip dosyasında borçluya gönderilen icra emrinde İİK’nın 74. maddesine göre mal beyanında bulunmasının istenilmesi ve en önemlisi de icra emrinde mal beyanında bulunmadığı takdirde **İİK’nın 76. maddesi uyarınca hapsen tazyik ihtaratının bulunmaması** karşısında, **borçlunun İİK’nın 76. maddesi gereğince hapsen tazyikine karar verilmesi mümkün değildir**” (16. HD 04.05.2009, 2649/3165: TNBHD 2010/147, s. 68-70).

⁹⁸ Alangoya, Yavuz; Medenî Usûl Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler, İstanbul 1979, s. 96; Alangoya, Yavuz/Yıldırım, M. Kâmil/Deren-Yıldırım, Nevhis; Medenî Usul Hukuku Esasları, İstanbul 2009, s. 186, 228; Yavaş, Murat; Mehz Kanun ile Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Medeni Yargılamaya

Anayasa Yargısında da geçerli olup, hâkim bütün hukukî görüş açılarından inceleyerek hukuk normunu uygular. Ancak buna rağmen, Anayasa Mahkemesinin bir kanun hükmünün Anayasaya aykırılık iddiası hakkında red kararı verirken hiç göz önüne almamış olduğu yeni bir aykırılık sebebine, daha sonra aynı kanun hükmü hakkında yaptığı incelemede dayanmasının imkânsız olmadığı doktrinde kabul edilmektedir⁹⁹. İİK m. 337, 1 hakkında ileri sürülen Anayasaya aykırılık iddialarının somut norm denetimi (itiraz) yoluyla incelenmesinde de bu durum gerçekleşmiştir.

Anayasa mahkemesinin İİK m. 337, 1'i iptal eden 28.02.2008 tarihli gerekçeli kararında şu sonuca varılmıştır:

“İcra ve İflâs Kanunu’nun 337. maddesinin birinci fıkrasında ve 76. maddesinde borçlunun özgürlüğü bağlayıcı ceza ile cezalandırılmasını gerektiren eylem, mal beyanında bulunmama eylemidir. Yukarıda belirtildiği gibi hukuk devleti ve ceza hukuku ilkeleri gereği **kişi aynı eylem nedeniyle birden fazla yargılanmaz ve cezalandırılmaz**. İtiraz konusu kural uyarınca, **müddeti içinde mazereti olmaksızın icra dairesine gelmeyen veya yazılı olarak mal beyanında bulunmayan kimse disiplin hapsi cezası ile cezalandırılmasının yanı sıra, İcra ve İflâs Kanunu’nun 76. maddesine göre de mal beyanında bulunmama eylemi nedeniyle tazyik hapsi cezası ile cezalandırılabilir**. Böyle bir olasılığın varlığı İcra ve İflâs Kanunu’nun 337. maddesinde öngörülen disiplin hapsi cezasını, Anayasa’nın hukuk devleti ilkesinin düzenlendiği 2. maddesine aykırı hale getirmektedir. Bu nedenle, 337. maddenin birinci fıkrası Anayasa’nın 2. maddesine aykırıdır. İptali gerekir”¹⁰⁰.

Kanımca Anayasa Mahkemesinin İİK m. 337, 1'i iptal eden 28.02.2008 tarihli iptal kararı isabetli değildir. Zîrâ Anayasa Mahkemesinin iptal kararının dayanağı olan “aynı fiilden ötürü birden fazla ceza verilemez” ilkesi (*ne bis in idem crimen iudicetur, double jeopardy principle*), aynı kişinin aynı fiilden ötürü birden çok yargılanması ve cezalandırılmasını engelleyen

Hakim Olan İlkeler ve Hakimin Rolü (Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan, İstanbul 2007, s. 283-335), s. 315-316.

⁹⁹ **Özbudun**, Ergun; Türk Anayasa Hukuku, Ankara 2011, s. 436.

¹⁰⁰ Anayasa Mahkemesi 28.02.2008, 71/69 (RG 16.04.2008, Sa. 26849).

bir ilke olup, hukuk devleti ve âdil yargılanma hakkının gereğidir. Bu ilkenin unsurları, fiilin ve kişinin aynılığıdır¹⁰¹.

Anayasa Mahkemesinin iptal kararına göre, mal beyanında bulunmayan aynı borçlunun, “mal beyanında bulunmama” şeklindeki aynı fiilden ötürü¹⁰², hem İİK m. 76 hem de İİK m. 337, 1’e göre iki ayrı hürriyeti bağlayıcı ceza ile cezalandırılması, “aynı fiilden ötürü birden fazla ceza verilemez” ilkesine aykırılık oluşturmaktadır. Hâlbuki mal beyanında bulunmayan aynı borçlunun bu fiilinden ötürü hem İİK m. 76 hem de İİK m. 337, 1’e göre iki ayrı hürriyeti bağlayıcı ceza ile cezalandırılması söz konusu değildir. Zirâ İİK m. 76’da yer alan düzenleme, suça karşılık öngörülen müstakil bir hürriyeti bağlayıcı ceza değildir. İİK m. 76 hükmü, süresinde mal beyanında bulunmayan borçluyu mal beyanında bulunmaya zorlamaya (yâni kanunda öngörülen mal beyanında bulunma yükümlülüğünü yerine getirmeye) matuf, “tazyik hapsi” şeklindeki bir yaptırımdır ve bu sebeple de borçlu mal beyanında bulununcaya kadar uygulanabilir.

İcra ve İflâs Kanununda, mal beyanında bulunma yükümlülüğünü ihlâl eden borçlu için “hürriyeti bağlayıcı ceza” değil “tazyik hapsi yaptırımı” öngörülmüştür. Borcunu ödemeyerek kendisine karşı icra takibi yapılmasına sebep olan borçlu, icra takibi sırasında süresinde mal beyanında bulunmazsa, hapis cezası da dâhil olmak üzere çeşitli cezalarla cezalandırılabilir. Bu tür hapis cezaları, borcun ödenmemesi sebebiyle verilen cezalar olarak değil, kânûnî yükümlülüğün yerine getirilmemesi nedeniyle verilen “tazyik cezası”dır. Doktrinde ittifakla benimsendiği üzere tazyik hapsi, borca karşılık (suç karşılığı) verilen bir hürriyeti bağlayıcı hapis cezası olmayıp, borçluyu mal beyanında bulunmaya (kânûnî yükümlülüğü yerine getirmeye) zorlayan (tazyik eden) bir yaptırım veya tedbirdir¹⁰³. Nitekim Anayasa Mahkemesi de, çocuk teslimi hakkındaki ilâmın veya ara kararının gereğini yerine getirmeyen veya yerine getirilmesini engelleyen borçlu hakkında tazyik hapsine karar verilmesini öngören İİK m. 341 hükmünün Anayasaya aykırı oluşu

¹⁰¹ **Özen**, Mustafa; Non Bis In Idem (Aynı Fiilden Dolayı İki Kez Yargılama Olmaz) İlkesi (GÜHFD 2010/1, s. 389-417), s. 391.

¹⁰² **Özen**, s. 392-393.

¹⁰³ **Berkin**, Hapis ile Tazyik, s. 216; **Ercan**, Mal Beyanı, s. 190-191; **Kuru**, El Kitabı, s. 404; **Muşul** s. 468; **Özbek**, İlâmlı İcranın Etkinliği, s. 471-472.

yönündeki iptal istemini reddeden 30.10.2014 tarih, 2014/58 E. ve 2014/163 K. sayılı kararında, tazyik hapsinin suç karşılığı verilen bir hürriyeti bağlayıcı hapis cezası olmadığını şu şekilde tespit etmiştir:

“Kanun’un itiraz konusu 341. maddesinde düzenlenen **tazyik hapsi, suç karşılığı uygulanan bir ceza değildir.** Tazyik hapsinde kişi yasal yükümlülüklerini yerine getirmeye zorlanmak amacıyla belli bir süreye kadar hürriyetinden yoksun bırakılmakta, ancak, yükümlülüğünü yerine getirmesi ya da sürenin dolması hâlinde bu yaptırımın uygulanmasına derhal son verilmektedir. Bu bakımdan, **tazyik hapsinin amacı, kişinin işlediği bir eylem nedeniyle cezalandırılması değil, belli bir yükümlülüğü yerine getirmeye zorlanmasıdır-** İtiraz konusu kural- ların amacının, çocukla şahsi münasebetlerin düzenlenmesine dair ilam hükmüne uyumayan **borçlunun eylemini suç sayarak cezalandırmak değil, borçluyu ilam hükmünün gereğini yerine getirmeye zorla- mak** ve lehine hüküm verilen tarafın yargı yerlerine başvurarak bu konudaki hakkını etkin bir şekilde koruyabilmesini sağlamak olduğu anlaşılmaktadır. Bu yönüyle, kanun koyucunun takdir yetkisi içinde olan kuralların, hukuk devleti ilkesine, hak arama hürriyetine, ailenin korunması ve çocuk haklarına aykırı bir yönü yoktur”¹⁰⁴.

Konuyla ilgili Anayasa Mahkemesi kararlarına benzer olarak Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu da bir kararında, mal beyanında bulunma yükümlülüğünü ihlâl eden borçlu hakkında kanunda öngörülen tazyik hapsi- nin, borçluyu kanunun emrine uymaya zorlamak şeklindeki amacını şu şekilde açıklamıştır:

“Prensip itibarıyla İcra ve İflas Kanununa vazolunan cezai hükümler **borçluyu kanun emirlerine karşı itaate mecbur etmek** ve dolayısıyla **alacaklının hakkını kolayca istihsal eylemek için bir nevi müeyyide- den ibarettir.** Bunlar **şekli suç mahiyetindedirler.** Nitekim mezkur kanunun 354 üncü maddesi mucibince borç ifa edilirse dava ve bütün neticeleriyle beraber ceza düşmektedir”¹⁰⁵.

¹⁰⁴ Anayasa Mahkemesi 30.10.2014, 58/163 (RG 10.01.2015, Sa. 29232).

¹⁰⁵ İBKG 11.12.1957, 16/28 (Oskay, Mustafa/Koçak, Coşkun/Deyneki, Adnan/Doğan, Ayhan; İİK Şerhi, C. 1, 2, 3, 4, 5, Ankara 2007, s. 6511-6512).

Alman Federal Anayasa Mahkemesi de, mal beyanında bulunma yükümlülüğünü ihlâl eden borçlu hakkında hapis cezası verilmesini öngören ZPO § 901'deki hapis cezasının Anayasaya aykırı olmadığına dair verdiği kararında aynı gerekçelere dayanmıştır¹⁰⁶. Alman hukukunda borçlu mal beyanı duruşmasına katılmaz veya katılıp da haklı bir sebebi olmadan bilgi vermezse, icra mahkemesi kararıyla tutuklanır (*arrest, Haftbefehl*) ve altı ayı aşmamak üzere mal beyanında bulununcaya kadar hapis cezası alır. Hapis cezasına icra memuru (*Gerichtsvollzieher, GVZ*) veya adli hizmet uzmanı (yardımcı adalet memuru, *Rechtspfleger*) değil, sâdece hâkim (*Richter*) karar verebilir¹⁰⁷ (ZPO § 901; 913). Alman Federal Anayasa Mahkemesine göre borçlu, mal beyanında bulunma yükümlülüğünü herhangi bir güçlkle karşılaştırmadan kolaylıkla yerine getirdiği takdirde, bunun kendisi için olumsuz bir sonucu olmaz. Böylece borçlu, hakkında hapis cezası yaptırımının uygulanmasını önleyebilir. Borçlu mal beyanında bulunma yükümlülüğünü yerine getirmese, artık borçlunun korunması mümkün olmayacağından, borçlunun kanunda öngörülen yaptırıma katlanması kaçınılmazdır¹⁰⁸.

Dolayısıyla İİK m. 76 hükmü, İİK m. 337, 1 hükmüyle ile aynı mahiyette (nitelikte) olmadığından, aynı fiilden ötürü birden fazla ceza verilmesine sebebiyet vermez ve “tekrar yargılama ve cezalandırma yasağı” ilkesiyle çelişmez. Anayasa Mahkemesinin İİK m. 337, 1'i iptal eden 28.02.2008 tarihli, 2006/71 E. ve 2008/69 K. sayılı kararı bu yönüyle isabetli değildir.

Nitekim Anayasa Mahkemesi 28.11.2013 tarihli, 2013/119 E. ve 2013/141 K. sayılı benzer bir kararında, 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun m. 13'te yer alan ve hakkında tedbir kararı verilen şiddet uygulayanın, tedbir kararının gereklerine aykırı hareket etmesi hâlinde, fiili bir suç oluştursa bile hâkim kararıyla üç günden on güne kadar zorlama hapsine tâbi tutulmasını öngören hükmün Anayasaya aykırı olmadığına karar verirken, tazyik (zorlama) hapsinin, *bir suç karşılığı uygulanan ceza olmadığı gerekçesiyle*, “aynı fiilden ötürü

¹⁰⁶ BVerfG, NJW 1983, Bd. 36, s. 559.

¹⁰⁷ Kennett, s. 105, dn. 23.

¹⁰⁸ Aşık, İcra Sözleşmeleri, s. 27; Aşık, Cezaî Hükümler, s. 2524; Murray, Peter L./Stürner, Rolf; German Civil Justice, Durham 2004, s. 456, dn. 233.

birden fazla ceza verilemez” ilkesine aykırılık oluşturmadığına hükmetmiştir. Anayasa Mahkemesinin, İİK m. 337, 1’i iptal eden 28.02.2008 tarihli, 2006/71 E. ve 2008/69 K. sayılı kararıyla çelişen ve isabetli olan 28.11.2013 tarihli red kararı şu şekildedir:

“Başvuru kararında, hukuk devleti ve ceza hukuku ilkeleri gereği **kişinin aynı eylem nedeniyle birden fazla yargılanıp cezalandırılmayacağı**, ancak itiraz konusu kural uyarınca, tedbir kararının gereklerine aykırı davranan kimsenin zorlama hapsi ile cezalandırılmasının yanı sıra 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu veya ilgili diğer özel ceza kanunlarına göre de cezalandırılacağı, bu durumun hukuk devleti ilkesine aykırılık teşkil ettiği belirtilerek kuralın, Anayasa’nın 2. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür. -İtiraz konusu kuralda, tedbir kararına aykırı davranılması durumunda uygulanacak yaptırım düzenlenmektedir. Buna göre, 6284 sayılı Kanun hükümlerine göre hakkında tedbir kararı verilen kimse, bu kararın gereklerine aykırı hareket etmesi hâlinde, fiili bir suç oluştursa bile ihlal edilen tedbirin niteliğine ve aykırılığın ağırlığına göre hâkim kararıyla üç günden on güne kadar **zorlama hapsine tabi tutulacaktır**. -Anayasa’nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa’ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir. -Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirlerine ilişkin kurallar, ceza hukukunun temel ilkeleri ile Anayasa’nın konuya ilişkin kurallarına aykırı olmamak kaydıyla, **ülkenin sosyal, kültürel yapısı, ahlaki değerleri ve ekonomik hayatın gereksinimleri göz önüne alınarak saptanacak ceza politikasına göre belirlenir**. Kanun koyucu, cezalandırma yetkisini kullanırken toplumda hangi eylemlerin suç sayılacağı, bunun hangi tür ve ölçüdeki ceza yaptırımı ile karşılanacağı, nelerin ağırlaştırıcı veya hafifletici sebep olarak kabul edilebileceği konularında takdir yetkisine sahiptir. -İtiraz konusu kuralda yer alan **zorlama hapsi, bir suç karşılığı uygulanan ceza değildir**. Zorlama hapsi, hukuki niteliği itibarıyla **tedbir kararına uyma yükümlülüğünü yerine getirmeye zorlayan ve bu yükümlülüğün ihlâli hâlinde öngörülen bir disiplin**

hapsidir. Bu nedenle zorlama hapsi, **bir hapis cezası olmayıp**, şiddet uygulayanı tedbirlere uymaya zorlayarak neticesi ağır suçların işlenmesinden önce suçun önlenmesini amaçlayan bir **yaptırım olduğundan ceza kavramı dışında değerlendirilmesi gerekir.** İtiraz konusu kuralda, zorlama hapsi yaptırımına bağlanan eylem, tedbir kararına uymama eylemi olup tedbir kararına aykırı davranan kişi kamu otoritesi tarafından verilen bir karara aykırı davrandığı için zorlama hapsi yaptırımı ile karşılaşmaktadır. Kişinin tedbir kararına aykırı davranışı, aynı zamanda bir suç oluşturuyor ise bu durum, **hukuk düzeninin koruduğu farklı hukuksal menfaatlerin ihlali sonucunu doğuracağından mükerrer cezalandırmadan söz edilemez.** -Tedbir kararlarının gereklerine uymaya zorlayarak şiddet mağdurunu etkin biçimde korumaya ve Kanun'un amacını gerçekleştirmeye yönelik itiraz konusu kural, kanun koyucunun takdir alanı içerisinde ve itiraz konusu kuralın hukuk devleti ilkesine aykırı bir yönü bulunmamaktadır.-Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa'nın 2. maddesine aykırı değildir. İptâl isteminin reddi gerekir"¹⁰⁹.

Anayasa Mahkemesinin yukarıdaki kararında yaptığı tespitler, İİK m. 76'da düzenlenen tazyik hapsi bakımından da aynen geçerli olup, İİK m. 76'da yer alan tazyik (zorlama) hapsi, suç karşılığı uygulanan bir ceza olmayıp, hukukî niteliği itibariyle takip borçlusunu mal beyanında bulunma yükümlülüğünü yerine getirmeye zorlayan, bu yükümlülüğün ihlali hâlinde öngörülen ve zorlama hapsi şeklinde icra edilen bir yaptırımdır. Bu nedenle tazyik (zorlama) hapsi, bir hapis cezası olmayıp, mal beyanında bulunmayan takip borçlusunu, kânûnî yükümlülüğüne uymaya zorlayarak, alacaklının ihkak-ı hakka başvurmadan alacağını tahsil etmesini amaçlayan bir yaptırımdır ve ceza kavramı dışında değerlendirilmelidir¹¹⁰. Doktrinde tazyik hapsi-

¹⁰⁹ Anayasa Mahkemesi 28.11.2013, 119/141 (RG 27.03.2014, Sa. 28954).

¹¹⁰ "5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 45. maddesinde, **suç karşılığı uygulanacak yaptırımların, hapis ve adli para cezası olarak belirlendiği**, diğer taraftan 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 1. maddesinde bu Kanunun amacının, ceza ve güvenlik tedbirlerinin infazına ilişkin usul ve esasları düzenlemek olduğunun belirtildiği, bu haliyle 5275 sayılı Kanun'un ceza ve güvenlik tedbirlerine dair hususları kapsamakta olup **tazyik hapislerine ilişkin bir hususa yer vermediği**, keza Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı

nin amacının, kişinin işlediği bir fiil nedeniyle cezalandırılması değil, takip borçlusunu, mal beyanında bulunma şeklindeki kânûnî yükümlülüğe uyma hususunda zorlanması olduğuna şu şekilde vurgu yapılmıştır:

“Memleketimizdeki icra tatbikatı nazarı itibara alındığında, hapis ile tazyike yer veren kanun hükümlerinin suiistimal edilmemek şartile yürürlükte kalmaları büsbütün kaldırılmalarından daha az mahzurlu olmaktadır. Çünkü, hapis korkusudur ki, çoğu kere mallarını göstermek istemeyen suiniyet sahibi borçlular üzerinde müessir olarak alacaklıları müşkül durumdan kurtarmakta, hakları muallâk bırakmaktadır”¹¹¹.

Tazyik (zorlama) hapsi yaptırımına bağlanan eylem, “mal beyanında bulunma yükümlülüğüne uymama” eylemi olup, bu yükümlülüğe aykırı davranan takip borçlusunu, kanundan doğan bir yükümlülüğe aykırı davrandığı için tazyik (zorlama) hapsi yaptırımı ile karşılaşmaktadır. Takip borçlusunun mal beyanında bulunma yükümlülüğüne aykırı davranışı, aynı zamanda İİK m. 337, 1’de bir suç oluşturuyor ise bu durum, hukuk düzeninin koruduğu farklı hukukî menfaâtlere ihlâli sonucunu doğuracağından, mükerrer cezalandırmadan söz edilemez.

Takip borçlusunu mal beyanında bulunma yükümlülüğünün gereklerine uymaya zorlayarak takip alacaklısını etkin biçimde korumaya ve İcra ve İflâs Kanununun amacını gerçekleştirmeye yönelik İİK m. 337, 1 hükmü, kanun koyucunun takdir alanı içerisinde ve bu hükmün hukuk devleti ilkesine aykırı bir yönü bulunmamaktadır.

Yukarıdaki eleştiriler bir kenara bırakıldığında, Anayasa Mahkemesinin 28.02.2008 tarihli, 2006/71 E. ve 2008/69 K. sayılı kararıyla pozitif hukuku-

Hakkında Tüzük’ün 193/4. maddesinde yer alan “disiplin hapsi ve tazyik hapsi kararları, tekerrüre esas olmaz, koşullu salıverilme hükümleri uygulanmaz ve adli sicil kayıtlarına işlenmez.” hükmü ile; Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 14.11.2006 tarihli ve 2006/16-220-231 sayılı ilamı birlikte değerlendirildiğinde, **disiplin ve tazyik hapsinin bir “hapis” cezası olmadığı**, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 2. maddesinde tanımlanan **“disiplin hapsi” kavramı içinde kaldığı ve kısmi bir düzeni korumak amacıyla getirildiği, kişinin kendisinden beklenen yükümlülüğü yerine getirdiği takdirde de serbest kalacağına anlaşılmasına göre,...**” (11. CD 21.03.2013, 6656/4666: KBİBB).

¹¹¹ **Berkin**, Hapis ile Tazyik, s. 217.

muzda İİK m. 337, 1 hükmü iptal edildiğinden, mal beyanında bulunmayan borçlu hakkında sâdece İİK m. 76'daki tazyik hapsi yaptırımını uygulanacaktır.

Görüldüğü gibi Anayasa Mahkemesi, İİK m. 337, 1'e ilişkin gerek 21.11.2002 tarihli, 2001/415 E. ve 2002/166 K. sayılı red kararında gerek 28.02.2008 tarihli, 2006/71 E. ve 2008/69 K. sayılı iptal kararında, borçlunun mal beyanında bulunmaya zorlanması ve bu amaçla yaptırım olarak hapis cezası öngörülmesini Anayasaya aykırı bulmamıştır. Zîrâ mal beyanında bulunmayan borçlunun hapisle cezalandırılmasının sebebi *borcunu ödemiş olması değil; borcun tahsilini sağlayacak malvarlığı unsurlarını göstermeyerek kötü niyetli davranması* veya gerçeğe aykırı beyanda bulunarak dürüstlük kuralı kapsamında doğruyu söyleme ödevi¹¹² ile toplum güveni ve kamu menfaatine zarar vermesidir. Esâsında icra suçlarının genel olarak amacı, borcunu ödemeyerek alacakların tahsiline engel olan borçluların kötü niyetli hareketleriyle mücadele etmek, cebri icrayı etkili kılmak ve borçluları mallarını kaçırmak veya saklamak gibi kanuna aykırı davranışlardan caydırmaktır¹¹³. Anayasa Mahkemesinin yukarıdaki kararlarında ve çeşitli Yargıtay kararlarında da haklı olarak belirtildiği üzere, **“kişinin yükümlülüğünü yerine getirmesini sağlamak için belli ölçüde icbar edilebileceğinin, bu amaçla bir süreye kadar hürriyetinden yoksun bırakılabileceğinin kabulü gerekir”**¹¹⁴.

Nitekim benzer bir anlayışı, İİK m. 337/a'da da görmek mümkündür. Yukarıda ifâde edildiği gibi İİK m. 44'te, ticareti terk eden bir tacirin, onbeş gün içinde durumu, kayıtlı bulunduğu ticaret siciline bildirerek, bütün aktif ve pasifi ile alacaklılarının isim ve adreslerini gösteren bir mal beyanında

¹¹² Medenî usûl hukukuna hâkim ilkelerden olan dürüstlük kuralı ve doğruyu söyleme ödevi, icra hukukunda da geçerli bir temel ilkedir (Arslan, Ramazan; Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı, Ankara 1989, s. 134; Özekes, s. 89; Tercan, Erdal; Medeni Usul Hukukunda Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü, SÜHFD, Prof. Dr. M. Şakir Berki'ye Armağan, 1996/1-2, s. 181-212, s. 184, 186-187).

¹¹³ Aşık, Cezaî Hükümler, s. 2528; Berkin, İcra, s. 478; Berkin, Necmeddin; İcra Suçlarına Dair Bazı Düşünceler (İl.H. 1946/10, s. 71-72), s. 72; Ercan, Mal Beyanı, s. 86; Postacioğlu/Altay, s. 897; Yıldırım/Deren Yıldırım, s. 7.

¹¹⁴ 16. HD 10.04.2007, 1381/1226 (Oskay/Koçak/Deynekli/Doğan, s. 6521-6524); 16. HD 21.03.2007, 430/822 (Oskay/Koçak/Deynekli/Doğan, s. 6526-6528).

bulunması zorunlu tutulmuştur. Böylece Kanunda, ticareti terk eden tacirin kötü niyetli tasarruflarını önlemek amacıyla mal beyanında bulunma yükümlülüğü getirilmiş ve bu yükümlülüğün yerine getirilmesini sağlamak için de, İİK m. 337/a’da yaptırım olarak hapis cezası¹¹⁵ öngörülmüştür¹¹⁶.

“Ticareti Terk Edenlerin Cezası”nın düzenlendiği İİK m. 337/a’da şu hükme yer verilmiştir:

“44 üncü göre mal beyanında bulunmayan veya beyanında mevcudunu eksik gösteren veya aktifinde yer almış malı veya yerine kaim olan değerini haciz veya iflâs sırasında göstermeyen veya beyanından sonra bu malları üzerinde tasarruf eden borçlu, bundan zarar gören alacaklının şikâyeti üzerine, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

Birinci fıkradaki fiillerin işlenmesinden alacaklının zarar görmediğini ispat eden borçluya ceza verilmez.

Borçlunun iflâsı hâlinde, birinci fıkradaki durum ayrıca taksiratlî iflâs hâli sayılır”.

Görüldüğü gibi İİK m. 337/a’da, tıpkı m. 337’de olduğu gibi, İİK m. 44’teki mal beyanında bulunma yükümlülüğü hapsi cezası yaptırımıyla kuvvetlendirilmiş ve ticareti terk eden tacir mal beyanında bulunmaya zorlanmıştır. Bu yapıyla İİK m. 44 ve 337/a’nın amacı, hakkında ilâmlı (İİK m. 32) veya ilâmsız icra takibi (İİK m. 60/4; 147/2; 168/6) yapılan borçlunun mal beyanında bulunma mecburiyetini düzenleyen İİK m. 75 ve bunu disiplin hapsi yaptırımına bağlayan İİK m. 337 ile uyumludur. Zîrâ İİK m. 75’te

¹¹⁵ “Sanığa isnat edilen suçun oluşabilmesi için tacirin fiili olarak ticareti terk etmesi ve bu durumu on beş günlük süre içerisinde kayıtlı olduğu ticaret sicili müdürlüğüne bildirmemesi ve bütün aktif ve pasifi ile alacaklılarının isim ve adreslerini gösteren bir mal beyanında bulunmaması gerekmekte olup, somut olayda, fiili durumun belirlenmesi amacıyla borçlu şirketin ticareti terk edip etmediği yönünde zabıta araştırması yaptırılmadan ve mükellefiyetinin devam edip etmediği kayıtlı olduğu vergi dairesinden sorularak, ticareti re’sen terk ettirildiğinin anlaşılması halinde hangi tarihte terk ettirildiği, buna göre de şikâyetin süresinde olup olmadığı tespit edilmeden eksik inceleme ile yazılı şekilde beraat kararı verilmesi isabetsiz olup...”(16. HD 21.04.2014, 4844/4792: KBİBB).

¹¹⁶ Özbek, İlâmlı İcranın Etkinliği s. 472.

de borcun tahsilini sağlamak ve borçlunun kötü niyetli davranışlarını önlemek gayesiyle mal beyanında bulunma yükümlülüğü öngörülerek, bu yükümlülük İİK m. 337'de disiplin hapsi yaptırımıyla takviye edilmiştir. O hâlde her iki hükümde de, esas itibariyle Anayasanın hukuk devleti ilkesine aykırılık bulunmamaktadır.

İİK m. 337, 2'de yer alan hüküm de, yukarıda izah edilen anlayışı temsil etmektedir. Müflisin, İİK m. 162, 209 ve 216'da öngörülen yükümlülüklerini yerine getirmeme suçu, Anayasa Mahkemesinin 28.02.2008 tarihli kararıyla iptal edilmediğinden yürürlüktedir. İİK m. 337, 2'ye göre, iflâs istenen borçlunun defteri yapılmış olan malları aynen veya istenildiği zamanki kıymetiyle iflâs dairesine (veya idaresine) verme mecburiyeti (İİK m. 162), müflisin mallarının (iflâs masasının aktifinin) defteri tutulurken bizzat bulunarak mallarını iflâs dairesine gösterme ve iflâs dairesinin emrine hazır bulundurma mecburiyeti (İİK m. 209) ve kendisine ayrıca izin verilmediği takdirde tasfiyenin devamı süresince iflâs idaresinin (ve dairesinin) emri altında bulunma mecburiyetine (İİK m. 216) muhalefet etmesi durumunda, iflâs idaresinin vereceği müzekkere üzerine, on gün disiplin hapsi ile cezalandırılması mümkündür. Bu maddelerde belirtilen yükümlülüklerin yerine getirilmesi hâlinde, verilen ceza düşer. Görüldüğü üzere İİK m. 337, 2'de müflis, işlediği bir suç nedeniyle hapis cezasıyla cezalandırılmamakta; kanunda sayılan yükümlülüklerini yerine getirmediği için ve bu yükümlülükleri yerine getirmeye zorlanmak amacıyla disiplin hapsi yaptırımına muhatap olarak belli bir süre hürriyetinden mahrum bırakılmaktadır. Kanunda sayılan yükümlülüklerini yerine getirmesi veya on günlük disiplin hapsi süresinin dolması hâlinde, müflise uygulanan bu yaptırıma derhâl son verilmektedir¹¹⁷. O hâlde müflisin, İİK m. 162, 209 ve 216'da öngörülen yükümlülüklerini yerine getirmeme fiili için öngörülen disiplin hapsi de, TCK anlamında suç karşılığı uygulanacak bir hapis cezası değildir.

Aslında İİK m. 338'de yer alan yaptırım, mal beyanında bulunma yükümlülüğünün varlığını da gerekli kılmaktadır. Zîrâ İİK m. 338 uyarınca, gerçeğe aykırı mal beyanında bulunan borçlu alacaklının şikâyeti üzerine, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılabilir. Gerçeğe aykırı mal beyanında bulunmak ayrı bir suç olduğuna göre, borçlunun mal beya-

¹¹⁷ Uyar/Uyar/Uyar, s. 4856-4857.

nında bulunma yükümlülüğü de olmalıdır. Mal beyanında bulunma yükümlülüğünün olmaması hâlinde, gerçeğe aykırı mal beyanında bulunma suçunun varlığının bir anlamı olmayacaktır.

İİK m. 338'in de Anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle Anayasa Mahkemesine başvurulmuşsa da, Anayasa Mahkemesi bu hükmü Anayasaya aykırı bulmayarak başvuruyu reddetmiştir. Anayasa Mahkemesine yapılan itiraz başvurusunda, İİK m. 338, 1 hükmüyle gerçeğe aykırı mal beyanında bulunan borçlunun, TCK'da öngörülen "hapis cezası" ile cezalandırılmasının Anayasanın eşitlik ilkesiyle bağdaşmadığı ileri sürülmüştür. İtiraz başvurusunda bulunan mahkemenin görüşüne göre, İcra ve İflâs Kanununda belirtilen suçları işleyenler ile başka kanunlarda belirtilen suçları işleyenler, eylemlerinin farklılığı nedeniyle aynı durumda değildirler. Bu sebeple İİK'da gerçeğe aykırı mal beyanında bulunan borçlunun, TCK'da öngörülen eylemleri işleyenler ile aynı cezaya muhatap olması eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaktadır ve gerçeğe aykırı mal beyanında bulunan borçlunun İİK'daki yaptırımlarla cezalandırılması gerekir. Anayasa Mahkemesi, Anayasanın 10. maddesinde yer verilen eşitlik ilkesinin eylemli değil, hukukî eşitlik olmasından hareketle, haklı olarak bu görüşe iştirak etmemiş ve itiraz başvurusunu reddeden kararında aşağıdaki gerekçelere yer vermiştir:

"İcra ve İflâs Kanunu'nda suç sayılan çeşitli eylemler için hapis cezasının yanında, adli para cezası, tazyik hapsi ve disiplin hapsi cezaları da öngörülmüştür. Yasakoyucu, **Anayasa'nın temel ilkelerine ve ceza hukukunun ana kurallarına bağlı kalmak koşuluyla**, ceza hukuku alanında toplumsal gereksinmelerin zorunlu kıldığı yasal düzenlemeleri yaparken, **hangi eylemlerin suç sayılıp sayılmayacağı, suç sayılmaları durumunda cezalardan beklenen hukuksal yararı da göz önünde bulundurarak ne tür yaptırımların uygulanacağı konusunda takdir yetkisine sahiptir**. -Buna göre, yaptırım türlerinin İcra ve İflâs Kanunu'nun veya diğer yasaların kapsamında yer alıp almayacağı hususu yasakoyucunun takdirinde olup, itiraz konusu kuralın, uygulanması bakımından herhangi bir ayırım da yapılmadığından Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı olmadığı sonucuna varılmıştır"¹¹⁸.

¹¹⁸ Anayasa Mahkemesi 01.04.2010, 91/54 (RG 22.06.2010, Sa. 27619).

Sonuç olarak, gerek mukayeseli hukuk düzenlemeleri gerek Anayasa Mahkemesi kararları çerçevesinde, İcra ve İflâs Kanununda mal beyanında bulunma yükümlülüğünün ve gerçeğe aykırı mal beyanında bulunan borçlular hakkında hapis cezası yaptırımının öngörülmesi, salt bu yönden Anayasaya aykırılık oluşturmamaktadır¹¹⁹. Mal beyanında bulunma yükümlülüğü, alacaklı ve borçlu arasındaki menfaat dengesine zarar vermemektedir. Alacaklının bilgiye erişim hakkı çerçevesinde borçlunun mal beyanında bulunma yükümlülüğü, malvarlığının şeffaflığını sağlamaya matuf yöntemlerden biri olarak icra ve iflâs hukukunda etkin şekilde uygulanmalıdır¹²⁰.

Nitekim Anayasa Mahkemesi de bu mülâhazalarla, iptal edilen İİK m. 337, 1 hükmünün doğuracağı hukuk boşluğunu kamu yararını ihlâl edici nitelikte görerek, iptal hükmünün, kararın Resmî Gazetede yayımlanmasından (16.04.2008 tarihinden) başlayarak bir yıl sonra (16.04.2009 tarihinde) yürürlüğe girmesine (Anayasa m. 153) karar vermiştir. Ancak buna rağmen, Anayasa Mahkemesinin İİK m. 337, 1'i iptal etmesinden sonra, mal beyanında bulunmayan borçlunun disiplin hapsiyle cezalandırılmasına olanak kalmamıştır. Zîrâ Yargıtay, iptal kararının yürürlükte olmadığı dönemde, iptal kararı yürürlüğe girmemiş bile olsa, mal beyanında bulunmayan borçlunun cezalandırılmasının hukuk devleti ilkesine aykırı olacağı düşüncesiyle, hakkında disiplin hapsi kararı verilen borçluların cezalarının infazının durdurulması gerektiğini içtihat etmiştir. Yargıtayın buna ilişkin emsal kararı şu şekildedir:

“Gerekçeli karardaki, ‘... 337. maddesinin birinci fıkrasının iptaline karar verilmesinin doğuracağı hukuksal boşluk, kamu yararını ihlal edici nitelikte olduğundan...’ şeklindeki ifadeden de anlaşılacağı üzere, anılan eylem hakkında gerekli düzenleme yapıncaya kadar hukuksal boşluk önlenmek istenmiştir. Hal böyle olunca, İcra ve İflâs Kanunu’-

¹¹⁹ Aşık, Cezaî Hükümler, s. 2542-2543; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özkes, s. 51; Sungurtekin Özkan, Meral; İcra Hukukunda Oranlılık İlkesi (Prof.Dr. Turhan Tüfan Yüce'ye Armağan, İzmir 2001, s. 177-203) s. 189; Uslu, s. 40; Yılmaz, İcra İflâs Suçları, s. 501; Yılmaz, Ejder; “Panel Konuşması” (AİHS ve Anayasa m. 38 f.8 Açısından Ödenmeyen Para Borçlarında Yaptırımlar Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar-Panel, Ankara 1 Aralık 2001, s. 71-73), s. 71.

¹²⁰ Hanağası, s. 1439; Özbek, Değerlendirme, s. 514-515.

nun 5358 sayılı Yasa ile değişik 337. maddesinin birinci fıkrasının 16 Nisan 2009 tarihine kadar yürürlükte olduğunun kabulü gerekir. Ancak, **16 Nisan 2009 tarihinde iptal edilecek bir hükümden dolayı maddede öngörülen on gün disiplin hapsi cezasının infazı suretiyle kişilerin özgürlüklerinin kısıtlanması da hukuk devleti ilkeleriyle bağdaşmayacaktır.** -İcra Mahkemesince karar tarihi itibariyle yürürlükte bulunan İcra ve İflâs Kanunu'nun 337. maddesinin birinci fıkrasına göre verilmiş bir hüküm söz konusu olup, **mahkûmiyet kararının kesinleşmesinden sonra, borçlunun mağduriyetine sebebiyet verilmemesi bakımından,** iptal hükmü yürürlüğe girinceye ya da daha lehe olan düzenleme yapıncaya kadar, **mahkemesince her zaman infazın durdurulmasına karar verilebileceği,** ayrıca iptal hükmünün yürürlüğe girdikten veya daha lehe olan düzenleme yapıldıktan sonra da borçlunun hukukî durumunun yeniden değerlendirilebileceği gözetilmeden, itirazın esası hakkında karar verilmesi yerine yazılı gerekçe ile mahkemesine iadesine karar verilmesi isabetsizdir¹²¹.

SONUÇ

Anayasa Mahkemesi, İİK m. 337, 1'i iptal eden 28.02.2008 tarihli, 2006/71 E. ve 2008/69 K. sayılı kararında, İcra ve İflâs Kanunu'nun 337. maddesinin birinci fıkrasında yer alan disiplin hapsi ile 76. maddesinde yer alan tazyik hapsini, borçlunun aynı eylem (mal beyanında bulunmama) nedeniyle birden fazla hürriyeti bağlayıcı ceza ile cezalandırılması olarak değerlendirmiştir. Böylece Anayasa Mahkemesi, tazyik hapsini *suç karşılığı uygulanan bir hapis cezası* olarak nitelendirmiş ve ceza kavramı içinde görmüştür.

Bu gerekçesiyle Anayasa Mahkemesinin 28.02.2008 tarihli, 2006/71 E. ve 2008/69 K. sayılı iptal kararı, 28.11.2013 tarihli, 2013/119 E. ve 2013/141 K. sayılı kararıyla çelişmektedir. Zîrâ Anayasa Mahkemesi, 28.11.2013 tarihli, 2013/119 E. ve 2013/141 K. sayılı kararında tazyik (zorlama) hapsinin hukukî niteliği itibariyle bir suç karşılığı uygulanan ceza değil, muhatabı tedbir kararına uyma yükümlülüğünü yerine getirmeye zorlayan ve bu

¹²¹ 16. HD 30.06.2008, 5208/4726 (YKD 2009/11, s. 2116-2118).

yükümlülüğün ihlâli hâlinde öngörülen bir disiplin hapsi olduğunu belirtmiştir. Nitekim Anayasa Mahkemesinin 28.11.2013 tarih, 2013/119 E. ve 2013/141 K. sayılı kararının karşı oyunda bu çelişkiye şu şekilde dikkat çekilmiştir:

“Mahkememizin E. 2006/71 - K. 2008/69 sayılı kararında, mal beyanında bulunmama eylemini, İcra İflas Kanunu’nun 76. maddesince özgürlüğü bağlayıcı ceza yanında, 337. maddesi ile de tazyik hapsi ile cezalandıran kuralın **hukuk devletinde aynı kişinin birden fazla cezalandırılmayacağı gerekçesiyle oybirliği ile iptal ettiği düşünüldüğünde**, Anayasa’nın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesine aykırı bu kurala karşı **çoğunluğun red görüşüne** katılmamıştır”¹²².

Anayasa Mahkemesinin 28.11.2013 tarih, 2013/119 E. ve 2013/141 K. sayılı red kararındaki gerekçe, İİK m. 76 ve 337, 1 bakımından da aynen geçerli olmalıdır. Zîrâ İcra ve İflâs Kanunu’nun 76. maddesinde yer alan tazyik hapsi, bir suç karşılığı uygulanan ceza olmayıp, hukukî niteliği itibarıyla borçluyu, kanunda öngörülen mal beyanında bulunma yükümlülüğünü yerine getirmeye zorlayan ve bu yükümlülüğün ihlâli hâlinde öngörülen bir zorlama hapsidir ve bu niteliğiyle İcra ve İflâs Kanunu’nun 337. maddesinin birinci fıkrasında yer alan disiplin hapsi ile *tekerrüre sebebiyet vermez*. Türk Ceza Kanununun 45. maddesinde, suç karşılığı uygulanan yaptırım olarak cezaların, hapis ve adli para cezaları olduğu ifade edilmektedir. Bu nedenle tazyik hapsi, TCK anlamında bir hapis cezası olmayıp, tazyik hapsinin amacı, kişinin işlediği suç teşkil eden bir fiil nedeniyle cezalandırılması değildir. Bunun yerine tazyik hapsinin amacı, mal beyanında bulunma yükümlülüğünü ihlâl eden borçluyu, bu yükümlülüğü yerine getirmeye zorlayarak, alacağın tahsil edilmesini sağlamaktadır. Bu niteliğiyle tazyik hapsi bir yaptırımdır ve ceza kavramı dışında değerlendirilmelidir.

İİK m. 76’da zorlama hapsi yaptırımına bağlanan eylem, mal beyanında bulunma yükümlülüğüne uymama eylemi olup, bu yükümlülüğe aykırı davranan takip borçlusu, kanunda emredilen bir yükümlülüğe aykırı davrandığı için tazyik hapsi yaptırımı ile karşılaşmaktadır. Borçlunun mal beyanında

¹²² Bkz. Serruh Kaleli’nin karşı oyu (Anayasa Mahkemesi 28.11.2013, 119/141: RG 27.03.2014, Sa. 28954).

bulunma yükümlülüğünü ihlâl etmesi, İİK m. 337, 1’de aynı zamanda disiplin hapsi gerektiren bir fiil oluşturuyor ise bu durum, hukuk düzeninin koruduğu farklı hukukî menfaatlerin ihlâli sonucunu doğuracağından, mükerrer cezalandırmadan söz edilemez.

Anayasa Mahkemesinin İİK m. 337, 1’i iptal eden 28.02.2008 tarihli, 2006/71 E. ve 2008/69 K. sayılı iptal kararı ile, mal beyanının cebrî icra sürecindeki etkinliği zedelenmiş ve beklenen faydayı doğurması güçleşmiştir. Anayasa Mahkemesinin İİK m. 337, 1’i iptal eden 28.02.2008 tarihli kararıyla, müddeti içinde beyanda bulunmak üzere mazereti olmaksızın icra dairesine gelmeyen veya yazılı beyanda bulunmayan borçlunun disiplin hapsi ile cezalandırılma imkânı kalmamış ve bu konuda kamu yararını ihlâl edici nitelikte bir hukukî boşluk doğmuştur. Nitekim Anayasa Mahkemesinin 28.02.2008 tarihli, 2006/71 E. ve 2008/69 K. sayılı gerekçeli kararında bu husus şu şekilde tespit edilmiştir:

“İcra ve İflas Kanunu’nun 31.5.2005 günlü, 5358 sayılı Yasa ile değiştirilen 337. maddesinin birinci fıkrasının **iptaline karar verilmesinin doğuracağı hukuksal boşluk, kamu yararını ihlal edici nitelikte olduğundan** gerekli düzenlemelerin yapılması amacıyla iptal kararının, Resmi Gazete’de yayımlanmasından başlayarak bir yıl sonra yürürlüğe girmesi uygun görülmüştür”.

Anayasa Mahkemesinin iptal kararındaki bu ifâdeden de anlaşılacağı üzere, mal beyanında bulunma yükümlülüğünün ihlâl eden borçlu hakkında kanunda yaptırım olmaması, cebrî icra sürecini akamete uğratabileceğinden, mevcut hukukî boşluk kamu düzenini ihlâl edici niteliktedir. Buna rağmen kanun koyucunun, Anayasa Mahkemesinin 28.02.2008 tarihli, 2006/71 E. ve 2008/69 K. sayılı iptal kararından bu yana, İİK m. 337, 1’in iptalinin icra ve iflâs hukukunda doğurduğu hukukî boşluğu dolduracak bir yasal düzenleme yapmamış olması eleştiriye hak etmektedir.

Nitekim, Türk adalet sisteminde adalet hizmetlerinde etkinliğin sağlanması için alınabilecek tedbirler konusunda önemli bir referans kaynağı olan, T.C. Kalkınma Bakanlığı tarafından hazırlanan 10. Kalkınma Plânı (2014-2018) ile 10. Kalkınma Plânı Adalet Hizmetlerinde Etkinlik Özel İhtisas Komisyonu Raporunda, Türkiye Cumhuriyeti Devletinin adalet sistemine ilişkin 100. yıl (2023) vizyonu ortaya koyulmuştur. Bu doğrultuda hazırlanan

10. Kalkınma Plânında (2014-2018), cebrî icra hukukunda, borçlunun malvarlığının şeffaflığını sağlayacak yasal düzenlemeler yapılması, ödeme ahlâkı düşük borçluları gösteren siciller (listeler) oluşturulması ve bu kapsamda mal beyanında bulunma usûlünün etkinleştirilmesi gerektiği vurgulanarak, bu hususta özel bir inceleme yer verilmiştir. Özel İhtisas Komisyonu Raporunda yapılan şu öneriler, mal beyanının etkinliğinin sağlanması bakımından isabetlidir:

“Pozitif hukukumuzda mal beyanında bulunulması şekle bağlı değildir. Mal beyanı, icra (veya ödeme) emrini gönderen icra dairesine süresi içinde (İİK m. 75) verilecek bir dilekçeyle yazılı veya icra tutanağına geçirilerek sözlü olarak yapılabilir. Borçlunun mal beyanı dilekçesi İİK m. 74’te sayılı unsurları kapsıyorsa, borçlu mal beyanında bulunmuş sayılır ve hapisle tazyik edilemez.

Türk hukukunda şekil serbestisinin terk **edilerek borçlunun mal beyanını, mahkeme veya icra organları önünde yemin ederek (affidavit) vermesi uygun olacaktır.** Böylece mal beyanında bulunmama veya gerçeğe aykırı mal beyanında bulunma hâlinde, borçluya verilecek **hapis cezasının daha sağlam bir yasal dayanağı olacak, borçlu, mukayeseli hukukta olduğu gibi mahkemeye itaatsizlikten dolayı cezalandırılacaktır.** Mal beyanında bulunmama hâlinde, tıpkı tanıkların tanıklık yapmaya zorlanmasında olduğu gibi hapisle tazyik yaptırımı öngörülmelidir. Gerçeğe aykırı mal beyanında bulunma fiili de, tıpkı yalan tanıklık (TCK m. 272) ve yalan yere yemin (TCK m. 275) suçu gibi “adliyeye karşı işlenen suçlar” kapsamında mütâlaa edilerek cezalandırılmalıdır. Bu hâllerde borçlunun Anayasa ile güvence altına alınan temel haklarından olan kişi hürriyeti kısıtlanacağından, mal beyanının mahkeme huzurunda ve yeminle verilmesi, bu kısıtlamaya meşruiyet kazandıracaktır”.

*Seçilmiş Bibliyografya**

- Akcan,** Recep; Hacze İştirak, Ankara 2005.
- Akılloğlu,** Tekin; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek 4 Nolu Protokol 1. Maddeye Göre Borç İçin Hapis Yasağı Kuralı (AİHS ve Anayasa m. 38 f.8 Açısından Ödenmeyen Para Borçlarında Yaptırımlar Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar-Panel, Ankara 1 Aralık 2001, s. 3-12).
- Andenas,** Mads; National Reports-England and Wales (Enforcement Agency Practice in Europe, The British Institute of International and Comparative Law 2005, s. 131-153).
- Andrews,** Neil; The Modern Civil Process: Judicial and Alternative Forms of Dispute Resolution in England, Tübingen 2008 (Andrews, Civil Process).
- Andrews,** Neil; The System of Enforcement of Civil Judgments in England (Comparative Studies of Civil Enforcement and Provisional Measures, Tübingen 2011, s. 13-20) (Andrews, Enforcement of Civil Judgments).
- Ansay,** Sabri Şakir; Hukuk İcra ve İflâs Usulleri, Ankara 1960.
- Arar,** Kemal; İcra ve İflâs Hükümleri, C. I İcra, Ankara 1944.
- Arslan,** Ramazan; İcra-İflâs Hukukunda İhale ve İhalenin Feshi, Ankara 1984.
- Arslaner,** Hakan; 6183 Sayılı Kanun Kapsamında Kamu Alacaklarının Haciz Yoluyla Tahsili, Ankara 2010.
- Aşık,** İbrahim; İcra Sözleşmeleri, Ankara 2006 (Aşık, İcra Sözleşmeleri).
- Aşık,** İbrahim; 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu ve 5358 Sayılı Kanun İşığında İcra ve İflâs Kanunu'nda Yer Alan Cezaî Hükümler (m. 331-354) (Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan, C. 2, Ankara 2010, s. 2513-2551) (Aşık, Cezaî Hükümler).

* Dipnotlardaki atıflar, yazarların soyadına göre alfabetik sırayla yapılmıştır. Bibliyografyada kısaltılmış şekilleri ayrıca gösterilmeyen eserler, metinde yazarların soyadı ile belirtilmiştir. Aynı yazarın birden fazla eserine yollama yapılmışsa, kullanılan kısaltmalar parantez içinde ayrıca gösterilmiştir.

- Avcı**, Mustafa; Borç için Hapis Yasağı (Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı, İstanbul 2004, s. 105-145).
- Becker-Eberhard**, Ekkehard; Takibin Konusu Olarak Borçlunun Malvarlığı (Çev. Nevhis Deren-Yıldırım) (21. Yüzyıl Usûl Hukuku Sorunları, İstanbul 2003, s. 41-58).
- Berkin**, Necmeddin M.; Tatbikatçılara İcra Hukuku Rehberi, İstanbul (Tarihsiz) (Berkin, İcra).
- Berkin**, Necmeddin; Borçlunun Hapis ile Tazyiki (İl.H. 1946/18, s. 215-217) (Berkin, Hapis ile Tazyik).
- Berkin**, Necmeddin; İcra Suçlarına Dair Bazı Düşünceler (İl.H. 1946/10, s. 71-72).
- Blomeyer**, Arwed; Zivilprozeßrecht, Vollstreckungsverfahren, Berlin 1975.
- Bradley**, Pat; Republic of Ireland (Methods of Execution of Orders and Judgments in Europe, Chichester 1996, s. 165-172).
- Council of Europe**; Synthesis on the execution of court decisions in civil cases (The Execution of Court Decisions in Civil Cases, Council of Europe 1998, s. 149-268) (Council of Europe, Synthesis).
- Commission of the European Communities**; Green paper, Effective enforcement of judgments in the European Union: the transparency of debtors' assets, COM (2008) 128 final, Brussels 6.3.2008.
- Çiftçi**, Pınar; Menfaat Dengesi Çerçevesinde Genel İcra Hukuku ile Kamu İcra Hukukunun Karşılaştırılması (DEÜHFD, Prof. Dr. Burhan Ceyhan'a Armağan, 2010/Özel Sayı, İzmir 2012, s. 313-379) (Çiftçi, Karşılaştırma).
- Çiftçi**, Pınar; İcra Hukukunda Menfaat Dengesi, Ankara 2010 (Çiftçi, Menfaat Dengesi).
- Dawson**, John P.; Specific Performance in France and Germany (Mich.L.Rev. 1959, Vol. 57, s. 495-538).
- De Leval**, Georges; Subject of the proceedings (The Execution of Court Decisions in Civil Cases, Council of Europe 1998, s. 45-83).

- Denti, Vittorio/Silvestri, Elisabetta;** Regional Report from Continental Western Europe (Trends in the Enforcement of Non-money Judgments and Orders, Deventer 1988, s. 155-170).
- Deren Yıldırım, Nevhis;** İcra Hukuku'nda Paylaştırmaya İlişkin İlkeler Hakkında Düşünceler (İcra Hukuku Analizleri, İstanbul 2011, s. 1-21).
- Ercan, Hasan;** İcra ve İflâs Kanununa Göre Mal Beyanı (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2004 (Ercan, Mal Beyanı).
- Ercan, İbrahim;** İcra ve İflâs Hukukunda Malvarlığının Terki Suretiyle Konkordato, Konya 2008.
- Eren, Fikret;** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2012.
- Eruygur, K. Halûk;** Yediyeminlik, Ankara 2008.
- Feyzioğlu, Metin;** Sözleşmeden Kaynaklanan Yükümlülükler Nedeniyle Hürriyetin Kısıtlanması, Anayasa ve Ceza Hukukları Açısından Bir İnceleme (AİHS ve Anayasa m. 38 f.8 Açısından Ödenmeyen Para Borçlarında Yaptırımlar Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar-Panel, Ankara 1 Aralık 2001, s. 15-35).
- Fisher, Howard;** The German Legal System and Legal Language, London 2002.
- Gregow, Torkel;** Sweden (Methods of Execution of Orders and Judgments in Europe, Chichester 1996, s. 305-322).
- Gürdoğan, Burhan;** İcra Hukuku Dersleri, Ankara 1970.
- Gürten, Kadir/Küçük, Eşref;** Roma Hukukunda Actio Kavramı ve Tarihsel Gelişimi (Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan, Ankara 2008, s. 465-479).
- Hanağası, Emel;** "İcra ve İflâs Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı" Taslağı'nın Değerlendirilmesi (Prof. Dr. Muallâ Öncel'e Armağan, C. 2, Ankara 2009, s. 1417-1463).
- Hess, Burkhard;** Study No JAI/A3/2002/02 on making more efficient the enforcement of judicial decisions within the European Union: Transparency of a debtor's assets, attachment of bank accounts, provisional enforcement and protective measures, Heidelberg 2004.
- Jackson, T. Haller;** Specific Performance of Contracts in Louisiana (TLR 1950, Vol. 24, s. 401-418).

- Jacob**, Jack I. H.; *The Enforcement of Judgment Debts (The Reform of Civil Procedure Law and Other Essays in Civil Procedure*, London 1982, s. 281-300) (Jacob, Enforcement).
- Jacob**, Jack H.; *The Fabric of English Civil Justice*, London 1987 (Jacob, Fabric).
- Jacob**, Jack; *General Report including Regional Report from Great Britain (Trends in the Enforcement of Non-money Judgments and Orders*, Deventer 1988, s. 3-67) (Jacob, General Report).
- Karadeniz-Çelebican**, Özcan; *Roma Hukuku*, Ankara 2012.
- Karakoç**, Yusuf; *Genel Vergi Hukuku*, Ankara 2014.
- Karşlı**, Abdurrahim; *İcra ve İflas Kanunu, Tebligat Kanunu ve İlgili Mevzuat*, İstanbul 2012.
- Karşlı**, Abdurrahim; *İcra ve İflas Hukuku*, İstanbul 2014.
- Kaye**, Peter/**Bruce**, Morgan; *England and Wales (Methods of Execution of Orders and Judgments in Europe*, Chichester 1996, s. 51-72).
- Kennett**, Wendy; *The Enforcement of Judgments in Europe*, Oxford 2005.
- Kerameus**, Konstantinos D.; *Enforcement in the International Context (RdC 1997, Vol. 264, s. 179-410)* (Kerameus, Enforcement in the International Context).
- Kerameus**, Konstantinos D.; *Enforcement Proceedings, International Encyclopedia of Comparative Law, Vol. XVI, Civil Procedure, Chapter 10*, Tübingen 2002 (Kerameus, Enforcement Proceedings).
- Kılıçoğlu**, Evren; *İcra Sözleşmeleri*, İstanbul 2005.
- Konecny**, Andreas/**Soher**, Claudia/**Albrecht**, Isabel/**Broeckx**, Karen/**Kennett**, Wendy/**Moustaira**, Elina/**Wiwinius**, Jean-Claude/**Schaick**, Bert Van/**Capelo**, Maria José; *Enforcement of Judgments (ERPL 1997/3, Vol. 5, s. 321-427)*.
- Koschaker**, Paul/**Ayiter**, Kudret; *Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları*, İzmir 1993.
- Kuru**, Baki; *İcra ve İflâs Hukuku*, C. 1, İstanbul 1988, C. 3, İstanbul 1993.
- Kuru**, Baki; *İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı*, Ankara 2013 (Kuru, El Kitabı).

- Kuru, Baki/Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder;** İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2014.
- Magliveras, Konstantinos;** Greece (Methods of Execution of Orders and Judgments in Europe, Chichester 1996, s. 135-146).
- Maniotis, Dimitris N.;** The Greek Law of Execution According to the Code of Civil Procedure: An Introduction (Comparative Studies of Civil Enforcement and Provisional Measures, Tübingen 2011, s. 68-73).
- Murray, Peter L./Stürner, Rolf;** German Civil Justice, Durham 2004.
- Muşul, Timuçin;** İcra ve İflâs Hukuku, C. 1, 2, Ankara 2013.
- Oskay, Mustafa/Koçak, Coşkun/Deynekli, Adnan/Doğan, Ayhan;** İİK Şerhi, C. 1, 2, 3, 4, 5, Ankara 2007.
- Özbek, Mustafa;** İcra ve İflâs Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Taslağıyla Getirilmek İstenen Değişikliklerin Değerlendirilmesi (AÜHFD 2008/3, s. 463-524) (Özbek, Değerlendirme).
- Özbek, Mustafa S.;** Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda İlâmlı İcranın Etkinliği, Ankara 2013 (Özbek, İlâmlı İcranın Etkinliği).
- Özekes, Muhammet;** İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler, Ankara 2009.
- Özen, Mustafa;** Non Bis In Idem (Aynı Fiilden Dolayı İki Kez Yargılama Olmaz) İlkesi (GÜHFD 2010/1, s. 389-417).
- Öz mumcu, Seda;** Cebrî İcra Hukukunda Pazarlık Suretiyle Satış, İstanbul 2005.
- Öztek, Selçuk;** Roma Medenî Usûl Hukukunun Ana Hatları (İÜHFM 1985/1-4, s. 335-372).
- Payne Report;** Committee on the Enforcement of Judgment Debts, Report, CMND No. 3909, London 1969.
- Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Sungurtekin Özkan, Meral/Özekes, Muhammet;** İcra ve İflâs Hukuku, Ankara 2013.
- Postacıoğlu, İlhan E.;** İflâs Hukuku İlkeleri, İstanbul 1978.
- Postacıoğlu, İlhan E.;** Konkordato, İstanbul 1965.
- Postacıoğlu, İlhan E./Altay, Sümer;** İcra Hukuku Esasları, İstanbul 2010.

- Rado**, Türkân; Roma Hukukunda Cebrî İcra Usullerinin İnkişafı (1) (İÜHFM 1944/1-2, s. 229-240) (Rado, Cebrî İcra).
- Rado**, Türkân; Roma Hukuku Dersleri-Borçlar Hukuku, İstanbul 2006 (Rado, Roma Hukuku).
- Rosenberg, Leo/Gaul, Hans Friedhelm/Schilken, Eberhard;** Zwangsvollstreckungsrecht, München 1997.
- Schoibl, Norbert A.;** Austria (Methods of Execution of Orders and Judgments in Europe, Chichester 1996, s. 3-23).
- Seviğ, Vasfi Reşit;** Doktrin ve İçtihatlar Açısından Türk İcra ve İflas Kanunu, C. 2, Ankara 1967.
- Stalev, Zhivko;** Regional Report from Continental Eastern Europe (Trends in the Enforcement of Non-money Judgments and Orders, Deventer 1988, s. 171-189).
- Sungurtekin Özkan, Meral;** İcra Hukukunda Oranlılık İlkesi (Prof. Dr. Turhan Tûfan Yüce'ye Armağan, İzmir 2001, s. 177-203).
- Taşpınar, Sema;** Borçlunun Bazı Mallarının Hacedilememesi ve Nedenleri (Hacedilmezlik ve Nedenleri) (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 1994.
- Umar, Bilge;** İcra ve İflâs Hukukunun Tarihi Gelişmesi ve Genel Teorisi, İzmir 1973.
- Uslu, Murat;** Anayasa Mahkemesinin Süresi İçerisinde Mal Beyanında Bulunmama Suçunu Düzenleyen İİK m. 337/I'e İlişkin İptal Kararı Üzerine Düşünceler (THD 2008/22, s. 33-50).
- Uyar, Talih;** Gerekçeli-Notlu-İçtihatlı İcra ve İflâs Kanunu, C. 2, İzmir 1998.
- Uyar, Talih;** 4949 Sayılı ve 17.07.2003 Tarihli "İcra ve İflâs Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"un Getirdiği Yenilikler (TBBD 2003/49, s. 159-221).
- Uyar, Talih/Uyar, Alper/Uyar, Cüneyt;** İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, C. 1, 2, 3, Ankara 2014.
- Uzar, Gökçe Nazar;** İcra ve İflâs Kanunu'nun Tarihsel Gelişimi (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2001.

- Üstündağ**, Saim; İcra ve İflâs Kanunu'nun Dünü ve Bugünü, İstanbul 1990 (Üstündağ, İcra ve İflâs Kanunu'nun Dünü ve Bugünü).
- Üstündağ**, Saim; İcra Hukukunun Esasları, İstanbul 2004 (Üstündağ, İcra).
- van Houtte**, Hans; Belgium (Methods of Execution of Orders and Judgments in Europe, Chichester 1996, s. 27-36).
- Walbom**, Allan; Denmark (Methods of Execution of Orders and Judgments in Europe, Chichester 1996, s. 39-48).
- Walker**, Wolf-Dietrich; Alman Cebri İcra Hukukundaki Güncel Gelişmeler (Çev. Hülya Taş Korkmaz) (Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan, C. 2, Ankara 2014, s. 1197-2005).
- Warne**, Jonathan/**Dane**, Tom; England and Wales (International Commercial Dispute Resolution, West Sussex 2009, s. 223-259).
- Yıldırım**, M. Kâmil; İcra Hukukunun Anayasa ile İlişkisi ve Ölçülülük İlkesi (MÜHF-HAD 1989/1-3, s. 98-115).
- Yıldırım**, M. Kâmil; Hileli İflas Suçları, İstanbul 2000.
- Yıldırım**, Mehmet Kâmil/**Deren Yıldırım**, Nevhis; İcra Hukuku, İstanbul 2012.
- Yılmaz**, Ejder; Hacze Takipli Katılma (Hacze Adi İştirak) (AÜHFD 1973/1-4, s. 271-316).
- Yılmaz**, Ejder; İflâs İdaresi, Ankara 1976.
- Yılmaz**, Ejder; "Borçlunun Sözleşmeden Doğan Yükümlülüğünü Yerine Getirmemesi"ne İlişkin Anayasa Hükmü ve İcra İflâs Suçları (Prof. Dr. Ergun Önen'e Armağan, İstanbul 2003, s. 493-502) (Yılmaz, İcra İflâs Suçları).
- Yılmaz**, Ejder; Hukuk Sözlüğü, Ankara 2011.
- Yessiou-Faltsi**, Pelayia/**Pipsou**, Lida-Maria; The Law of Execution Faced with the Social Phenomenon of 'Overrunning into Debt': National Report for Greece (Seizure and Overindebtedness in the European Union, Civil Procedure in Europe, Vol. 1, The Hague 1997, s. 323-406).

Kısaltmalar Cetveli

a.	: article (madde)
ABD	: Ankara Barosu Dergisi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AY	: Anayasa
Bd.	: Band (Cilt)
Bkz	: Bakınız
BVerfG	: Bundesverfassungsgericht (Alman Federal Anayasa Mahkemesi)
C.	: Cilt
Cass.crim.	: Chambre Criminelle de la Cour de Cassation (Fransız Temyiz Mahkemesi Ceza Dairesi)
C.Civ.	: Code Civil (Fransız Medenî Kanunu)
CGK	: Yargıtay Ceza Genel Kurulu
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
D	: Daire
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
dn.	: dipnot
EO	: Exekutionsordnung (Avusturya İcra Kanunu)
ERPL	: European Review of Private Law
GerW	: Gerechtelijk Wetboek (Belçika Yargı Teşkilâtı Kanunu).
GVZ	: Gerichtsvollzieher (Alman İcra Memuru)
HD	: Yargıtay Hukuk Dairesi
HGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
HMK	: 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İBGK	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu
İİK	: 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu

İ.H.	: İleri Hukuk Dergisi
İÜHF	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
KBİB	: Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası
m.	: madde
Mich.L.Rev.	: Michigan Law Review
MİHDER	: LEGAL Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi
MÜHF-HAD	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
NJW	: Neue Juristische Wochenschrift
Ord.	: Order (Emir)
r.	: rule (madde, kural)
RdC	: Recueildes Cours de l'Academie de la Haye (Lahey Milletlerarası Hukuk Akademisinin Toplanmış Kursları)
RG	: Resmî Gazete
RSC	: Rules of the Supreme Court (İngiliz Yüksek Mahkeme Kuralları)
s.	: sayfa
Sa.	: Sayı
s.K.	: sayılı Kanun
TBBD	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TCK	: Türk Ceza Kanunu
THD	: Terazi Hukuk Dergisi
TLR	: Tulane Law Review
TNBHD	: Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi
vd.	: ve devamı
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi
ZPO	: Zivilprozeßordnung (Federal Almanya Medenî Usûl Kanunu)
§	: Paragraf

^HFİKRÎ MÜLKİYET HAKLARINDA CEBRÎ İCRA SİSTEMİ

*Yrd. Doç. Dr. Nur BOLAYIR**

GİRİŞ

Fikrî mülkiyet hakları fikrî ve sınaî haklar olmak üzere ikiye ayrılmakta; fikir ve sanat eserleri fikrî hakların kapsamına dâhil olurken; markalar, patentler, faydalı modeller, endüstriyel tasarımlar, coğrafi işaretler, entegre devre topografyaları, yeni bitki çeşitleri ıslahçı hakları, internet alan adları, ticaret unvanları ve işletme adları sınaî hakların kapsamına girmektedir.

Parayla ölçülebilen bir değeri haiz olan fikrî ürünler fikrî mülkiyet haklarına konu olduğundan, anılan haklar malvarlığına ilişkin bir yön barındırıp cebri icra faaliyetine konu olabilmekte; bu çerçevede haczedilerek ve iflâs masasına dâhil edilerek paraya çevrilebilmektedir. Çalışmamızın birinci bölümünde fikrî mülkiyet hakları bakımından cebri icranın konusunu; ikinci bölümünde fikrî mülkiyet haklarında cebri icra faaliyetinin yerine getirilmesini, üçüncü bölümünde ise, cebri icraya konu olan fikrî mülkiyet haklarının paraya çevrilmesini inceleyeceğiz.

I. FİKRÎ MÜLKİYET HAKLARI BAKIMINDAN CEBRÎ İCRANIN KONUSU

A. Cebri İcra Konu Olan Fikrî Haklar ile Fikir ve Sanat Eserleri

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 1. maddesi uyarınca, sahibinin hususiyetini taşıyan ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar veya sinema

^H Hakem incelemesinden geçmiştir.

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

eserleri olarak sayılan her nevi fikir ve sanat mahsulleri “eser” olarak tanımlanmıştır. İlgili maddeden anlaşıldığı üzere ilim ve edebiyat eserleri, musikî eserleri, güzel sanat eserleri ve sinema eserleri¹ fikir ve sanat eseri türleri olarak numerus clausus kuralına göre belirlenmiş² ve bu eserler Kanun’da sayılan türlerle sınırlı tutulmuş; onların dışında yeni bir ana veya ara tür yaratılmasına imkân tanınmamıştır³. Anılan madde kapsamında bir fikrî ürünün eser olarak kabul edilebilmesi için eserin sahibinin hususiyetini taşımasına, yani eser sahibinin fikrî çabasına ve yaratma yeteneğine ilişkin olmasına dair sübjektif şart⁴ ile doğrudan veya dolaylı yoldan algılanabilmesine ilişkin objektif şartın⁵ gerçekleşmesi gerekmektedir. Objektif şart kapsamında Yargıtay tarafından bir fikrî ürünün eser sayılabilmesi için iktisaden değerlendirilmeye elverişli olması gerektiği belirtilmiştir⁶. Doktrinde Yargıtay’ın görüşünün aksi savunulmuş olmakla birlikte⁷, ekonomik değeri

¹ Anılan eserler hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. Halil **Arslanlı**, Fikrî Hukuk Dersleri II, Fikir ve Sanat Eserleri, İstanbul 1954, s. 17 vd.; Nuşin **Ayiter**, Hukukta Fikir ve San’at Ürünleri, Ankara 1981, s. 47 vd.; Fırat **Öztaş**, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, Ankara 2008, s. 108 vd.; Şafak N. **Erel**, Türk Fikir ve Sanat Hukuku, 3.Bası, Ankara 2009, s. 57 vd.; Savaş **Bozbel**, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, İstanbul 2012, s. 40 vd.; Ünal **Tekinalp**, Fikrî Mülkiyet Hukuku, 5.Bası, İstanbul 2012, s. 114 vd.; Sami **Karahan/Cahit Suluk/Tahir Saraç/Temel Nal**, Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları, 4.Tıpkı Basım, Ankara 2013, s. 56 vd.; Ahmet M. **Kılıçoğlu**, Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar, 2.Bası, Ankara 2013, s. 134 vd.

² Eser türlerinde numerus clausus ilkesi geçerli olmakta; buna karşılık bir türe giren eserlerde bu ilke geçerli bulunmamaktadır. Nitekim, FSEK.m.2 ilâ 5’te “herhangi bir şekilde dil ve yazı ile ifade olunan eserler ve her biçim altında ifade edilen bilgisayar programları”, “maket ve benzerleri”, “her çeşit mimarlık ve şehircilik tasarım ve projeleri”, “her türlü tipler”, “kazıma, oyma, kakma veya benzeri usullerle” gibi ifadelerle yer verilmesi söz konusu durumu ortaya koymaktadır (**Ayiter**, s. 45; **Tekinalp**, Fikrî Mülkiyet, s. 114).

³ **Erel**, s. 55; **Tekinalp**, Fikrî Mülkiyet, s. 114; **Karahan/Suluk/Saraç/Nal**, s. 39.

⁴ Ernst E. **Hirsch**, Fikrî ve Sınai Haklar, Ankara 1948, s. 131; **Erel**, s. 52; **Karahan/Suluk/Saraç/Nal**, s. 39 vd.; **Kılıçoğlu**, s. 119 vd.

⁵ **Karahan/Suluk/Saraç/Nal**, s.43.

⁶ Bkz. 4.HD, 01.07.1977, 5913/7617 (YKD 1978/12, s. 1959 vd.). Bu hususta ayrıca bkz. **Hirsch**, Fikrî ve Sınai Haklar, s. 130.

⁷ Her eserin mutlaka iktisadî bir amaçla meydana getirilmeyip, fikrî haklar iktisadî menfaatlerin yanı sıra eser sahibinin şahsi menfaatlerini de koruduğundan ve eser

bulunmayan bir eser üzerindeki malî hakların başkalarına devri, dolayısıyla da cebrî icraya⁸ konu olması mümkün olamayacağından, inceleme konumuz bağlamında bu unsurun varlığı kanaatimizce de mutlaka aranmalıdır⁹.

Eser sahibinin eseri üzerinde hem manevî, hem de malî hakkı bulunmaktadır. Eseri umuma arz yetkisi, adın belirtilmesi yetkisi, yani eser sahibi olarak tanıtılma hakkı, eserde değişiklik yapılmasını men etme yetkisi, eser sahibinin zilyet olana ve malike karşı hakları, yani sahibinin, eserinin aslına ulaşma hakkı manevî haklardandır. İşleme hakkı, çoğaltma hakkı, yayma hakkı, kiralama ve kamuya ödünç verme hakkı, temsil hakkı, işaret ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla iletim hakkı, radyo-televizyon gibi araçlarla iletim hakkı, radyo- televizyon gibi araçlarla yayınlanan ve/veya iletilen fikir ve sanat eserlerine ilişkin ödemelere dair hak, pay ve takip hakkı ise malî haklardandır¹⁰.

Malî haklar, eserden ekonomik olarak yararlanma ve yararlanmanın şeklini tayin etme imkânını münhasıran sahibine veren, sahibine eserden üçüncü kişilerin bu tarzda faydalanmalarına engel olma yetkisi tanıyan mutlak haklardandır. Malî hakka sahip olan eser sahibi eserini çoğalttırarak, temsil ettirerek, yayımlayarak, işlettirerek, seslendirerek, kamuya ileterek ondan ekonomik anlamda yararlanabildiğinden¹¹, ortada ekonomik değeri

niteliği yaratma olgusuyla kazanıldığından bahisle Yargıtay kararını eleştiren görüş için bkz. **Erel**, s. 51-52.

⁸ Çalışmamızda, cebrî icra ifadesiyle para alacakları bakımından ilâmsız icra takibi çerçevesinde haczin icrası ile haczedilen malların paraya çevrilmesini; haczi kabil mallar ile alacakların iflâs masasına dâhil edilip paraya çevrilmesini kast etmekteyiz.

⁹ L. Şanal **Görgün**, Eser Üzerinde Rehin Tesisi ve Cebri İcra Konusu Olarak Eser, AİTİAD 1973,C.V, S. 1, s. 143; Hülya **Taş Korkmaz**, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Uyarınca Haczi Mümkün Olan Malvarlığı Unsurları, MİHDER 2005, S. 2, s. 331; Hülya **Taş Korkmaz**, İflâs Masası, Ankara 2010, s. 145.

¹⁰ İlgili haklar hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. Mustafa Reşit **Belgesay**, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Şerhi, İstanbul 1955, s. 50 vd.; İlhan **Öztrak**, Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklar, Ankara 1971, s. 54 vd.; **Ayiter**, s. 113 vd.; **Öztan**, Fikir ve Sanat Eserleri, s. 293 vd.; **Erel**, s. 136 vd.; **Bozbel**,s. 152 vd.; **Tekinalp**, Fikrî Mülkiyet, s. 160 vd.; **Karahan/Suluk/Saraç/Nal**, s. 80 vd.; **Kılıçoğlu**, s. 265 vd. İsviçre Hukuku'na ilişkin olarak bu hususta ayrıca bkz. François **Dessemontet**, Le droit d'auteur, Lausanne 1999, s. 148 vd. ve 214 vd.

¹¹ **Tekinalp**, Fikrî Mülkiyet, s. 180.

haiz olan bir malvarlığı unsuru bulunmakta ve bu da eser sahibinin malî haklarının cebri icraya konu olabilmesini haklı kılmaktadır.

Fikir ve sanat eserlerinin asılları ile müsveddelerinin cebri icra faaliyetine konu olmaları, menkul mallara ve alacaklara nazaran birtakım özellikler göstermektedir. Hak sahibinin rızasıyla henüz umuma arz¹² edilmemiş, yani Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 7. maddesinin 1. fıkrası çerçevesinde alenîleşmemiş olan eserlerin, sahiplerinin mahremiyet alanına dâhil olmaları; alenîleşmiş olan eserlerin ise, malî hakların yanı sıra manevî hakların varlığına ilişkin unsurları içermeleri sebebiyle kanun koyucu tarafından cebri icra faaliyetine ilişkin belli sınırlamalar öngörülmüş¹³; Kanun'un 61. ve 62. maddelerinde haczin mümkün olmadığı haller ile haczin mümkün olduğu haller ayrı ayrı sayılmıştır. Anılan kanun hükümleri incelendiğinde, kanun koyucunun fikir ve sanat eserlerinin cebri icraya¹⁴ konu olup olmayacağı

¹² Umuma arz, eserin ülkenin bütününde veya bir bölümünde herhangi bir şekilde tanıtılması ya da ifşa edilmesi, toplumun bilgisine sunulması suretiyle aleniyete kavuşması anlamına gelmektedir. Örneğin, bir musiki eseri seslendirilerek, bir tablo herkesin görebileceği bir yere asılarak, bir tiyatro piyesi sahnelenerek, bir raks oynanarak, bir film gösterilerek, radyo veya televizyonla yayınlanarak umuma arz edilmiş olur. Umuma arz için eserin yayımlanmasına, temsiline veya çoğaltılmasına gerek bulunmamakta; eserin herhangi bir şekilde bir insan grubunun bilgisine sunulması kâfi olmaktadır (Engin **Erdil**, İçtihatlı ve Gerekeçli Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Şerhi, 3.Bası, C.II, İstanbul 2009, s. 1111). Umuma arz kavramı hakkında ayrıntılı açıklamalar için ayrıca bkz. Fırat **Öztaş**, Eserin Alenîleşmesi ve Yayınlanması, Prof. Dr. Bilge Öztaş'a Armağan, Ankara 2008, s. 695 vd.

¹³ **Tekinalp**, Fikrî Mülkiyet, s. 240.

¹⁴ Cebri icranın caiz olmadığı haller hakkında düzenleme getiren FSEK. m. 61'de ilâmlı icraya ilişkin olan İİK.m.24 ve m.30 hükümlerinin saklı olduğu belirtilmiş; kanun koyucu tarafından cebri icranın yasaklandığı hallerde bile ilâmlı icraya ilişkin hükümlerin uygulanmasına imkân tanınmıştır. FSEK.m. 61 bağlamında İİK.m.24 ve m.30'un uygulanması hakkında ayrıntılı açıklamalar ve tartışmalar için ayrıca bkz. **Arslanlı**, s. 202-203; **Görgün**, s. 153; Sümer **Altay**, 5846 Sayılı FSEK Bağlamında Malî Hakların Hacine ve İflâs Masasına Girmesine İlişkin Bazı Faraziyelerin Değerlendirilmesi, İHFM 1998, C.LVI, S. 1-4, Prof. Dr. Hıfzı Veldet Velidedeoğlu'na Armağan Sayısı, s. 211 vd.; Seyithan **Deliduman**, 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununa Göre Haczin Konusu, Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı, Ankara 08-11 Ocak 2002, s. 871-872; **Taş Korkmaz**, s. 340-342; **Erdil**, s. 1113-1114; **Öztaş**, Fikir ve Sanat Eserleri, s. 604; **Erel**, s. 327-328; **Taş Korkmaz**, İflâs Masası, s. 160; **Bozbel**, s. 372-374; **Tekinalp**, Fikrî Mülkiyet, s. 245-246.

hususunda “alenîleşme” kavramını esas aldığı anlaşılmaktadır. Alenîleşme neticesinde eser sahibi, eseri özel yaşam alanının dışına çıkararak kamuya sunmakta ve bundan ekonomik yarar sağlamayı amaçlamakta¹⁵; söz konusu ekonomik değer varlığı da cebrî icra faaliyetinin gerçekleştirilmesine imkân tanımaktadır¹⁶.

Bu çerçevede, Kanun’un 61. maddesinin 1.bendinde eser sahibinin veya mirasçılardan birinin mülkiyetinde bulunan henüz alenîleşmemiş bir eserin müsveddelerinin veya asıllarının cebrî icra faaliyetinin kapsamı dışında tutularak, bunların haczedilemeyecekleri ve haczi kabil mal olarak iflâs masasına dâhil edilemeyecekleri açıkça belirtilmiştir. Kanun koyucunun bu yönde bir düzenleme getirmesi, alenîleşmemiş ve eser sahibinin veya mirasçılarının mülkiyeti altında bulunan bir eserin aslı ile müsveddelerinin eser sahibinin özel yaşam alanına dâhil olup¹⁷, eser hakkında karar verilmesinin ve eserin kaderini tayin hakkının münhasıran eser sahibine veya onun arzusu doğrultusunda mirasçılara ait olduğu¹⁸ düşüncesine dayanmaktadır¹⁹. İlgili hükümden de açıkça anlaşıldığı üzere, bir eserin cebrî icraya konu olamaması için alenîleşmeme ve eser sahibinin veya mirasçılardan birinin mülkiyetinde bulunma şartlarının her ikisinin birlikte var olması gerekmektedir²⁰.

¹⁵ Patricia **Cornaz**, L’exécution forcée des droits de propriété intellectuelle, Lausanne 2002, s. 103.

¹⁶ Örneğin, bir ressamın tablolarını üzerlerinde fiyatlarıyla birlikte sergileyeceği bir serginin açılışını basın yoluyla duyurması, bir sinema eseri sahibinin filmini vizyonda gösterime sunması bu kapsamdadır (**Cornaz**, s. 105).

¹⁷ Eser henüz sahibinin fiilî hâkimiyeti altında bulunmaktayken, yaratıcısının kişiliğinin bir parçasıdır. Bu sırada cebrî icraya imkân tanınması eser sahibinin maneî haklarına tecavüz teşkil edecek; paraya çevirme neticesinde eser, sahibinin rızası hilafına alenîleşmiş olacaktır (**Görgün**, s. 152 ve 161).

¹⁸ Örneğin, eser sahibi veya mirasçıları eserin aslı ile müsveddeleri üzerinde her an istediği değişikliği yapabilecek; eseri tahrip edebilecek; eseri umuma arzdan geçici veya devamlı olarak vazgeçebilecektir.

¹⁹ **Arslanlı**, s. 200-201; **Öztaş**, Fikir ve Sanat Eserleri, s. 601; **Tekinalp**, Fikrî Mülkiyet, s. 242.

²⁰ Eser sahibinin veya mirasçılardan birinin mülkiyetinde bulunma şartı alenîleşmeme şartıyla doğrudan bir bağıllık içindedir. Eser sahibinin veya mirasçılardan birinin mülkiyetinden çıkmış olan bir eserin dolaylı da olsa sahibinin iradesiyle alenîleştiği kabul edilebilecektir. Örneğin, bir ressam sipariş üzerine resim yapıp resmi sipariş veren

Kanun'un 61. maddesinin 2. bendinde, sinema eserleri haricinde²¹ eser sahibinin veya mirasçılardan birinin mülkiyetinde bulunan henüz alenîleşmemiş bir eserin müsveddeleri ya da asılları üzerindeki malî hakların da cebrî icra faaliyetinin dışında kalacağı öngörülmüştür²². Burada cebrî icra yasağı

kişiye teslim etmiştir. Sipariş veren kişi de bu resmi doğum günü partisinde karısına hediye etmek istediğinden, kimseye göstermeden kendi evindeki çalışma odasında saklamıştır. Resim, yalnızca sipariş veren kişiye teslim edilip umuma arz edilmemiş olmakla birlikte, resmin mülkiyeti ressamdan diğer kişiye geçmiştir. Bu durumda, ressam resmi teslim ederek sipariş veren kimseye resmi alenîleştirilme imkânı tanımış; alenîleşmenin şekli ile zamanını tayin etme hakkını ona bırakmıştır. Belirtilen ihtimalin varlığı halinde, sipariş veren kişinin evine malları üzerine haciz koymak için gelen icra memuru söz konusu resmi de haczedebilecektir (**Tekinalp**, Fikrî Mülkiyet, s. 242).

²¹ Sinema eserlerinin ilgili hükmün kapsamı dışında bırakılıp, bu eserlerin üzerindeki malî hakların cebrî icraya konu olmasına imkân tanınması, sinema eserlerinin, alenîleşmemiş bile olsalar, diğer eserlerden farklı olarak, aktörler, aktristler, figüranlar, kameramanlar, ışıkçılar, senaristler, yönetmenler, yönetmen yardımcısı gibi çok geniş bir çevre tarafından bilindikleri ve tamamlandıkları anda sahiplerinin malvarlığında ticarete hazır buldukları düşüncesine dayanmaktadır (**Arslanlı**, s. 202; **Görgün**, s. 153; **Ayiter**, s. 224; **Tekinalp**, Fikrî Mülkiyet, s. 245). Sinema filmi vizyona girmişse, filmin gişe gelirlerinin haczedilebileceği veya filmin DVD hakları için alacağı bandroller üzerinden işlem yaptırılarak haciz konulabileceği hususunda bkz. **Bozbel**, s. 375. Sinema eserleri üzerindeki malî haklar uygulamada genellikle film yapımcıları tarafından kullanıldığından, film yapımcılarının eser sahiplerinden eser üzerindeki malî hakları sözleşmeyle devralarak bu hakları kullanma konusunda münhasıran hak sahibi oldukları, bu devir işleminden sonra film yapımcısı iflâs ettiği takdirde tamamlanmış sinema eseri üzerindeki malî hakların film yapımcısının iflâs masasına gireceği hususunda bkz. **Taş Korkmaz**, İflâs Masası, s. 163.

²² İsviçre Hukuku'nda ise, cebrî icraya ilişkin düzenleme getiren Eser Sahibinin Hakkına ve Komşu Haklara İlişkin Federal Kanun'un 18. maddesi incelendiğinde, eser üzerindeki malî hakların cebrî icraya konu olabilmesi hususunda eserin sahibinin izniyle ifşa edilmiş olması şartının arandığı anlaşılmaktadır. Türk Hukuku'ndaki "alenîyet" kavramına benzer şekilde İsviçre Hukuku'nda "ifşa" kavramı kullanılmış ve cebrî icra faaliyetinin yerine getirilebilmesi bu şartın gerçekleşmesine bağlanmıştır. Kanun metni için bkz. <http://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19920251> Fransız Hukuku'nda Fikrî Mülkiyet Kanunu'nda eser üzerindeki malî hakların cebrî icraya konu olup olamayacağı hususunda açık bir düzenleme bulunmamakla birlikte, anılan hakların haczedilebileceği doktrinde kabul edilmektedir. Bkz. Jean **Vincent**/Jacques **Prévault**, Voies d'exécution et procédures de distribution, 18^e édition, Paris 1995, s. 79; Anne **Leborgne**, Voies d'exécution et procédures de distribution, Paris 2009, s. 598.

yalnızca malî haklar bakımından söz konusu olmakta; bu hakların devri veya üzerlerinde lisans hakkı tanınmış olması sebebiyle alınmış ya da alınacak olan paraları, yani alacakları kapsamamaktadır. O halde, alenileşmemiş ve sahibinin ya da mirasçılarında birinin maliki olduğu bir eserin aslı veya müsveddesi üzerindeki malî hakların devrine veya ruhsat verilmesine dair taahhütlerden doğan alacakları da haczedilebilecek²³; eser sahibinin ya da mirasçılarında birinin iflâs masasına dâhil edilebilecektir²⁴.

Kanun'un 61. maddesinin 3. bendinde ise, eser sahibinin malî haklara ilişkin hukukî işlemlerden doğan para dışındaki alacaklarının cebrî icranın konusu olamayacağı belirtilmiştir²⁵.

Doktrinde bir görüş tarafından, kanun maddesi lâfzen yorumlanmış ve hükümde geçen "para alacakları" ifadesinin tahdidi olarak kullanıldığından bahisle, eser sahibinin malî haklarına ilişkin hukukî işlemlerden kaynaklanan para dışındaki alacakların kesinlikle cebrî icraya konu olamayacağı savunulmuştur²⁶.

Buna karşılık diğer görüş tarafından ise, amaçsal yorum yapılarak kanun koyucunun asıl gayesinin eser sahibinin şahsına bağlı olan, para dışındaki alacakları cebrî icra konusu olamayacağını ifade etmek olduğu dile getirilmiştir. Sözü geçen görüşe göre, malî haklarla ilgili işlemlerden doğup, başkalarına temlik edilebilen bu tarz aynî alacakların cebrî icranın kapsamı dışında bırakılmasının makul bir gerekçesi bulunmadığından, manevî hakları ihlâl etmediği sürece para dışındaki alacakların da cebrî icranın konusunu teşkil edebileceğini kabul etmek gerekmektedir²⁷.

²³ **Tekinalp**, Fikrî Mülkiyet, s. 243.

²⁴ **Taş Korkmaz**, İflâs Masası, s. 160.

²⁵ Örneğin, eser sahibi çoğaltma hakkını para yerine çoğaltılmış nüshalardan bir kısmının kendisine verilmesi karşılığında devretmişse, bu alacak hakkı paraya değil bir mala ilişkin olduğundan, ilgili hakkın cebrî icra konusu olması da mümkün olacaktır (**Erel**, s. 330; **Taş Korkmaz**, İflâs Masası, s. 151).

²⁶ **Deliduman**, s. 875-876; **Bozbel**, s. 369; **Tekinalp**, Fikrî Mülkiyet, s. 244 ve 250.

²⁷ **Arslanlı**, s. 202; **Ayiter**, s. 229; **Taş Korkmaz**, s. 338-339; **Erdil**, s. 1119-1120; **Erel**, s. 330; **Taş Korkmaz**, İflâs Masası, s. 151. İsviçre Hukuku bakımından aynı yönde bkz. **Cornaz**, s. 106.

Kanaatimizce de anılan görüş benimsenmeli ve eser sahibinin para dışındaki alacaklarının cebrî icraya konu olup olamayacağı hususunda manevî hakları ihlâl edip etmedikleri²⁸; bu alacakların malî bir değeri bulunmakla birlikte, sahip oldukları manevî değerlerinin parasal değerlerinden fazla olup olmadığı²⁹ hususunda somut olayın şartları dâhilinde bir değerlendirme yapılmalıdır. Yapılan değerlendirme neticesinde, söz konusu alacaklar eser sahibinin kişilik hakları çerçevesinde önem taşıyan manevî haklarını bertaraf etmiyorlarsa, malî yönleri manevî yönlerine nazaran ön planda bulunuyorsa, hiç şüphesiz sahip oldukları parasal değer itibariyle bunların cebrî icranın kapsamına alınmaları gerekecektir.

Kanun'un 62. maddesinde, alenîleşmiş bir eserin müsveddesinin veya aslının³⁰, yayımlanmış bir eserin çoğaltılmış nüshalarının, eser sahibinin korunmaya değer manevî menfaatlerini, yani manevî haklarını ihlâl etmemek

²⁸ Örneğin, eser sahibinin malî haklara ilişkin işlemlerinden doğan para dışındaki alacağı çoğaltılmış nüshaların kendisine verilmesine ilişkinse, ortada eser sahibinin şahsına bağlı olmayan malî bir değer taşıyan bir alacak bulunduğundan, söz konusu alacak cebrî icraya konu olabilecektir.

²⁹ Örneğin, çoğaltılmış bir eserin belli sayıda nüshası dostlarına armağan etmesi veya saklaması için eser sahibine bedava verilmişse, malî haklara ilişkin işlemlerden doğan para dışındaki alacağın malî değerinden ziyade manevî değeri ön planda bulunmaktadır. Bu durumda, söz konusu alacağın eser sahibinin şahsına bağlı olduğu kabul edilmeli ve alacak cebrî icraya konu edilmemelidir (**Taş Korkmaz**, s. 339; **Taş Korkmaz**, İflâs Masası, s. 151).

³⁰ Alenîleşme, gerek eserin aslı, gerekse müsveddeleri bakımından mutlaka aranmalıdır; dolayısıyla eser henüz alenîleşmemişse, bu eserin müsveddeleri de cebrî icraya konu olamayacaktır (**Deliduman**, s. 868-869). Eserin cisimlendiği maddî malın cebrî icrası için eser mutlaka tamamlanmış olmalıdır. Eser bitmeden kamuya sunulmuş bile olsa, tamamlanmasına engel olacak şekilde müsveddelerin veya eser parçalarının üzerinde cebrî icra uygulanması, eser sahibinin kişilik haklarının ihlâline sebep olacaktır. Bu nedenle, müsveddeler, yalnızca tamamlanmış bir esere ait oldukları takdirde cebrî icranın konusunu teşkil edebilecektir (**Erel**, s. 328). Alenîleşmemiş olmakla birlikte, eser sahibi veya mirasçıları tarafından devredilmiş bir eserin müsveddelerinin ve aslının cebrî icraya konu olması mümkündür. Çünkü, eserin aslı veya müsveddesi eser sahibi ya da mirasçıları tarafından devredilerek ekonomik olarak değerlendirilmiş ve böylece eser sahibinin özel alanından uzaklaştırılarak alenîleştirilmiştir. O halde, alenîleşmemiş olmakla birlikte eser sahibi veya mirasçıları tarafından devredilmiş bir eserin müsveddesi ya da aslı haczedilebilecek; haczi kabil mal olarak bunları devralanın iflâs masasına girebilecektir (**Taş Korkmaz**, İflâs Masası, s. 155).

şartıyla³¹ alenîleşmiş bir eser üzerindeki malî hakların³², eser sahibinin malî haklara ilişkin hukukî işlemlerden doğan para alacaklarının cebrî icranın konusunu teşkil edebileceği belirtilmiştir³³.

³¹ Örneğin, çoğaltma hakkını haczedenden bir alacaklı, eseri dilediği gibi bastıramayacak; tercüme hakkını haczedenden bir alacaklı, eserin tercümesini bu işin uzmanı olmayan bir kişiye yaptıramayacaktır (Öztañ, Fikir ve Sanat Eserleri, s. 607).

³² İsviçre Hukuku'nda ise, Türk Hukuku'ndaki alenîleşmeye benzer şekilde Eser Sahibinin Hakkına ve Komşu Haklara İlişkin Federal Kanun'un 18. maddesinde eserin ifşa edilmiş olması koşulu aranmış; ancak bu koşulun yanı sıra Kanun'un 10.maddesinde ve 11. maddesinde sayılan hakların eser sahibi tarafından kullanılmış olması da eser üzerindeki hakların cebrî icraya konu olabilmesi için zorunlu kılınmıştır. Kanun'un 10. ve 11. maddelerinde eser sahibinin eserin nüshalarını basılmış olarak, fonogram, videogram veya benzeri şekillerde yayınlaması, bunları kamuya sunması, devretmesi ya da herhangi bir şekilde piyasaya sürmesi, bir müzik eserini seslendirmesi, icra etmesi, eseri tanıttığından ya da piyasaya sürdüğünden başka bir yerde doğrudan veya zamanını kendisi belirleyerek herkesin erişebileceği şekilde eseri duyurması veya izlettirmesi, eseri televizyon, radyo ya da benzeri vasıtalarla yayınlaması, yayınlanmış olan eseri yeniden yayınlaması, piyasaya sunulmuş, yayınlanmış veya yeniden yayınlanmış eserleri izlettirmesi ve dinlettirmesi, eser sahibinin eser üzerinde değişiklik yapabilmesi, işleme veya derleme eser yaratabilmesi, eser sahibinin sahip olduğu malî haklar olarak öngörülmüştür. Kanun koyucu, bu saydığımız malî haklardan hangisi kullanılıyorsa, yalnızca o hakkın üzerinde cebrî icra faaliyetinde bulunulmasına imkân tanımıştır (Cornaz, s. 108-109). Kanaatimizce, Türk Hukuku'nda da malî hakların cebrî icraya konu olabilmeleri hususunda yalnızca eserin alenîleşmiş olması şartı aranmamalı; tüm malî haklar üzerinde cebrî icraya imkân tanımak yerine yalnızca eser sahibinin fiilen yararlandığı malî haklar üzerinde cebrî icra faaliyeti icra edilmelidir. Hem külli, hem de cüzi tasfiyenin amacı eser sahibi borçlunun haczi kabil mallarının paraya çevrilmesi olmakla birlikte, burada borçlunun sahip olduğu taşınır, taşınmaz malları, alacakları ile eser üzerindeki malî hakları arasında bir ayırım yapılmalı; fiilen yararlanmayıp, ekonomik bir gelir elde etmediği malî hakları üzerinde cebrî icra işlemleri yapılmamalıdır. Cebrî icrada ölçülülük ilkesinin gözetilmesi adına uygulamada bu hususa özellikle dikkat edilmeli; oluşabilecek tereddütleri ortadan kaldırabilmek için FSEK.m.62'de İsviçre Hukuku'ndakine benzer bir düzenlemeye yer verilerek, bu yönde bir değişiklik yapılmalıdır. Eser üzerindeki malî hak konuları oluşturulmamışsa, manevî hakların ihlâli tehlikesi söz konusu olabileceğinden FSEK.m.62'nin değiştirilip malî haklarda cebrî icrayı eser sahibinin veya mirasçılarının onayına tâbi tutan ya da bu haklardan eser sahibince yararlanılmış olmasını şart koşan bir düzenlemeye yer verilmesi gerektiğine ilişkin görüş için bkz. Taş Korkmaz, İflâs Masası, s. 158-159.

³³ Bazı hallerde hem eserin çoğaltılmış nüshaları, hem de eser üzerindeki malî haklar birlikte cebrî icra konusu olabilecektir. Örneğin, alenîyete kavuşmuş bir sinema eserinin

Fikrî hakların cebrî icraya konu olup olamayacakları hususuyla doğrudan bağlantılı olan bir mesele de eser sahibinin hakları ile bağlantılı hakların cebrî icranın konusunu teşkil edip etmeyeceğidir. Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 80. maddesinde icracı sanatçılar, fonogram yapımcıları, film yapımcıları ve radyo televizyon kuruluşları bağlantılı hak sahipleri³⁴ olarak sayılmıştır. Bir taraftan, korunmak istenen kişilerin bir kısmının ortaya koydukları "icra" adı verilen "ürün"ün fikrî bir niteliği haiz olup esere çok benzemesi; diğer taraftan, icranın yokluğu halinde eserin hitap ettiği kitlelere gereği gibi ulaşmasının imkânsız olması sebebiyle, bağlantılı hakları da hukuken himaye etmek gerekmiştir³⁵. Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda, İsviçre Hukuku'ndan farklı olarak, eser üzerindeki malî hakların cebrî icraya konu olabilmesine ilişkin Eser Sahibinin Hakkına ve Komşu Haklara İlişkin Federal Kanun'un 18. maddesindeki düzenlemeye atıf yaparak, bağlantılı hakların da cebrî icra konusu olduklarını düzenleyen Kanun'un 38. maddesindeki³⁶ benzer bir hüküm bulunmamaktadır.

Doktrinde, icracı sanatçıların malî haklarını uygun bir bedel karşılığında sözleşme ile yapımcıya devredebileceklerine ilişkin Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 80. maddesinin 1.fikrasının A bendinin 5 numaralı alt bendindeki düzenlemeden yola çıkılarak bir sonuca varılmaya çalışılmıştır. İracı sanatçıların malî haklarını uygun bir bedel karşılığında sözleşme ile yapımcıya devredebilmeleri sayesinde, malî hak devreden sanatçının mal varlığından çıkararak devralanın malvarlığına geçmekte; devreden malvarlığı üzerinde doğrudan sonuç doğuran bir tasarruf işlemi yapmaktadır³⁷. İracı

cebrî icraya konu olması ile bu filmin yayınlanmasına ilişkin malî hakkın da cebrî icra konusu olması birbirinden ayrılmaz haldedir. Böyle bir durumda, eserin nüshasının ekonomik değeri alacaklıları bundan mahrum edemeyecek derecede yüksek olmadıkça, nüshanın haczinden vazgeçilmeli; yalnızca ilgili malî hakkın haczi tercih edilmelidir (Cornaz, s. 113).

³⁴ Bağlantılı hak sahipleri hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. Cem Baygın, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'na Göre Eser Sahibinin Hakları İle Bağlantılı Haklar, AÜEHFD 2001, C.V, S. 1-4, s. 300 vd.; Erel, s. 207 vd.; Bozbel, s. 380 vd.; Tekinalp, Fikrî Mülkiyet, s. 271 vd.; Karahan/Suluk/Saraç/Nal, s. 121 vd.

³⁵ Tekinalp, Fikrî Mülkiyet, s. 270.

³⁶ Bu hususta bkz. Cornaz, s. 115.

³⁷ Tekinalp, Fikrî Mülkiyet, s. 279.

sanatçılar malî haklarını devredemediklerine göre, bu haklar haczedilebilecek ve icracı sanatçılar, iflâsa tâbi kişiler olup iflâs ettikleri takdirde, söz konusu haklar onların iflâs masasına dâhil olabilecektir. Fonogram yapımcıları ile film yapımcıları bakımından ise, Kanun'un 80. maddesinin 1.fıkrasının B bendinin 1 numaralı alt bendindeki düzenleme ile aynı maddenin 2. fıkrasının 1. bendindeki düzenlemeyi dikkate alarak, sahip oldukları malî hakları kullanma haklarının malvarlığına ilişkin devredilebilir nitelikte haklar olduğundan bahisle, bu hakların haczinin ve anılan kimselerin iflâsı halinde sözü geçen hakların iflâs masasına kaydının mümkün olacağı sonucuna varılabilecektir. Radyo-televizyon kuruluşları açısından da Kanun'un 80. maddesinin 1. fıkrasının C bendinin alt bentlerindeki hükümler çerçevesinde ilgili kuruluşların sahip oldukları hakların, malî nitelikte olmaları sebebiyle devredilmeleri mümkün olacak; dolayısıyla bu haklar da haczin ve iflâsın konusunu teşkil edebilecektir³⁸. Kanaatimizce, anılan hükümlerden açıkça anlaşıldığı üzere, söz konusu bağlantılı hak sahipleri malî haklarını devrederek bir tasarruf işlemi yapmakta; karşılığında ise, maddî değeri olan bir karşılık elde etmektedirler. Devredilebilen malî haklar ekonomik bir değeri haiz olduğundan, bunların cebrî icraya konu teşkil edileceği hususunda da herhangi bir tereddüt duyulmamalıdır.

B. Cebrî İcraya Konu Olan Sınaî Haklar

1. Markalar

Markaların Korunması Hakkında 556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 5.fıkrasında marka, "*bir teşebbüsün mal veya hizmetlerini bir başka teşebbüsün mal veya hizmetlerinden ayırt etmeyi sağlaması koşuluyla, kişi adları dâhil, özellikle sözcükler, şekiller, harfler, sayılar, malların biçimi veya ambalajları gibi çizimle görüntülenebilen veya benzer biçimde ifade edilebilen, baskı yoluyla yayınlanabilen ve çoğaltılabilen her türlü işareti içerir*" şeklinde tanımlanmıştır. Kanun Hükmünde Kararname'nin 19. maddesinde belirtildiği üzere, tescilli marka üzerindeki hak haczi kabil bir niteliği haiz olduğundan, ticarî işletmeden bağımsız olarak haczedile-

³⁸ **Taş Korkmaz**, İflâs Masası, s. 168 vd.

bilecek³⁹ ve bunun doğal bir sonucu olarak İcra ve İflâs Kanunu'nun 184. maddesi uyarınca marka sahibinin iflâs masasına dâhil olabilecektir⁴⁰.

Kanun Hükmünde Kararname'nin 19. maddesinde markanın cebrî icraya konu olabilmesi için tescilli olması gerektiği özel olarak belirtilmiştir⁴¹. Marka tescil edilmekle, münhasıran sahibine ait bir kullanma hakkı vermekte; marka üzerindeki hak devir, rehin, cebrî icra gibi hukukî işlemlerin konusunu teşkil edebilmektedir⁴².

Tescil başvurusunda bile bulunulmamış ve kullanılmamış bir marka ayırt edici niteliğe⁴³ sahip olmadığı için, bu marka üzerindeki hak da cebrî icranın konusunu teşkil etmeyecektir⁴⁴. Ancak, bir markanın tescil başvurusunda bulunulmaksızın kullanılması da mümkündür. Fiilen kullanılan marka üzerindeki hak ekonomik bir değeri haiz olup devredilebildiğinden⁴⁵, marka hakkı üzerinde cebrî icra faaliyetine girişilebilecektir⁴⁶. Tescil başvurusunda

³⁹ **Tekinalp**, Fikrî Mülkiyet, s. 465. Bu durumda, markanın da işletmeden ayrı olarak veya işletmeyle birlikte paraya çevrilmesi mümkündür. Özellikle, daha büyük bir ekonomik değer elde edilebilmesinin mümkün gözüktüğü hallerde, bunların birlikte paraya çevrilmesi tercih edilmelidir (**Cornaz**, s. 100).

⁴⁰ **Cornaz**, s. 96; **Taş Korkmaz**, s. 176.

⁴¹ İsviçre Hukuku'nda ise, Markaların ve Menşe İşaretlerinin Korunmasına Dair Federal Kanun'un 19. maddesinin 1. fıkrasında, marka hakkının cebrî icranın konusunu teşkil edebileceği belirtilmiş; Türk Hukuku'ndan farklı olarak tescilli olması gerektiği özel olarak belirtilmemiştir. Ancak, konuya ilişkin açıklamalarımızda da değineceğimiz üzere, marka hakkının cebrî icraya konu olup olamayacağı hususunda doktrinde markanın tescilli veya tescilsiz olmasına dayanılarak bir sonuca varılmaya çalışılmaktadır. Kanun metni için bkz. <http://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19920213/201107010000/232.11.pdf>

⁴² **Cornaz**, s. 96-97.

⁴³ Ayırt edici nitelik, bir işaretin uzun zamandan beri kullanılması, gazetelerde, televizyonda veya diğer reklam araçlarında toplumun dikkatine sunulması suretiyle belleklerde yer etmesi anlamına gelmektedir (**Tekinalp**, Fikrî Mülkiyet, s. 365).

⁴⁴ **Cornaz**, s. 94.

⁴⁵ Fiilen kullanılan, tescil edilmemiş markanın ticarî işletmeden bağımsız olarak devredilememesi dolayısıyla, işletmeden ayrı olarak cebrî icraya konu olması mümkün değildir. Nitekim, İsviçre Hukuku'nda Markaların ve Menşe İşaretlerinin Korunmasına Dair Federal Kanun'un 14. maddesinin 2. fıkrasında bu yönde bir düzenlemeye yer verilmiştir.

⁴⁶ Bkz. ATF 81 III 122 (**Cornaz**, s. 95).

bulunmakla birlikte henüz tescil edilmemiş marka bakımından ise, ortada marka hakkının elde edilmesine yönelik parasal değeri haiz devredilebilir beklenen bir hak söz konusu olduğundan, ilgili hakkın cebrî icraya konu olması mümkündür⁴⁷.

Tescilli bir markanın, marka sahibinin adını içermesi durumunda, marka hakkının cebrî icra konusu olup olamayacağı da çözümlenmesi gereken önemli bir meseledir. İlk bakışta, marka sahibinin adı kişilik haklarına dâhil olup, kişilik haklarının devredilememesi sebebiyle, cebrî icraya konu olamayacak gibi gözükmektedir. Bununla birlikte, marka olarak tescil edilip kullanılan bir isim, ayırt edici bir nitelik kazanmak ve piyasada ekonomik bir değer elde etmek için şahsi karakterini kaybetmektedir⁴⁸. O halde, marka hakkının devredilebilirliği ve cebrî icraya konu olabilirliği, kişilik haklarına ilişkin hususlar göz önünde bulundurulmaksızın marka hukukuna ilişkin prensipler ışığında değerlendirilmelidir⁴⁹. Kişinin ismini marka olarak kullanması, bu isme ekonomik değer kazandırılıp ismin ticarîleştirildiği anlamına geldiğinden, isim markası cebrî icraya konu olabilecektir. Çünkü, kişinin ismini kendi rızasıyla markaya dönüştürerek, adının ticarî amaçlarla kullanımına izin vermesi, marka üzerindeki hakkının ismi üzerindeki hakkının koruma alanından soyutlandığını ve bağımsız bir değer olan markanın konusu haline geldiğini ortaya koymaktadır⁵⁰.

⁴⁷ **Cornaz**, s. 96. Beklenen haklar üzerinde cebrî icra faaliyeti hakkında bkz. aşa. II, A. Markanın tescili için yapılan başvurudan doğan hakkın haczedilebileceği ve dolayısıyla iflâs masasına dâhil olacağı hususunda bkz. **Taş Korkmaz**, İflâs Masası, s. 177. Ayrıca, KHK. m.22/f.I'de haciz ile ilgili hukukî işlemlerin marka başvurularına da uygulanacağı belirtilerek, marka başvurularından doğan hakkın da cebrî icra konusu olabileceği ortaya konulmuştur.

⁴⁸ Bkz. ATF 116 II 614 (Regeste) (<http://www.bger.ch/fr/index/jurisdiction/jurisdiction-inherit-template/jurisdiction-recht-leitentscheide1954-direct.htm>).

⁴⁹ **Cornaz**, s. 97-98.

⁵⁰ Hamdi **Yasaman**/Sıtkı Anlam **Altay**/Tolga **Ayoğlu**/Fülürya **Yusufoğlu**/Sinan **Yüksel**, Marka Hukuku, 556 Sayılı KHK Şerhi, İstanbul 2004, s. 716-717; Mücahit **Ünal**, Marka Tescilinden Doğan Haklarla İlgili Hukukî İşlemler, Ankara 2007, s. 110; **Taş Korkmaz**, İflâs Masası, s. 178; Uğur **Çolak**, Türk Marka Hukuku, İstanbul 2012, s. 715. Kişilik haklarının sahip olduğu üstün değer nedeniyle, söz konusu hakların cebrî icra yoluyla bertaraf edilmesine izin verilmemesi hususunda bkz. **Tekinalp**, Fikrî Mülkiyet, s. 466. Markanın kişinin ad ve soyadından oluşmasının cebrî icraya engel olmayacağı, kişilik

Marka hakkının haczi mümkün olmakla birlikte, İcra ve İflâs Kanunu'nun 82. maddesinin 1. fıkrasının 2. ve 4. bentlerinin markalar bakımından da uygulama alanına sahip olup olamayacağı incelenmelidir. Marka hakkının borçlunun mesleğini sürdürmesi için gerekli olan eşya kapsamında değerlendirilip haczedilemeyeceğinin kabul edilmesi kural olarak mümkün olmamakla birlikte, doktrinde tek meslekî faaliyeti sahibi olduğu marka altında ürünlerini satmak olan bir borçlu bakımından haczedilmezliğin istisnaî olarak benimsenebileceği savunulmuştur⁵¹. İlgili kanun hükümleri incelendiğinde, “*borçlunun mesleğini sürdürebilmesi için gerekli olan her türlü eşya*”, “*sanat ve mesleki için lüzumlu olan alat ve edevat*” ifadelerine yer verilerek menkul mallardan söz edildiği, marka hakkının hacze konu olması çerçevesinde hakların madde metnine alınmadığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla, marka hakkının haczi bakımından anılan hükümler doğrudan uygulanamayacak; bunların kıyasen tatbiki gündeme gelebilecektir. Sözü geçen hükümlerin kıyasen tatbik edilip marka hakkının haczedilemeyeceği hususunda da geniş bir yorumda bulunmaktan kaçınılmalı; somut olayın şartları dâhilinde borçlunun asgari geçim düzeyi dikkate alınarak, yalnızca kendine yetecek kadar çok az bir ekonomik gelir elde edebilen gerçek veya tüzel kişiler açısından marka hakkının haczedilmezliği kabul edilmelidir. Aksi düşüncenin kabulü, ekonomik değeri haiz olan marka hakkının haczedilemeyecek, alacaklıların âslâ tatmin edilememelerine yol açacaktır.

Somut olayın şartları dâhilinde, haczedilmezliğin kabul edilemeyeceği hallerde ise, marka hakkı Kanun'un 106. maddesinin 2. fıkrasının kıyasen uygulanması neticesinde taşınır olarak kabul edildiğinden, Kanun'un 85. maddesinin son fıkrası çerçevesinde hacizde tertip ilkesi göz önünde bulundurularak, diğer taşınır eşyaların değerlerinin alacağı karşılamaması halinde marka hakkının haczi yoluna gidilmesi en uygun çözüm olacaktır. Bu çerçevede, taşınırlardan muhafaza ve satılması kolay olan, yokluğu borçlu için en az yük teşkil eden malların diğerlerine nazaran öncelikle haczedilmeleri

haklarının zedelenmesinin daha ziyade markanın kullanımına ilişkin bir husus olduğu yönünde bkz. Murat **Dönmez**, Marka Haczi ve Paraya Çevrilmesi, TBBD 2009, S. 84, s. 376-377.

⁵¹ **Cornaz**, s. 101. Alan adları bakımından somut olayın şartları dâhilinde anılan hükümlerin kıyasen uygulanabileceği hususunda bkz. Serdar **Kale**, Domain Name Alan Adlarının Haczi, Ankara 2013, s. 85 vd.

gerekmektedir⁵². Marka hakkının ise, gerek, paraya çevirme usûlünün doğrudan Kanun'da düzenlenmeyip 120. madde uyarınca icra mahkemesine başvurulup, akabinde değer tespiti için bilirkişi incelemesi yaptırılması sebebiyle satış prosedürünün uzun sürebilecek olması; gerekse önemli bir ekonomik bir değer içererek borçlunun geçimi için büyük önem arz etmesi sebebiyle diğer taşınır mallardan sonra haczedilmesi isabetli olacaktır.

2. Patentler

Dar anlamda patent, kanundaki koşulları taşıyan bir buluş için verilen yazılı belgeyi; geniş anlamda patent ise, hem buluş üzerindeki inhisari kullanma yetkisini sağlayan mutlak hakkı, hem de bu hakkı ispatlayan belgeyi ifade etmektedir⁵³. Açıklamalarımız doğrultusunda, doktrinde patent, buluş sahibinin yaratıcı düşüncesinin belirli bir zaman diliminde yasal hükümler çerçevesinde korunma altına alındığını gösteren belge olarak tanımlanmıştır⁵⁴. 551 Sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'de ise, patent kavramına ilişkin herhangi bir tanıma yer verilmemiş; yalnızca 5. maddede bir buluşun patent verilerek korunabilmesi için buluşun yeni olması⁵⁵, tekniğin bilinen durumunu aşması⁵⁶, sanayide uygulanabilir olması⁵⁷ gerektiği belirtilmiştir⁵⁸.

⁵² M.Kâmil Yıldırım, İcra Hukukunun Anayasa ile İlişkisi ve Ölçülülük İlkesi, Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Ocak-Aralık 1989, C.IV, S. 1-3, s. 107; Baki Kuru, İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, 2.Baskı, Ankara 2013, s. 425; Baki Kuru/Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz, İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, 27.Baskı, Ankara 2013 s. 238; Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Meral Sungurtekin Özkan/Muhammet Özekes, İcra ve İflâs Hukuku, 11. Bası, Ankara 2013, s. 297. Bu hususta ayrıntılı açıklamalar için ayrıca bkz. Kudret Aslan, Tacizde Sıra (Tertip), AÜHFD 2005, C.LIV, S. 2, s. 294 vd.; Muhammet Özekes, İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler, Ankara 2009, s. 212 vd.

⁵³ Arslan Kaya, Türk Hukukunda Patentten Doğan Haklar, İHFEM 1997, C.LV, S. 4, Prof. Dr. Orhan Münir Çağıl'a Armağan Sayısı, s. 173; Tahir Saraç, Patentten Doğan Hakka Tecavüz ve Hakkın Korunması, Ankara 2003, s. 25; Karahan/Suluk/Saraç/Nal, s. 199.

⁵⁴ Kaya, s. 173.

⁵⁵ **KHK.m.7:** Tekniğin bilinen durumuna dâhil olmayan buluş yenidir. Tekniğin bilinen durumu, patent başvurusunun yapıldığı tarihten önce, buluş konusunda dünyanın herhangi bir yerinde toplumca erişilebilir yazılı veya sözlü tanıtım, kullanım veya bir başka yolla açıklanan bilgilerden oluşur. Patent başvurusu tarihinde veya bu tarihten sonra yayınlanmış olan ve patent başvurusu tarihinden önceki tarihli Türk patent ve faydalı

Buluşun, patent başvurusuna ilişkin hakkın ve patent hakkının⁵⁹ cebrî icraya konu olup olamayacağı hususunda Kanun Hükmünde Kararname'de herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Henüz araştırma aşamasında olan bir buluş, alenileşmediği⁶⁰ için cebrî icranın konusunu teşkil etmeyecektir⁶¹. Çünkü, araştırma aşamasında olan buluş, yaratıcısının fikirlerinden oluşan

model belgesi başvurularının yayınlanan ilk metinleri tekniğin bilinen durumuna dâhildir.

⁵⁶ **KHK.m.9:** Buluş, ilgili olduğu teknik alandaki bir uzman tarafından, tekniğin bilinen durumundan aşikâr bir şekilde çıkarılmayan bir faaliyet sonucu gerçekleşmiş ise, tekniğin bilinen durumunun aşıldığı kabul edilir.

⁵⁷ **KHK.m.10:** Buluş, tarım dâhil sanayinin herhangi bir dalında üretilebilir veya kullanılabilir nitelikte ise, sanayiye uygulanabilir olduğu kabul edilir.

⁵⁸ Patent verilebilirlik şartları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Feyzan Hayal **Şehirali**, Patent Hakkının Korunması, Ankara 1998, s. 8 vd.; Erdal **Noyan**, Patent Hukuku, 2.Baskı, Ankara 2011, s. 207 vd.; **Tekinalp**, Fikrî Mülkiyet, s. 537 vd.; **Karahan/Suluk/Saraç/Nal**, s. 205 vd.; Fülürya **Yusufoğlu**, Patent Verilebilirlik Şartları, İstanbul 2014, s. 139 vd. Patente ilişkin unsurlar hakkında ayrıca bkz. Nuşin **Ayiter**, İhtira Hukuku, Ankara 1968, s. 49 vd.

⁵⁹ Patent hakkı, Devlet tarafından sağlanan ve sahibine konusunu teşkil eden buluştan münhasır yararlanma ve kullanım sağlayan bir hak olarak karşımıza çıkmaktadır. Buluş sahibi, buluşunu toplum yararına onun bilgisine sunarken, Devlet de buluş sahibine buluşun belli bir süre münhasır yararlanma ve kullanımını tahsis etme taahhüdü altına girmektedir (Selçuk **Öztek**, Son Değişikliklerden Sonra Türk Patent Hukukunun Ana Hatları, Marmara Üniversitesi Avrupa Topluluğu Enstitüsü Avrupa Araştırmaları Dergisi 1995-1996, C.IV, S. 1-2, s. 55).

⁶⁰ Buluşun alenileşmesi, yani kamuya sunulması buluşun esasını oluşturan düşüncenin dış dünyayla tanıtılması demektir. Bir konferansta, toplantıda veya herhangi bir görüşme sırasında buluşun açıklanması, yayınlanması, görüntülenmesi, resmedilmesi ya da söz konusu düşüncenin somutlaştığı nesnenin, örneğin makinenin, sıvının veya maddenin gösterilmesi, resmedilmesi, sergilenmesi ya da usûlün uygulanması veya tanımlanması buluş fikrinin kamuya sunulduğu anlamına gelmektedir. Buluşun esasının yalnızca konuyu anlayabilecek bir kişiye açıklanması da bazı hallerde buluşun alenileştiği olarak yorumlanabilecektir (Ünal **Tekinalp**, Yeni Patent Hukukunda Buluş Sahibi İlkesi, İHFM 1997, C.LV, S. 4, Prof. Dr. Orhan Münir Çağıl'a Armağan Sayısı, s. 131).

⁶¹ **Ayiter**, İhtira, s. 105; Louis **Dallèves/Bénédict Foëx/Nicolas Jeandin**, Poursuite et faillite, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, ainsi que des articles 166 à 175 de la loi fédérale sur le droit international privé, Bâle-Genève-Munich 2005, s. 615; **Tekinalp**, Fikrî Mülkiyet, s. 627.

bir deneme niteliğindedir. Buluş, sahibinin kendi tasarrufunda bulunan yaratıcı düşünce alanına dâhil olup kişiliğinin bir parçası durumundadır; kendi hür iradesi doğrultusunda buluş sahibi, buluşunu araştırma aşamasından çıkaracağı zamanı belirleyecektir⁶². Araştırma aşamasında bulunan bir buluşun cebrî icra konusu olmasına izin verildiği takdirde, buluş sahibinin yerine üçüncü bir kişi araştırmaları tamamlayarak buluşu alenileştirecek ve buluşun asıl yaratıcısı isminin haksız şekilde başkası tarafından tamamlanmış bir buluşla ilişkilendirilmesine katlanmak zorunda kalacaktır⁶³.

Tamamlanıp araştırma aşamasından çıkmış olmakla birlikte, henüz patent başvurusuna konu olmamış bir buluş ise, ekonomik bir değeri bünyesinde barındırmakta ve buluş sahibine patent başvurusunda bulunma hakkı vermektedir. Söz konusu hak, Kanun Hükmünde Kararname'nin 11. maddesinde "patent isteme hakkı" olarak belirtilmiş⁶⁴ ve bu hakkın devredilebilir bir hak olduğu açıkça ortaya konulmuştur. Patent başvurusunda bulunulmadan önce buluş sahibinin kişilik haklarına dâhil olan buluş üzerindeki hakkı, buluşun alenileştirilmesiyle⁶⁵ devredilebilir nitelikte bir malvarlığı hakkına dönüşmektedir⁶⁶. Bu sebeple, bu hakkın cebrî icraya konu teşkil etmesi mümkün olacaktır. Ancak, patent isteme hakkının paraya çevrilmesi sırasında, patent verilebilirlik şartları dâhilinde aranılan buluşun sahip olması gereken "yenilik" unsurunun zarar görmemesine dikkat edilmelidir⁶⁷. Fikrî

⁶² Bu hususta bkz. ATF 59 III 242 (**Cornaz**, s. 67).

⁶³ **Cornaz**, s. 68.

⁶⁴ Patent isteme hakkı, buluş sahibinin buluşunu gerçekleştirdiği anda doğan, tekeli bir hak elde etmeye yönelik beklenen hakkının varlığını ortaya koymaktadır (**Ayiter**, İhtira, s. 64; **Şehirli**, s. 56).

⁶⁵ Örneğin, buluş sahibinin buluşuna ilişkin ürünler imal etmesi, buluşunu rehin olarak vermesi, ticarî ortaklar araması, sözleşme görüşmelerine girişmesi, üçüncü kişilere lisans sözleşmesi yoluyla münhasır kullanım hakkı vermesi yaratıcısının buluşunu kullanma isteğini sarih veya zımni olarak ortaya koymaktadır.

⁶⁶ **Cornaz**, s. 69 vd. Buluşun alenileşmemesinden önce buluş sahibinin manevî haklarının korunabilmesi için haczedilemeyeceği ve iflâs masasına girmeyeceği hususunda ayrıca bkz. **Taş Korkmaz**, İflâs Masası, s. 181.

⁶⁷ Yeniliği ortadan kaldıran açıklama, tekniğin bilinen durumuna dâhil olmadığı, onu aştığı varsayılan bir buluş için patent başvurusu yapılmadan önce, buluşun herhangi bir şekilde kamuya anlatılması, gösterilmesi ortaya konulması olarak belirmektedir. Henüz patent başvurusu yapılmadan önce buluş açıklanıp topluma intikal etmiş olacağından, yenilik

mülkiyet haklarının paraya çevrilmesine ilişkin açıklamalarımızda değineceğimiz üzere⁶⁸, patent isteme hakkının, önceden satışın ilân edilmediği, satış şartlarının tarafların arasında müzakere edildiği pazarlık yoluyla satış yöntemiyle paraya çevrilmesi, buluşun ifşa edilmemesi ve bu sayede yenilik unsurunun korunabilmesi için son derece isabetli olacaktır.

Patent başvurusuna konu olmakla birlikte, henüz patent olarak tescil edilmemiş bir buluş üzerinde tescil talebinde bulunan kişi patenti münhasıran kullanabilmek hususunda beklenen bir hak sahibidir⁶⁹. 551 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 86. maddesinin 1. fıkrasında belirtildiği üzere, patent başvurusuna ilişkin hak devredilebileceği gibi, cebrî icraya da konu olabilecektir⁷⁰.

Patent olarak tescil edilmiş bir buluş ise, sahibine buluşunu münhasıran kullanabilme hakkı vermekte; bu hak devredilebilir nitelikte bir malvarlığı hakkı olduğundan⁷¹, aynı zamanda cebrî icraya da konu teşkil etmektedir⁷².

unsurunu kaybetmiş olmaktadır (**Tekinalp**, Fikrî Mülkiyet, s. 540). Ancak, KHK. m.8/f.I'de kural olarak bir buluşa patent verilmesini etkileyecek nitelikte olmakla birlikte, başvuru tarihinden önceki on iki ay içinde veya rüçhan hakkı talep edilmiş ise rüçhan hakkı tarihinden önceki on iki ay içinde açıklamanın buluş sahibi tarafından yapılmış olması; açıklamanın bir merci tarafından yapılmış olması ve bu merci tarafından açıklanan bilginin buluş sahibinin bir başka başvurusunda yer alması, söz konusu başvurunun bir merci tarafından açıklanmaması gerektiği halde açıklanması; buluş sahibinden doğrudan doğruya veya dolaylı olarak bilgiyi edinmiş olan bir üçüncü kişi tarafından, buluş sahibinin bilgisi veya izni olmadan yapılan bir başvuruda yer alması; açıklamanın buluş sahibinden doğrudan doğruya veya dolaylı olarak bilgi elde eden bir üçüncü kişi tarafından yapılmış olması şartlarının varlığı halinde buluşa patent verilebileceği belirtilmiştir.

⁶⁸ Bkz. aşa. 3.Bölüm

⁶⁹ Beklenen hakların cebrî icraya konu olması hususunda bkz. aşa. II, A.

⁷⁰ ATF 75 III 5, ATF 75 III 89 (**Cornaz**, s. 77). Patent başvurusuna ilişkin hakkın devredilebilir olması dolayısıyla haczedilebileceği ve iflâs masasına girebileceği hususunda bkz. **Taş Korkmaz**, İflâs Masası, s. 182.

⁷¹ 551 Sayılı KHK. m.85/f.II, a ve m. 86/f.I'de patent hakkı ile bu hak üzerindeki ortaklık paylarının devredilebileceği belirtilmiştir. Patent hakkı ile bu hak üzerindeki ortaklık payları işletmeden ayrı olarak devredilebileceğinden, bunlar işletmeden ayrı olarak haczedilebilecek ve iflâs masasına dâhil olabilecektir (**Taş Korkmaz**, İflâs Masası, s. 184; **Tekinalp**, Fikrî Mülkiyet, s. 628).

⁷² **Cornaz**, s. 77.

Burada tartışılması gereken mesele, patent hakkının, İcra ve İflâs Kanunu'nun 82. maddesinin 1. fıkrasının 2. ve 4. bentleri çerçevesinde borçlunun mesleğini sürdürmesi için gerekli olan eşya kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğidir. Buluş sahibi yalnızca patent hakkına dayalı bir faaliyet icra ediyorsa, yaratıcının gerçekleştirdiği faaliyet meslek olarak değerlendirilebilecek ve anılan hakkın cebri icraya konu olması, borçluyu meslekî faaliyetini durdurmak zorunda bırakabilecektir. Belirtilen sebeplerle patent hakkının düşünülebilirse de, söz konusu hakkın borçlunun mesleğini sürdürmesi için gerekli olan eşyaya nazaran farklı bir anlamı ve ekonomik amacı bulunmaktadır⁷³. Marka hakkının haczine ilişkin açıklamalarımızda belirttiğimiz üzere⁷⁴, İcra ve İflâs Kanunu'nun ilgili hükümlerinin kıyasen⁷⁵ uygulanması neticesinde genişletici yorum yapılmamalıdır. Somut olayın şartları dâhilinde borçlunun asgari geçim düzeyi göz önünde tutularak yalnızca kendine yetecek kadar çok az bir ekonomik gelir elde edebilen gerçek veya tüzel kişiler açısından patent hakkının haczedilmezliği kabul edilmelidir. Aksinin kabulü, haczedilmezliğin kapsamının kanun koyucunun amaçladığının aksine fazlasıyla genişletilmesi anlamına gelecek; alacaklıların âslâ tatmin edilememelerine yol açabilecektir. Somut olayın şartlarına göre patent hakkının haczedilebileceği sonucuna varılması halinde, patent hakkı Kanun'un 106. maddesinin 2. fıkrasının kıyasen uygulanması neticesinde taşınır olarak kabul edildiğinden, Kanun'un 85. maddesinin son fıkrası çerçevesinde hacizde tertip ilkesi uyarınca, diğer taşınır eşyaların değerlerinin alacağı karşılama halinde söz konusu hakkın haczi gündeme gelecektir⁷⁶.

⁷³ **Cornaz**, s. 79-80.

⁷⁴ Bkz. yuk, I, B, 1.

⁷⁵ İİK.m.82/f.I, b.2 ve 4'te "*borçlunun mesleğini sürdürebilmesi için gerekli olan her türlü eşya*", "*sanat ve mesleki için lüzumlu olan alat ve edevat*" ifadelerine yer verilerek menkul mallardan söz edilmiş; patent hakkının hacze konu olması çerçevesinde haklara madde metninde yer verilmemiştir. Dolayısıyla, patent hakkının haczi bakımından bu hükümler doğrudan değil, ancak kıyasen uygulanabilecektir. Anılan hükümler kapsamında patent hakkı bakımından haczedilmezliğin kabul edilebileceği hususunda bkz. **Ayiter**, İhtira, s. 105.

⁷⁶ Haczedilmezlik ve hacizde tertip hususunda marka ve patent hakkına ilişkin olarak yaptığımız bu açıklamalarımız hacze konu olan tüm sınai haklar bakımından aynen geçerli olacaktır.

Buluş sahibinin soyadı gibi kişisel unsurları içeren patent hakkının cebrî icraya konu olup olamayacağı hususunda ise, marka hakkına ilişkin açıklamalarımız aynen geçerli olacaktır⁷⁷. Buluş sahibinin soyadını patent olarak kullanması, ilgilinin soyadının kendi rızasıyla ticarileştirdiğini ve kişilik haklarından soyutladığını ortaya koymaktadır; bu sebeple de patent hakkının cebrî icraya konu olması mümkündür⁷⁸.

3. Faydalı Modeller

551 Sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'de faydalı modelin tanımına yer verilmemiş olmakla birlikte, 154. maddede bu Kanun Hükmünde Kararname'nin 156. maddesine göre yeni olan⁷⁹ ve 10. maddesi anlamında sanayiye uygulanabilen⁸⁰ buluşların faydalı model belgesi verilerek korunacağı⁸¹ belirtilmiştir. Patentlerden farklı olarak, faydalı modellerde tekniğin bilinen durumunun aşılması şart koşulmamış; yeniliğin herhangi bir ölçüde olması veya nitelikte olması ya da belli

⁷⁷ Bkz. yuk, I, B, 1.

⁷⁸ Söz konusu durumda, müflisin kişilik haklarının ticarileştigiinden bahisle, iflâs idaresinin müflisin onayı olmaksızın patent hakkını paraya çevirebileceği yönünde bkz. **Taş Korkmaz**, İflâs Masası, s. 185. Kişisel hakların sahip olduğu yüksek değer sebebiyle, cebrî icra hukuku ilkelerinin TMK.m.24'ü bertaraf etmesine izin verilmemesi yönünde bkz. **Tekinalp**, Fikrî Mülkiyet, s. 628.

⁷⁹ **KHK.m.156:** "Faydalı model belgesi başvurusuna konu olan buluş başvuru tarihinden önce, Türkiye içinde veya dünyada herkesin ulaşabileceği şekilde yazılı olarak veya bir başka yolla açıklanmış veya yöresel veya ülke çapında kullanılmış ise, yeni değildir. Faydalı model belgesi başvurusu sahibi veya selefleri tarafından başvuru tarihinden veya var ise rüçhan hakkı tarihinden, on iki ay önceki tarihten itibaren yayınlama veya bir başka yolla yapılan açıklama veya kullanma, başvuru konusu buluşun yeniliğini ortadan kaldırmaz. Faydalı model belgesi başvurusu tarihinden önce, Türkiye'de yapılmış olan patent veya faydalı model belgesi başvuruları, faydalı model belgesi başvurusu tarihinden sonra yayınlanmış olsalar dahi, başvuru konusu buluşun yeniliğini ortadan kaldırmaz."

⁸⁰ KHK. m.10 uyarınca, tarım dâhil sanayinin herhangi bir dalında üretilebilir veya kullanılabilir nitelikte olan buluşun sanayiye uygun olduğu kabul edilmektedir.

⁸¹ KHK.m.155'e göre Kanun Hükmünde Kararname'nin 6. maddesinde belirtilen konuların yanı sıra, usûller sonucunda elde edilen ürünler ve kimyasal maddeler hakkında faydalı model belgesi verilemeyeceği belirtilmiştir.

bir ölçünün üstüne çıkması da aranmadığından, faydalı model anlamındaki buluşun küçük, basit olduğu kabul edilmektedir⁸².

Kanun Hükmünde Kararname'nin 157. maddesinde faydalı model belgesi isteme hakkının başkalarına devrinin mümkün olduğu ortaya konulduğundan, anılan hakkın cebrî icraya elverişli olduğu sonucuna varılabilecektir. Bunun dışında buluşun, faydalı model belgesi isteme hakkının, faydalı model başvurusuna ilişkin hakkın ve faydalı model hakkının cebrî icraya konu olup olamayacağı hakkında patentler bakımından yaptığımız tüm açıklamalar faydalı modeller açısından da aynen geçerli olacaktır. Nitekim, Kanun Hükmünde Kararname'nin 166. maddesinde patentler için öngörülen hükümlerin faydalı modellere de uygulanacağı ifade edilmiştir. Ancak, ilgili hükmün uygulama alanına sahip olması için uygulanacak konuda faydalı modele ilişkin açık bir hüküm bulunmamalı; tatbik edilecek hüküm de faydalı modelin özelliğiyle çelişmemelidir⁸³. Ancak, cebrî icra hususunda patentlere ilişkin açık bir hüküm bulunmadığından, patentler hakkında cebrî icraya ilişkin olarak yaptığımız açıklamaların faydalı modeller bakımından geçerliliği hususunda herhangi bir kanunî düzenlemeyle çelişki taşınması da söz konusu olmayacaktır.

4. Endüstriyel Tasarımlar

554 Sayılı Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 3. maddesinin a bendinde, tasarım bir ürünün⁸⁴ tümü veya bir parçası ya da üzerindeki süslemenin, çizgi, şekil, biçim, renk, doku, malzeme veya esneklik gibi insan duyuları ile algılanan çeşitli unsur veya özelliklerinin oluşturduğu bütün olarak tanımlanmıştır⁸⁵. İlgili hükümde

⁸² **Şehirali**, s. 15-16; **Tekinalp**, Fikrî Mülkiyet, s. 731 ve 733. Faydalı modelin unsurları hakkında ayrıntılı açıklamalar için ayrıca bkz. **Tekinalp**, Fikrî Mülkiyet, s. 733 vd.

⁸³ **Tekinalp**, Fikrî Mülkiyet, s. 736.

⁸⁴ KHK.m.3,b'ye göre ürün, bilgisayar programları ve yarı iletkenlerin topografyaları hariç olmak üzere, endüstriyel yolla veya elle üretilen herhangi bir nesnenin yanı sıra bileşik bir sistemi veya bunu oluşturan parçaları, setler, takımlar, ambalajlar gibi nesnelere, birden çok nesnenin veya sunuşun bir arada algılanabilen bileşimlerini, grafik semboller ve tipografik karakterleri ifade etmektedir.

⁸⁵ Endüstriyel tasarıma ilişkin farklı tanımlar için bkz. Cahit **Suluk**, Tasarım Hukuku, Ankara 2003, s. 37 vd.

“bütün” kelimesine yer verilmiş olmakla birlikte, tasarımın aslında bir görünüm olduğu, “görünüm” ifadesine yer verilmemesinin bir çeviri hatasından kaynaklandığı kabul edilmektedir⁸⁶. Görünüm, ürünü veya onun üstündeki süslemeyi oluşturan çizgilerin, özel şekillerin, çevre çizgisinin, renklerin, biçimin ve malzemenin bir sonucu olarak ortaya çıkmaktadır⁸⁷. Kanun Hükmünde Kararname’nin 5. maddesinde yeni⁸⁸ ve ayırt edici niteliğe sahip⁸⁹ tasarımların belge verilerek korunacağı belirtilmiştir⁹⁰.

⁸⁶ Kanun Hükmünde Kararname’nin mehzaz metnini oluşturan Topluluk Tasarımı Hakkındaki AP ile Konsey Yönergesi Tasarısı’nın 3. maddesinin “görünüm” ifadesine yer verdiği hususunda bkz. Müge **Tekil**, 554 Sayılı KHK Çerçevesinde Endüstriyel Tasarım Kavramı ve Koruma Şartları, İHFM 1997, C.LV, S. 4, Prof. Dr. Orhan Münir Çağıl’a Armağan Sayısı, s. 237; **Tekinalp**, Fikrî Mülkiyet, s. 670 ve 672.

⁸⁷ **Tekinalp**, Fikrî Mülkiyet, s. 16.

⁸⁸ **KHK.m.6:** *Bir tasarımın aynısı, başvuru veya rüçhan tarihinden önce dünyanın herhangi bir yerinde kamuya sunulmamış ise o tasarım yeni kabul edilir. Tasarımlar sadece küçük ayrıntılarda farklılık gösteriyorlarsa aynı kabul edilir. Kamuya sunma, sergileme, satış gibi yollarla piyasaya sürme, kullanma, tarif, yayım tanıtım veya benzer amaçlı faaliyetleri kapsar. Üçüncü şahıslara yapılan ve açıkça veya zımnen gizlilik niteliği taşıdığı anlaşılan açıklamalar kamuya sunmanın kapsamı dışındadır.*

⁸⁹ **KHK.m.7:** *Bir tasarımın ayırt edici niteliğe sahip olması, bu tasarımın bilgilenmiş kullanıcı üzerinde yarattığı genel izlenim ile ikinci fıkrada belirtilen herhangi bir tasarımın böyle bir kullanıcıda yarattığı genel izlenim arasında belirgin bir farklılık olması anlamındadır. Herhangi bir tasarımın ayırt edici nitelik açısından kıyaslandığı diğer bir tasarımın, başvuru veya rüçhan tarihinde Türkiye’de veya dünyada herhangi bir yerde piyasaya sunulmuş olması veya Enstitü tarafından tescilli bir tasarım olarak yayınlanmış ve ayırt edici nitelik açısından değerlendirilen tasarımın başvuru veya rüçhan tarihinde henüz koruma süresini doldurmamış olması gerekir. Ayırt edici niteliğin değerlendirilmesinde, birbirleri ile kıyaslanan tasarımların ilke olarak farklılıklarından çok ortak özelliklerinin değerlendirilmesine ağırlık verilir ve tasarımcının tasarımı geliştirme açısından ne kadar seçenek özgürlüğüne sahip olduğu göz önüne alınır.* **KHK.m.8:** *Koruma talep edilen bir tasarım, başvuru tarihinden önceki on iki ay içerisinde veya rüçhan talebi varsa, rüçhan tarihinden önceki on iki ay içerisinde tasarımcı veya halefi veya bu kişilerin izni ile üçüncü bir kişi tarafından kamuya sunulur veya tasarımcı veya halefleri ile olan ilişkinin suiistimali sonucu kamuya sunulursa, bu açıklama 6 ncı ve 7 nci maddeler çerçevesinde tasarımın yeniliğini ve ayırt edici niteliğini etkilemez.*

⁹⁰ Yenilik ve ayırt edicilik unsurları hakkında ayrıntılı açıklama için bkz. **Tekil**, s. 244 vd. Endüstriyel tasarımların korunma şartları hakkında ayrıntılı açıklamalar için ayrıca bkz. **Suluk**, s. 222 vd.

Bir tasarım tamamlanmadan önce yalnızca yaratıcısının fikir ürünü niteliğinde olduğundan, hiçbir mal varlığı değerini haiz olmamakta; dolayısıyla cebrî icraya da konu teşkil etmemektedir⁹¹. Tamamlanıp araştırma aşamasından çıkmış olmakla birlikte, henüz endüstriyel tasarım olarak tescil başvurusuna konu olmamış bir tasarım ise, ekonomik bir değeri bünyesinde barındırmakta ve buluş sahibine tasarım belgesi isteme hakkı vermektedir. Ancak söz konusu tasarım, yaratıcısı tarafından alenîyete kavuşturulmadığı takdirde, yaratıcısının şahsi alanına dâhil olacağından, tasarım belgesi isteme hakkı da cebrî icraya konu olamayacaktır. Yaratıcısının tasarımını alenîyete kavuşturmak istemesi halinde, yaratıcı tarafından bu tasarımın ekonomik amaçlı olarak kullanımına izin verildiği sonucuna ulaşılabilecek; bu sebeple söz konusu tasarım belgesi isteme hakkı da cebrî icranın konusunu oluşturabilecek; hacedilip iflâs masasına dâhil edilebilecektir⁹².

Endüstriyel tasarım başvurusuna konu olmakla birlikte, henüz tescil edilmemiş bir tasarım üzerinde, yaratıcısı malvarlığı değerini haiz, devredilebilir nitelikte beklenen bir hak⁹³ sahibi olduğundan, Kanun Hükmünde Kararname'nin 39. maddesinin 2. fıkrasında belirtildiği üzere, endüstriyel tasarım tescil başvurusuna ilişkin hakkın cebrî icraya konu teşkil etmesi mümkündür. Tescil edilmiş bir tasarım ise, yaratıcısına tasarımı münhasıran kullanabilme hakkı vermekte; tasarım hakkı devredilebilir nitelikte bir malvarlığı hakkı olarak, ilgili hükümde de açıkça ortaya konulduğu gibi, cebrî icranın kapsamına dâhil olabilmektedir⁹⁴.

⁹¹ **Cornaz**, s. 81.

⁹² **Cornaz**, s. 82-84; **Taş Korkmaz**, İflâs Masası, s. 187. Tasarım belgesi isteme hakkının malvarlığına ilişkin bir hak olduğu hususunda bkz. **Suluk**, s. 333.

⁹³ Beklenen hakların cebrî icraya konu olması hususunda bkz. aşa. II, A.

⁹⁴ **Cornaz**, s. 84-85. İsviçre Hukuku'nda, Tasarımların Korunması Hakkında Federal Kanun'un 18. maddesinde tasarım hakkının cebrî icraya konu olabileceği belirtilmiştir. Bkz. http://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/20000457/201107010000/232_12.pdf Fransız Hukuku'nda Fikrî Mülkiyet Kanunu'nda faydalı modellerin ve endüstriyel tasarımların cebrî icraya konu olup olamayacağı hususunda açık bir düzenleme bulunmamakla birlikte, doktrinde bunların cebrî icraya konu olabileceği kabul edilmektedir. Bkz. **Leborgne**, s. 596.

5. Coğrafi İşaretler

Coğrafi işaret, bir malın coğrafi kökenini gösteren veya kullanılan bir unsur, madde, motif, malzeme ya da usûl sebebiyle bir alana, yöreye, bölgeye, ülkeye yollamada bulunmak suretiyle o mala istek ve güven duyulmasını sağlayan coğrafi isim ya da işarettir. Coğrafi işaret, alansal, yöresel, bölgesel, ülkesel genelliğe, yani anonimliğe sahip olup belli bir kişi veya kişileri bağlamadığından, coğrafi işaretler üzerindeki haklar mutlak bir hak olmayıp o işaretleri kullanan kişiye de inhisari yetki tanınmamaktadır. Bu sebeple, coğrafi işaretler hukukî işlemlere konu olamamakta⁹⁵; dolayısıyla cebrî icraya da elverişli bulunmamaktadır.

6. Entegre Devre Topografyaları

Gözle görülemeyecek kadar küçük bir silikon parçasının, yani çipin içine bilgiler, veriler, görüntüler sınıflandırılmış ve kodlanmış olarak depolanmakta ve bunlar işlemlere konu olabilmektedir. Çip, içine elektronik işlevi bulunan entegre devreler konularak bir bilgi, veri, görüntü deposu haline gelmektedir. Entegre devre, bir taraftan buluş diğer taraftan tasarım sonucu ortaya çıkan fikrî ve yaratıcı bir çabanın sonucu olarak oluşturulan soyut bir ürün olarak karşımıza çıkmaktadır⁹⁶. Bu çerçevede, Entegre Devlet Topografyalarının Korunması Hakkında Kanun'un 2. maddesinin a bendinde, entegre devre "*elektronik bir işlevi veya bunun gibi diğer işlevleri yerine getirmek üzere tasarlanmış, en az bir aktif elemanı olan ve ara bağlantılarından bir kısmının ya da tümünün bir parça malzeme içerisinde ve/veya üzerinde bir araya getirilmiş ara veya son formdaki bir ürün*" olarak ifade edilmiş; entegre devlet topografyası ise, aynı maddenin b bendinde "*entegre devreyi oluşturan tabakaların üç boyutlu dizilimini gösteren, üretim amacıyla hazırlanmış ve herhangi bir formatta sabitlenmiş görüntüler dizisi olup, her görüntü entegre devrenin üretiminin herhangi bir aşamasındaki yüzeyinin tamamının veya bir kısmının görünümü*" olarak tanımlanmıştır. Entegre devlet topografyası hak sahibi, Kanun'un 11. maddesinde belirtildiği üzere, inhisari yetkilere sahiptir. Kanun'un 4. maddesi uyarınca, orijinal nite-

⁹⁵ Tekinalp, Fikrî Mülkiyet, s. 22-23.

⁹⁶ Tekinalp, Fikrî Mülkiyet, s. 789.

liğe⁹⁷ sahip entegre devlet topografyaları Türk Patent Enstitüsü tarafından tescil belgesi verilerek korunmaktadır.

Yapım aşamasında olan entegre devre topografyası, endüstriyel anlamda kullanılmakta ise, yapımıcısının şahsi alanından çıkmış olacağından, bunlara ilişkin haklar da cebri icraya konu olabilecektir. Yapım aşamasından çıkmış, fiilen kullanılan, ancak tescil başvurusunda bulunulmamış entegre devlet topografyasına ilişkin tescil belgesi isteme hakkı, devredilebilir nitelikte bir malvarlığı hakkı olduğundan, bu hakkın da cebri icraya elverişli olduğu sonucuna varılabilecektir⁹⁸. Entegre devlet topografyası hak sahipliğine ilişkin tescil başvurusuna konu olmakla birlikte, henüz kaydedilmemiş olan hak üzerinde hak sahibinin malvarlığı değerine sahip devredilebilir nitelikte beklenen bir hakkı⁹⁹ bulunduğundan, Kanun'un 17. maddesinin 2. fıkrasında açıklandığı üzere, başvuru hakkı cebri icranın kapsamına girebilecektir. Tescille doğan hak ise, hak sahibine Kanun'un 11. maddesi çerçevesinde ekonomik bir gelir elde etme fırsatı sunduğundan, 17. maddenin 2. fıkrasına göre cebri icranın konusunu teşkil edebilecektir¹⁰⁰.

7. Yeni Bitki Çeşitleri İslahçı Hakları

Yeni Bitki Çeşitlerine Ait İslahçı Haklarının Korunmasına İlişkin Kanun'un 14. maddesinin 1. fıkrasında koruma altındaki bitki çeşidi üzerinde üretme veya çoğaltma, çoğaltım amacıyla hazırlama, satışa arz etme, satma veya diğer şekillerde piyasaya sürme, ihraç veya ithal etme, depolama hususunda ıslahçı hakkı sahibinin inhisari hak sahibi olduğu belirtilmiştir. Bir bitki çeşidinin ıslahçı hakkı verilerek korunabilmesi için anılan

⁹⁷ **EDTK.m.5/f. I:** Bir entegre devre topografyası, tasarlayıcısının kendi fikri çabası sonucu ortaya çıkmış ve tasarlama sırasında entegre devre üreticileri ve entegre devre topografyası tasarlayıcıları arasında bilinmiyorsa orijinal sayılır.

⁹⁸ İsviçre Hukuku'nda Yarı İletken Topografyalara İlişkin Federal Kanun'da entegre devlet topografyalarının cebri icraya konu olup olamayacağı hususunda açık bir düzenleme bulunmamasıyla birlikte, doktrinde cebri icraya konu olabileceği kabul edilmektedir. Bkz. **Cornaz**, s. 116-118; **Dallèves/Foëx/Jeandin**, s. 615.

⁹⁹ Beklenen hakların cebri icraya konu olması hususunda bkz. aşa. II, A.

¹⁰⁰ Fransız Hukuku'nda Fikrî Mülkiyet Kanunu'nun 622-7 maddesinde tescil edilmiş entegre devlet topografyalarına bağlı hakların haczedilebileceği belirtilmiştir. Bkz. **Leborgne**, s. 593-594.

Kanun'un 3. maddesine göre, yeni¹⁰¹, farklı¹⁰², yeknesak¹⁰³ ve durulmuş¹⁰⁴ olduğunun tespit edilmiş olması gerekmektedir¹⁰⁵. İslahçı hakkı alabilmek için Kanun'un 33. maddesine göre Tarım ve Köy İşleri Bakanlığı'na başvurulmakta¹⁰⁶; Bakanlık tarafından yapılan incelemenin olumlu sonuçlanması halinde, ıslahçı hakkı kütüğe kaydedilerek hak sahibine ıslahçı hakkı belgesi verilmektedir. Henüz daha Bakanlığa başvurulmadan önce ıslahçı hakkı belgesi isteme hakkı, hak sahibi açısından ekonomik bir potansiyeli bünyesinde barındıran ve devredilebilir nitelikte bir haktır; bu nedenle ilgili hakkın

¹⁰¹ **BitÇeşK.m.5:** Bir çeşidin çoğaltım veya hasat edilmiş materyali; ıslahçı hakkı için başvurunun yapıldığı tarihten geriye doğru yurt içinde bir yıl, yurt dışında dört yıl, ağaç ve asmalarda altı yıl öncesine kadar kullanım amacıyla hak sahibi tarafından veya onun rızasıyla satılmamış veya umuma sunulmamış ise çeşit yeni kabul edilir. Aşağıda belirtilen haller çeşidin yeni sayılmasını etkilemez: a) Hak sahibi aleyhine, hakkın kötüye kullanımı sayılacak satış veya açıklamalar. b) İslahçı hakkının devrine ilişkin sözleşme kapsamında olan satış veya açıklamalar. c) Çoğaltım materyalinin mülkiyet hakkının hak sahibinde olması ve bu materyalin bir başka çeşit üretiminde kullanılmaması kaydıyla hak sahibi adına bu materyalin çoğaltım sözleşmesi kapsamında kalan faaliyetler. d) Çeşidin niteliklerini belirlemek amacıyla bir sözleşme çerçevesinde yapılan tarla veya laboratuvar denemeleri ya da küçük çaplı ürün işleme denemeleriyle ilgili faaliyetler. e) Biyolojik güvenlik amacıyla yapılacak yasal işlemler veya ticareti yapılacak çeşitlerin resmi kataloğa kaydedilmesi gibi yükümlülüklerden doğan faaliyetler. f) Çeşidin elde edilişi sırasında ortaya çıkan artık ürünün veya yan ürün niteliğindeki hasat edilmiş materyalin ya da (c), (d) ve (e) bentleri çerçevesindeki faaliyetleri sonucu ortaya çıkan materyalin tüketim amacıyla ve çeşit tanımlanmaksızın satışı veya kamuya sunulması ile ilgili faaliyetler.

¹⁰² **BitÇeşK.m.6/f.1:** Başvuru veya rüçhan hakkı tarihinde, herkesçe bilinen çeşitlerden açıkça ayırt edilebilen çeşit, farklı sayılır.

¹⁰³ **BitÇeşK.m.7:** Kullanılan çoğaltım metoduna bağlı olan muhtemel değişiklikler dışında, ilgili özellikler bakımından bir örneklik gösteren çeşit, yeknesak kabul edilir.

¹⁰⁴ **BitÇeşK.m.8:** Birbirini izleyen çoğaltımlar sırasında veya belirli çoğaltım dönemleri sonunda ilgili özellikleri değişmeksizin aynı kalan çeşit, durulmuş kabul edilir.

¹⁰⁵ İlgili özellikler hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. Ayşe **Odman Boztosun**, İslahçı Hakkı, Ankara 2006, s. 102 vd.; **Tekinalp**, Fikrî Mülkiyet, s. 759-760.

¹⁰⁶ Yeni Bitki Çeşitlerine Ait İslahçı Haklarının Korunmasına Dair Yönetmeliğin 8. maddesine göre, başvuru ve tescile ilişkin yetkili Bakanlık birimi, Yönetmeliğin 4. maddesinin b bendi çerçevesinde Tarımsal Üretim ve Geliştirme Genel Müdürlüğü'dür.

cebrî icraya konu olması mümkündür¹⁰⁷. İslahçı hakkı başvurusuna konu olmakla birlikte, henüz kaydedilmiş olan hak üzerinde hak sahibinin malvarlığı değerini haiz, devredilebilir nitelikte beklenen bir hakkı¹⁰⁸ bulunduğundan, Kanun'un 49. maddesinin 3. fıkrasında açıklandığı üzere, söz konusu başvuru hakkı cebrî icranın kapsamına dâhil olabilecektir¹⁰⁹. Tescille doğan ıslahçı hakkı ise, hiç şüphesiz hak sahibine ekonomik bir gelir elde etme imkânı verdiği için, anılan hüküm uyarınca cebrî icranın konusunu teşkil edebilecektir.

8. İnternet Alan Adları

Elektronik Haberleşme Kanunu'nun 3.maddesinin v bendinde, internet üzerinde bulunan bilgisayar veya internet sitelerinin adreslerini belirlemek için kullanılan internet protokol numarasını tanımlayan adlar "alan adı" olarak ifade edilmiştir. Alan adının varlığı bir sözleşmeye dayanmakta olup, alan adı üzerinde hak sahipliği kayıt kuruluşu ile yapılan sözleşme neticesinde kazanılmaktadır¹¹⁰.

Kanun'un 34. maddesinin 1. fıkrasında "*Elektronik haberleşme hizmetleri ile ilgili olarak abone veya kullanıcılara tahsis edilen frekans, numara ve hat kullanımı ile internet alan adları gibi intifa ve kullanım hakları ile işletmecilerin yetkilendirmeleri hiçbir şekilde haczedilemez*" şeklinde bir düzenlemeye yer verilmiş ve internet alan adlarının kullanım hakkının hacze konu olamayacağı, dolayısıyla cebrî icranın kapsamı dışında bulunduğu kabul edilmiştir. Ancak, İnternet Alan Adları Yönetmeliği'nin 1. fıkrasında internet alan adlarının satılabileceği ve devredileceği belirtilmiştir; Yönetme-

¹⁰⁷ İsviçre Hukuku'nda Bitki Türlerine İlişkin Federal Kanun'da yeni bitki çeşitleri ıslahçı haklarının cebrî icraya konu olup olamayacağı hususunda açık bir düzenleme bulunmamasıyla birlikte, doktrinde bunların cebrî icraya konu olabileceği kabul edilmektedir. Bkz. **Cornaz**, s. 88-89.

¹⁰⁸ Beklenen hakların cebrî icraya konu olması hususunda bkz. aşağıda II, A.

¹⁰⁹ **Cornaz**, s. 89. Fransız Hukuku'nda Fikrî Mülkiyet Kanunu'nda yeni bitki çeşitleri ıslahçı haklarının cebrî icraya konu olup olamayacağı hususunda açık bir düzenleme bulunmamasıyla birlikte, doktrinde bunların cebrî icraya konu olabileceği kabul edilmektedir. Bkz. **Leborgne**, s. 594; Pierre **Julien**/Gilles **Taormina**, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, 2^e édition, Paris 2010, s. 581-582.

¹¹⁰ **Kale**, s. 52.

liğin 21. maddesinde ise, alan adı sahibinin sözleşmeden kaynaklanan alan adını tahsis süresi boyunca kullanma, alan adı tahsisini yenileme, alan adından feragat etme, hizmet aldığı kayıt kuruluşunu değiştirme talebinde bulunma haklarına sahip olduğu ifade edilmiştir. Yönetmeliğin anılan hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, sözleşmeden doğan malvarlığı değerine sahip olan bu hakların cebrî icra konusu olabileceği açıkça anlaşılmaktadır¹¹¹. Kanun'un 34. maddesinin 1. fıkrası ile Yönetmeliğin 21. maddesi beraber ele alındığında ise, kanun koyucunun “.tr” uzantılı alan adları bakımından alan adı sahibinin alan adını kullanma hakkını cebrî icranın kapsamı dışında bıraktığı, buna karşılık 21. maddede sayılan diğer hakların ise, cebrî icraya konu olabilmesini kabul ettiği anlaşılmaktadır. Sözleşmeden doğan malvarlığı değerini haiz olan haklardan birisinin cebrî icra faaliyetinin dışında tutulması, cebrî icrayı anlamsızlaştırdığı gibi, aynı zamanda alacaklı borçlu dengesini de alacaklı aleyhine bozmaktadır¹¹².

9. Ticaret Unvanları ve İşletme Adları

Ticaret unvanı, tacirin ticarî işletmesine ilişkin işlerinde ve işlemlerinde kullandığı, ticarî işletme sahibini diğer işletme sahiplerinden ayırmaya, onu müşterilere ve üçüncü kişilere tanıtmaya yarayan addır¹¹³.

Türk Ticaret Kanunu'nun 49. maddesine göre ticaret unvanının ticarî işletmeden ayrı olarak devri mümkün olmamakla birlikte, işletmenin devri halinde devreden ticaret unvanını muhafaza etmesi mümkündür. Kanun'un 50. maddesine göre ticaret siciline tescil edilmiş ticaret unvanını kullanmak hususunda unvan sahibi münhasır hak sahibi olmaktadır. Malî bir değer taşınması sebebiyle malvarlığına ilişkin bir hak¹¹⁴ olan ticaret unvanı, aynı zamanda kişisel unsurlar da içermekte; ticaret unvanı üzerindeki hak da bir

¹¹¹ **Kale**, s. 59, 62 ve 69.

¹¹² **Kale**, s. 81 ve 95-96. Aynı hususların kıyasen “.com” uzantılı alan adları bakımından da geçerli olacağı hakkında bkz. **Kale**, s. 119.

¹¹³ Hüseyin **Ülgen**/Ömer **Teoman**/Mehmet **Helvacı**/Abuzer **Kendigelen**/Arslan **Kaya**/N. Füsün **Nomer Ertan**, Ticari İşletme Hukuku, 3. Tıpkı Bası, İstanbul 2009, s. 309; Reha **Poroy**/Hamdi **Yasaman**, Ticarî İşletme Hukuku, 14. Bası, İstanbul 2012, s. 394; Sami **Karahan**, Ticari İşletme Hukuku, Konya 2013, s. 133.

¹¹⁴ **Taş Korkmaz**, İflâs Masası, s. 172.

mutlak hak olarak değerlendirilmektedir¹¹⁵. Kural olarak, ticaret unvanı ticarî işletmeden ayrı olarak devredilemediğinden, tek başına cebrî icraya konu olamayacaktır¹¹⁶. İşletme sahibinin iflâsı halinde ise, ticarî işletmeyle birlikte ticaret unvanı da iflâs masasına girecek ve işletmeyle birlikte paraya çevrilecektir¹¹⁷.

Kanun'un 53. maddesine göre işletme adı, işletme sahibi ile ilgili olmaksızın doğrudan doğruya işletmeyi tanıtmak ve benzer işletmelerden ayırt etmek için kullanılan addır ve bu ad üzerindeki hak, mutlak bir haktır. İşletme adının, Kanun'un 53. maddesi uyarınca ticaret siciline tescili gerekli olmakta; tescil edilen işletme adını kullanma hakkı da münhasıran sahibine ait bulunmaktadır. İşletme adı, işletmeyle birlikte veya işletmeden ayrı olarak devredilebileceği gibi, tek başına her türlü hukukî işleme konu olabilecektir¹¹⁸; dolayısıyla cebrî icraya da konu teşkil edebilecektir¹¹⁹. Bu çerçevede, diğer sınaî haklara ilişkin açıklamalarımızda belirttiğimiz üzere, gerek tescil edilmiş işletme adının kullanım hakkı gerekse tescil edilmemiş olmakla birlikte tescil başvurusuna konu olmuş kullanım hakkı haczedilebilecek ve iflâs masasına girebilecektir.

II. FİKRÎ MÜLKİYET HAKLARI BAKIMINDAN CEBRÎ İCRA FAALİYETİNİN YERİNE GETİRİLMESİ

A. Fikrî Haklar ile Fikir ve Sanat Eserleri Bakımından Cebrî İcra Faaliyetinin Yerine Getirilmesi

Fikrî hakların hacze konu olup olamayacakları hususunda, Kanun'un 61. maddesinin 2. bendindeki cebrî icra yasağının yalnızca malî haklar bakımından söz konusu olduğunu, bu hakların devri veya üzerlerinde lisans

¹¹⁵ Tekinalp, Fikrî Mülkiyet, s. 24.

¹¹⁶ Taş Korkmaz, İflâs Masası, s. 173.

¹¹⁷ Oğuz İmregün, Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri, 4.Bası, İstanbul 2004, s. 92; Ülgen/Teoman/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan, s. 330; Poroy/Yasaman, s. 407; Sabih Arkan, Ticari İşletme Hukuku, 19.Baskı, Ankara 2014, s. 270.

¹¹⁸ Tekinalp, Fikrî Mülkiyet, s. 24.

¹¹⁹ İşletme adının işletmeden ayrı olarak haczedilebileceği ve hak sahibinin iflâs masasına girebileceği hususunda bkz. Taş Korkmaz, İflâs Masası, s. 175; Tekinalp, Fikrî Mülkiyet, s. 24.

hakkı tanınmış olması sebebiyle alınmış veya alınacak olan paraları, yani alacakları kapsamadığını yukarıdaki açıklamalarımızda belirtmiştik¹²⁰. Belirttiğimiz ihtimalde eser sahibinin sözleşmenin diğer tarafından olan para alacağı kambiyo senedine bağlanmışsa, haczin icrası İcra ve İflâs Kanunu'nun 88. maddesi uyarınca kambiyo senedine icra müdürlüğü tarafından fiilen el konulması suretiyle gerçekleştirilecektir. Eser sahibinin para alacağı için kambiyo senedi düzenlenmediği takdirde ise, haciz işlemi Kanun'un borçlunun üçüncü şahıslardaki alacaklarının haczine ilişkin düzenleme getiren 89. maddesi çerçevesinde gerçekleştirilecektir¹²¹. Eser sahibinin veya mirasçılarının birinin alacağın vadesi gelmeden iflâs etmesi ihtimalinde ise, haczi kabil bir niteliği haiz olan bu alacak da eser sahibinin ya da mirasçılarının birinin iflâs masasına dâhil olacak; masanın kanunî temsilcisi olan iflâs idaresi alacağı vadesi gelince tahsil edecektir.

Kanun'un 62. maddesi uyarınca alenîleşmiş bir eserin müsveddesi veya aslı, yayımlanmış bir eserin çoğaltılmış nüshaları, eser sahibinin manevî haklarını ihlâl etmemek şartıyla alenîleşmiş bir eser üzerindeki malî hakları, eser sahibinin malî haklara ilişkin hukukî işlemlerden doğan para alacakları cebri icraya konu olabilecektir.

Alenîleşmiş bir eserin müsveddesi veya aslı ile yayımlanmış bir eserin çoğaltılmış nüshaları, taşınır mal niteliğinde olduğundan, bunların haczi de İcra ve İflâs Kanunu'nun taşınırların haczine ilişkin hükümlerine tâbi olacaktır¹²². Haczedilebilir nitelikteki söz konusu mallar, İcra ve İflâs Kanunu'nun 184. maddesine göre iflâs masasına dâhil olacaktır.

Doktrinde ağırlıklı olarak alenîleşmiş bir eser üzerindeki malî hakların haczinin İcra ve İflâs Kanunu'nun 94. maddesinin 1. fıkrasına göre gerçekleştirilmesi gerektiği savunulmaktadır¹²³. Ancak, Kanun'un 94. maddesinin 1. fıkrasında intifa hakkının, taksim edilmemiş miras payının, şirket payının,

¹²⁰ Bkz. yuk. I, A.

¹²¹ **Altay**, s. 213; **Öztaş**, Fikir ve Sanat Eserleri, s. 603; **Erel**, s. 330; **Bozbel**, s. 376; **Tekinalp**, Fikrî Mülkiyet, s. 243.

¹²² Ernst E.**Hirsch**, Hukukî Bakımdan Fikrî Sây, 2.Cilt, İstanbul 1943, s. 234-235; **Hirsch**, Fikrî ve Sınâî Haklar, s. 224; **Arslanlı**, s. 204; **Görgün**, s. 162; **Ayiter**, s. 226; **Deliduman**, s. 868-869; **Erdil**, s. 1116-1117; **Tekinalp**, Fikrî Mülkiyet, s. 246.

¹²³ **Altay**, s. 215; **Deliduman**, s. 870; **Tekinalp**, Fikrî Mülkiyet, s. 248.

iştirak halinde tasarruf edilen bir mala ilişkin payın haczinden söz edilmekte; madde metninde “diğer malvarlığı hakları” veya “diğer haklar” ifadelerine hiç yer verilmemektedir¹²⁴. Maddede yalnızca intifa hakkı ile çeşitli payların haczinden bahsedilmekte; intifa hakkı dışında hiçbir malvarlığı hakkının haczine değinilmemektedir. Bu durumda, kanaatimizce bir malvarlığı hakkı olan eser üzerindeki malî hakların haczi bakımından 94. maddenin 1. fıkrasının doğrudan uygulanması mümkün değildir; ilgili hüküm yalnızca kıyasen uygulanabilecektir. Bu durumda, esere ilişkin malî haklar üzerinde haczin nasıl icra edileceğine ilişkin olarak, kıyasen tatbik edilecek olan Kanun’un 94. maddesinin 1. fıkrasındaki düzenlemeden hareketle bir sonuca varılmaktadır. Hacze konu olan malî hakkın içeriği, niteliği, kapsamı belirtilip hakkın değeri bilirkişiye takdir ettirilmek suretiyle, borçlunun konutunda veya işyerinde icra memuru tarafından bir haciz tutanağı düzenlenmeli; ardından malî haklarla ilgili meslek birliklerine, eser sahibinin çalıştığı yayın evleri gibi gerçek ve tüzel kişilere 94. maddenin 1. fıkrasında öngörülen bildirimlerde bulunulmalıdır¹²⁵. İcra ve İflâs Kanunu’nun 106. maddesinin 2. fıkrası kıyasen uygulanarak, eser üzerindeki malî hakların da borçlunun üçüncü şahıslardan olan alacak hakları gibi taşınır hükmünde oldukları kabul edilerek, hacizde tertip gereği bunlar taşınmazlardan önce paraya çevrilmelidir. Ancak, söz konusu hakların değerlerinin tespit edilmesi güç olabileceğinden ve paraya çevirme işlemi uzun sürebileceğinden, onların diğer taşınır mallardan sonra paraya çevrilmeleri isabetli olacaktır¹²⁶.

Malî haklar üzerinde bazı kimselere süresi ve kapsamı belirtmek kaydıyla lisans verilmiş olması ihtimalinde ise, malî haklar lisans sahibinin haklarıyla takyit edilmiş olarak cebrî icraya konu olup paraya çevrilebilecektir. Lisans alan kişi, malî hakların haczi sırasında kendisine tanınmış olan kullanma hakkının göz önünde tutulmaması halinde İcra ve İflâs Kanu-

¹²⁴ Gökçen **Topuz**, Marka Haczi ve Paraya Çevrilmesi, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2008,C.II, S. 2, s. 410. İİK.m.94’ün “diğer malvarlığı haklarını” da kapsayacak şekilde yeniden düzenlenmesi gerektiği ve bu konuda bir değişiklik önerisi hakkında bkz. Gökçen **Topuz**, Hisse Haczi ve Satışı, Ankara 2009,s. 311. İİK.m.94’de sayılan hallerin sınırlı olmayıp, örnek olarak gösterildiği hususunda bkz. Saim **Üstündağ**, İcra Hukukunun Esasları, 8.Bası, İstanbul 2004, s. 202.

¹²⁵ **Altay**, s. 215; **Erdil**, s. 1117-1118; **Bozbel**, s. 367; **Tekinalp**, Fikrî Mülkiyet, s. 248.

¹²⁶ **Cornaz**, s. 140-141.

nu'nun 96. maddesi uyarınca istihkak iddiasında bulunabilecek; mesele Kanun'un 96 ve devamı maddeleri çerçevesinde çözümlenecektir¹²⁷.

Eser sahibinin iflâsı halinde, malî haklar para ile ifade edilen ekonomik bir değere sahip olmaları sebebiyle iflâs masasının aktifine dâhil olacak; İcra ve İflâs Kanunu'nun Tatbikatına Dair Nizamname'nin 40. maddesinin 2. fıkrası uyarınca iflâs dairesi tarafından düzenlenecek olan mevcudat defterine, bu hakkın değeri bilirkişiye takdir ettirilmek suretiyle kaydedilecektir¹²⁸.

Eser sahibinin malî haklara ilişkin hukukî işlemlerden doğan para alacakları ise, kambiyo senedine bağlanmış ise, İcra ve İflâs Kanunu'nun 88. maddesi bağlamında bunlara fiilen el konularak haczedilecek; söz konusu alacakların kambiyo senedine bağlı olmaması halinde ise, borçlunun üçüncü şahıslardaki alacaklarının haczine ilişkin Kanun'un 89. maddesi uyarınca haciz icra edilecektir¹²⁹.

Belirttiğimiz alacakların Kanun'un 88. veya 89. maddeleri çerçevesinde haczedilebilmesi ve buna bağlı olarak İcra ve İflâs Kanunu'nun 184. maddesi bağlamında iflâs masasına dâhil edilebilmesi için doktrinde eserin tamamlanmış ve alenileşmiş olmasının gerekmediği savunulmaktadır¹³⁰. Dolayısıyla, tamamlanmamış bir esere dayalı bir taahhüt işleminin varlığı halinde, bu işlemde doğan para alacağının haczinin de beklenen bir alacağın haczi olarak değerlendirilmesi gerekmektedir¹³¹. Henüz doğmamış olmakla beraber tahakkuku muhtemel olan müstakbel, yani beklenen alacakların da evvelce alacağın vasfının tayin edilmesini kolaylaştıran bir hukukî temel mevcut olduğu takdirde haczedilmeleri mümkündür¹³². Beklenen

¹²⁷ Altay, s. 216-217; Erdil, s. 1118.

¹²⁸ Altay, s. 217; Taş Korkmaz, s. 157.

¹²⁹ Görgün, s. 164-165; Ayiter, s. 229; Altay, s. 215; Erdil, s. 1120; Erel, s. 330. Söz konusu para alacaklarının paraya çevrilmesi hakkında bkz. aşa. III. Bölüm.

¹³⁰ Ayiter, s. 228; Öztan, Fikir ve Sanat Eserleri, s. 608.

¹³¹ Taş Korkmaz, s. 347.

¹³² Alacağın miktarının belli olmaması önemli değildir; önemli olan haciz sırasında bir hukukî ilişkinin veya müstakbel alacağın doğumunu ihtimal dâhilinde gösteren bir hukukî temelin varlığıdır. Sırf ümitler ve ihtimaller haczin konusu olamayacağından, örneğin gelecekte akdedilecek bir satış sözleşmesinden doğacak olan bir talep haczin konusunu oluşturamayacaktır (Baki Kuru, İcra ve İflâs Hukuku, 3.Baskı, C.I, İstanbul

alacağın haczi halinde, haciz işlemi geçerli olmakla birlikte haczin hükümlerini ve sonuçlarını doğurabilmesi için taahhüt konusu olan eserin borçlu tarafından tamamlanması ve sözleşmenin diğer tarafına teslim edilmesi gerekecektir¹³³.

B. Sınâî Haklar Bakımından Cebrî İcra Faaliyetinin Yerine Getirilmesi

Tescilli marka üzerindeki haklar bakımından haciz işleminin doktrinde bir görüş tarafından, İcra ve İflâs Kanunu'nun resmî sicile kayıtlı olan malların haczine ilişkin düzenleme getiren 79. maddesinin 2.fıkrasının 3.cümlesine göre gerçekleştirilebileceği, bu çerçevede "mal" kavramının "hakları" da içine alacak şekilde geniş olarak yorumlanması gerektiği savunulmaktadır¹³⁴.

Diğer görüş tarafından ise, ilgili hükmün yalnızca mallara ilişkin bir düzenleme olup hakları da kapsayacak şekilde geniş biçimde yorumlanamayacağı, ancak haczin iyi niyetli üçüncü kişiler bakımından da hüküm doğurabilmesi için marka hakkının haczinin sicile kaydedtirilmesi gerektiği savunulmaktadır. Söz konusu görüşe göre, haczin sicile kaydının mutlaka

1988, s. 757-758; Baki **Kuru**, İcra ve İflas Kanunu'nun 89.Maddesinde Yapılan Değişiklikler, Bankacılar Dergisi Aralık 2003, S. 47, s. 76; **Üstündağ**, s. 196, dn:613; Baki **Kuru**, Bankalardaki Mevduatın ve Diğer Alacakların Haczi, 2.Baskı, İstanbul 2002, s. 127; **Kuru**, El Kitabı, s. 491-492; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 264; **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, s. 309-310). Bu yönde bkz. 19.HD, 23.09.1999, 4545/5107 (Yasa 2000/3, s. 436); 19.HD, 20.04.2000, 964/2997 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası); 19.HD, 16.11.2000, 7063/7837 (Mustafa **Oskay/Coşkun Koçak/Adnan Deynekli/Ayhan Doğan**, İİK Şerhi, 2.Cilt, Ankara 2007, s. 2695-2696); 12. HD, 28.01.2013, 26902/2306(Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası). Beklenen alacakların haczi hakkında ayrıntılı açıklamalar için ayrıca bkz. Murat **Yavaş**, Borçlunun Üçüncü Şahıslardaki Mal, Hak ve Alacaklarının Haczi (İİK m.89), İstanbul 2005, s. 168 vd.; Ahmet Cahit **İyilikli**, Haciz İhbarnameleri, (İİK m.89), Ankara 2012, s. 241 vd.; Cenk **Akil**, Borçlunun Üçüncü Kişilerdeki Mal ve Alacaklarının Haczi, Ankara 2013, s. 350 vd. Beklenen hakların hacze konu olabileceği hususunda ayrıca bkz. Halûk N. **Nomer**, Beklenen Haklar Üzerindeki Tasarrufların Hukukî Sonuçları, İstanbul 2002, s. 115 ve 202.

¹³³ **Taş Korkmaz**, s. 348.

¹³⁴ **Yasaman/Altay**, s. 712-713.

Kanun'un 79. maddesinin 2.fikrasının 3.cümlesine göre yapılması şart olmayıp, Kanun'un 90. maddesindeki düzenlemeden de yararlanılabilecektir. Haczedilen diğer hakların muhafazasına ilişkin olan ilgili hüküm bağlamında icra müdürü, haczedilen marka hakkının korunması için gerekli tedbir olarak haczi derhal Türk Patent Enstitüsü'ndeki marka siciline kaydettirecektir. Ancak, hacizle bu muhafaza tedbirinin alınacağı süre arasında borçlunun marka üzerinde tasarrufta bulunmasını engelleyecek herhangi bir kanunî düzenleme bulunmadığından, haczin Kanun'un 79. maddesinin 2.fikrasının 3.cümlesi uyarınca gerçekleştirilmesi haciz alacaklısını daha fazla koruyacaktır¹³⁵.

Kanaatimizce, marka gayri maddî bir mal olmakla birlikte, marka üzerindeki hakların cebrî icraya konu olduğu¹³⁶ düşünülerek, Kanun'un 79. maddesinin 2.fikrasının 3.cümlesi yorumlanmalıdır. İlgili hükümde açıkça "mal" tabirine yer verilip haklardan hiçbir şekilde söz edilmediğine göre, hükmün geniş olarak yorumlanıp tescilli markalar bakımından doğrudan uygulanma alanına sahip olması mümkün değildir. Ancak, üçüncü kişilerin haberdar olmalarının sağlanabilmesi için haczin marka siciline tescil edilerek icra edilmesi son derece isabetli olacaktır, anılan hüküm marka hakkının haczi bakımından da kıyasen uygulanmalıdır. Böylece, takibin yapıldığı icra dairesi tarafından marka hakkının değeri bilirkişiye tespit ettirildikten sonra Türk Patent Enstitüsü'ne haciz yazısı gönderilecek; Enstitü de marka siciline haciz şerhi koyacaktır¹³⁷. Haczin sicile işlenmesiyle haciz işlemi tamam-

¹³⁵ İlgili hükmün lafzından İİK.m.79/f.II, c.3'ün uygulanacağı sonucu çıkmadığından, anılan hükmün son cümlesine "resmî sicile kayıtlı mal veya **hakların haczi**" ibaresinin eklenmesi isabetli olacaktır (**Topuz**, Marka Haczi, s. 410).

¹³⁶ Marka üzerindeki hakların yanı sıra, marka sahibinin marka hakkının devri veya lisans hakkı tanınması taahhüdünden doğan alacakları da haczedilebilecektir. Bu durumda haciz işlemi İİK.m.89 çerçevesinde gerçekleştirilecektir (**Tekinalp**, Fikrî Mülkiyet, s. 467). Tescilli marka hakkı sahibinin borçluya verdiği lisans hakkının haczedilebileceği, sicile kayıt edilmemiş haczedilmiş lisans hakkının iyi niyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülemeyeceği hususunda bkz. 21.HD, 20.02.2007, 4529/2357 (Ali **Güneren**, İcra ve İflâs Hukukunda İstihkak Davaları, Ankara 2008, s. 304-305).

¹³⁷ Kutlu **Oytaç**, Karşılaştırmalı Markalar Hukuku, 2. Baskı, İstanbul 2002, s. 209; **Dönmez**, s. 377. Fransız Hukuku'nda Fikrî Mülkiyet Kanunu'nun 714-4 maddesinde markanın haczinin marka siciline haciz şerhi düşülmesiyle icra edileceği belirtilmiştir. Bkz. **Leborgne**, s. 595 ve 605; **Julien/Taormina**, s. 582.

lanmış olacaktır¹³⁸. Nitekim, anılan hükmün paralelinde Kanun Hükmünde Kararname'nin 19. maddesinin 2. fıkrasında da tescilli marka hakkının haczi halinde, haczin sicile kayıt edilip yayınlanacağı açıkça öngörülmüştür¹³⁹.

Tescil edilmemiş olmakla birlikte, fiilen kullanılan marka üzerindeki haklar bakımından haczin icrası¹⁴⁰ ise, İcra ve İflâs Kanunu'nun 94. maddesinin kıyasen uygulanması¹⁴¹ suretiyle mümkün olacaktır¹⁴². Tescil edilmiş marka üzerindeki hakkın haczi, marka sicilinde tescil ettirilerek gerçekleştirilemeyeceğinden, markanın marka sahibi nezdinde bulunduğu varsayılabildiği haciz markanın, yani marka sahibinin yerleşim yerinde veya işlem

¹³⁸ Haciz işlemi Türk Patent Enstitüsü nezdinde sicile şerh verilmesi suretiyle gerçekleştiğinden, genellikle borçlunun hacizden haberi olmamaktadır. Bu durumda, İİK.m.103 uyarınca borçlunun haciz işleminden haberdar edilmesi gerekmektedir. Ancak, borçlunun marka hakkının haczinden haberdar olması, haczin tamamlanması bakımından önem taşımamaktadır (**Yasaman/Altay**, s. 713; **Dönmez**, s. 378). Tescilli marka hakkının haczinin İİK.m.79/f.II, c.3 yerine İİK.m.94'e göre de gerçekleştirilebileceği hususunda bkz. **Yasaman/Altay**, s. 713-714; Osman **Sivil**, Markanın Haczi ve Rehni, Legal Fikrî ve Sınai Haklar Dergisi, 2007/9, s. 74-75.

¹³⁹ Borçlunun alacaklının rızasını ve icra müdürünün iznini almadan hacizli mal üzerinde tasarrufla bulunamayacağı hakkındaki İİK.m.86 hükmü, menkullere ilişkin olup markanın menkul mal olmaması sebebiyle, marka hakkının haczinde uygulanamayacaktır. Haczin sicile şerh verilmesi halinde, o markayı devralacak kişiler bu yükümlülükle marka hakkını üzerlerine almış olacaklardır. Bu hususta bkz. 11.HD, 09.03.2000, 8623/2232 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası). İİK.m.86'nın kıyasen marka haczi bakımından da uygulanması gerektiği hususunda bkz. **Dönmez**, s. 381-382.

¹⁴⁰ Tescilsiz marka hakkının haczi sırasında borçlunun marka hakkının başkasına ait olduğunu, kendisinin sadece lisans hakkına sahip olduğunu ileri sürmesi halinde, meselenin istihkak iddiasına ilişkin İİK. m.96 vd. hükümlerine göre çözümlenmesi gerekecektir (**Yasaman/Altay**, s. 715). Gayrî maddi malların da istihkak prosedürüne tâbi olabileceği hususunda bkz. Kudret **Aslan**, Hacizde İstihkak Davası, Ankara 2005, s. 108-109.

¹⁴¹ İİK.m.94'ün kıyasen uygulanması hususunda alenileşmiş eserler üzerindeki malî hakların haczi bakımından yaptığımız açıklamalar, marka hakkının haczi bakımından da aynen geçerli olacaktır. İİK.m.94'te "diğer malvarlığı hakları" veya "diğer haklar" tabirlerine hiç yer verilmediğinden, marka hakkının haczine İİK.m.94'ün uygulanamayacağı, İİK.m.94'te diğer malvarlığı haklarının da haczini içerecek ve borçlunun tasarruf yetkisi hakkında hükümlere yer verecek şekilde değişiklik yapılması gerektiği hususunda ayrıca bkz. **Topuz**, Marka Haczi, s. 410 ve 413.

¹⁴² **Yasaman/Altay**, s. 712 ve 714; **Ünal**, s. 116; **Çolak**, s. 716; **Tekinalp**, Fikrî Mülkiyet, s. 466.

merkezinde, bilirkişi tarafından tespit edilmiş hakkın değerini de içeren bir haciz tutanağı düzenlenerek, gerçekleştirilecek ve haczin o sırada tamamlandığı kabul edilecektir¹⁴³.

Gerek tescilli, gerekse tescilsiz marka üzerindeki hakların haczi hususunda, hacizde tertip bakımından, açık bir kanunî düzenleme bulunmamasıyla birlikte, İcra ve İflâs Kanunu'nun 106. maddesinin 2. fıkrası kıyasen uygulanarak, söz konusu hakların da borçlunun üçüncü kişilerden olan alacak hakları gibi taşınır hükmünde oldukları kabul edilmeli ve bunlar taşınmazlardan önce paraya çevrilmelidir. Ancak, bu hakların değerlerinin tespiti güçlük arz edebileceğinden ve paraya çevirme işlemi uzun zaman alabileceğinden diğer taşınır mallardan sonra, marka hakkının paraya çevrilmesi isabetli olacaktır¹⁴⁴.

Marka sahibinin iflâsı halinde, açıklamalarımızda belirttiğimiz haczedilebilir marka hakları da müflise ait bir malvarlığı unsuru olarak, iflâs masasına dâhil olacaktır. Ancak, borçlu aleyhine henüz iflâs kararı verilmiş bile olsa, alacaklılar iflâs davası devam ederken İcra ve İflâs Kanunu'nun 159. maddesine göre muhafaza tedbirlerinin alınmasını talep edebileceklerdir. Örneğin, borçlunun iflâsın açılmasından önce marka hakkını devretmesi veya marka üzerindeki mutlak hakkını sınırlandırıcı işlemler yapmasını engellemek için alacaklılar ihtiyatî tedbir kararı verilmesini ve bu kararın marka siciline şerh verilmesini isteyebileceklerdir¹⁴⁵. İflâsın açılması halinde, Kanun'u 166. maddesinin 2. fıkrası uyarınca iflâs dairesi, iflâs kara-

¹⁴³ Tescilli marka hakkının İİK.m.94'e göre haczedilmesi halinde ise, KHK. m.19/f.II çerçevesinde yapılacak olan tescil, İİK.m.79/f.II, c.3'e göre yapılan haczin aksine, kurucu nitelikte olmayacak; haciz kararının marka sahibine tebliğ edildiği anda haciz işlemi tamamlanmış olacaktır. Ancak, haciz alacaklısının menfaatlerinin korunması bakımından haczin marka siciline kaydettirilmesi büyük önem taşımaktadır. Aksi takdirde, haczedilmiş marka hakkının paraya çevrilmesi sonunda elde edilen değer hak sahiplerine dağıtılması sırasında güçlüklerle karşılaşılacaktır; marka hakkını haczettiren alacaklının alacağı dikkate alınamayacaktır; bu alacaklı da haczin yerleşim yerinde veya işlem merkezinde icra edildiğini ispatlamak zorunda kalacaktır (**Yasaman/Altay**, s. 714-715).

¹⁴⁴ **Cornaz**, s. 140-141. Bu hususta ayrıca bkz. yuk, I, B, 1 ve 2. Hacizde tertibe ilişkin bu açıklamalarımız diğer sınaî haklar bakımından da aynen geçerli olacaktır.

¹⁴⁵ **Yasaman/Altay**, s. 719. Diğer sınaî haklar bakımından da bu yönde bir açıklamada bulunulması mümkündür.

rının marka siciline kaydedilmesi için Türk Patent Enstitüsü'ne bildirimde bulunacaktır. İflâs kararı marka siciline şerh verilmemiş bile olsa, müflisin marka üzerinde yapacağı her türlü tasarruf işlemi Kanun'un 191. maddesine göre kesin hükümsüz sayılacaktır¹⁴⁶.

Patentler bakımından ise, alenîyete kavuşmuş buluşlar açısından cebrî icraya konu olabilen patent isteme hakkı ile patent başvurusuna ilişkin hak üzerinde haciz uygulanması ise, henüz patent hakkı tescil edilmemiş olduğundan İcra ve İflâs Kanunu'nun 94. maddesinin kıyasen uygulanması¹⁴⁷ suretiyle mümkün olacaktır¹⁴⁸. Henüz patent siciline tescil söz konusu olmadığından, patentin buluş sahibi nezdinde bulunduğu varsayılp haczin patentin, yani buluş sahibinin yerleşim yerinde veya işlem merkezinde, bilirkişi tarafından tespit edilmiş ilgili hakkın değerini de içeren bir haciz tutanağı düzenlenerek icra edileceğinin ve haczin o sırada tamamlandığının kabulü isabetli olacaktır. Patent siciline tescil edilmiş patent hakkının haczi¹⁴⁹ ise, tescilli marka hakkının haczi bakımından belirttiğimiz üzere, Kanun'un 79. maddesinin 2. fıkrasının 3. cümlesi kıyasen uygulanarak gerçekleştirilecektir. Buna göre, takibin yapıldığı icra dairesi tarafından patent hakkının değeri bilirkişiye tespit ettirildikten sonra Türk Patent Enstitüsü'ne haciz yazısı gönderilecek; Enstitü de Patentlerin Korunması Hakkındaki Kanun Hükmündeki Kararnamenin Uygulama Şeklini Gösterir Yönetmeliğin 46. maddesinin 1. fıkrasının o bendi uyarınca patent siciline haciz şerhi koyacaktır¹⁵⁰. İflâsın açılması halinde, Kanun'un 166. maddesinin 2. fıkrası uyarınca iflâs dairesi, iflâs kararının patent siciline kaydedilmesi için Türk

¹⁴⁶ **Yasaman/Altay**, s.720; **Çolak**, s. 716.

¹⁴⁷ İİK.m.94'ün kıyasen uygulanması hususunda alenîleşmiş eserler üzerindeki malî hakların haczi bakımından yaptığımız açıklamalar, anılan hakların haczi bakımından da aynen geçerli olacaktır. Bkz. yuk. II, A.

¹⁴⁸ **Tekinalp**, Fikrî Mülkiyet, s. 628.

¹⁴⁹ Patent sahibinin patent hakkının devri veya lisans hakkı tanınması taahhüdünden doğan alacakları ise, İİK.m.89 çerçevesinde haczedilecektir (**Tekinalp**, Fikrî Mülkiyet, s. 628; **Karahan/Suluk/Saraç/Nal**, s. 368).

¹⁵⁰ Fransız Hukuku'nda da Fikrî Mülkiyet Kanunu'nun 613-21 maddesi uyarınca patent hakkının haczi, ulusal fikrî mülkiyet siciline haciz şerhi konularak gerçekleştirilmektedir. Bu hususta bkz. Serge **Guinchard**/Tony **Moussa**, Droit et pratique des voies d'exécution, 6^e édition, Paris 2009, s. 766; **Leborgne**, s. 604; **Julien/Taormina**, s. 581.

Patent Enstitüsü'ne bildirimde bulunacaktır. İflâs kararı patent siciline şerh verilmemiş bile olsa, müflisin patent üzerinde yapacağı her türlü tasarruf işlemi Kanun'un 191. maddesine göre kesin hükümsüz sayılacaktır.

Faydalı modeller ise niteliği itibariyle, küçük buluş olarak kabul edildiğinden patentler hakkında yaptığımız açıklamalarımız faydalı model hakkında da aynen geçerli olacaktır.

Endüstriyel tasarımlar bakımından, alenîyete kavuşmuş tasarımlar açısından tescil belgesi isteme hakkının, tescil başvurusuna ilişkin hakkın ve tasarım hakkının haczinin ne şekilde icra edileceği hususunda 554 Sayılı Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında Kararname'nin 39. maddesinin 2. fıkrası dikkate alınmalıdır. İlgili hükümde haczin İcra ve İflâs Kanunu hükümlerine göre uygulanacağı belirtilmiştir. Bu durumda, markalar ve patentler bakımından haczin icrasına ilişkin açıklamalarımız endüstriyel tasarımlar bakımından da aynen geçerli olacaktır¹⁵¹. İflâsın açılması halinde, İcra ve İflâs Kanunu'nun 166. maddesinin 2. fıkrası uyarınca iflâs dairesi, iflâs kararının endüstriyel tasarım siciline kaydedilmesi için Türk Patent Enstitüsü'ne bildirimde bulunacaktır¹⁵². İflâs kararı sicile şerh verilmemiş bile olsa, müflisin tasarım üzerinde yapacağı her türlü tasarruf işlemi Kanun'un 191. maddesine göre kesin hükümsüz addedilecektir.

Entegre devre topografyalarında ise, tescil belgesi isteme hakkı, başvuru hakkı ve tescille doğan hakkın haczinin icrası Entegre Devre Topografyalarının Korunması Hakkında Kanun'un 17. maddesinin 2. fıkrası çerçevesinde gerçekleştirilecektir. Anılan hükümde, haczin İcra ve İflâs Kanunu hükümleri doğrultusunda tatbik edileceği belirtildiğinden, haczin icrası hakkında diğer sınaî haklar bakımından yaptığımız açıklamalarımız bu hususta da geçerliliğini koruyacaktır. İflâsın açılması durumunda ise, iflâs dairesince İcra ve İflâs Kanunu'nun 166. maddesinin 2. fıkrası uyarınca iflâs kararının entegre devlet topografyaları siciline kaydedilmesi için Türk Patent Enstitüsü'ne bildirimde bulunacaktır.

¹⁵¹ Fransız Hukuku'nda gerek endüstriyel tasarım hakkının, gerekse faydalı model hakkının haczi, Fikrî Mülkiyet Kanunu'nun 714-4 maddesinde düzenlenmiş; haczin ulusal endüstriyel tasarım ve faydalı model siciline şerh düşülerek gerçekleştirileceği belirtilmiştir. Bkz. **Julien/Taormina**, s. 583.

¹⁵² **Taş Korkmaz**, İflâs Masası, s. 186.

Yeni bitki çeşitleri ıslahçı hakları bakımından, ıslahçı hakkı belgesi isteme hakkının, başvuru hakkının ve ıslahçı hakkının haczinin icrası Yeni Bitki Çeşitlerine Ait Islahçı Haklarının Korunmasına İlişkin Kanun'un 49. maddesinin 3. fıkrasına göre yerine getirilecektir. Sözü geçen hükümde haczin İcra ve İflâs Kanunu hükümlerine göre uygulanacağı ifade edildiğinden, haczin icrası hakkında diğer sınaî haklara ilişkin açıklamalarımız yeni bitki çeşitleri ıslahçı hakları bakımından da aynen geçerli olacaktır¹⁵³. İflâsın açılması halinde ise, İcra ve İflâs Kanunu'nun 166. maddesinin 2. fıkrası uyarınca iflâs dairesi iflâs kararının ıslahçı hakkı kütüğüne kaydedilmesi için Tarım ve Köy İşleri Bakanlığı nezdinde faaliyet gösteren Tarımsal Üretim ve Geliştirme Genel Müdürlüğü'ne¹⁵⁴ bildirimde bulunacaktır.

İnternet alan adlarını kullanım hakkı, Elektronik Haberleşme Kanunu'nun 34. maddesinin 1. fıkrası çerçevesinde haczedilmemektedir. Buna karşılık, alan adı sahibinin kayıt kuruluşu ile akdettiği sözleşmeden kaynaklanan haczedilebilir nitelikteki alan adı tahsisini yenileme, alan adından feragat etme, hizmet aldığı kayıt kuruluşunu değiştirme talebinde bulunma hakları bakımından haciz, bu hakların herhangi bir sicile tescil edilmeleri söz konusu olmadığından, İcra ve İflâs Kanunu'nun 94. maddesi kıyasen¹⁵⁵ uygulanarak gerçekleştirilecektir.

¹⁵³ Tescil edilmiş yeni bitki çeşitleri ıslahçı haklarının haczi bakımından İİK.m.79 uygulanacak; icra müdürünün Tarım ve Köy İşleri Bakanlığı nezdinde faaliyet gösteren ve Yeni Bitki Çeşitlerine Ait Islahçı Haklarının Korunmasına Dair Yönetmeliğin 8. maddesine göre başvuru ve tescile ilişkin yetkili Bakanlık birimi olan Tarımsal Üretim ve Geliştirme Genel Müdürlüğü'ne yapacağı bildirimle haciz şerhi kütüğe tescil edilecektir (**Odman Boztosun**, s. 219). Fransız Hukuku'nda Fikrî Mülkiyet Kanunu'nun 623-24. maddesinde, patentlere ilişkin düzenleme getiren 613-21. maddesine yapılan atıf sebebiyle yeni bitki çeşitleri ıslahçı haklarının haczinin ulusal fikrî mülkiyet siciline haciz şerhi konularak gerçekleştirileceği kabul edilmektedir. Bkz. **Julien/Taormina**, s. 581-582.

¹⁵⁴ Yeni Bitki Çeşitlerine Ait Islahçı Haklarının Korunmasına Dair Yönetmeliğin 8. maddesine göre başvuru ve tescile ilişkin yetkili Bakanlık birimi, Yönetmeliğin 4. maddesinin b bendi çerçevesinde Tarımsal Üretim ve Geliştirme Genel Müdürlüğü'dür.

¹⁵⁵ İİK.m.94'ün kıyasen uygulanması hususunda alenileşmiş eserler üzerindeki malî hakların haczi bakımından yaptığımız açıklamalar, anılan hakların haczi bakımından da aynen geçerli olacaktır.

İşletme adı, ticaret siciline tescil edileceğinden tescil edilmiş kullanım hakkının ve henüz tescil edilmemiş olmakla birlikte tescil başvurusuna konu olmuş kullanım hakkının haczinin ne şekilde icra edileceği hususunda diğer sınaî haklara ilişkin açıklamalarımız geçerliliğini koruyacaktır. İflâsın açılması halinde ise, İcra ve İflâs Kanunu'nun 166. maddesinin 2. fıkrası uyarınca iflâs dairesince iflâs kararının ticaret siciline kaydedilmesi için ilgili Ticaret Sicil Memurluğu'na bildirimde bulunulacaktır.

Eser üzerindeki malî haklara ilişkin açıklamalarımızda belirttiğimiz üzere, sınaî haklar üzerinde de bazı kimselere süresi ve kapsamı belirtilmek kaydıyla lisans verilmiş olması ihtimalinde ise, sınaî haklar lisans sahibinin haklarıyla takyit edilmiş olarak cebri icraya konu olup paraya çevrilebilecektir. Lisans alan kişi, sınaî hakların haczi sırasında kendisine tanınmış olan kullanma hakkının göz önünde tutulmaması halinde İcra ve İflâs Kanunu'nun 96 ve devamı hükümleri dâhilinde istihkak iddiasında bulunabilecektir.

Sınaî hak sahibinin sahip olduğu haklara ilişkin hukukî işlemlerden doğan para alacakları kambiyo senedine bağlı ise, haciz işlemi İcra ve İflâs Kanunu'nun 88. maddesi bağlamında bunlara fiilen el konularak gerçekleştirilecektir. Söz konusu alacakların kambiyo senedine bağlı olmaması halinde, borçlunun üçüncü şahıslardaki alacaklarının haczine ilişkin düzenleme getiren Kanun'un 89. maddesi uygulanacaktır.¹⁵⁶

III. CEBRÎ İCRAYA KONU OLAN FİKRÎ MÜLKİYET HAKLARININ PARAYA ÇEVİRİLMESİ

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 62. maddesi uyarınca haczedilmiş veya iflâs masasına kaydedilmiş olan alenîleşmiş bir eserin müsveddesi veya aslı ile yayımlanmış bir eserin çoğaltılmış nüshaları, taşınır mal niteliğinde olduğundan, bunların paraya çevrilmesi de İcra ve İflâs Kanunu'nun taşınır- ların paraya çevrilmesine ilişkin hükümlerine tâbi olacaktır.

Cebrî icraya konu olabilecek olan eser üzerindeki malî haklar ile sınaî hakların ne şekilde paraya çevrileceği hususunda ise, hukukumuzda açık bir kanunî düzenleme bulunmamaktadır. Ancak, İcra ve İflâs Kanunu'nun 121.

¹⁵⁶ Söz konusu para alacaklarının paraya çevrilmesi hususunda bkz. aşa. III. Bölüm.

maddenin 1. fıkrasına ilişkin hükümde “gibi” kelimesinin kullanılmış olmasından bahisle maddede yapılan sayımın tahdidi olmadığı, taşınır, taşınmaz ve alacak dışında kalan diğer bütün hakların paraya çevrilmesinin bu hükme tâbi olduğu doktrinde kabul edilmektedir¹⁵⁷. Bu durumda, gerek eser üzerindeki malî hakların¹⁵⁸, gerekse sınaî hakların¹⁵⁹ paraya çevrilmesi hususunda Kanun’un 121. maddesi tatbik edilecektir. İlgili düzenlemeye göre, Kanun hükümlerinde paraya çevrilmenin ne şekilde yapılması gerektiğine ilişkin özel düzenleme bulunmayan hallerde icra memuru satışın nasıl yapılacağını

¹⁵⁷ Mustafa Reşit **Belgesay**, İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, İstanbul 1954, s. 278; İlhan E. **Postacıoğlu**, İcra Hukuku Esasları, 4.Bası, İstanbul 1982, s. 469; Baki **Kuru**, İcra ve İflâs Hukuku, C.II, 3.Baskı, İstanbul 1990, s. 1226; Memduh **Yelekcî/İlhami Yelekcî**, Notlu İzahlı-İçtihatlı Uygulamada İcra ve İflas Kanunu, 4.Baskı, Ankara 1999, s. 351; Mine **Erturgut**, İcra ve İflâs Hukukunda Menkullerin Paraya Çevrilmesi, Ankara 2000, s. 193 ve 222; Nizam **İpekcî**, İcra ve İflas Kanunu Tatbikatı (Şerh), Ankara 2001, s. 515; **Üstündağ**, s. 246-247; Seda **Özmumcu**, Cebri İcra Hukukunda Pazarlık Suretiyle Satış, İstanbul 2005, s. 292; Mehmet Kâmil **Yıldırım/Nevhis Deren-Yıldırım**, İcra Hukuku, 5.Baskı, İstanbul 2012, s. 232-233; **Kuru**, El Kitabı, s. 634; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 321; **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, s. 380.

¹⁵⁸ **Belgesay**, s. 117; **Görgün**, s. 160-161; **Ayiter**, s. 227; **Altay**, s. 215; **Erdil**, s. 1118; **Tekinalp**, Fikrî Mülkiyet, s.248. Birden fazla haczi kabil malî hakkın söz konusu olması halinde, her bir malî hak diğerinden bağımsız olarak paraya çevrilecek ve bunlardan her biri farklı kişilerin mülkiyetine geçecektir (**Cornaz**, s. 111). Haczedilen malî hakların paraya çevrilmesi sonunda malî hakları devralan kimse, eser sahibinin manevî yetkilerine dokunamayacaktır. Örneğin, eser sahibi kitabının takma bir ad ile yayınlanmasında ısrar edip bunun için kabul edilebilir nedenler gösterirse, eserin yayın hakkı eserin yalnızca o adla yayınlanması kaydıyla, haczedilebilecektir (**Belgesay**, s. 115-116; **Görgün**, s. 163).

¹⁵⁹ Marka hakkının paraya çevrilmesi bakımından İİK.m.121’in uygulanacağı hususunda bkz. **Oytaç**, s. 210; Hakan **Karan/Mehmet Kılıç**, Markaların Korunması Hakkında 556 Sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat, Ankara 2004, s. 340; **Ünal**, s. 117; **Sivil**, s. 66; **Dönmez**, s. 382; **Ülgen/Teoman/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan**, s. 410; **Tekinalp**, Fikrî Mülkiyet, s. 466. Aleniyete kavuşmuş buluşlar bakımından cebri icraya konu olabilen patent isteme hakkının, patent başvurusuna ilişkin hakkın, tescile konu olmuş patent hakkının İİK.m.121 çerçevesinde paraya çevrileceği hakkında bkz. **Tekinalp**, Fikrî Mülkiyet, s. 628; **Karahan/Suluk/Saraç/Nal**, s. 368. Tasarım hakkının paraya çevrilmesinin İİK.m.121’e tâbi olduğu hususunda bkz. **Suluk**, s. 414. Alan adının paraya çevrilmesi bakımından İİK.m.121’in uygulanacağı hususunda bkz. **Kale**, s. 103 vd.

icra mahkemesinden soracak; icra mahkemesi yerleşim yerleri bilinen ilgilileri davet ederek onları dinledikten sonra açık artırma ile satış yapabileceği gibi, satış için bir memuru da görevlendirebilecek veya gerekli bir tedbir alabilecektir. İsviçre Hukuku'nda ise, Borç İçin Takip ve İflâsa İlişkin Federal Kanun'un 132. maddesinde, İcra ve İflâs Kanunu'nun 121. maddesinin paralelinde bir düzenlemeye yer verilmiş; ancak ilgili hükmün 2. fıkrasında eser sahibinin hakları ile patente, markaya, endüstriyel tasarımlara ilişkin hakların, yeni bitki çeşitleri ıslahçı haklarının paraya çevrilmesi hususunda da bu maddenin uygulama alanı bulacağı özel olarak belirtilmiştir¹⁶⁰.

Eser üzerindeki malî haklar ile sınaî hakların paraya çevrilmesi hususunda uygulanacak yegâne hüküm olan İcra ve İflâs Kanunu'nun 121. maddesi uyarınca, icra müdürünün satışın ne şekilde gerçekleştirileceğini icra mahkemesinden sorması ve satış usûlünü belirlerken ilgililerin görüşlerini alması gerekmektedir. İcra mahkemesi satışın hangi usûlle gerçekleştirileceğine karar vermeden önce ilgilileri dinlemekte ve böylece onlara satışın ne şekilde yapılacağına dair öneride bulunma imkânı tanımaktadır¹⁶¹. İlgililer dinlenilerek doğru satış yönteminin belirlenmesi suretiyle, onların menfaatlerini koruyacak tarzda ve mümkün olduğu ölçüde yüksek bir bedel elde edilerek söz konusu hakkın en iyi değerden paraya çevrilmesi amaçlanmaktadır¹⁶².

Dinlenilmeleri gerekli olan ilgililerin başında borçlu gelmektedir¹⁶³; borçlu satışa katılacak kişiler hakkında görüşünü açıklayabilecek; böylece kendine ait bir eser üzerindeki malî hakkın veya sınaî hakkın şahsi sebeplerle ya da piyasada rekabet ortamında bulunması sebebiyle uyuşmazlık halinde bulunduğu bir kişinin eline geçmesine engel olabilecektir. Gerekli tüm bilgileri icra mahkemesine vermek zorunda olan borçlu, hakkın en iyi değer

¹⁶⁰ Madde metninde entegre devlet topografyalarından söz edilmediği için ortada bir kanun boşluğu bulunmakla birlikte, bunların da diğer sınaî haklar gibi cebri icra konusu olup paraya çevrileceği hususunda şüphe duyulmamalıdır (Pierre-Robert **Gilliéron**, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Articles 89-158, Lausanne 2000, s. 589; **Dallèves/Foëx/Jeandin**, s. 615).

¹⁶¹ **Gilliéron**, s. 589.

¹⁶² **Üstündağ**, s. 247; **Yasaman/Altay**, s. 718.

¹⁶³ **Gilliéron**, s. 589.

üzerinden paraya çevrilebilmesi için örneğin bir lisans veya franchise sözleşmesinden elde edilen gelirlerin miktarını da ayrıca açıklamalıdır. Haciz koyduran alacaklılar ile rehinli alacaklılar da ilgililerin kapsamına girmektedir. Burada, rehinli alacaklılar bağlamında alacaklarının paraya çevirme işlemi neticesinde kesin olarak karşılanabileceği belli olan birinci sıradaki rehinli alacaklıların mı dinlenilmeleriyle yetinilmesi gerektiği, yoksa tüm rehinli alacaklıların da mı dinlenilmeleri gerektiği sorusu akla gelmektedir. Amaç, fikrî veya sınaî hakkın en yüksek değer üzerinden paraya çevrilmesi olduğuna göre, bunların tamamının dinlenilmeleri yerinde olacaktır. Lisans hakkı sahipleri gibi üçüncü kişiler de ilgili olarak dinlenilebileceklerdir¹⁶⁴.

Satış usûlünü belirlerken icra mahkemesi, ilgililerin görüşlerini ve önerilerini göz önünde tutmakla¹⁶⁵ birlikte, onların talepleriyle doğrudan bağlı bulunmamaktadır. Ancak, icra mahkemesi ilgililerce yapılmış olan tekliflerin tarafların çıkarlarına uygun olduğu ve hakların en yüksek değer üzerinden paraya çevrilebileceği kanaatine vardığı takdirde söz konusu teklifi dikkate alarak satış usûlünü saptayabilecek; ilgililerin yaptıkları açıklamalar neticesinde ortaya çıkabilecek tereddütlerin giderilerek fikrî veya sınaî hakkın değerinin tam olarak belirlenebilmesi için bilirkişiye başvurabilecektir¹⁶⁶.

İcra ve İflâs Kanunu'nun 121. maddesinin 2. fıkrasında ve bunun paralelinde İsviçre Hukuku'nda Borç İçin Takip ve İflâsa İlişkin Federal Kanun'un 132. maddesinin 3. fıkrasında, ilgilileri dinledikten sonra icra mahkemesinin satışın açık artırma yoluyla yapılmasına karar verebileceği, satış için bir memur görevlendirebileceği veya gerekli diğer tedbirleri alabileceğinden söz edilmiştir. Doktrinde madde metninde belirtilen hususların örnek olarak sayıldığı, bunların hiçbirinin diğerine karşı herhangi bir önceliğinin bulunmadığı, icra mahkemesinin serbestçe tercih hakkına sahip olduğu dile getirilmektedir¹⁶⁷. İcra mahkemesi, maddede sayılan hususlardan tarafların menfaatlerine en uygun olanını kendi serbest iradesi doğrultusunda

¹⁶⁴ Cornaz, s. 183-184. Bu hususta ayrıca bkz. Yasaman/Altay, s. 718.

¹⁶⁵ Peter Hansjörg, Edition annotée de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Berne 2010, s. 666.

¹⁶⁶ Gilliéron, s. 589; Cornaz, s. 187.

¹⁶⁷ Gilliéron, s. 580-581.

takdir edecektir. Mahkemenin vereceği karar gerek icra memuru, gerekse taraflar açısından bağlayıcıdır¹⁶⁸.

İcra ve İflâs Kanunu'nun 121. maddesinde paraya çevirme işleminin yalnızca açık artırma yoluyla gerçekleştirileceğinden söz edilmekle birlikte, icra mahkemesinin gerekli diğer tedbirleri alabilmesi¹⁶⁹ çerçevesinde fikrî veya sınaî hakların pazarlık suretiyle satışı da mümkün olabilecektir¹⁷⁰. Açık artırma yoluyla satışın aksine, satışa iştirak edenlerin çıkarlarına en uygun bedel üzerinden paraya çevirmenin sağlanabilmesi için satış talebinde bulunmanın belli bir süreye bağlı olmaması, satışa hazırlık ve satış sırasında kapsamlı bir prosedürün öngörülmemiş olması fikrî veya sınaî hakların pazarlık suretiyle satışını¹⁷¹ haklı kılmaktadır¹⁷². Örneğin, borçlu ile satış, lisans veya franchise sözleşmesi sebebiyle ticarî ilişki içinde bulunan, fikrî veya sınaî hakkın değeri hakkında fikir sahibi olan üçüncü kişinin uygun bir fiyat önerisinde bulunarak, ilgili hakka sahip olmak istemesi halinde pazarlık yoluyla satış gündeme gelebilecektir. İcra mahkemesi hemen pazarlık yoluyla satışa karar vermeden önce teklifte bulunan üçüncü kişiye göre daha yüksek bir

¹⁶⁸ Üstündağ, s. 247.

¹⁶⁹ Örneğin, alacaklıların alacaklarını karşılamak için fikrî veya sınaî hakkın paraya çevrilmesi yerine, bu hakların lisans konusu olması ihtimalinde lisans alan tarafından yapılan ödemeler, yani lisans sözleşmesine dayalı olarak elde edilen gelirler alacaklılara verilebilecek; bu yolla alacaklılar tatmin edilebileceklerdir (Cornaz, s. 194-195).

¹⁷⁰ Marka hakkının pazarlık yoluyla paraya çevrilebileceği hususunda bkz. Yasaman/Altay, s. 719; Topuz, s. 415; Dönmez, s. 384-385.

¹⁷¹ Paraya çevirmenin mümkün olduğu kadar çabuk gerçekleştirilebilmesi için yetkili makama hem zaman bakımından, hem de prosedürün yerine getirilmesi bakımından geniş bir serbesti sağlanması, pazarlık suretiyle satış kurumunun temel fikri olarak karşımıza çıkmakta; bu sayede mümkün olduğunca çabuk ve az masrafla paraya çevirme sonucunun elde edilmesi amaçlanmaktadır (Erturgut, s. 178; Özümucu, s. 20 ve 24). Ayrıca, pazarlık yoluyla satışta satışın tarafları olan satışı yapmakla görevli olan resmî makam ile satışa iştirak eden katılımcılar açısından geniş bir hareket serbestisi söz konusu olmakta; taraflar karşılama prensibine tâbi olmaksızın sözleşme özgürlüğü çerçevesinde satış fiyatını belirlemekte; düşük fiyat üzerinden satış yapılmasını engellemek için belirli bir bedel kararlaştırarak bu bedele ulaşıncaya kadar satışı erteleyebilmekte; artırma şartlarına ve satış prosedürüne yön vermektedirler (Erturgut, s. 179 ve 183-184; Özümucu, s. 90 ve 234).

¹⁷² Cornaz, s. 189.

fiyat önerebilecek diğer kişilerin bulunup bulunmadığını araştırarak; bu çerçevede ilânlar aracılığıyla başka kişileri teklif vermeye çağıracaktır. Yapılan ilânlar neticesinde pek çok teklifle karşılaşılması halinde, teklif veren kişiler arasında “özel açık artırma yoluyla satış” gerçekleştirilecek¹⁷³; yeni teklifler ortaya çıkmadığı takdirde ise, üçüncü kişi pazarlık yoluyla satış suretiyle fikrî veya sınaî hakkı iktisap edecektir¹⁷⁴. Yeniliği ve üretim sırlarını korumak adına tescil edilmemiş sınaî hakların paraya çevrilmesi için pazarlık yoluyla satışın veya özel açık artırma yoluyla satışın tercih edilmesi isabetli olacaktır¹⁷⁵.

Kanun’un 113. maddesinin 2. fıkrası uyarınca fikrî veya sınaî hakkın değeri süratle düşmekte olsa bile, icra dairesi kendiliğinden pazarlık yoluyla satışa karar verememekte; mutlaka icra mahkemesinin onayı almak zorunda bulunmaktadır¹⁷⁶. Doktrinde, icra mahkemesinin Kanun’un 121. maddesi çerçevesinde sahip olduğu geniş takdir yetkisine dayanarak satışın pazarlık yoluyla yapılmasına¹⁷⁷, Kanun’un 119. maddesinin 1. bendinde belirtildiğinin aksine, tüm ilgililerin rızasını aramaksızın karar verebileceği savunul-

¹⁷³ “Özel açık artırma yoluyla satış”, ihtiyari açık artırma yoluyla satışın bir türü olup, bu satış ihtiyari açık artırma yoluyla satışın aksine, ilân edilmemekte; yalnızca önceden belirlenmiş kişilerin katılımıyla açık artırma yapılmaktadır. Bu hususta bkz. Pierre **Tercier**, *Les contrats spéciaux*, 2^e édition, Zurich 1995, s. 131; Pierre **Engel**, *Contrat de droit suisse*, 2^e édition, Berne 2000, s. 64.

¹⁷⁴ **Cornaz**, s. 190-191.

¹⁷⁵ **Cornaz**, s. 192.

¹⁷⁶ **Gilliéron**, s. 590.

¹⁷⁷ Değeri süratle düşmekte olan hakların paraya çevrilmesi için açık artırma yoluyla satış tercih edildiği takdirde, yapılması gereken satış hazırlıkları satışın yapılmasını geciktirecek; dolayısıyla satıştan beklenen menfaatin elde edilmesi büyük ölçüde güçleşecektir. O halde, açık artırma yoluyla satışa oranla satışı yapan resmî makama daha geniş bir hareket serbestisi tanıyarak, daha kısa sürede, daha az masrafla, en elverişli şekilde paraya çevirme işleminin gerçekleştirilmesini sağlayan pazarlık suretiyle satışın tercih edilmesi son derece isabetli olacaktır (**Özmumcu**, s. 261). Ayrıca, pazarlık yoluyla satışta, açık artırma yoluyla satışın aksine hakkın muhammen değerini belirli bir miktarı karşılaması şartı aranmadığından, tarafların anlaşmalarıyla satış hemen yapılabilecektir. Açık artırma yoluyla satış tercih edildiği takdirde ise, satışın artırma bedeline ulaşmadığı için yapılamaması, yeniden satış hazırlıklarına başlanması gündeme gelecek; söz konusu durum da hakkın daha çok değer kaybetmesine sebep olacaktır (**Erturgut**, s. 176).

muştur¹⁷⁸. Kanaatimizce, kanun koyucu pazarlık yoluyla satışın yapılabilmesi için tüm ilgililerin¹⁷⁹ rızasının aranmasını¹⁸⁰ şart koşup, bunu satışın icrası için bir ön koşul olarak düzenlediğine göre, Kanun'un 121. maddesi gereğince satışın pazarlık suretiyle yapılmasına karar verilmesi halinde de bu şartın mutlaka gerçekleşmesi gerekmektedir¹⁸¹. Aksinin kabulünü haklı gösterecek herhangi bir kanunî hüküm bulunmamaktadır.

Fikrî veya sınaî hakkın değerinin tespitinin güçlük arz etmediği hallerde satış açık artırma yoluyla yapılacağı gibi, yeniliğin ve üretim sınırlarının zarar görme riskinin söz konusu olmadığı tescil edilmiş sınaî hakların paraya çevrilmesi hususunda da bu yola başvurulabilecektir¹⁸². Satışın açık artırma yoluyla yapılması halinde, hangi süre içinde satış talebinde bulunulması gerektiği meselesi ise, İcra ve İflâs Kanunu'nun 106. maddesinin 2. fıkrası kıyasen uygulanarak, eser üzerindeki malî haklar ile sınaî hakların da borçlunun üçüncü şahıslardan olan alacak hakları gibi taşınır hükmünde olduğu kabul edilerek çözümlenmelidir. Bu durumda, Kanun'un 106. maddesi uyarınca altı aylık sürenin uygulanması isabetli olacaktır¹⁸³.

¹⁷⁸ **Cornaz**, s. 189. Pazarlık yoluyla satışa karar verildiği takdirde, İİK.m.119'da öngörülen şartların gerçekleşmesinin aranmayacağı hususunda aynı yönde bkz. **Yasaman/Altay**, s. 719.

¹⁷⁹ Borçlu, haciz koyduran alacaklılar, rehinli alacaklı, hapis hakkına sahip bulunan kişiler, borçlunun mahcuz malı üzerinde borçlu ile birlikte pay sahibi olan üçüncü kişiler ilgili olarak kabul edilmektedir (**Özmumcu**, s. 227 vd.).

¹⁸⁰ İlgililerin rızalarını ne şekilde ileri sürebilecekleri hususunda özel bir kanunî düzenleme bulunmadığından, yazılı veya sözlü olarak muvafakatte bulunulabileceği gibi, zımnî muvafakatte de bulunulabilecektir. Ancak, pratik açıdan rızanın yazılı olarak verilmesi isabetli olacaktır (**Erturgut**, s. 171; **Özmumcu**, s. 235-236).

¹⁸¹ Pazarlık suretiyle satışın tüm ilgililerin bu yönde bir talepte bulunmaları şartıyla gerçekleştirilebileceği hususunda bkz. **Dönmez**, s. 382.

¹⁸² **Cornaz**, s. 194.

¹⁸³ İsviçre Hukuku'nda ise, Borç İçin Takip ve İflâsa İlişkin Federal Kanun'un taşınırların, alacakların ve diğer hakların paraya çevrilmesine ilişkin düzenleme getiren 116. maddesinin 1. fıkrası çerçevesinde eser üzerindeki malî haklar ile sınaî haklar maddede geçen "diğer haklar" kapsamında değerlendirilmekte ve söz konusu hakların paraya çevrilmesi haczin icrasından itibaren bir ay ilâ bir yıllık süre zarfında gerçekleştirilmektedir (**Gilliéron**, s. 461). İİK.m.121'de öngörülen haczedilmiş intifa hakkı ve hisselerin paraya çevrilmesinin İİK.m.106/f.II kıyasen uygulanarak, taşınırların paraya

Külli tasfiyenin söz konusu olması halinde ise, İcra ve İflâs Kanunu'nun iflâsa ilişkin hükümleri içerisinde Kanun'un 121. maddesine benzer bir düzenleme bulunmadığından, fikrî veya sınaî hakların ne şekilde paraya çevrileceği adi tasfiye uygulanıyorsa, Kanun'un 238. maddesinin 1. fıkrası çerçevesinde kural olarak ikinci alacaklılar toplantısı sırasında¹⁸⁴ iflâs idaresi tarafından¹⁸⁵, basit tasfiye uygulanıyorsa Kanun'un 218. maddesinin 3. fıkrası uyarınca¹⁸⁶ iflâs dairesi tarafından belirlenecektir.

Cüzi tasfiyeye ilişkin açıklamalarımızda belirttiğimiz üzere, söz konusu hakkın üretim sırları içermesi veya cebrî icra yoluyla paraya çevrilmesi neticesinde yeniliğinin zarar görme ihtimalinin varlığı durumunda pazarlık suretiyle satışın tercih edilmesi isabetli olacaktır. Ancak, pazarlık suretiyle satışın gerçekleştirilmesi bakımından adi tasfiyenin tatbik edilmesi halinde Kanun'un 241. maddesi, özellikle dikkate alınmalıdır. İlgili hükme göre iflâs masasına giren fikrî veya sınaî haklar alacaklılar karar verdiği takdirde pazarlık yoluyla satılabilmekle birlikte, rehinle teminat altına alınmış olan fikrî ya da sınaî hakların pazarlık yoluyla paraya çevrilmesi rehin hakkı sahiplerinin rızasına tâbi olacaktır¹⁸⁷. Pazarlık suretiyle satışın tercih edilme-

çevrilmesine ilişkin hükümlere tâbi olması gerektiği hususunda bkz. Amil **Artus**, İştirak Halinde Tasarruf Olunan Bir Mal Hissesinde Haciz ve Paraya Çevrilmesi, Adliye Ceridesi 1941, No:27, s. 583; Sabri Şakir **Ansay**, Hukuk İcra ve İflâs Usulleri, Ankara 1960, s. 145; Ramazan **Arslan**, İcra-İflâs Hukukunda İhale ve İhalenin Feshi, Ankara 1984, s. 35-dn:11; **Kuru**, İcra, C.II, s. 1227; **Kuru**, El Kitabı, s. 634. Söz konusu hakların paraya çevrilmesi için taşınırlara nazaran daha uzun bir süre tanınması gerektiği hususunda bkz. **Erturgut**, s. 195-196.

¹⁸⁴ İİK.m.229/f.II, c.1 uyarınca, fikrî veya sınaî hakkın kıymetinin düşmesi söz konusuyla, ikinci alacaklılar toplantısının yapılması beklenmeksizin, bu haklar paraya çevrilebilecektir.

¹⁸⁵ İflâs idaresinin paraya çevirme işleminin gerçekleştirilmesine kadar iflâs masasına dâhil olan bu hakları işleterek masaya gelir sağlaması mümkündür. Çünkü, iflâs idaresi sadece masa mallarının tasfiyesini üstlenmemekte; aynı zamanda masaya dâhil olan malları ve hakları işletip değerlendirerek masaya iflâs alacaklılarının paylarını arttırmak amacıyla gelir sağlamakla da görevli bulunmaktadır (**Altay**, s. 217).

¹⁸⁶ Anılan hükümde “mal” ifadesine yer verilip, hakların paraya çevrilmesinden söz edilmediğinden fikrî veya sınaî hakların paraya çevrilmesi hususunda İİK.m.218/f.III kıyasen uygulanabilecektir.

¹⁸⁷ İİK.m.241’de “mal” ve “eşya” ifadelerine yer verildiğinden, ilgili hüküm fikrî veya sınaî hakların paraya çevrilmesi hususunda kıyasen uygulanabilecektir.

mesi halinde, fikrî veya sınaî haklar açık artırma yoluyla paraya çevrilecektir.

Eser sahibinin malî haklara ilişkin hukukî işlemlerden doğan para alacakları ile sınaî hak sahiplerinin bu haklara ilişkin hukukî işlemlere dayalı para alacakları, kambiyo senedine bağlanmış ise, İcra ve İflâs Kanunu'nun 88. maddesi bağlamında bunlara fiilen el konularak haczedileceğinden, taşınırın paraya çevrilmesine ilişkin hükümler dâhilinde alacak tahsil edilecektir. Söz konusu alacakların kambiyo senedine bağlı olmaması halinde ise, borçlunun üçüncü şahıslardaki alacaklarının haczine ilişkin Kanun'un 89. maddesi tatbik edilip, bu madde uyarınca paraya çevirme işlemi gerçekleştirilecektir¹⁸⁸. Anılan alacakların paraya çevrilmesi hususunda Kanun'un 89. maddesinin uygulanması zorunlu olmayıp, haczedilen alacakların Kanun'un 106. maddesinin 2. fıkrası uyarınca taşınır hükmünde sayılmasından bahisle, taşınırın paraya çevrilmesine ilişkin hükümlerin tatbiki de mümkündür. Ayrıca, paraya çevirme yerine geçmek üzere, borsada ve piyasada fiyatı olmayan, kambiyo senedine bağlanmış ya da bağlanmamış olan¹⁸⁹, haczedilen alacakların ödeme yerine devri veya tahsil için devri hakkında düzenleme getiren Kanun'un 120. maddesinin¹⁹⁰ de uygulanması mümkündür¹⁹¹.

¹⁸⁸ İİK.m.89/f.III uyarınca, üçüncü kişi kendisine gönderilen bildirim karşılığında on beş gün içinde menfî tespit davası açmadığı takdirde borcun zimmetinde sayılmış olması kesinleştiğinden, anılan süre içinde zimmetinde sayılan borcu icra dairesine ödemek zorundadır. Üçüncü kişi borcunu ödemediği takdirde, İİK.m.89/f.III, c.3'e göre borcu ödemeye zorlanacak; yani alacaklının talebi üzerine icra dairesi üçüncü kişinin zimmetinde sayılan borca yetecek kadar malını haczedip satarak elde edilen para ile takip alacaklısının alacağını ödeyecektir (Ramazan Arslan, Borçlunun Üçüncü Kişilerde Bulunan Mal ve Alacaklarının Haczi, Dr. A. Recâî Seçkin'e Armağan, Ankara 1974, s. 103; Postacıoğlu, s. 465; Kuru, İcra, C.I, s. 704-705; Kuru, s. 65; Yavaş, s. 124-125; İyilikli, s. 74-75; Akil, s. 118-119; Kuru, El Kitabı, s. 471-472). Bu hususta bkz. 12. HD, 27.02.1986, 8701/2264 (Talih Uyar, İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, C.V: İİK. 82-97, 3. Tıpkı Baskı, Ankara 2006, s. 7817).

¹⁸⁹ Uğur Bulut, İcra Hukukunda Ödeme Yerine Alacakların Devri (İİK.m.120), Ankara 2013, s. 73-74 ve 181; Akil, s. 447.

¹⁹⁰ İİK.m.120/f.I çerçevesinde borçlunun üçüncü şahıstan olan haczedilmiş alacağı tüm alacaklıların rızasıyla ödeme yerine geçmek üzere alacaklılara ya da onların hesabına alacaklılardan birine veya birkaçına devredilmektedir. Alacağın bu şekilde ödeme yerine geçmek üzere devri, borçlar hukuku anlamında ifa sayılmakta ve alacağı devralmış olan

SONUÇ

Fikrî mülkiyet hakları malî bir değer taşıdığından, cebrî icra faaliyetine konu olabilmekte; bu çerçevede haczedilerek ve iflâs masasına dâhil edilerek paraya çevrilebilmektedir.

Fikir ve sanat eserlerinin cebrî icraya konu olup olmayacağı hususunda Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda "alenîleşme" kavramı esas alınmıştır. Bu çerçevede, Kanun'un 61. maddesinin 1.bendinde eser sahibinin veya mirasçılardan birinin mülkiyetinde bulunan henüz alenîleşmemiş bir eserin müsveddeleri veya asılları cebrî icra faaliyetinin kapsamı dışında tutularak bunların haczedilemeyecekleri ve iflâs masasına dâhil edilemeyecekleri ifade edilmiştir. Aynı doğrultuda, sinema eserleri dışında eser sahibinin veya mirasçılardan birinin mülkiyetinde bulunan henüz alenîleşmemiş bir eserin

alacaklı veya alacaklılar alacakları oranında borçlunun haklarına halef olmaktadır. Böylece, takip alacaklısının alacağı devraldığı alacak miktarı kadar ödenmiş olmakta ve icra takibi de bu oranda sona ermektedir. İİK.m.120/f.II uyarınca alacağın tahsil için devri halinde ise, tüm alacaklıların rızasıyla alacağı tahsil için devralan alacaklı veya alacaklılar sadece o alacağı tahsil edebilmek için dava takip yetkisini kazanmakta; devraldığı alacak için borçluya karşı icra takibi yapabilmekte ya da dava açabilmektedir. Böylece, alacaklı takip borçlusunun alacağını bizzat kendisi takip ederek aslında kendi alacağını tahsil etmeyi amaçlamaktadır. Alacağın tahsil için devralınması, alacaklının veya alacaklıların takip borçlusuna karşı olan haklarını sonlandırmamakta; alacaklının borçludan olan alacağı, devrolunan alacağın tahsil edilip bundan devralan alacaklının alacağının ödenmesine kadar varlığını korumaktadır (Kemal Arar, İcra ve İflâs Hükümleri, Ankara 1944, s. 264 vd.; Berkin, s. 316-318; Kuru, İcra, C.II, s. 1221 vd.; Erturgut, s. 226 vd.; Kuru, Alacakların Haczi, s. 46-47; Özmumcu, s. 21 vd.; İlhan E. Postacıoğlu/Sümer Altay, İcra Hukuku Esasları, 5.bası, İstanbul 2010, s. 534 vd.; Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 230 vd.; Akil, s. 442 vd.; Bulut, s. 67-68, 151-152 ve 215-217; Kuru, El Kitabı, s. 632-633; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 319-320; Pekcantez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 379-380). Alacağın ödeme yerine devrinin ve alacağın tahsil için devrinin şartları hakkında ayrıntılı açıklamalar için ayrıca bkz. Bulut, s. 156 vd. ve 217 vd. Alan adının paraya çevrilmesi hususunda İİK.m.120'nin uygulanması bakımından ayrıca bkz. Kale, s. 104-106.

¹⁹¹ Belgesay, İcra ve İflâs, s. 275; Ansay, s. 140 vd.; Necmeddin M. Berkin, Tatbikatçılara İcra Hukuku Rehberi, İstanbul 1980, s. 245-246; Postacıoğlu, s. 449 vd.; Erturgut, s. 223-225; Üstündağ, s. 245-246; Yavaş, s. 195; Bulut, s. 69 vd.; Kuru, El Kitabı, s. 631; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 319; Pekcantez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 308-309 ve 378-379.

müsveddeleri ya da asılları üzerindeki malî hakların da cebrî icranın konusunu oluşturmayacağı Kanun'un 61. maddesinin 2. bendinde belirtilmiştir. Kanun'un 61. maddesinin 3. bendinde ise, eser sahibinin malî haklara ilişkin hukukî işlemlerden doğan para dışındaki alacaklarının cebrî icranın kapsamı dışında kaldığı öngörülmüştür. Kanun'un 61. maddesinin paralelinde, 62. maddede alenîleşmiş bir eserin müsvedde veya aslının, yayımlanmış bir eserin çoğaltılmış nüshalarının, eser sahibinin korunmaya değer manevî menfaatlerini ihlâl etmemek şartıyla alenîleşmiş bir eser üzerindeki malî hakların, eser sahibinin malî haklara ilişkin hukukî işlemlerden doğan para alacaklarının cebrî icranın konusunu teşkil edebileceği düzenlenmiştir. Eser sahiplerinin yanı sıra, bağlantılı hak sahipleri de devredilebilir nitelikte ekonomik değeri haiz malî haklara sahip olduklarından, söz konusu haklar da cebrî icranın kapsamına girmektedir.

Sınaî haklardan marka hakkı, patent hakkı, faydalı model hakkı, endüstriyel tasarım hakkı, entegre devlet topografyası hakkı, yeni bitki çeşitleri ıslahçı hakkı, işletme adı kullanım hakkı ilgili sicillere tescil edilerek cebrî icraya konu olmaktadır. Henüz tescil edilmemiş olmakla birlikte, tescil başvurusuna konu olmuş haklar üzerinde tescil talebinde bulunan kişinin anılan sinaî hakları münhasıran kullanabilme hususunda beklenen bir hak sahibi olması sebebiyle malî değeri haiz, devredilebilir nitelikteki bu haklar cebrî icranın kapsamına dâhil bulunmaktadır. Henüz tescil başvurusuna konu olmamış sinaî haklar bakımından ise, tescil belgesi isteme hakkı ekonomik bir değere sahip, devredilebilir bir hak olması nedeniyle cebrî icraya konu olabilecektir. İnternet alan adları bakımından ise, internet alan adlarının kullanım hakkı Elektronik Haberleşme Kanunu'nun 34. maddesi uyarınca cebrî icranın kapsamı dışında kalmakta; buna karşılık alan adı sahibinin sözleşmeden kaynaklanan alan adını tahsis süresi boyunca kullanma, alan adı tahsisini yenileme, alan adından feragat etme, hizmet aldığı kayıt kuruluşunu değiştirme talebinde bulunma hakları cebrî icra faaliyetine dâhil olabilmektedir.

Haczin icrası bakımından taşınır mal niteliğinde olan alenîleşmiş bir eserin müsveddesi veya aslı ile yayımlanmış bir eserin çoğaltılmış nüshaları, İcra ve İflâs Kanunu'nun taşınırın haczine ilişkin hükümleri çerçevesinde haczedilecektir. Eser üzerindeki malî hakların haczi, İcra ve İflâs Kanunu'nun 94. maddesi kıyasen uygulanarak gerçekleştirilecektir. Eser sahibinin

malî haklara ilişkin hukukî işlemlerden doğan para alacakları, söz konusu alacaklar kambiyo senedine bağlanmış ise Kanun'un 88. maddesine, kambiyo senedine bağlanmamış ise Kanun'un 89. maddesine göre haczedilecektir. Haczedilebilen bu mallar, haklar ve alacaklar Kanun'un 184. maddesi uyarınca iflâs masasına girecektir.

İlgili sicillere tescil edilmiş olan sınaî haklar hakkında haciz işlemi, İcra ve İflâs Kanunu'nun 79. maddesinin 2. fıkrası kıyasen tatbik edilerek gerçekleştirilecek; tescil edilmemiş sınaî haklar ile tescil başvurusuna konu olmuş haklar ve tescil belgesi isteme hakları bakımından haczin icrası ise, Kanun'un 94. maddesine tâbi olacaktır. Haczi kabil olan söz konusu haklar, aynı zamanda Kanun'un 184. maddesi çerçevesinde iflâs masasına dâhil olacak ve iflâs dairesi tarafından iflâsın açıldığı ilgili sicillere bildirimde bulunularak duyurulacaktır.

Eser üzerindeki malî haklar ile sınaî haklar İcra ve İflâs Kanunu'nun 121. maddesi uyarınca paraya çevrilecektir. Bu bağlamda, icra memuru satışın nasıl yapılacağını icra mahkemesinden soracak; icra mahkemesi yerleşim yerleri bilinen ilgilileri davet ederek onları dinledikten sonra satışına açık artırmayla yapılmasına karar verebilecek; satış için bir memuru görevlendirebilecek veya gerekli bir tedbiri alabilecektir. Gerekli tedbirlerin alınması kapsamında icra mahkemesi, özellikle yeniliği ve üretim sınırlarını korumak amacıyla tescil edilmemiş sınaî hakların paraya çevrilmesi için satışın pazarlık yoluyla yapılmasına dair karar alabilecektir.

Külli tasfiyenin söz konusu olması halinde ise, adi tasfiye uygulanıyorsa Kanun'un 238. maddesinin 1. fıkrası çerçevesinde kural olarak ikinci alacaklılar toplantısı sırasında iflâs idaresi tarafından, basit tasfiye uygulanıyorsa Kanun'un 218. maddesinin 3. fıkrası uyarınca iflâs dairesi tarafından, belirlenecek satış usûlüne göre fikrî veya sınaî haklar paraya çevrilecektir.

Eser sahibinin malî haklara ilişkin hukukî işlemlerden doğan para alacakları ile sınaî hak sahiplerinin bu haklara ilişkin hukukî işlemlere dayalı para alacakları, kambiyo senedine bağlanmış ise, İcra ve İflâs Kanunu'nun 88. maddesi uygulanarak taşınırlara ilişkin hükümlere göre paraya çevrilecektir. Söz konusu alacakların kambiyo senedine bağlı olmaması halinde ise, Kanun'un 89. maddesi tatbik edilerek paraya çevirme işlemi gerçekleştirilecektir.

rilecektir. Ayrıca, belirttiğimiz alacakların Kanun'un 106. maddesinin 2. fıkrası uyarınca taşınır hükmünde sayılmaları sebebiyle, bunlar hakkında doğrudan taşınırların paraya çevrilmesine ilişkin hükümlerin tatbiki de mümkün olduğu gibi, borsada ve piyasada fiyatı olmayan, kambiyo senedine bağlanmış ya da bağlanmamış olan haczedilen alacaklar hakkında Kanun'un 121. maddesinin uygulanması da mümkündür.

Kaynakça

- Akil**, Cenk; Borçlunun Üçüncü Kişilerdeki Mal ve Alacaklarının Haczi, Ankara 2013.
- Altay**, Sümer; 5846 Sayılı FSEK Bağlamında Malî Hakların Haczine ve İflâs Masasına Girmesine İlişkin Bazı Faraziyelerin Değerlendirilmesi, İHFM 1998, C. LVI, S. 1-4, Prof. Dr. Hıfzı Veldet Velidedeoğlu'na Armağan Sayısı, s. 209-218.
- Ansay**, Sabri Şakir; Hukuk İcra ve İflâs Usulleri, Ankara 1960.
- Arar**, Kemal; İcra ve İflâs Hükümleri, Ankara 1944.
- Arkan**, Sabih; Ticari İşletme Hukuku, 19. Baskı, Ankara 2014.
- Arslan**, Ramazan; Borçlunun Üçüncü Kişilerde Bulunan Mal ve Alacaklarının Haczi, Dr. A. Recâî Seçkin'e Armağan, Ankara 1974, s. 81-114.
- Arslan**, Ramazan; İcra-İflâs Hukukunda İhale ve İhalenin Feshi, Ankara 1984.
- Arslanlı**, Halil; Fikrî Hukuk Dersleri II, Fikir ve Sanat Eserleri, İstanbul 1954.
- Artus**, Amil; İştirak Halinde Tasarruf Olunan Bir Mal Hissesinde Haciz ve Paraya Çevrilmesi, Adliye Ceridesi 1941, No: 27, s. 571-587.
- Aslan**, Kudret; Tacizde Sıra (Tertip), AÜHFD 2005, C. LIV, S. 2, s. 269-318.
- Aslan**, Kudret; Hacizde İstihkak Davası, Ankara 2005.
- Ayiter**, Nuşin; İhtira Hukuku, Ankara 1968, (*Ayiter*, İhtira).
- Ayiter**, Nuşin; Hukukta Fikir ve San'at Ürünleri, Ankara 1981.
- Baygın**, Cem; Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'na Göre Eser Sahibinin Hakları İle Bağlantılı Haklar, AÜEHFD 2001, C. V, S. 1-4, s. 297-329.
- Belgesay**, Mustafa Reşit; İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, İstanbul 1954, (*Belgesay*, İcra ve İflâs).
- Belgesay**, Mustafa Reşit; Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Şerhi, İstanbul 1955.

- Berkin**, Necmeddin M.; Tatbikatçılara İcra Hukuku Rehberi, İstanbul 1980.
- Bozbel**, Savaş; Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, İstanbul 2012.
- Bulut**, Uğur; İcra Hukukunda Ödeme Yerine Alacakların Devri (İİK m. 120), Ankara 2013.
- Cornaz**, Patricia; L'exécution forcée des droits de propriété intellectuelle, Lausanne 2002.
- Çolak**, Uğur; Türk Marka Hukuku, İstanbul 2012.
- Dallèves**, Louis/**Foëx**, Bénédict/**Jeandin**, Nicolas; Poursuite et faillite, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, ainsi que des articles 166 à 175 de la loi fédérale sur le droit international privé, Bâle-Genève-Munich 2005.
- Deliduman**, Seyithan; 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununa Göre Haczin Konusu, Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı, Ankara 08-11 Ocak 2002, s. 866-883.
- Dessemontet**, François; Le droit d'auteur, Lausanne 1999.
- Dönmez**, Murat; Marka Hacı ve Paraya Çevrilmesi, TBBD 2009, S. 84, s. 375-385.
- Engel**, Pierre; Contrat de droit suisse, 2^e édition, Berne 2000.
- Erdil**, Engin; İçtihatlı ve Gerekçeli Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Şerhi, 3. Bası, C. II, İstanbul 2009.
- Erel**, Şafak N.; Türk Fikir ve Sanat Hukuku, 3. Bası, Ankara 2009.
- Erturgut**, Mine; İcra ve İflâs Hukukunda Menkullerin Paraya Çevrilmesi, Ankara 2000.
- Gilliéron**, Pierre-Robert; Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Articles 89-158, Lausanne 2000.
- Görgün**, L. Şanal; Eser Üzerinde Rehin Tesisi ve Cebri İcra Konusu Olarak Eser, AİTİAD 1973, C. V, S. 1, s. 135-168.
- Guinchard**, Serge/**Moussa**, Tony; Droit et pratique des voies d'exécution, 6^e édition, Paris 2009.
- Güneren**, Ali; İcra ve İflâs Hukukunda İstihkak Davaları, Ankara 2008.

- Hansjörg**, Peter; Edition annotée de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Berne 2010.
- Hirsch**, Ernst E.; Hukukî Bakımdan Fikrî Sây, 2. Cilt, İstanbul 1943.
- Hirsch**, Ernst E.; Fikrî ve Sinaî Haklar, Ankara 1948, (*Hirsch*, Fikrî ve Sinaî Haklar).
- İmregün**, Oğuz; Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri, 4. Bası, İstanbul 2004.
- İpekçi**, Nizam; İcra ve İflas Kanunu Tatbikatı (Şerh), Ankara 2001.
- İyilikli**, Ahmet Cahit; Haciz İhbarnameleri, (İİK m. 89), Ankara 2012.
- Julien**, Pierre/**Taormina**, Gilles; Voies d'exécution et procédures de distribution, 2^e édition, Paris 2010.
- Kale**, Serdar; Domain Name Alan Adlarının Haczi, Ankara 2013.
- Karahan**, Sami; Ticari İşletme Hukuku, Konya 2013.
- Karahan**, Sami/**Suluk**, Cahit/**Saraç**, Tahir/**Nal**, Temel; Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları, 4. Tıpkı Basım, Ankara 2013.
- Karan**, Hakan/**Kılıç**, Mehmet; Markaların Korunması Hakkında 556 Sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat, Ankara 2004.
- Kaya**, Arslan; Türk Hukukunda Patentten Doğan Haklar, İHFM 1997, C. LV, S. 4, Prof. Dr. Orhan Münir Çağıl'a Armağan Sayısı, s. 173-200.
- Kılıçoğlu**, Ahmet M.; Sinaî Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar, 2.Bası, Ankara 2013.
- Kuru**, Baki; İcra ve İflâs Hukuku, 3. Baskı, C. I, İstanbul 1988, (*Kuru*, İcra, C.I).
- Kuru**, Baki; İcra ve İflâs Hukuku, 3. Baskı, C. II, İstanbul 1990, (*Kuru*, İcra, C.II).
- Kuru**, Baki; Bankalardaki Mevduatın ve Diğer Alacakların Haczi, 2. Baskı, İstanbul 2002, (*Kuru*, Alacakların Haczi).
- Kuru**, Baki; İcra ve İflas Kanunu'nun 89.Maddesinde Yapılan Değişiklikler, Bankacılar Dergisi Aralık 2003, S. 47, s. 59-82.
- Kuru**, Baki; İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, 2. Baskı, Ankara 2013, (*Kuru*, El Kitabı).

- Kuru, Baki/Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder;** İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, 27. Baskı, Ankara 2013.
- Leborgne, Anne;** Voies d'exécution et procédures de distribution, Paris 2009.
- Nomer, Halûk N.;** Beklenen Haklar Üzerindeki Tasarrufların Hukukî Sonuçları, İstanbul 2002.
- Noyan, Erdal;** Patent Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2011.
- Odman Boztosun, Ayşe;** Islahçı Hakkı, Ankara 2006.
- Oskay, Mustafa/Koçak, Coşkun/Deynekli, Adnan/Doğan, Ayhan;** İİK Şerhi, 2. Cilt, Ankara 2007.
- Oytaç, Kutlu;** Karşılaştırmalı Markalar Hukuku, 2. Baskı, İstanbul 2002.
- Özekes, Muhammet;** İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler, Ankara 2009.
- Özmumcu, Seda;** Cebri İcra Hukukunda Pazarlık Suretiyle Satış, İstanbul 2005.
- Öztan, Fırat;** Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, Ankara 2008, (*Öztan, Fikir ve Sanat Eserleri*).
- Öztan, Fırat;** Eserin Alenîleşmesi ve Yayınlanması, Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan, Ankara 2008, s. 693-712.
- Öztek, Selçuk;** Son Değişikliklerden Sonra Türk Patent Hukukunun Ana Hatları, Marmara Üniversitesi Avrupa Topluluğu Enstitüsü Avrupa Araştırmaları Dergisi 1995-1996, C. IV, S. 1-2, s. 55-63.
- Öztrak, İlhan;** Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklar, Ankara 1971.
- Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Sungurtekin Özkan, Meral/Özekes, Muhammet;** İcra ve İflâs Hukuku, 11. Bası, Ankara 2013.
- Poroy, Reha/Yasaman, Hamdi;** Ticarî İşletme Hukuku, 14. Bası, İstanbul 2012.
- Postacıoğlu, İlhan E.;** İcra Hukuku Esasları, 4. Bası, İstanbul 1982.
- Postacıoğlu, İlhan E./Altay Sümer;** İcra Hukuku Esasları, 5. Bası, İstanbul 2010.

- Saraç**, Tahir; Patentten Doğan Hakka Tecavüz ve Hakkın Korunması, Ankara 2003.
- Sivil**, Osman; Markanın Haczi ve Rehni, Legal Fikrî ve Sınai Haklar Dergisi, 2007/9, s. 62-74.
- Suluk**, Cahit; Tasarım Hukuku, Ankara 2003.
- Şehirali**, Feyzan Hayal; Patent Hakkının Korunması, Ankara 1998.
- Taş Korkmaz**, Hülya; Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Uyarınca Haczi Mümkün Olan Malvarlığı Unsurları, MİHDER 2005, S. 2, s. 327-352.
- Taş Korkmaz**, Hülya; İflâs Masası, Ankara 2010, (*Taş Korkmaz*, İflâs Masası).
- Tekil**, Müge; 554 Sayılı KHK Çerçevesinde Endüstriyel Tasarım Kavramı ve Koruma Şartları, İHFM 1997, C. LV, S. 4, Prof. Dr. Orhan Münir Çağıl'a Armağan Sayısı, s. 232-251.
- Tekinalp**, Ünal; Yeni Patent Hukukunda Buluş Sahibi İlkesi, İHFM 1997, C. LV, S. 4, Prof. Dr. Orhan Münir Çağıl'a Armağan Sayısı, s. 129-136.
- Tekinalp**, Ünal; Fikrî Mülkiyet Hukuku, 5. Bası, İstanbul 2012, (*Tekinalp*, Fikrî Mülkiyet).
- Tercier**, Pierre; Les contrats spéciaux, 2^e édition, Zurich 1995.
- Topuz**, Gökçen; Marka Haczi ve Paraya Çevrilmesi, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2008, C.II, S. 2, s. 403-417, (*Topuz*, Marka Haczi).
- Topuz**, Gökçen; Hisse Haczi ve Satışı, Ankara 2009.
- Uyar**, Talih; İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, C. V: İİK. 82-97, 3. Tıpkı Baskı, Ankara 2006.
- Ülgen**, Hüseyin/**Teoman**, Ömer/**Helvacı**, Mehmet/**Kendigelen**, Abuzer/**Kaya**, Arslan/**Nomer Ertan**, N. Füsün; Ticari İşletme Hukuku, 3. Tıpkı Bası, İstanbul 2009.
- Ünal**, Mücahit; Marka Tescilinden Doğan Haklarla İlgili Hukuki İşlemler, Ankara 2007.
- Üstündağ**, Saim; İcra Hukukunun Esasları, 8. Bası, İstanbul 2004.

Vincent, Jean/Prévault, Jacques; Voies d'exécution et procédures de distribution, 18^e édition, Paris 1995.

Yasaman, Hamdi/Altay, Sıtkı Anlam/Ayoğlu, Tolga/Yusufoğlu, Fülürya/Yüksel, Sinan; Marka Hukuku, 556 Sayılı KHK Şerhi, İstanbul 2004, (*Yasaman/Altay*).

Yavaş, Murat; Borçlunun Üçüncü Şahıslardaki Mal, Hak ve Alacaklarının Haczi (İİK m. 89), İstanbul 2005.

Yelekçi, Memduh/Yelekçi, İlhami; Notlu İzahlı-İçtihatlı Uygulamada İcra ve İflas Kanunu, 4. Baskı, Ankara 1999.

Yıldırım, M. Kâmil; İcra Hukukunun Anayasa ile İlişkisi ve Ölçülülük İlkesi, Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Ocak-Aralık 1989, C. IV, S. 1-3, s. 98-115.

Yıldırım, Mehmet Kâmil/Deren-Yıldırım, Nevhis; İcra Hukuku, 5. Baskı, İstanbul 2012.

Yusufoğlu, Fülürya, Patent Verilebilirlik Şartları, İstanbul 2014.

<http://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19920251>

<http://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19920213/20110701000/232.11.pdf>

<http://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/20000457/20110701000/232.12.pdf>

Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası

^HİFLAS BÜROSU (İİK m. 221/1 ve 221/4)

*Yrd. Doç. Dr. Şükran EKECİK**

*Arş. Gör. Osman DURAN***

I. GİRİŞ

İflas hukukuna ilişkin işlemlerin yapılması ile görevli olan organların tümüne iflas teşkilatı denir¹. İcra teşkilatının² aksine, iflasta, resmi organların

^H Hakem incelemesinden geçmiştir.

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

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

¹ Baki **Kuru**, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, İkinci Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s. 1086; Baki **Kuru**/Ramazan **Arslan**/Ejder **Yılmaz**, İcra ve İflas Hukuku, 26. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2012, s. 452; Baki **Kuru**, İflas ve Konkordato Hukuku, 3. Tıpkı Basım, Alfa Basım Yayın, 1992, s. 8; Seyithan **Deliduman**, İflas Tasfiyesinde Alacaklılar Toplanması, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2002, s. 25; Necmeddin N. **Berkin**, İflas Hukuku, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1970, s. 42.

² İcra hukukunda, borçların zorla yerine getirilmesini (ifa edilmesini) sağlayan Devlet organlarının tümüne icra teşkilatı (örgütü) denir. İcra teşkilatı iki bölümde incelenir. I. Yalnız (münhasıran) icra işleri için kurulmuş olan organlar (asıl organlar), II. Asıl görevlerinden başka icra işlerine de bakan organlar (yardımcı organlar) (**Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 41; Hakan **Peçantez**/Oğuz **Atalay**/Meral **Sungurtekin Özkan**/Muhammet **Özkes**, İcra ve İflas Hukuku, 11. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2013, s. 102).

I. Asıl organlar, yalnız (münhasıran) icra işleri için kurulmuş olan organlar olup, üç tanedir: 1. İcra dairesi (İİK m. 1), 2. İcra mahkemesi (İİK m. 4) ve 3. Yargıtay'ın icra-iflas işleri ile görevli hukuk daireleridir (İİK m. 364 vd.) (**Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 41; **Peçantez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özkes**, s. 102).

II. Yardımcı organlar, asıl görevlerinden başka icra işlerine de bakan organlar olup, iki tanedir: 1. Genel mahkemeler (İİK m. 29/2, 33/4, 67, 69, 72, 89/3, 101/2, 142, 258, 264, 266, 271/2, 275/4, 275/5, 276/3, 277-284) ve 2. Savcılar [İcra daireleri, Cumhuriyet

yanında, bazı özel organlar da görevlendirilmiştir³. İflas teşkilatındaki organlar resmi organlar ve özel organlar olarak ikili bir ayırımında incelenmektedir. Resmi iflas organlarından maksat, iflas hukukuna ilişkin işlemlerin yapılması ile görevli resmi devlet makamlarıdır⁴. Bunlar icra dairesi (İİK m. 1, 154, 155, 167, 171, 172), iflas dairesi (İİK m. 2/1, 166), icra mahkemesi [İİK m. 4, 16⁵, 223, 228, 223/2, 286-287], asliye ticaret mahkemesi (İİK m. 154, 158, 173, 177, 179, 179/a, 182, 235, 254, 269, 307, 308, 309/5, 313, 314), Yargıtay'ın iflas işleri ile görevli hukuk dairesidir^{6,7}. İflasta, resmi iflas organlarının yanında, bazı özel organların da görevli olduğunu belirtmiştik. Bu organlar idari organlar olmadıklarından, bunlara iflasın özel organları denir⁸. Bu özel organlar alacaklılar toplantısı [birinci (ilk) alacaklılar toplantısı (İİK m. 221-225), ikinci alacaklılar toplantısı (İİK m. 237-239), yeniden

savcılarının devamlı denetimi altında olup bunlar tarafından yılda en az bir defa denetime tabi tutulurlar (İİK m. 13, 13/a). Savcıların icra-iflas suçları hakkında görevleri bulunmaktadır (İİK m. 333, 352, 353, 357, 366)] ve adalet müfettişleridir (İİK m. 13) (**Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 54; **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, s. 124).

³ **Kuru**, El Kitabı, s. 1086; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 452; **Kuru**, İflas, s. 8; **Deliduman**, s. 25; İlhan E. **Postacıoğlu**, İflas Hukuku İlkeleri, C. I, İflas. İstanbul 1978, s. 8; Sabri Şakir **Ansay**, Hukuk İcra ve İflas Usulleri, Ankara 1960, s. 264; Ejder **Yılmaz**, “İflaslarda Devletin İşlevi ve İflas Masasına Ait Paraların İflas İdaresince Nemalandırılmasının Gerekliliği”, Ankara Barosu Dergisi, 1996/2, s. 174.

⁴ Resmi iflas organlarını de, icra teşkilatındaki gibi asıl ve yardımcı iflas organları olmak üzere ikiye ayırmak gerekir (**Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 452; **Kuru**, İflas, s. 8-9; **Deliduman**, s. 26). İflasın asıl resmi organlarının yukarıda neler olduğunu belirttik. Yardımcı resmi iflas organları ise, icra teşkilatında belirttiğimiz savcılar ve adalet müfettişleridir. İflasta genel mahkemelerin bir görevi yoktur. Burada mahkemelerce görülmesi gereken işlere, asıl iflas organı olan, ticaret mahkemesi bakar (**Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 455; **Kuru**, İflas, s. 12; **Deliduman**, s. 26).

⁵ İstisna İİK m. 173/3, 174.

⁶ Yargıtay'ın iflas işleri ile görevli hukuk dairesi, Yargıtay 23. Hukuk Dairesidir (Yargıtay Büyük Genel Kurulunun Yargıtay İş Bölümüne İlişkin 24/01/2014 Tarihli ve 2014/1 Sayılı Kararı, <http://www.yargitay.gov.tr>, ET. 16.07.2014).

⁷ **Kuru**, El Kitabı, s. 1086-1088; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 452-455; **Kuru**, İflas, s. 9-12; **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, s. 620; Saim **Üstündağ**, İflas Hukuku, 8. Bası, İstanbul 2009, s. 127; **Deliduman**, s. 26; **Postacıoğlu**, s. 9; **Berkin**, s. 42; Timuçin **Muşul**, İcra ve İflas Hukuku, C. II, 5. Baskı, Adalet Yayınevi, s. 1182.

⁸ **Kuru**, El Kitabı, s. 1088; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 452-455; **Kuru**, İflas, s. 13; **Deliduman**, s. 27; **Berkin**, s. 59.

alacaklılar toplantısı (İİK m. 240)]⁹, iflas bürosu (İİK m. 221/1, 4) ve iflas idaresidir¹⁰ (İİK m. 223, 226, 227)¹¹. İflasın resmi organları, iflas işleri ile ilgili olarak sürekli bir şekilde görevlidirler, her bir iflas işi için ayrı ayrı oluşturulmazlar. Özel iflas organları, adi tasfiyeye karar verilmesi halinde görev yaparlar^{12,13}. Yani ancak iflase karar verildikten sonra iflas dairesince

⁹ Alacaklılar toplanması ile ilgili ayrıntılı bilgiler için bakınız **Deliduman**, s. 1 vd.; Güray **Erdönmez**, İflasta Alacaklılar Toplanmasının Yetkileri, Legal Yayıncılık, İstanbul 2005, s. 1 vd.

¹⁰ İflas idaresi ile ilgili ayrıntılı bilgiler için bakınız **Ejder Yılmaz**, İflas İdaresi, Ankara 1976, s. 1 vd.

¹¹ **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, s. 620, 622-624; **Deliduman**, s. 27; **Yılmaz**, s. 174; Cumhuriyet **Rüzgaresen/Murat Erdem**, "Terekenin İflas Hükümlerine Göre Tasfiye Usulü", İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Y. 11 S. 22, 2012/2, s. 316, 321, 332. Bazı yazarlar, iflas teşkilatı kısmında iflas bürosunu, iflasın özel organlarından birisi olduğunu açıkça zikretmemektedirler, **Üstündağ**, s. 127; **Kuru**, El Kitabı, s. 1088; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 455-456; **Kuru**, İflas, s. 13; **Postacıoğlu**, s. 11; **Berkin**, s. 59; **Muşul**, s. 1182; **Yılmaz**, İflas İdaresi, s. 7.

¹² Alacaklılar toplanması, esas itibariyle, adi tasfiye usulünde ortaya çıkar (**Deliduman**, s. 28). İflasın açılması kendisine tebliğ olunur olunmaz iflas dairesi müflisin mallarının defterini tutmağa başlar ve muhafazaları için lazımgelen tedbirleri alır (İİK m. 208/1). İflas dairesi iflas kararının kendisine tebliğinden itibaren en geç üç ay içinde tasfiyenin adi veya basit şekilde yapılacağına karar vermek zorundadır (İİK m. 208/3).

Masaya ait hiç bir mal bulunmazsa iflas dairesi tasfiyenin tatiline karar verir ve ilan eder (İİK m. 217). İflas dairesince defteri tutulan mallar bedelinin tasfiye masraflarını koruyamayacağı anlaşılırsa basit tasfiye usulü tatbik olunur (İİK m. 218/1). Bu takdirde iflas dairesi, alacaklıları yirmi günden az ve iki aydan çok olmamak üzere tayin edilecek müddet içinde alacaklarını ve iddialarını bildirmeğe ilanla davet eder. Bu müddet içinde alacaklılardan biri masrafları peşin vermek suretiyle tasfiyenin adi şekilde yapılmasını isteyebilir (İİK m. 218/2).

Kanuna göre adi tasfiye iki halde söz konusu olabilir. Birincisi iflas dairesince tutulan defter sonucu, müflisin defteri tutulan mallarının bedeli adi tasfiye masraflarını karşılayacak durumda ise tasfiye adi tasfiye şeklinde gerçekleşir (İİK m. 218/1, 219). İkincisi iflas dairesince defteri tutulan mallar bedelinin tasfiye masraflarını karşılamayacağı anlaşılması nedeniyle basit tasfiyeye karar verilmesi üzerine iflas dairesi, alacaklıları yirmi günden az ve iki aydan çok olmamak üzere tayin edilecek müddet içinde alacaklarını ve iddialarını bildirmeğe ilanla davet eder ve bu süre içinde alacaklılardan biri masrafları peşin vermek suretiyle tasfiyenin adi şekilde yapılmasını isteyebilir (İİK m. 218/2).

¹³ İflas açıldıktan altı ay içinde tasfiye edilmek lazımdır. Bu müddet içinde tasfiye muamelesi bitmediği takdirde alacaklılar toplanıp basit tasfiye usulünün tatbikına karar vere-

tutulan deftere göre, adi tasfiyeye karar verilirse, iflasın özel organları olarak alacaklılar toplantıları (İİK m. 221, 237-238), iflas bürosu (İİK m. 221/1, 4) ve iflas idaresi (İİK m. 226) görev yapar¹⁴. Basit tasfiyede (İİK m. 218, 256) iflasın tasfiyesi, resmi organ olan iflas dairesine aittir. Özel organlar iflasın adi tasfiyesinde, en az resmi organlar kadar öneme sahiptir¹⁵. İflasın özel organları, her adi tasfiye için, o iflas takibine özgü olarak ayrı ayrı oluşturulan organlardır¹⁶. Diğer takip çeşitlerinden farklı olarak adi tasfiyede ilgili alacaklılara geniş yetkiler verilmiştir¹⁷. Masa mal varlığının yeterli olmasına rağmen, iflasın özel organları devreye girmeden, tüm iflas tasfiye işlemlerinin, iflas dairesi tarafından yapılması yolundaki bir düzenlemede, resmi daire konumundaki iflas dairesinin bağlı bulunduğu kurallar ve karşı karşıya kaldığı iş yükü nedeniyle tasfiyenin gereğinden fazla uzaması ve resmi görevi olan kişilerin iş yükünün çok artması¹⁸ söz konusu olur bu da alacaklılara zarar verir¹⁹.

Basit tasfiyede, iflas dairesi iflas tasfiyesini kendisi yürütür. Gerekli görürse alacaklıları toplantıya çağırır²⁰.

bilir. Bu karar da ekseriyeti meblağiyenin husulü şarttır. Böyle bir karar verilmemişse icra mahkemesi icabına göre müddeti uzatır (İİK m. 256).

¹⁴ **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, s. 620.

¹⁵ **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, s. 620; **Üstündağ**, s. 127; **Deliduman**, s. 19-20.

¹⁶ **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, s. 622-623.

¹⁷ **Üstündağ**, s. 127-128; **Deliduman**, s. 19-20; **Erdönmez**, s. 23-27. İcra ve İflas Kanunumuz, iflas tasfiyesinin en iyi şekilde yapılmasını gerçekleştirmek üzere, resmi iflas organları yanında özel iflas organlarına da yer vermiştir (**Yılmaz**, s. 174).

¹⁸ Gerçi, günümüzde tasfiyenin kısa sürede yapılmasını sağlamak için konulmuş olan İİK m. 232-238 ve 256 hükümlerine uyulduğunu ve tasfiyenin kısa sürede sonuçlandığını söylememizde pek mümkün değildir.

¹⁹ **Yılmaz**, s. 175. İflasların kamu düzeniyle yakından ilgisi sebebiyle, tasfiyenin resmi organlarca denetlenmesi de amaca varmak için zaruridir. Bu yüzdendir ki, İcra ve İflas Kanunumuzun çeşitli hükümlerinde yer aldığı üzere, iflasın özel organlarından olan iflas idaresi, iflas dairesinin ve icra mahkemesinin denetimi altında görev yapar; keza, diğer organlar (iflas bürosu ve alacaklılar toplantıları) da icra mahkemesinin kontrolüne tabidir (**Yılmaz**, s. 175).

²⁰ **Kuru**, El Kitabı, s. 1088; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 456; **Kuru**, İflas, s. 13; **Deliduman**, s. 27, dipnot 22; **Postacioğlu**, s. 51. Alacaklılar toplanması (birinci) mümkün olmazsa

İflasın adi şekilde tasfiyesinde ise iflas dairesi adi şekilde tasfiyeye karar verdikten sonra bu kararı ile birlikte alacaklıları toplantıya çağırır. İflasın adi şekilde tasfiyesini dört aşamaya ayırmak mümkündür:

1. İflas kararı verilmesinden birinci alacaklılar toplantısına kadar olan aşama,
2. Birinci alacaklılar toplantısından ikinci alacaklılar toplantısına kadar olan aşama,
3. İkinci alacaklılar toplantısından iflasın kapanmasına kadar olan aşama ve
4. İflasın kapanmasından sonraki aşama (ki bu aşamaya her iflas tasfiyesinde rastlanılamaz)²¹.

İflas takibinin başlangıcında (yani birinci aşamada) daima iflasın resmi organları görev yaparlar. İflas takibi alacaklı tarafından icra dairesine yapılan iflas takip talebi²² ile başlar. Bu takip talebini alan icra dairesi, borçluya bir iflas ödeme emri gönderir. Borçlu ödeme emrine itiraz etmek isterse, bu itirazını icra dairesine yapar (İİK m. 154, 155, 167, 171, 172)²³. Bundan sonra görevli iflas organı ticaret mahkemesidir. Ticaret mahkemesi, iflas

veya karar nisabı oluşmazsa durum tespit olunur. Bu hâlde daire, ikinci alacaklılar toplanmasına kadar masayı idare eder ve tasfiyeye başlar (İİK m. 222). Doğaldır ki birinci alacaklılar toplantısı yapılmazsa iflas bürosu teşkil edemeyecektir. Ancak toplantı mümkün olur ancak karar nisabı oluşmazsa bu durumda iflas bürosu teşkil edecektir, zira iflas bürosu, alacaklılar toplantısının açılmasından sonra toplanma yeter sayısının tespitinden önce doğrudan doğruya teşekkül ettirilir. Aynı yönde **Erdönmez**, s. 192.

²¹ **Deliduman**, s. 29.

²² Kanun bazı hallerde borçluya karşı bir iflas takibi yapılması ve borçluya bir iflas ödeme emri gönderilmesi işlemlerinin sonunda, alacaklının alacağına kavuşmasının tehlikeye gireceğinin veya borçlunun iflas ödeme emrine rağmen borcunu ödemeyeceğinin önceden kuvvetle tahmin edildiği bazı halleri doğrudan doğruya iflas sebebi kabul etmiştir (İİK m. 177). Burada icra dairesinde iflas takibi yapılmadan doğrudan doğruya iflas davası açıldığından, bu iflas yoluna, takipsiz iflas yolu denir (**Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 491; **Kuru, İflas**, s. 110).

²³ Hatta kambiyo senetlerine mahsus iflas yolunda, borçlu ödeme emrine karşı şikâyetini de icra dairesine bildirir (İİK m. 171/3, 172) ve şikâyetin kaldırılmasını inceleyip karara bağlamak görevi ticaret mahkemesine aittir (İİK m. 174) (**Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 452, 454; **Kuru, İflas**, s. 9, 11).

davasına bakan ve borçlunun iflasına karar veren organdır. Buna göre iflas yoluyla takipte, iflas davasından önceki dönemde görevli olan tek iflas organı, icra dairesidir. İflas dairesinin iflas hukukundaki görevi, ticaret mahkemesinin iflasa karar vermesi ve bu kararı iflas dairesine bildirmesinden sonra başlar (İİK m. 166)²⁴. İflasın özel organları ise iflas takibinin başında oluşmamakta ve dolayısıyla, bu aşamada görevleri bulunmamaktadır. İflasın özel organlarının oluşması ticaret mahkemesince iflasa karar verilip bu kararın iflas dairesi tarafından ilanından sonraki dönemlerde gerçekleşmektedir²⁵. Yukarıda dört aşamaya ayırdığımız adi tasfiye aşamalarından ikinci ve üçüncü aşamalarda özel iflas organları oluşarak faaliyet göstermektedir²⁶.

İflasın ilk gerçekleşecek özel organı olan birinci alacaklılar toplantısıdır (ilk alacaklılar toplanmasıdır)²⁷. Bu toplantı, adi tasfiyenin iflas dairesince ilan edilmesiyle birlikte, on gün içinde, toplantıya çağrılan alacaklıların, adi tasfiye ilanında bildirilen yer, gün ve saatte toplanması ile oluşur²⁸. İflas idaresi ise, birinci alacaklılar toplantısında gösterilen adaylar arasından, icra mahkemesince seçilerek oluşturulur ve görevi bu aşamadan sonra başlar²⁹. İkinci alacaklılar toplantısının oluşmasına gelirse; iflas idaresi, alacaklıları

²⁴ **Kuru**, El Kitabı, s. 1086; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 452, 453; **Kuru**, İflas, s. 10; **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, s. 620- 621. İflas dairesinin görevleri; iflasın açıldığı gereken yerlere bildirmek ve ilan etmek, müflisin mallarının defterini tutmak, muhafaza tedbirleri almak, adi tasfiyede alacaklıları (birinci) toplantıya çağırarak, toplantıya başkanlık etmek ve iflas dairesinin tasfiyeye ilişkin işlemlerini denetlemek, birinci alacaklılar toplanması (çoğunluk olmaması nedeniyle) yapılamazsa, iflas idaresi gibi iflas masasını idare etmek ve basit tasfiyeyi bizzat yapmaktır (**Kuru**, El Kitabı, s. 1087; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 453; **Kuru**, İflas, s. 10; **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, s. 622).

²⁵ İflasın tasfiyesine iflas dairesi başlar. Fakat iflasın tasfiyesine devam etmek ve tasfiyeyi yapıp, bitirmek görevi, iflas idaresine ve alacaklılar toplanmalarına (yani iflasın özel organlarına) aittir (**Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 547; **Kuru**, İflas, s. 254; **Deliduman**, s. 28).

²⁶ **Deliduman**, s. 29.

²⁷ Alacaklılar toplantısı terimi hakkındaki tartışmaların ayrıntılı bilgileri için bakınız, **Deliduman**, s. 23-25.

²⁸ **Kuru**, El Kitabı, s. 1298; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 561; **Kuru**, İflas, s. 272; **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, s. 623.

²⁹ **Kuru**, El Kitabı, s. 1302; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 563; **Kuru**, İflas, s. 278; **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, s. 624.

inceledikten sonra düzenlediği sıra cetvelini iflas dairesine verir. Sıra cetveli ilan edilirken (İİK m. 234), aynı ilan ile alacaklılarda, ikinci alacaklılar toplantısına davet edilir (İİK m. 237). İkinci alacaklılar toplantısı bu ilandan yirmi gün sonra yapılır ve görevi bu toplantı süresiyle sınırlıdır³⁰. İkinci alacaklılar toplantısı sıra cetvelinde alacakları kabul edilenler ve sıra cetvelinde alacakları kısmen veya tamamen reddedilenlerden, mahkemece toplantıya katılabilecekleri doğrultusunda karar verilen alacaklılardan oluşur. Çalışmamızın konusunu oluşturan “iflas bürosu” ise, yalnız birinci alacaklılar toplantısında oluşturulur ve görev yapar. Diğer bir ifadeyle, iflas bürosu sadece tasfiyenin ikinci aşamasında oluşturulur ve görev yapar.

Çalışma konumuz olarak iflasın özel organlarından birisi olan iflas bürosunun seçilmesinde daha önce bu konuda münferiden yazılmış bir eser bulunmamıştır. Biz çalışmamızda, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu, doktrin ve uygulama çerçevesinde iflas bürosunu ele alacağız. İflas bürosu İİK m. 221/1 ve 221/4 hükmünde düzenlenmiştir. İİK m. 221/1, iflas bürosunun oluşumunu düzenlemişken, İİK m. 221/4 ise, iflas bürosunun görevlerini ve bu görevleri nedeniyle yapmış olduğu işlemlerine karşı başvuru yolunu düzenlemiştir. Çalışmamızda iflas bürosunu bu sistematik içerisinde ele alacağız.

II. İFLAS BÜROSUNUN HUKUKİ NİTELİĞİ VE OLUŞUMU

A. Genel Olarak

İflas bürosu, İcra ve İflas Kanunu'nun, “İflasın Tasfiyesi” başlıklı sekizinci babının “Masanın İdaresi” üçüncü üst başlığında yer alan “İlk alacaklılar toplantısı³¹” başlıklı, 221. maddesinde düzenlenmiştir. Ticaret mahke-

³⁰ **Kuru**, El Kitabı, s. 1344; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 582; **Kuru**, İflas, s. 317; **Pekcantez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, s. 623-624.

³¹ Alacaklılar toplantısının mahiyeti, iflas alacaklılarının, iflas masasının idare ve tasfiye için gerekli kararları vermek amacıyla yaptıkları toplantıya alacaklılar toplantısı denir. Alacaklılar toplantısı, iflas alacaklılarının müşterek iradelerinin teşkiline yarayan özel bir iflas organıdır. Alacaklılar toplantısı, müflisin veya alacaklıların temsilcisi değildir. Alacaklılar toplantısı, iflas tasfiyesinin yönünü ve esaslarını tespit eden (karara bağlayan) en yetkili iflas organıdır. Alacaklılar toplantısının kararları, yalnız toplantıya katılanlar için değil, bütün iflas alacaklıları için bağlayıcıdır (**Kuru**, El Kitabı, s. 1296-1297;

mesince, borçlunun iflasına karar verilmesi halinde (İİK m.173), bu karar iflas dairesine bildirilir (İİK m. 166/1). İflas kararı kendisine tebliğ olunur olunmaz iflas dairesi müflisin mallarının defterini tutmaya başlar ve muhafazaları için gerekli tedbirleri alır (İİK m. 208/1). İflas dairesi, tuttuğu defterleri göz önüne alarak, iflas tasfiye şeklini, en geç üç ay içinde belirlemelidir (İİK m. 208/3). İflas dairesi tasfiyenin adi şekilde yapılmasına karar verirse, bu kararını, karar tarihinden itibaren on gün içinde İİK m. 166/2 maddesinde düzenlenen usulle ilan etmesi gerekir (İİK m. 219). İlanda, ilk alacaklılar toplantısının, ilandan itibaren nihayet on gün içinde toplanacağı ve alacaklıların bu toplantıya gelmeleri yazılır (İİK m. 219/5). Bu ilandan itibaren on gün içinde³² ilk alacaklılar toplantısı yapılır ve bu toplantıya iflas müdürü veya müdür yardımcılarında³³ biri başkanlık eder (İİK m. 221/1). İflas bürosu bu birinci alacaklılar toplantısında toplantıyı yöneten iflas müdürü tarafından oluşturulur³⁴.

İflas bürosunun görev süresi, birinci alacaklılar toplantısı ile sınırlıdır. Yani, iflas bürosu, geçici bir organ olarak işlevini birinci alacaklılar toplantısında yerine getirmekle tamamlamış olacaktır. Çünkü büronun görevi, kanunun ifadesi ile ilk alacaklılar toplantısındaki reylerin muteber olup olmayacağı hakkındaki ihtilafı halletmektir. Bu nedenle, birinci alacaklılar toplantısının sona ermesi ile birlikte, iflas büro üyelerinin görevleri de sona erecektir³⁵. Birinci alacaklılar toplantısında alacaklıların henüz tam olarak

Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 559-560; **Pekcantez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, s. 748). Alacaklılar toplantısının tüzel kişiliği yoktur (**Üstündağ**, s. 140).

³² İİK' nın 219. maddesindeki sürelerin hesabında son ilan tarihi esas alınır (İİK m. 219/1). Gün olarak tayin olunan müddetlerde ilk gün hesaba katılmaz (İİK m. 19/1).

³³ Bundan sonra çalışmamızda toplantıya iflas müdür ve yardımcısının başkanlık edeceğini açıklamış olduğumuz için tekrardan kaçınmak gerekçesiyle "iflas müdürü veya yardımcısı" ibaresi yerine, "iflas müdürü" ibaresi kullanılacaktır.

³⁴ **Deliduman**, s. 124; **Erdönmez**, s. 133; Sümer **Altay**, Türk İflas Hukuku, C. 2, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2004, s. 1287. Birinci alacaklılar toplantısı yapılır, ancak görüşmeler uzadığı için bazı meseleler hakkında karar alınmaz ve olağanüstü bir toplantı yapmak gerekirse, bu toplantıda yeniden iflas bürosu seçilip seçilmeyeceği akla gelebilir. Kanaatimizce, sonradan yapılan özel toplantı birinci alacaklılar toplantısının devamı niteliğinde olduğundan, bu ihtimalde ilk toplantıda seçilen iflas bürosunun görevine devam etmesi yerinde olacaktır (**Erdönmez**, s. 135).

³⁵ **Altay**, s. 1287.

incelemesi yapılmadığı için iflas müdürü veya yardımcısına toplantıda yardımcı olması için iflas bürosu oluşturulmaktadır. İlk alacaklılar toplanmasının açılmasından sonra doğrudan doğruya iflas bürosunun teşkil ettirilmesi zorunludur. Bu sonradanlık toplanma yeter sayısının tespitinden sonra, toplantı başlamadan öncedir³⁶. Önce, kayıt yaptırmış olan alacaklıların sayı itibari ile ve yazdırdıkları alacaklarının miktarına göre, toplantı nisabının oluşup oluşmadığı, iflas müdürünce kontrol edilecek ondan sonra iflas bürosu oluşturulacaktır. İflas bürosu doğrudan doğruya teşekkül ettirilir. Bunun anlamı, iflas bürosu üyelerinin belirlenmesinin³⁷ iflas müdürü tarafından yapılmasıdır. İflas müdürü alacaklılar toplantısını yürütürken, iflas bürosu toplantıya başkanlık eden iflas müdürüne yardım eder. Oy kullanacak alacaklıları belirleyerek alacaklıların menfaatlerini korur³⁸. İlk alacaklılar toplantı tutanakları üzerinde yapılan incelemede tutanak içerikleri açısından birliktelik bulunmadığı görülmüştür. Toplantı nisabının olduğu belirtilen birçok tutanakta o ana kadar müracaat eden toplam alacaklı sayısı ve bu alacaklıların alacaklarının ulaştığı miktar belirtilmeden genel ifade ile nisabın oluştuğunun belirtildiği görülmüştür. Ancak Ankara ve İstanbul gibi büyük illerimizde iflas dairelerinin kendi gayretleri ile bir şablon oluşturdukları ve bazı illerinde bu şablonları esas aldıkları görülmüştür. Bu oluşturulan şablona göre iflas dairesinin alacaklıların müracaat dosyalarına müracaat tarihi ve saatine göre sıra numarası verdikleri, müracaat dosyaları bulunan alacaklıların alacak miktarlarını da yazarak liste oluşturdukları ve

³⁶ **Deliduman**, s. 28; **Üstündağ**, s. 141; **Erdönmez**, s. 133; **Altay**, s. 1286. İflas memuru toplantıyı açtıktan sonra toplanmanın yönetimine katılmak üzere bir büro teşkil eder (**Üstündağ**, s. 141).

³⁷ İİK düzenlemesine göre, iflas idaresinin oluşumunda iki aşama söz konusudur. İlk aşama birinci alacaklılar toplanmasında adaylar belirlenmesi, ikinci aşamada ise bu belirlenen adaylardan icra mahkemesince iflas idaresini teşkil edecek olanların seçilmesidir. İflas idaresi üç kişiden oluşur. Toplanan alacaklıların yapacağı seçimde, bu sayının iki katı, bu konuda yeterli bilgi ve tecrübeye sahip kişi aday gösterilir. Bu adaylardan dört adedi alacak tutarına göre ekseriyeti teşkil edenlerce, iki adedi ise alacaklılar sayısı itibariyle ekseriyeti teşkil edenlerce seçilir ve icra mahkemesine bildirilir. İcra mahkemesi, iflas idaresini teşkil edecek üç kişiden ikisini alacak ekseriyetine sahip olanların gösterdiği dört aday, birini ise alacaklı ekseriyetinin gösterdiği iki aday arasından seçer (İİK m. 223/1).

³⁸ **Erdönmez**, s. 136.

toplantı mahalli giriş kapısına toplantıya katılan alacaklı ve vekillerinin imzalaması için bu listeyi bıraktıkları, katılanlar tarafından imzalanan listeye göre, iflas müdürünün toplantı yeter sayısının oluşup oluşmadığını tespit ettiği görülmüştür. Toplantı nisabının mevcut olduğunun tespitinden sonra iflas müdürü veya yardımcısı tarafından iflas bürosunun oluşturulmaktadır. Büro seçiminde iflas müdürü/müdür yardımcısı tarafından seçilen kişilerin üye olarak belirtildiği ve iflas müdürünün başkan olarak belirtildiği görülmüştür. İflas bürosunun seçimi de iflas dairesinin bir kararı olduğundan İİK m. 8/2 gereğince gerekçeli olması gerekirken birçok tutanakta gerekçe belirtilmediği, bazılarında ise seçilen büro üyelerinin ipotekli alacaklı veya temsilcisi olması nedeniyle seçildiğinin vurgulandığı görülmüştür. Kanun gereği büro üyelerinin, tercihan elinde alacağını noter veya ipotek senedi gibi resmi senetle yahut 68/b ve 150/1 maddelerinde belirtilen belgelerle ispat eden kişiler arasından seçilmesi gerektiğinden (İİK m. 221) bu ilkeye uyulduğunun veya aksi bir işlem olduysa gerekçesinin toplantı tutanağında belirtilmesi gerekir.

İflas bürosu, birinci alacaklılar toplantısı vesilesiyle teşekkül eden, tipik bir iflas organıdır. Toplantı öncesinde iflas dairesince, müracaat eden tüm alacaklılar hakkında inceleme yapılması mümkün olmadığından, hatta toplantıya katılmak isteyen alacaklıların çoğunun, müracaatlarını son gün, son dakika yaptırılmaları nedeniyle bunlar hakkındaki incelemenin toplantı sırasında yapılması gerektiğinden iflas bürosuna ihtiyaç duyulmuştur. Müracaat eden alacaklıların, alacaklı olmaları ve alacak miktarları ve vekille temsil ediliyorlarsa vekâletnamenin geçerliliğinin tam olmasa da, talepteki ciddiyetlerinin bir incelemeden geçirilmesi gerekir. Bu iş iflas müdürü/müdür yardımcısının bir taraftan toplantıyı yürütürken diğer taraftan yapabileceği nitelikte değildir. Bu nedenle, toplantıda toplantıyı idare eden iflas müdürü/müdür yardımcısına, yardımcı olacak bir organın bulunması gerekir. Bu yüzden toplantı yönetimine yardımcı olmak üzere iflas müdürü/müdür yardımcısının başkanı olduğu ve üyelerinin iflas müdürü/müdür yardımcısı tarafından alacaklılar arasından seçildiği iflas bürosunun oluşturulması öngörülmüştür³⁹.

³⁹ Deliduman, s. 124.

İflas bürosunun görevi, birinci alacaklılar toplantısıyla sınırlı olup, ikinci alacaklılar toplantısında yeniden iflas bürosu teşekkül etmez⁴⁰. Doktrinde, ikinci alacaklılar toplantısında iflas bürosunun teşekkül etmeyeceği kabul edilmişken, ikinci alacaklılar toplantısında iflas bürosunun görevini kimin yerine getireceği tartışma konusudur. **Deliduman**'a göre; İİK m. 237'de, İİK m. 221'in sadece ikinci ve üçüncü fıkralarına atıf olduğu, birinci ve dördüncü fıkralarına atıf olmadığı için, ikinci alacaklılar toplantısında iflas bürosunun görevlerini iflas idaresi yerine getirecektir⁴¹. **Erdönmez**'e göre ise; İsviçre İcra ve İflas Kanunu m. 252/3'de iflas bürosuna (İsviçre İcra ve İflas Kanunu m. 235) atıf yapılmadığından, iflas bürosunun birinci alacaklılar toplantısında yerine getirdiği görevleri, ikinci alacaklılar toplantısında iflas dairesi üstlenecektir. Buna göre, alacaklıların veya onların temsilcilerinin toplantıya katılma ehliyetine sahip olup olmadıkları, ikinci alacaklılar toplantısına başkanlık eden iflas müdürü veya yardımcısı tarafından incelenecektir⁴². Kanaatimizce ikinci alacaklılar toplantısında iflas bürosunun görevini, toplantıya başkanlık edecek iflas müdürü

⁴⁰ **Deliduman**, s. 124; **Erdönmez**, s. 133; **Altay**, s. 1287. İkinci alacaklılar toplantısından sonra, alacaklılar yeniden toplantıya çağrılabilir. Alacaklıların çoğunluğu isterse veya iflas idaresi gerekli görürse, alacaklılar üçüncü, dördüncü ve fazlası toplantıya çağrılabilir (İİK m. 240/1 c. 1). Bu toplantılar hakkında ikinci alacaklılar toplantısına dair hükümler uygulanır (**Deliduman**, s. 45, 112; Burhan **Gürdoğan**, İflas Hukuku Dersleri, Ajans- Türk Matbaası, Ankara 1996, s. 142-143; **Kuru**, El Kitabı, s. 1348; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 584; **Kuru**, İflas, s. 321; **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, s. 762). Kanunda birinci alacaklılar toplantısı ibaresi yerine madde başlığında ve metninde ilk alacaklılar toplanması tabiri kullanılmıştır. Dolayısıyla iflas bürosunun oluşumu ilk alacaklılar toplantısı için söz konusudur. Kuru tarafından bu husus; "Kanun birinci alacaklılar toplantısının iki defa yapılmasını öngörmemiştir. Bilakis, birinci alacaklılar toplantısının ikinci defa yapılmasını kabul etmemektedir (İİK m. 222)." şeklinde ifade edilmiştir. Devamla, Kanunun 222. maddesinde düzenlenen toplantı ve karar nisabının oluşmaması halindeki çözümün, birinci alacaklılar toplantısının iptali halinde de uygulanması gerektiğini belirtmektedir⁴⁰. Diğer bir ifade tarzı ile birinci alacaklılar toplantısının iptali halinde birinci alacaklılar toplantısının yeniden yapılmayarak ikinci alacaklılar toplantısına kadar tasfiyenin iflas dairesi tarafından idaresi gerektiğini ifade etmiştir (**Kuru**, El Kitabı, s. 1301).

⁴¹ **Deliduman**, s. 124.

⁴² **Erdönmez**, s. 140-141, s. 141, dipnot 76.

(İİK m. 237/4 c. 1) yerine getirmelidir. Zira toplantıyı yürütmek iflas müdürüne aittir. Toplantıda kullanılan oyların geçerli olup olmayacağını belirlemek, toplantının idaresi ile ilgili bir iştir. Birinci alacaklılar toplantısında alacaklıların henüz tam olarak incelemesi yapılmadığı için iflas müdürüne toplantıda yardımcı olması için iflas bürosu oluşturulmaktadır. İkinci alacaklılar toplantısında iflas müdürünün oyların geçerli olup olmayacağını belirleme işleri birinci alacaklılar toplantısına nazaran daha kolaydır. Çünkü ikinci alacaklılar toplantısına, iflas idaresi tarafından düzenlenip iflas dairesine verilen (İİK m. 234/1) sıra cetveline kabul edilen alacaklılar ve sıra cetveline karşı kayıt kabul davası açmış alacaklılardan katılmalarına İİK m. 235 hükmüne göre mahkemece karar verilmiş alacaklılar katılır. Bu toplantıda artık alacak incelemesi yapılmayacaktır, çünkü toplantıya katılmaya hakkı olanların kimler olduğu belirlidir. İflas müdürü, dairesine verilmiş sıra cetvelinde alacaklıları (kısmen veya tamamen) kabul edilen alacaklıların ve katılmalarına İİK m. 235 hükmüne göre mahkemece karar verilmiş alacaklıların kimlik tespitleri yaparak toplantıya katılmalarına ve oy kullanmalarına izin verecektir. Başka bir açıdan iflas bürosunun görevinin kısmen sıra cetvelini hazırlayan iflas idaresi tarafından toplantı öncesinde yapıldığını kısmen de iflas dairesince yapıldığını, kısmen de mahkemece toplantıya katılabilecekleri konusunda dava açan alacaklılarla ilgili olarak verilen kararlar mahkeme tarafından yapıldığını söyleyebiliriz.

İkinci alacaklılar toplantısında iflas bürosunun görevini iflas idaresinin yapacağını kabul etmek pek yerinde olmaz. Zira iflas idaresi üyelerinin, görevlerine devam edip etmeyecekleri ikinci alacaklılar toplantısında görüşülüp karara bağlanacaktır (İİK m. 238/2)⁴³. İkinci alacaklılar toplantısında iflas idaresi üyelerinin görevlerine son verilebileceğinden dolayı, görevlerinin sona erdirilebileceği bir toplantıda, kendilerinin görevlerinin sona ermesi kararı için verilecek oyların geçerli olup olmayacağı yönündeki ihtilafları halletmek işini, görevden alınmak istenenlere vermek pek uygun olmayacaktır.

⁴³ Hatta birinci alacaklılar toplantısının yapılmaması sebebiyle iflas dairesi ikinci alacaklılar toplantısına kadar masayı idare etmiş ise (İİK m. 222) bu defa ikinci alacaklılar toplantısında bir iflas idaresi seçilmesi (İİK m. 223/1) gerekir (**Kuru**, İflas, s. 319, dipnot 11).

B. İflas Bürosunun Hukuki Niteliği

İflas bürosunun oluşumu ile ilgili olarak İİK m. 221 "... Müdür, alacaklı oldukları tercihan ellerinde noter veya ipotek senedi gibi resmi senetle yahut 68b ve 150ı maddelerinde belirtilen belgelerle sabit olan kişilerden bir veya iki alacaklı veya mümessilleriyle birlikte bir büro teşkil eder" hükmü, iflas bürosunun görevi ile ise 4. fıkrasında "Reylerin muteber olup olmayacağı hakkındaki ihtilafı büro halleder." hükmü, kararlarına karşı müracaatla ilgili olarak da devamla "Büronun işlemlerine karşı ilgililer toplantı tarihinden itibaren yedi gün içinde icra mahkemesine şikâyetle bulunabilirler. Şikâyet sebebinin yerinde görülmesi ancak karar ekseriyetinin bozulması halinde nazara alınır aksi takdirde şikâyet red olunur." hükmünü içermektedir. Bu ibarelerden iflas bürosunun alacaklılar arasından seçiliyor olması nedeniyle alacaklıların temsilcisi gibi düşünülebilirse de yaptıkları işlemin oy kullanacak alacaklıların ve oy haklarının ne miktar alacak için olacağına tespit edilmesi ve bu işin alacaklıların yetki ve hakları ile ilgisinin bulunmaması nedeniyle alacaklıların temsilcisi oldukları ve onlar adına işlem yaptıkları söylenemez. Alacak müracaatında bulunanlarla ilgili incelemelerinin müflis adına yapıldığını da söylemek mümkün değildir. Müflis toplantıda hazır ise, onun ifadesine müracaat edebilmelerine rağmen onun beyanı ile bağlı değildirler. İflas müdürünün de katıldığı bir kurul olması nedeniyle resmi bir kurul olduğu söylenebilir mi? Bu kurulda iflas müdürünün yer alıyor olması hiçbir resmi sıfatı bulunmayan kişilere resmi bir sıfat kazandırmaz. Uygulamada iflas müdürünün iflas tasfiyesi ile ilgili açıklamalarda bulunduğu sırada iflas bürosu üyelerinin müracaatta bulunan alacaklılarla ilgili müracaatları incelemeleri nedeniyle iflas müdürünün bu kişilere yetki devrinde bulunduğunu söyleyebilir miyiz? İdare hukuku açısından icra müdürünün kendisinin haiz olduğu yetkiyi hiçbir resmi sıfatı ve görevi olmayan kişilere devretmesi mümkün değildir⁴⁴. Kaldı ki uygulamada inceleme iflas bürosu üyeleri tarafından yapılsa da verilen kararların iflas müdür/müdür yardımcısı tarafından da imzalandığı, zaten kanunda, büro oluşumunda müdürün de büroda yer aldığı ifade edilmektedir (İİK m. 221/1). Bu durum da iflas müdürünün kendisine yardımcı olarak bu kişileri belirlediği söylenebilir mi? Gerek kanun gereğince yapmaları gereken işlemler gerekse

⁴⁴ Ayrıca bakınız İcra ve İflas Kanunu Tatbikatını Dair Nizamname m. 4.

doktrin tarafından iflas bürosunun görevi olarak belirtilen işler düşünüldüğünde iflas bürosu üyelerinin iflas müdürüne birinci alacaklılar toplantısında yardım eden bir kurul olduğu söylenebilir. Ancak oluşum şekli itibari ile kararlara katılıp oy kullanma hakkının olması nedeniyle ne tam olarak resmi iflas organı, ne de özel iflas organı olarak nitelendirilmesi mümkün değildir.

Tüm bu bilgilerden sonra iflas bürosunu hukuki niteliğini; iflasın özel organlarından olup, iflas müdürünün de dâhil olduğu, iflas müdürünün, birinci alacaklılar toplantısında kendisine yardımcı olmak üzere alacaklı ve vekilleri arasından seçtiği bir veya iki kişi ile birlikte oluşturulan, geçici bir kurul (komite)⁴⁵ olarak belirtebiliriz. İflas bürosunun iki kişiden oluşması halinde kurula dâhil olan iflas müdürünün oyuna bir üstünlük tanındığına dair bir düzenleme bulunmamaktadır.

İflas bürosu, iflas tasfiyesinde ilk alacaklılar toplanması sırasında, toplantıyı yöneten iflas müdürü veya müdür yardımcısı tarafından alacaklı veya temsilcileri arasından seçilen, bir veya iki kişi ile iflas müdürü veya müdür yardımcısının katılımıyla kurul şeklinde oluşan, ilk alacaklılar toplanmasında görev yapan iflasın özel organlarından. İflas bürosunda görev yapacaklar, toplantıyı yürüten iflas dairesi müdürü veya müdür yardımcısı tarafından, toplantıya katılan alacaklı veya temsilcileri arasından bir veya iki kişi olarak seçilir. İflas bürosuna seçilecek kişilerin alacaklı veya temsilcisi olması zorunluluğu daha öncede belirttiğimiz gibi büronun alacaklı temsilcisi olduğunu sonucuna götürmez. Görevleri itibariyle böyle bir sonuca ulaşmak mümkün değildir. İflas bürosu her iflas dosyasında (takibinde) iflas müdürüne yardımcı olmak için oluşturulur.

Büroyu oluşturmak için iflas dairesi müdür/müdür yardımcısının bir veya iki kişi seçme konusunda takdir hakkı vardır. Alacaklılar veya alacaklı temsilcilerinden, tercihan ellerinde alacaklı olduklarını, noter veya ipotek senedi gibi resmi senetlerle yahut 68b ve 150ı maddelerinde belirtilen belgelerle belgeleyenler seçilir (İİK m. 221). İflas bürosunu oluşturan kişilerin dosyaları ve alacaklarının dayanağı iflas müdürü tarafından incelendiğinden büroya seçilenlerin tekrar kendi dosyalarını incelemelerine gerek yoktur.

⁴⁵ **Deliduman**, s. 125.

İflas bürosunun görevi Kanunda, “*Reylerin muteber olup olmayacağı hakkındaki ihtilafi halleder*” şeklinde belirtilmiş olmasına rağmen, uygulamada ihtilaf çıkmadan önce o ana kadar alacak kaydında bulunanların, özellikle toplantıya katılmak isteyenlerin, alacak haklarının olup olmadığı ve alacak hakları varsa bu hakkın miktarı hakkında belirleme yapma şeklinde uygulanmaktadır. Kanunda “*reylerin muteber olup olmayacağı hakkındaki ihtilafi büro halleder*” şeklinde görev belirlemesi ile ilgili kullanılan ifade, iflas bürosunun yargı mercii gibi gösterse de, kanımızca yanıltıcı ve amacı aşan bir ifadedir. Uygulamada, iflas bürosu ihtilaf çıktıktan sonra ihtilafi çözümleyip karara bağlayan bir yargı mercii değildir. İflas bürosu ilk alacaklılar toplanması sırasında toplantıyı idare eden iflas müdür/müdür yardımcısına oy hakkına sahip olan alacaklıları ve alacak miktarlarını tespit konusunda yardımcı olan, iflas müdürünün de dâhil olduğu bir geçici kuruldur.

İflas tasfiyesi sırasında ilk alacaklılar toplantısında tasfiyenin ileriki aşamalarında son derece önemli olan iflas idaresi adaylarının belirlenmesi ve bazı önemli kararların alınmasında (İİK m. 223, 224) gerçek alacaklıların söz ve oy sahibi olmaları tasfiyenin sıhhati açısından son derece önemlidir. Bu nedenle ilk alacaklılar toplantısında oy hakkı olanların belirlenmesi gerekmektedir. Aslında birinci alacaklılar toplantısının alacak kaydı için verilen süreden, belirli bir süre sonra yapılması, bu süreyi geçirenlerin alacak kaydı geçerli olmakla birlikte toplantıya katılsalar bile oy kullanamayacaklarının ve belirli süre içinde müracaatta bulunan alacaklıların müracaat dilekçelerinin iflas müdürü tarafından incelenerek toplantıda oy kullanıp kullanamayacaklarının açıklanması şeklinde olması halinde iflas bürosuna ihtiyaç duyulmayabilirdi. Ancak iflas tasfiyesinin geciktirilmemesi açısından birinci alacaklılar toplantısının henüz alacak kaydı için tanınan yasal süre bitmeden yapılması, alacaklıları, müracaatta bulunma işlemini bir an önce yapmaya teşvik açısından yerinde sayılabilir. Uygulamada alacaklılar birinci alacaklılar toplantısından önce müracaat etmekle birlikte bu müracaatların, son gün, son dakikaya bırakıldığı görülmektedir. Bu nedenle, iflas müdürünün iflas ile ilgili bilgi verip toplantıyı yürütürken, toplantıda oy hakkı sahibi olabilecek alacaklıların belirlenmesine ihtiyaç duyulmaktadır. Bu işin kısa sürede yapılmasının gerekliliği ve alacak hakkında kesin karar verilmesini gerektiren tam bir inceleme olmaması nedeniyle bilirkişi aracılığıyla yapılmasına kanun koyucu tarafından gerek görülmemiştir. Ancak kanun

koyucunun, büroya seçilecek kişilerin, herhangi bir kişi değil de, alacağı kanunda belirtilen belirli belgelere dayanan kişilerden oluşturulmasını düzenlemiştir. Bu düzenlemenin, alacaklarının varlığı hakkında yaklaşık bir görüşün oluştuğu kişiler arasından seçilen büro üyelerinin, kendi durumlarını da etkileyecek oylamada, gerçek alacaklıların oy kullanması için hassasiyet gösterecekleri düşüncesinden kaynaklandığını düşünmekteyiz.

C. İflas Bürosunun Oluşumu (Teşekkülü)

Büronun nasıl oluşacağı İİK m. 221/1 hükmünde düzenlenmiştir. Maddeye göre; *“ilk alacaklılar toplantısına iflas müdürü veya yardımcılarında biri başkanlık eder. Müdür, alacaklı oldukları tercihan ellerinde noter veya ipotek senedi gibi resmi senetle yahut 68/b ve 150/h maddelerinde belirtilen belgelerle sabit olan kişilerden bir veya iki alacaklı veya mümesilleriyle birlikte bir büro teşkil eder (İİK m. 221/1)”*. Birinci alacaklılar toplantısı vesilesiyle teşekkül eden iflas bürosu, iflas müdürü (veya yardımcısı) başkanlığında, bir veya iki alacaklı veya mümesilleriyle teşekkül eder. İflas bürosunun oluşumu ile ilgili İİK m. 221/1 hükmü, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun⁴⁶ yayımlandığı 1932 tarihinden⁴⁷ günümüze kadar iki kez önemli değişikliğe uğramıştır. Bu değişiklikler; 1985 yılında 3222 sayılı Kanun'un⁴⁸ 25. maddesi ve 1988 yılında 3494 sayılı Kanun'un⁴⁹ 45. maddesi

⁴⁶ İflas bürosu, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu ile ilga edilen 1424 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun (Kabul Tarihi, 18.04.1929, RG, T. 04.05.1929, S. 1183) 217. maddesinde şu şekilde düzenlenmişti: *“İlk alacaklılar toplanmasına icra ve iflâs memuru veya muavinlerinden biri reislik eder. Bu memur tarafından tayin olunacak iki alacaklı veya mümesilininle bir [Büro] teşkil eder. Büro kendilerine davetname gönderilmeyen kimse-ler de gelirlerse bunların müzakereye kabul edilip edilmeyeceklerine karar verir. Kendi-leri veya mümesilleri hazır bulunan alacaklılar, malûm alacaklıların en az dörtte birine baliğ olursa toplanma için nisap hâsıl olur.*

Toplanmada bulunanlar dört veya daha az iseler alacaklıların yarısını temsil etmeleri şarttır. Kararlar ekseriyeti mutlaka ile verilir. Reyler müsavi gelirse bu halde reis reyile bir tarafa iltihak eder. Reyler hakkındaki ihtilâfları büro halleder.”

⁴⁷ 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu, Kabul Tarihi: 09.06.1932, RG, T. 19.06.1932, S. 2128.

⁴⁸ 3222 sayılı İcra ve İflas Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine ve 3182 Sayılı Bankalar Kanununun 92, 93 ve 94 üncü Maddeleri ile Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 500 uncu Maddesinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Kanun, Kabul Tarihi: 06.06.1985, RG, T. 15.06.1985, S. 18785.

ile yapılmıştır. Değişiklikler incelendiğinde iflas bürosunun oluşumu hakkında iki hususta değişiklikler yapıldığı görülmüştür. Bunlar; iflas bürosunu oluşturacakların sayısı ve iflas bürosuna seçilecek üyelerin nitelikleri konusundadır⁵⁰.

1. İflas Bürosunun Oluşturulmasında Sayı

İflas bürosunu oluşturacakların sayısı bakımından; İİK m. 221/1'in 1985 yılı değişikliğinden önceki hali şu şekilde idi; "*İlk alacaklılar toplantısında iflâs memuru yahut muavinlerinden biri reislik eder. Bu memur tarafından tayin olunacak iki alacaklı veya mümessilleri ve bulunamazsa bir alacaklı veya mümessili ile bir (büro) teşkil edilir.*" Bu hükümle, iflas bürosunu oluşturmak için, iflas müdürü tarafından seçilecek üye sayısı terditli olarak belirtilmişti. İlk önce, iflas müdürü mümkünse iki üye seçer, eğer bulamazsa bir üye seçerdi⁵¹. Burada uyulması gerekli bir sıralama vardı, iflas müdürünün takdirine bırakılmış bir durum yoktu⁵². 1985 yılında 3222 sayılı Kanun değişikliği ile bu hüküm, seçilecek üye sayısı bakımından günümüzdeki halini almıştır. Hükme göre; "*İlk alacaklılar toplantısında iflas müdürü veya yardımcılarında biri başkanlık eder. Müdür, ... bir veya iki alacaklı*

⁴⁹ 3494 sayılı 2004 Sayılı İcra ve İflas Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine, 3182 Sayılı Bankalar Kanununun İki Maddesinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Kanun, Kabul Tarihi: 09.11.1988, RG, T. 25.11.1988, S. 20000. Bu maddenin ve diğer maddelerin değişiklikleri ve değerlendirmeleri için bakınız, Ramazan **Arslan**, "*İcra ve İflas Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler ve Yenilikler*", Ankara Barosu Dergisi, 1989/1, s. 153 vd.

⁵⁰ Ayrıca ilerde de göreceğimiz üzere, 3222 sayılı Kanunla İİK 221. maddede yapılan değişiklik ile iflas bürosunun kararlarına karşı şikâyet yoluna gidilebileceği hükme bağlanmıştır.

⁵¹ Kanun (İİK m. 221/1), ve bulunmazsa bir alacaklı veya mümessili ile demekte ise de, bir alacaklının toplantıya gelmesi halinde, büronun yapacağı hiçbir iş bulunmadığından, bu hüküm fuzulidir (**Kuru**, İflas, s. 273; **Berkin**, s. 313, dipnot 4; **Ansay**, s. 273). Ancak maddeye ait hükümet gerekçesi aksi yöndedir bakınız sonraki dipnot.

⁵² Bazı hallerde müflisin davacıdan başka alacaklısı bulunmadığından o gibi hallerde büronun nasıl teşkil edilmesi lazım geldiğinde tereddüd hâsıl olmaktadır. Buna mebnî iki alacaklı bulunmadığı takdirde büronun muvakkaten bir alacaklı veya mümessili ile teşkil edeceği 217. maddede tasrih edildi (2004 sayılı kanuna ait Hükümet Tasarısı Gerekçesi, **Talih Uyar**, İcra ve İflas Kanunu Şerhi, C. 10, 2. Baskı, 2009, s. 16236).

veya mümessilleriyle birlikte bir büro teşkil eder.”. Değişiklikle, iflas müdürüne, seçilecek üye sayısı konusunda tamamen takdir hakkı tanınmıştır. İflas müdürü, artık bir veya iki üye seçme konusunda, iki üye seçilecek kadar üye bulunup bulunmaması şartıyla bağlı olmaksızın, ister bir üye isterse iki üye seçebilecektir. Doktrinde bu hüküm **Deliduman** tarafından; bir veya iki alacaklı demek suretiyle bunu iflas müdürünün takdirine bırakılması, iflas müdürünün bu konuda takdir hakkını neye göre kullanacağı konusunda bazı sıkıntılar doğurabileceği gerekçesiyle eleştirilmiş, İsviçre’de olduğu gibi iki alacaklı olarak düzenlemenin daha isabetli olacağı ve böylesi bir düzenlemenin, karar alma süreci bakımından da daha olumlu olacağı belirtilmiştir⁵³. Bu görüşe doktrinde **Erdönmez** katılmadığını belirtmiştir. Yazara göre; “kanun koyucunun, iflas bürosunun bir veya iki alacaklıyla oluşturulmasını kabul etmesi doğru bir tercihtir. Bu hükmün gerekçesi şöyledir: Bazı hallerde müflisin davacıdan başka alacaklısı bulunmadığında, bu gibi hallerde büronun nasıl teşkil edilmesi lazım geldiğinde tereddüt hasıl olmaktadır. Buna mebni iki alacaklı bulunmadığı takdirde büronun muvakkaten bir alacaklı veya mümessili ile teşkil edeceği 217. maddede tasrih edildi.”⁵⁴. Yazar, iflas bürosunun bir veya iki alacaklıyla oluşturulmasına yönelik ifadenin başka yararları olduğunu da belirtmiştir. Nitekim birinci alacaklılar toplanması henüz alacaklı olup olmadığı kesin olarak bilinmeyen alacaklıların bir araya gelmesinden oluşmaktadır. İflas bürosunun iki alacaklı ve iflas müdüründen oluşacağı kabul edilirse, iflas müdürü, alacaklı olup olmadığından kesin olarak emin olmadığı iki alacaklıyla birlikte büroyu oluşturmak zorunda kalır. Bu durumda, alacaklıların birinci alacaklılar toplantısına katılma hakkına sahip olup olmadıklarına, büroda çoğunluğu oluşturan ve alacaklı olup olmadıkları kesin olarak tespit edilemeyen alacaklılar karar verecektir. Hâlbuki hâlihazırda iflas müdürüne takdir hakkı tanınmakta ve alacaklı olduğundan emin olduğu iki kişi bulunmadığı takdirde, bir alacaklıyla büroyu teşkil etme imkânı verilmektedir. İflas müdürü, tasfiyeye katılan alacaklıların alacaklı olup olmadıkları hususunda bir kanaate sahip olamamışsa, en azından iflas davasını açan alacaklıyla birlikte iflas bürosunu oluş-

⁵³ **Deliduman**, s. 125.

⁵⁴ **Erdönmez**, s. 133-134.

turabilir⁵⁵. Biz de, kanunda iflas bürosunu teşkil edeceklerin sayısı çift sayı olduğunda, karar alma sürecinde oyların sayısı eşit olması ihtimalinde nasıl hareket edileceği hususu belirtilmediğinden, **Deliduman** tarafından getirilen eleştirilere katılmaktayız. **Erdönmez** tarafından hükmün düzenlemesine getirilen olumlu görüşlere katılmaktayız, ancak hâlihazırdaki düzenleme bunu karşılamamaktadır. Zira İİK m. 221/1 hükmünün ilk halinde yer alan; “*iki alacaklı veya mümessilleri ve bulunamazsa bir alacaklı veya mümessili*” şeklindeki ifade tarzı **Erdönmez** tarafından belirtilen durumlara çözüm olacaktır. Kanunda açıkça belirtilmemiş olsa da doktrinde, **Deliduman** ve **Erdönmez** tarafından, büronun karar alma sürecinde iflas müdürü veya yardımcısının rolünün diğer büro üyelerinden farklı olduğu, iflas bürosu karar verirken oy eşitliği olması durumunda iflas müdürünün veya yardımcısının oyunun üstün sayılacağı ve sonucu belirleyeceği belirtilmiştir⁵⁶. Kanunda, iflas müdürünün iflas bürosunu teşkil edecek olan üyeler arasında sayılmasına rağmen (İİK m. 221/1 c. 2), birinci alacaklılar toplantısına başkanlık edeceği gibi (İİK m. 221/1 c. 1) iflas bürosuna da başkanlık edeceği açıkça belirtilmemiştir.

Hüküm doktrin tarafından, başka açılardan da eleştiriye uğramıştır. İİK m. 221/1’in birinci cümlesinde, toplantıya iflas müdürü veya yardımcılardan birinin başkanlık edeceği belirtildiği halde, ikinci cümlesinde iflas bürosuna seçilecek alacaklıların iflas müdürü tarafından belirleneceği düzenlenmiştir. İflas müdürünün müsait olmaması durumunda onun yerine, müdür yardımcılardan birisinin toplantıya başkanlık edebileceği bir kolaylık olarak kabul edilmişken, diğer taraftan, büro üyesi alacaklıları seçme yetkisinin sadece iflas müdürün de olduğu izlenimi uyandıran bir ifadenin kullanılmış olması yerinde değildir. Lafzi yorum halinde, toplantıya müdür yardımcısının başkanlık ettiği hallerde dahi, toplantı başladığında iflas müdürünün gelip büro üyelerini seçip gideceğini kabul etmek gerekir. Toplantıya başkanlık etme yetkisinin kendisine tanındığı müdür yardımcısının da bu yetkiyi haiz olduğunun kabul edilmesi lafzi yorumu aşar ve amaçsal yorum kapsa-

⁵⁵ **Erdönmez**, s. 133-134. Esasen iflas kararını almış olan alacaklının sıfatı sabittir, **Postacioğlu**, s. 53.

⁵⁶ **Deliduman**, s. 70; **Erdönmez**, s. 134. Büroya iflas memuru riyaset eder (**Postacioğlu**, s. 53; **Altay**, s. 1286).

mında olur. Doktrinde ikinci sonucun daha pratik ve isabetli olduğu belirtilmiştir⁵⁷ ve bizde bu sonucun kabul edilmesi taraftarıyız. Ancak bunun için, İİK m. 221/1 c. 2 hükmünün; “İlk alacaklılar toplantısında iflas müdürü veya yardımcılarında biri başkanlık eder. Müdür (veya müdür yardımcısı), ... iki alacaklı veya mümessilleri ve bulunamazsa bir alacaklı veya mümessili ile birlikte bir büro teşkil eder. Büro, iflas müdürü veya yardımcısı ve bir alacaklı veya mümessili ile oluştuğunda oyların eşit olması durumunda, müdür veya yardımcının oyu yönünde karar verilmiş sayılır” şeklinde ifade edilmesi tereddütleri ve karışıklıkları gidereceği için yerinde olacağı görülmektedir.

Birinci alacaklılar toplantısı sırasında iflas bürosunun oluşturulmasından vazgeçilebilir mi? İflas bürosu her halükarda oluşturulmalıdır. İflas bürosu, birinci alacaklılar toplantısının idaresine yardımcı olmak ve alacaklıların özellikle toplantıya katılmak ve oy kullanmak konusunda menfaatlerini korumak için teşkil ettirilmektedir. Aksi düşünce kanunun sistemine uymaz. Ancak iflas bürosunun en önemli görevinin, alacaklıların, birinci alacaklılar toplantısına katılma ve oy kullanma hakkına sahip olup olmadıklarını tespit etmek olduğu göz önüne alındığında, toplantıya sadece bir alacaklı veya temsilcisi gelmişse iflas bürosunun teşkiline gerek duyulmayabilir⁵⁸. Bunun dışında, birinci alacaklılar toplantısı gerçekleşmediği takdirde iflas bürosunun oluşturulmasına gerek olup olmadığı da düşünülebilir⁵⁹. Alacaklılar toplantısı gerçekleşmediği takdirde kimlerin toplantıya katılma ve oy kullanma hakkına sahip olduğunun tespitinin bir önemi bulunmamaktadır. Dolayısıyla, böyle bir durumda iflas bürosunca yerine getirilecek bir görev bulunmadığına göre, büronun teşkiline de gerek yoktur⁶⁰.

⁵⁷ **Deliduman**, s. 125-126; **Berkin**, s. 313; Senai **Olgaç**/Haydar **Köymen**, Kazai ve İلمي İçtihatlarla Türk İcra ve İflas Kanununun, 2. Baskı, İstanbul 1965, s. 1131.

⁵⁸ **Erdönmez**, s. 134. Kanun (İİK m. 221/1), “ve bulunmazsa bir alacaklı veya mümessili ile” demekte ise de, bir alacaklının toplantıya gelmesi halinde, büronun yapacağı hiçbir iş bulunmadığından, bu hüküm fuzulidir (**Kuru**, İflas, s. 273; **Berkin**, s. 313, dipnot 4; **Ansay**, s. 273).

⁵⁹ İsviçre hukukunda bu gibi durumlarda iflas bürosunun teşkil edeceği ve toplantı sonunda bir tutanak düzenleneceği kabul edilmektedir (**Erdönmez**, s. 134-135).

⁶⁰ **Erdönmez**, s. 134-135. İsviçre hukukunda, bir olayda, iflas müdürünün büronun oluşturulması istenip istenmediğini alacaklılara sorması ve tek bir alacaklının bile bunu iste-

2. İflas Bürosu Üyelerinin Nitelikleri

İflas bürosuna seçilecek üyelerin nitelikleri bakımından İİK m. 221/1 hükmünün ve değişikliklerin incelenmesine geçmeden önce, iflas bürosu birinci alacaklılar toplantısında hazır bulunanlar arasından seçileceği için birinci alacaklılar toplantısına kimlerin katılacağını belirtmekte fayda vardır. Birinci alacaklılar toplantısına kimlerin katılacağını, İİK m. 219/5 ve İİK m. 221/1 c. 1 hükmünden çıkarmaktayız. Birinci alacaklılar toplantısına, alacaklılar, müflis ile müşterek borçlu olanlar, müflisin kefilleri ve borcu tekeffül eden sair kimseler, iflas müdürü veya yardımcısı, alacaklı temsilcileri, müflis⁶¹ katılabilir. İlk alacaklılar toplantısının aleni olup olmadığı konusunda tereddütler vardır. İncelenen toplantı tutanaklarında toplantıyı izleyip dinlemeden yana bir gizliliğin olmadığı, ancak söz ve oy hakkı açısından kanunda belirtilen kişilere söz verilerek oy kullandırıldığı ve toplantı tutanağına sadece bunların imzasının alınmasıyla yetinildiği görülmektedir. Toplantıda oy hakkı sadece iflas bürosu tarafından belirlenen alacaklılar için, büro tarafından belirlenen miktar bakımından söz konusu olmaktadır. Alacaklılar dışında toplantıya katılanların oy hakları mevcut değildir. **Kuru** tarafından birinci alacaklılar toplantısının aleni (açık) olmadığı ifade edilmiştir⁶². Müflisin toplantıya katılıp katılamayacağı veya katılmak zorunda olup olmadığı konusunda da farklı görüşler vardır⁶³.

Katılacak olanları belirttikten sonra, iflas bürosuna seçilecek kişilerin nitelikleri ile ilgili olarak 221. maddenin uğradığı değişiklikleri inceleyelim.

İİK m. 221/1'in 1985 yılı değişikliğinden önceki hali şu şekilde idi; *“İlk alacaklılar toplanmasında iflâs memuru yahut muavinlerinden biri reislik eder. Bu memur tarafından tayin olunacak iki alacaklı veya mümessilleri ve bulunamazsa bir alacaklı veya mümessili ile bir (büro) teşkil edilir.”* Bu hükme göre; iflas bürosuna seçilme yetkisi olanlar “alacaklılar veya mümess-

mesi halinde, büronun oluşturulmasının zorunlu olduğu kabul edilmiştir. Bu karardan, iflas bürosunun oluşturulup oluşturulmamasının takdirinin alacaklılara bırakıldığı sonucu çıkmaktadır (**Erdönmez**, s. 134-135).

⁶¹ **Deliduman**, s. 68.

⁶² **Kuru**, El kitabı, s. 1298.

⁶³ **Kuru**, El kitabı, s. 1298. Müflis toplantıda bulunmak zorundadır ve gerektiğinde zabıta zoru ile getirilir (**Kuru**, El kitabı, s. 1298).

silleri” şeklinde ifade edilmiştir. Dolayısıyla, Kanunun ilk halinde iflas bürosuna seçilecek olanların alacaklı veya alacaklı mümessili olması yeterli görülmüş bunun dışında başka bir kıstas öngörülmemiştir. 1985 yılında 3222 sayılı Kanun değişikliği ile seçilecek üyelerin “*alacaklı oldukları tercihan ellerinde noter veya ipotek senedi gibi resmi senetle sabit olan kişilerden*” olması düzenlenmiştir. Bu hüküm 1988 yılında 3494 sayılı Kanunla tekrar değişikliğe uğramış ve hüküm günümüzdeki halini almıştır. Değişiklikle, “*alacaklı oldukları tercihan ellerinde noter veya ipotek senedi gibi resmi senetle sabit olan kişiler*” yanına “*alacaklı oldukları tercihan ellerinde 68/b ve 150/ı maddelerinde belirtilen belgelerle sabit olan kişiler*”⁶⁴ eklenmiştir. Doktrinde **Deliduman** tarafından, iflas bürosunun hangi alacaklılardan teşekkül edeceği konusunda kıstaslar getirilmesinin ihtilafa mahal vermemesi açısından isabetli olduğu belirtilmiştir⁶⁵.

İflasın adi yolla tasfiyesinde, birinci alacaklılar toplantısına, adi tasfiyenin ilanı üzerine alacaklı olduğunu bildiren tüm alacaklılar katılır. Daha önce alacaklılarının varlığı konusunda hiçbir inceleme yapılmamış olan alacaklılar arasından, alacaklı oldukları tercihan ellerinde noter veya ipotek senedi gibi resmî senetle yahut 68/b ve 150/ı maddelerinde belirtilen belgelerle sabit olan kişilerin iflas bürosuna seçilmesi yönündeki hüküm isabetli. Büroya seçilecek alacaklılarla ilgili olarak “*alacaklı oldukları ipotek senedi*

⁶⁴ 221. madde yalnızca noter veya ipotek senedi gibi resmi senetlere yollama yapmaktadır. Oysa Bankalar Kanununun 90 ve 91 inci (Tasarının İcra ve İflas Kanununa ilavesi öngörülen 68b ve 150ı) maddelerindeki belgeler de borcu kesinleştirmeye elverişli belgeler olarak kanun tarafından kabul edilmiştir. Bu belgelerin de, noter veya ipotek senedi ile birlikte maddede belirtilmesi, büronun gerçek alacaklılar tarafından kurulabilmesi bakımından önem taşımaktadır (3494 sayılı kanuna ait Hükümet Gerekçesi, Saim Üstündağ, İcra ve İflas Kanunu’nun Dünü ve Bugünü, İstanbul 1990, s. 91; Uyar, s. 16236). Maddede yapılan bu değişiklik, İİK’na dâhil edilen 68b ve 150ı hükümlerinin bir gereğidir. Başka bir deyişle, o maddelerde anılan belgelere yine o maddelerde verilen (tanınan) niteliğin bir sonucudur. Bu düzenleme, büronun gerçek alacaklılardan kurulabilmesini sağlayıcı niteliktedir (Arslan, s. 153).

⁶⁵ **Deliduman**, s. 125. Alacağı maddede belirtilen belgelerle sabit çok sayıda alacaklının olması halinde seçimin neye göre yapılacağı belirsizdir (**Deliduman**, s. 125; **Erdönmez**, s. 135). Getirilmiş olan bu yeni hüküm yardımı ile evvelce getirilmiş hükümler yolu ile iflas idaresine egemen olan bankalar; bu kez büroyu da ele geçirmiş olmaktadır (**Üstündağ**, s. 141, dipnot 122a).

gibi... belgelerle sabit olanlar ...” ibaresinin uygulamada maddi hukuk açısından doğru uygulanmadığını görmekteyiz. Bilindiği üzere ipoteğin, doğmuş ve miktarı belli bir alacak için verilmesi mümkün olduğu gibi, henüz doğmamış bir alacak için üst limit belirtilerek verilmesi de mümkündür. Bu durumda birinci hal için verilen ipoteğe ana para ipoteği tabiri kullanılırken, ikinci hal için maksimal ipotek veya üst sınır ipoteği tabiri kullanılmaktadır. Kanunun ifadesi dikkate alındığında tercih edilecek ipotekli hak sahibi anapara ipoteğine sahip hak sahibi olması gerekirken, üst sınır ipoteğine sahip hak sahibinin büroya seçilebilmesi İİK m. 68/b veya 150/1’ daki şartları gerçekleştirmiş olmasına bağlıdır. Burada iflas davasını açmış olan alacaklının sayılmamış olması yerinde değildir.

İflas müdürü veya yardımcısı, iflas bürosunda görev yapacak kişileri, alacaklı oldukları tercihan ellerinde noter veya ipotek senedi gibi resmi senetle yahut 68/b ve 150/1 maddelerinde belirtilen belgelerle sabit olan kişiler, arasından serbestçe seçer. Bir alacaklı veya temsilcisinin iflas bürosuna seçilme ihtimalini alacak kaydı için yazacağı dilekçe ve dilekçeye ekleyecekleri alacaklarını ispata yarayan belgeler belirlemektedir. Bu nedenle alacak kayıt dilekçesi ve ekleri son derece önemlidir. Maddede iflas müdürünün tercihan ellerinde maddede belirtilen belgeler bulunan alacaklılar arasından seçeceği belirtilse de incelenen toplantı tutanaklarından icra müdürünün bu niteliklerde alacaklı olmasına rağmen başka bir alacaklıyı tercih ettiğine dair bir uygulamaya rastlanmamıştır. İflas bürosuna seçilme şartları taşıyan birden fazla alacaklı bulunması halinde, iflas müdürünün hangi alacaklı veya alacaklılarla iflas bürosunu oluşturacağı kanunda belirtilmemiştir⁶⁶. Uygulamada, iflas bürosuna seçilme şartlarını taşıyan birden fazla alacaklı olduğu takdirde ipotekli alacaklılar tercih edilmekte; birden fazla ipotekli alacaklı olduğu takdirde ise, alacağı en fazla olan ipotek alacaklısı iflas bürosuna seçilmektedir⁶⁷. Bu uygulamanın herhangi bir kanuni dayanağının olmadığı açıktır. Zira kanun koyucu elinde noter senedi bulunan veya İİK m. 68/b ve 150/1’deki belgelerden birine sahip olan alacaklı ile ipotek alacaklısı arasında herhangi bir ayırım yapmamaktadır. Kanunun

⁶⁶ **Deliduman**, s. 125; **Erdönmez**, s. 135.

⁶⁷ Daha öncede belirttiğimiz gibi uygulamada bu konuda ipoteğin türü ve ihtarla ilgili şartlara pek fazla özen gösterilmediğini tutanakların incelenmesinden anlaşılmıştır.

belirttiği niteliğe sahip her alacaklı iflas bürosunda görev alma hakkına eşit oranda sahiptir. İflas bürosuna seçilme şartlarını taşıyan birden fazla alacaklı olduğu takdirde, en fazla alacağa sahip olan alacaklı veya alacaklıların iflas bürosuna seçilmesi makul çözümdür. Alacaklı olduğu yeteri derecede kanıtlanmış olanlar sadece ipotek alacaklıları ise ve bunların alacak miktarı aynı ya da birbirine yakın ise, iflas müdürünün tapu sicilindeki sırayı gözetmesi düşünülebilir. Bankacılık Kanunu'nda ise Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'na borçlu olanların iflası halinde iflas bürosunun Fon temsilcisinin katılımıyla teşekkül edeceği kabul edilmiştir (5411 s Bankacılık Kanunu m. 132/9⁶⁸). Böylece, büroyu teşkil edecek alacaklılardan birisinin Fon temsilcisi olması zorunlu kılınarak, iflas müdürünün büronun oluşumundaki takdir yetkisi kısıtlanmıştır⁶⁹.

İflas bürosunun yapacağı işler düşünüldüğünde, büroya seçilecek kişilerle ilgili olarak belirtilen kıstasın sadece alacaklı veya mümessili olmasının pek de yerinde olmadığını, burada da iflas idaresine seçileceklerde arandığı gibi "...bu konuda yeterli bilgi ve tecrübeye sahip...(İİK m. 223/1)" olması şartının aranması gerektiğini düşünmekteyiz. Zira iflas bürosunun görevleri kısmında belirtilecek görevler düşünüldüğünde bu işlerin yapılması için sadece alacaklı veya mümessili olmanın yeterli olmayacağı açıktır.

⁶⁸ Bu Kanununun 107 nci maddesi uyarınca bir bankanın alacaklarının devralınması halinde bu alacaklar, devir tarihi itibarıyla Fon alacağı haline gelir ve bu alacaklarla ilgili olarak borçlu aleyhine 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu hükümlerine göre başlatılmış bulunan takipler ile alacağın tahsiline yönelik davalara kaldığı yerden devam edilir.

Bu Kanununun 107 nci maddesi uyarınca devralınan alacaklar nedeniyle Fona borçlu olanların iflası halinde 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 221 inci maddesindeki iflas bürosu Fon temsilcisinin katılımıyla teşekkül eder. 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 223 üncü maddesindeki iflas idaresinin, Fonun talep etmesi halinde üyelerinden en az biri, Fonun göstereceği iki kat aday arasından icra tetkik merci tarafından seçilir. Fon, alacağının tahsili bakımından gerekli görürse iflas idaresinin en az iki üyesinin önerceği iki katı aday arasından seçilmesini talep etmeye yetkilidir. Bu durumda, icra tetkik merci iflas idaresinin asgarî iki üyesini Fonun önerceği adaylar arasından seçer. Fon, bir üye seçtirmişse icra tetkik merci diğer bir üyeyi alacak tutarı itibarıyla çoğunlukta olanların göstereceği iki aday arasından, bir üyeyi de alacaklı sayısı itibarıyla çoğunlukta olanların göstereceği adaylar arasından seçer. Fon iki üye seçtirmişse, diğer bir üye icra tetkik merci tarafından alacaklı sayısı itibarıyla çoğunlukta olanların göstereceği iki aday arasından seçilir (5411 s Bankacılık Kanunu m. 132/9, 10).

⁶⁹ Erdönmez, s. 135-136.

Anayasanın angarya yasağı hükmü dikkate alındığında iflas bürosuna seçilecek kişilerin bu konuda yeterli bilgi ve tecrübeye sahip kişiler olmasının yanında bunlara maktu olarak da olsa bir ücret ödenmesi gerektiği kanısındayız.

3. İflas Bürosu Oluşumu Kararlarına Karşı Müracaat Yolu

İflas bürosunun iflas müdür veya yardımcısı dışındaki üyelerini seçme yetkisi doğrudan iflas müdürüne veya yardımcısına aittir. Acaba iflas müdürünün bu işleme karşı şikâyet yoluna gidilebilir mi? Doktrinde, bir kısım yazarlar tarafından iflas bürosunun seçimine ilişkin, şikâyet yoluna başvurmanın mümkün olmadığı belirtilmişken⁷⁰, bazı yazarlar ise iflas bürosunun seçimi işleminin de icra ve iflas daireleri tarafından yapılan bir işlem olduğundan (İİK m. 16/1), bu seçimin kanuna veya olaya aykırı olması halinde şikâyet yoluna gidilebileceği görüşündedir⁷¹. Yargıtay'ın ikinci görüş yönünde kararları mevcuttur⁷².

Kanaatimizce de iflas bürosu seçimine ilişkin iflas müdürü veya müdür yardımcısının işlemi hakkında şikâyet yoluna başvurulabilir. Çünkü iflas bürosu seçimi işlemi İİK m. 16/1 anlamında icra ve iflas dairesinin yaptığı bir muameledir. Kanunda şikâyet yoluna başvurulmayacağına dair açık bir hüküm de yer almadığı için iflas müdürü veya yardımcısı tarafından gerçek-

⁷⁰ **Deliduman**, s. 126; **Üstündağ**, s. 141; **Erdönmez**, s. 136. İflas bürosunun teşekkül tarzına, alacaklılar toplantısı sırasında itiraz edilemeyeceği gibi, sonradan şikâyet yoluna başvurmak da mümkün değildir (**Deliduman**, s. 126). İflas bürosu atandıktan sonra büronun oluşumuna karşı birinci alacaklılar toplantısında herhangi bir itiraz ileri sürülmezse, daha sonra şikâyet yoluna başvurmak mümkün olmaz (**Erdönmez**, s. 136).

⁷¹ Hakan **Pekcanitez**, İcra-İflas Hukukunda Şikâyet, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, Ankara 1986, s. 52, dipnot 53.

⁷² "... gerek alacaklı banka gerekse iflas alacaklı olan diğer davacılar aynı zamanda 'mezkur banka alacağının çok az bir kısmının nisaba dahil edilmesi sonucu gerçekte alacak ekseriyetine sahip bulunan bankanın, İİK.nun 3222 sayılı kanunla değişik 223/f-I maddesinden kaynaklanan iflas idare memuru adayı seçtirme hakkını ihlal edildiğini' ileri sürerek, 'İİK.nun 221/f-I maddesine göre teşkil olunan büronun ve ilk alacaklılar toplantısının aday seçimine ilişkin kararlarının da iptalini' istemişlerdir. Gerek sözü geçen büronun işlemlerine gerekse birinci alacaklılar toplantısının kararlarına karşı İcra Tetkik Mercii'ne karşı şikâyetle bulunulabilir (İİK m. 221/f-son, 225)...", **Y11HD**, 09.05.1990 T., 1989/8898 E., 1990/3708 K., (**Uyar**, s. 16236).

leştirilen bir işlem olan iflas bürosu seçimine, bu işlemin kanuna muhalif olmasından veya hadiseye uygun bulunmamasından dolayı icra mahkemesine şikâyet olunabilir (İİK m. 16/1)⁷³. Ancak icra mahkemesinin kararının işlemin iptali şeklinde olması halinde birinci alacaklıları toplantısının yeniden yapılıp yapılmayacağına detaylı olarak tartışılması gerekir⁷⁴. Zira büro- nun oluşumu ile ilgili kararın iptali halinde büronun verdiği kararlarında iptali sonucunu ortaya çıkaracaktır.

III. İFLAS BÜROSUNUN GÖREVLERİ

İflas bürosunun birinci alacaklılar toplantısında görevinin ne olduğu İİK m. 221/4 c.1 hükmünde düzenlenmiştir. Hükme göre iflas bürosu; “*Reylerin muteber olup olmayacağı hakkındaki ihtilafı halleder.*”.

Birinci alacaklılar toplantısında, kimlerin toplantıya katılabileceklerine karar verilmesi, kimlerin oy kullanacağına ve kullanacakların oyun ne miktar alacak için geçerli olduğunun başlangıçta incelenerek karar verilmesi ile oylar kullanıldıktan sonra oyların geçerli olup olmadığına veya ne miktar için geçerli olduğunun karara bağlanması veya oyların geçerliliği hakkında ihtilaf doğduktan sonra ihtilafın halledilmesi ayrı ayrı hususlardır. Baş- langıçta ifade ettiğimiz durumlarda alacak ve toplantıya katılacaklar ve alacaklılarla ilgili incelemenin toplantının başında yapılması söz konusu- ken, sonraki durumda alacak ve alacaklılarla ilgili oyların geçerli olup olmayacağına incelenmesi ve karar verilmesi toplantıda oylamadan sonra

⁷³ Kanuna göre, şikâyet bu muamelelerin öğrenildiği tarihten yedi gün içinde yapılır (İİK m. 16/1 c. 2). İflas bürosunun seçimi birinci alacaklılar toplantısında yapıldığı için, şikâyet birinci alacaklılar toplantısından itibaren yedi gün içinde yapılmalıdır.

⁷⁴ Kanunda birinci alacaklılar toplantısı ibaresi yerine madde başlığında ve metninde ilk alacaklılar toplanması tabiri kullanılmıştır. Dolayısıyla iflas bürosunun oluşumu ilk alacaklılar toplantısı için söz konusudur. Kuru tarafından bu husus; “Kanun birinci alacaklılar toplantısının iki defa yapılmasını öngörmemiştir. Bilakis, birinci alacaklılar toplantısının ikinci defa yapılmasını kabul etmemektedir (İİK m. 222).” şeklinde ifade edilmiştir. Devamlı, Kanunun 222. maddesinde düzenlenen toplantı ve karar nisabının oluşmaması halindeki çözümün, birinci alacaklılar toplantısının iptali halinde de uygulanması gerektiğini belirtmektedir. Diğer bir ifade tarzı ile birinci alacaklılar toplan- tısının iptali halinde birinci alacaklılar toplantısının yeniden yapılmayarak ikinci alacak- lılar toplantısına kadar tasfiyenin iflas dairesi tarafından idaresi gerektiğini ifade etmiştir (Kuru, El Kitabı, s. 1301). Aksi görüşte ve ayrıntılı bilgi için bakınız Erdönmez, s. 192.

toplantı arasında yapılması durumunu ifade ederken, ihtilaf halinde oyların geçerliliği veya ne miktar için geçerli olduğunun incelenmesi ise ihtilafın çıkması halinde, iflas bürosunun, olaya el koyarak inceleme yapılması durumunu ifade eder. İİK m. 221/4 c.1' de geçen ifade, oylar kullanıldıktan sonra ihtilaf çıkması halinde büronun bu ihtilafı halletmesi halini ifade eder tarzdadır. Ancak, inceleme yapılan toplantı tutanaklarından iflas bürosunun toplantının başlangıcında, alacaklıların alacak kaydı için sundukları dilekçelerini (uygulamada bunun eklerle birlikte genelde dosya oluşturularak sunulduğu görülmüştür. Dolayısıyla alacaklıların müracaat dosyalarını) inceleyip oy kullanıp kullanamayacakları, oy kullanacakların ise ne miktar için oy kullanacaklarının belirlenmesi şeklinde olduğu görülmüştür.

İsviçre İcra ve İflas Kanunu'na göre büronun başlıca vazifesi, davet edilmedikleri halde (m. 219 no. 5 bak.) alacaklılar toplanmasına iştirak etmek isteyen kimselere müsaade edip edilmeyeceğine karar vermektir⁷⁵. Bu durumda ise oy hakkında öte toplantıya iştirak etme ile ilgili bir husus söz konusu olduğundan iflas bürosunun görevi ile ilgili bir başka husus ortaya çıkmaktadır. 1929 tarihli İcra ve İflas Kanunumuzun 217. maddesi bu hükmü nakletmişti. Bu hüküm 1929 tarihli Kanunun iflasın açıldığına dair olan "ilânın malum olan bütün alacaklılara bir nüshasının gönderileceği" hakkındaki 215. maddesine ilgili sayılarak o madde ile beraber 1932 tarihli İcra ve İflas Kanunu'ndan çıkarılmış ve bu günkü kanuni düzenlemede de yer almamıştır⁷⁶. İflas bürosunun görevleri olarak nitelenen hususları 5 başlık altında incelememiz mümkündür⁷⁷.

- *Toplantıya Katılma Yetkisinin Bulunup Bulunmadığını İncelemek*
- *Toplantı ve Karar Yetersayısını Tespit Etmek*
- *Kullanılan Oyların Geçerli Olup Olmadığına Karar Vermek*
- *Tutanak Düzenlenmesini Denetlemek*
- *Oyların Sayımını Yapmak*

⁷⁵ **Ansay**, s. 273.

⁷⁶ İsv. İİK m. 233 de, adı ve ikametgâhı malum olan her alacaklıya iflas dairesi tarafından ilanın bir suretinin taahhütlü olmayarak tebliğ edileceği yazılıdır. Bu, kanunumuzda yoktur; nitekim eMK. 561 (TMK m. 621) de defter tutma ilanında da böyle bir hususi tebliğ kabul edilmemiştir (**Ansay**, s. 273, dipnot 365).

⁷⁷ **Deliduman**, s.126 vd.

A. Toplantıya Katılma Yetkisinin Bulunup Bulunmadığını İncelemek

Bu ifadeye göre, iflas bürosu toplantıya katılmak isteyenleri iki kategoride inceleyecektir. Bu toplantıya katılmak isteyen kişilerin alacaklı olup olmadığının tespiti ile alacaklı olmamakla birlikte toplantıya katılabileceklerin tespiti şeklinde olacaktır. Hukukumuz açısından bu görevin bulunup bulunmadığı ve önemi açısından öncelikle ilk alacaklılar toplantısının aleni olup olmadığı hususunun belirlenmesi gerekir. **Kuru** tarafından ilk alacaklar toplanmasının aleni olmadığı ifade edilmiştir⁷⁸. Bu ifade ile Kanunun 219/5 maddesindeki ifade aynı doğrultudadır. Zira İİK m. 219/5 de ki; “... *alacaklıların yanında, müflis ile müşterek borçlu olanlar (m.203, 204) ve kefillerinin ve borcu tekeffül eden sair kimselerin de toplanmada bulunmaya hakları olduğu yazılır*” ibaresinden hareketle, maddede sayılmayan kişilerin toplanmada bulunmaya hakları olmadığı dolayısıyla toplantının aleni olmadığı sonucuna ulaşmak mümkündür. Bu düzenleme nedeniyle de alacaklılar toplantısının aleni yapılmaması gerektiğini söylemek yerinde olur. Dolayısıyla kanunda belirtilmeyen üçüncü kişilerin katılımına müsaade edilmemesi gerekir⁷⁹. Ancak iflas dairesi müdürünün kanunda sayılmayan ilgili üçüncü kişilerin, örneğin müflisin akrabaları veya diğer yakınlarının toplantıya katılmasına izin vermesi mümkündür⁸⁰. Dernek temsilcileri ve sendikalar için de bu durum geçerlidir⁸¹. Ancak incelenen toplantı tutanaklarında, toplantının aleni veya kapalı yapıldığına dair veya toplantı başlarken kanunda belirtilenlerin dışındaki kişilerin salona alınmadıkları veya salondan çıkarıldığına dair ibarelere rastlanmamıştır. Sadece söz alma ve oy hakkı açısından müracaat eden alacaklılarla ilgili tutulan listenin dikkate alındığı görülmüştür. Bu açıdan toplantıda bulunanların uygulamada toplantıya katılma haklarının incelenmediği ve toplantının aleni yapıldığını söyleyebiliriz. Daha öncede belirttiğimiz gibi İsviçre İcra ve İflas Kanunu’nda yer alan davet edilmedikleri halde alacaklılar toplanmasına iştirak etmek isteyenlerin top-

⁷⁸ **Kuru**, El Kitabı, s. 1298.

⁷⁹ **Deliduman**, s. 71.

⁸⁰ Deliduman tarafından bu görev iflas bürosuna ait olduğu şeklinde ifade edilse de (**Deliduman**, s. 71) biz bu görevin iflas dairesine ait olduğu görüşündeyiz.

⁸¹ **Deliduman**, s. 71.

lantıya katılma haklarının olup olmadığının incelenmesine dair hüküm 1424 sayılı İcra ve İflas Kanunumuzda yer almıştı (m.219 No.5 bak)⁸². Ancak İsviçre’de toplantı ilanı bilinen alacaklılara tebliğ edildiğinden, davet edilmeyen alacaklılardan bahsetmek mümkündür. Başlangıçta bizim Kanunumuza da alınan bu hüküm sonradan kaldırılmıştır ve bizde bilinen alacaklılara toplantının haber verilmesi kural olarak tebligat ile değil⁸³ ilan yoluyla duyurulduğundan davet edilmeyen alacaklı ibaresinin hukukumuz açısından karşılığı bulunmamaktadır. Bu nedenle de hukukumuzda, toplantıya davet edilmedikleri halde katılmak isteyenlere müsaade edilip edilmemesi, iflas bürosunun vazifeleri arasında yer almamaktadır. Alacaklı olmadan ilk alacaklılar toplantısına katılmak isteyen kişilerin toplantıya katılıp katılmayacakları hususunda karar vermek ve uygulamak/ uygulatmak toplantıya başkanlık eden iflas müdürünün görevidir. Ancak uygulamada toplantıların aleni olması sebebiyle böyle bir hususun üzerinde durulduğuna dair tutanaklarda bir ibareye veya ihtilafa rastlanmamıştır.

Toplantıya katılma, söz ve oy hakkı olan alacaklıların öncelikle müflisten alacaklı olan, diğer tabiri ile iflas alacaklısı olan, kişiler olduğunu belirtmek gerekir⁸⁴. İflas masasından alacaklı olanların ilk alacaklılar toplantısına katılmalarının ve oy kullanmalarının söz konusu olmayacağını belirtmesi gerekir. İlk alacaklılar toplantısında iflas alacaklıları ile ilgili inceleme, üç kez farklı amaçlarla yapılmaktadır. Önce toplantı nisabının oluşumu açısından toplantıya katılan alacaklıların sayısı ve toplam miktarı ile o ana kadar kayıt yaptıran alacaklıların toplam alacak miktarı ve sayısı incelenip tespit edilmekte, ikinci olarak toplantıyı yürüten iflas müdürü tarafından iflas bürosunda görev alacak alacaklı veya mümessilini belirlemek için toplantıya katılan alacaklıların alacağını dayandırdıkları belge nitelik itibari ile incelenmekte, son olarak da iflas bürosu tarafından, iflas alacaklısı olarak kaydını yaptırmış olan alacaklılarla ilgili olarak oy hakkının olup olmadığı ve ne miktar alacak için oy hakları olduğunun tespitine dair inceleme yapılmaktadır.

⁸² **Ansay**, s. 273.

⁸³ İİK m. gereğince dilekçe ile birlikte masrafını veren ve kararların kendisine bildirilmesini isteyen alacaklılar hariç.

⁸⁴ Toplantıya katılacak alacaklılarla ilgili detaylı bilgi için bakınız **Deliduman**, s. 56 vd.; **Kuru**, El Kitabı, s. 1293 vd.

İflas bürosu tarafından alacaklıların toplantıya katılma haklarının olup olmadığı veya katılacaklar ise ne miktar alacaklarının dikkate alınacağı belirlenmesi için yapılan inceleme toplantıya katılmadan ziyade toplantıda oy kullanma hakkı ile ilgilidir. Bu inceleme yüzeysel olarak yapılan bir incelemedir. İflas bürosunun o ana kadar müracaat eden alacaklılarla ilgili tek tek kararlarının gerekçeli olarak tutanağa yazılması yerine, birçok tutanakta; “Büro azaları yaptıkları inceleme neticesinde masaya kayıt yaptıran tüm alacaklıların kaydettirdikleri miktar üzerinden oy kullanabileceklerini beyan ettiler” ibaresi ile bu ibarenin başkan sıfatı ile iflas müdürü ve büro azaları sıfatıyla seçilen büro üyeleri tarafından imzalandığı görülmüştür.

İflas bürosunun alacağın varlığı ve miktarı konusunda tam bir ispat aramaması, inandırıcı bir şekilde alacaklı olduğunu ispat edenleri alacaklı olarak kabul etmesi gerekir. İflas alacaklılarının alacak kaydı için verdikleri dilekçelerde alacak miktarını iflas tarihi itibarıyla bildirilmesine özen göstermedikleri ve bu hususun iflas bürosu tarafından da incelenmediği, diğer ifade ile bu hususa özen gösterilmediği görülmüştür. Bazı alacaklılar alacak miktarını bildirirken, iflas tarihini dikkate alırken, bazı alacaklılar tarafından dilekçenin verildiği tarih ve bazıları tarafından da toplantı tarihi esas alınarak alacak yazdırıldığı dosya incelemelerinde görülmüştür.

İflas alacakları, iflasın açıldığı tarihe kadar işlemiş olan faizleri ile birlikte masaya yazdırılır (İİK m. 195/I c. 2)⁸⁵. Alacaklıların iflasın açılmasından sonra işleyecek faizleri talep etmeleri İİK m. 196 kapsamında mümkündür.

Belirli alacaklılara verilmek üzere iflas masasına ödemede bulunan üçüncü kişiler, iflas alacaklılarının halefi olamayacağından, alacaklılar toplantısına katılamazlar⁸⁶. İncelemiş olduğumuz bir birinci alacaklılar toplantısında⁸⁷ toplantıda alacaklılardan birinin vekili tarafından verilen dilekçe ve

⁸⁵ Kuru, El Kitabı, s.1293.

⁸⁶ Kuru, El Kitabı, s.1298.

⁸⁷ İstanbul 1. İflas Müdürlüğü 2014/7. Bu birinci alacaklılar toplantısına karşı şikâyet sonucu icra mahkemesinin kararı ise şu şekildedir : “Davacı vekili şikâyet dilekçesi ile İstanbul 1. İflas müdürlüğüne ait 2014/7 esas sayılı dosyası ile yürütülmekte olan tasfiye işlemlerine ilişkin olarak 1. Alacaklılar toplantısında alınan iflas idaresi teşekkülü ve

yetkilerinin belirlenmesine dair 3 ve 5. Maddeler için alınan kararların iptaline karar verilmesini talep ettiği, zira müflisin iflas erteleme sürecinde kayyumlar eli ile idare edildiğini, mahkemece verilmiş tedbir kararları bulunduğunu, ancak buna rağmen bazı alacaklıların alacaklarının ödendiğini, bu ödemelerin ortak ya da bağlı şirket ile alacaklılar arasında bir anlaşma olarak nitelenebileceğini, müflisin açık rızası olmadan borçlunun borcunu ödemesinin ödeme yapana, müflise rücu hakkı vermeyeceğini, TBK 127. Maddesinde halefiyet hususunu düzenlediğini, yapılan işlemlerin bu kurala aykırı olduğunu, dolayısıyla bu alacaklıların gerek çoğunluk gerekse oy nisabında dikkate alınmayacağını ileri sürdüğü,

Müflisin ... A.Ş. iflas masasını temsilen A.Ö. şikayete karşı yanıtlarında: davayı kabul etmediklerini, 19/06/2014 tarihinde yapılan 1. Alacaklılar toplantısının usul ve yasaya uygun olarak yapılmış olduğunu, davacıya temsilen toplantıya Av. E.K.'nin katılmış olduğunu, toplantının İİK'nun 221. Maddesi gereğince iflas müdürünün başkanlığında açılmış gerekli yoklama yapılmış olup, İİK 221 maddesi gereğince ipotek alacaklısı olan ve 130. Sırada alacak yazdıran T.V.B, TAO ve İ.B.'nin ipotek alacağını temlik alan P.S.T.A.Ş. vekili Av. M.A'nın büro azası olarak seçilmiş olduğunu, başlıca ipotek alacaklısının bulunmadığını, yasanın amir hükmünde de belirtildiği gibi büro azalarının seçiminde öncelikle ipotek alacaklılarının seçilmesinin yasal zorunluluk olduğunu, bu zorunluluğun yerine getirilmiş olduğunu ve ipotek alacaklılarının vekillerini büro azası olarak seçilmiş olduğunu, davacının dilekçesinde büro azalarının seçimi ile büro azalarının toplantıya katılan alacaklıların tamamının oy kullanmasına ilişkin almış oldukları bu karara karşı herhangi bir şikayetin söz konusu olmadığını, davacının dilekçesinde açıkça büro azalarının almış olduğu bu karara karşı herhangi bir itirazın ileri sürmediği gibi büro azalarının almış olduğu bu kararın iptali için de herhangi bir dava yoluna gidilmemiş olduğunu, bu nedenle iddiaların yerinde olmadığını ve davanın reddi gerektiğini savunduğu,

İstanbul 1. İflas müdürlüğüne ait 2014/7 esas sayılı dosyanın incelenmesinde müflis ... A.Ş.'nin tasfiye işlemlerini yürütülmekte olduğu, 19/06/2014 tarihinde 1. Alacaklılar toplantısının yapıldığı, bu toplantıda iflas müdürünün alacaklı olduklarını tercihane ellelerinde noter veya ipotek senedi gibi resmi senet yahut 68/b ve 150/1 maddelerinde belirtilen belgelerle kanıtlayan kişilerden bir veya iki alacaklı veya mümessilleri ile birlikte bir büro teşkil edilmesi gerektiği, müdürlükçe söz konusu kurala uyularak ipotek alacaklıların vekillerinin büro azası olarak seçildikleri, büro teşkilinden sonra davası vekilinin bazı alacaklıların oy kullanmayacağı yönünde sunduğu, ancak bu istemin reddine karar verildiği, büronun bu yöndeki kararının da şikayete konu edildiği, ne var ki büronun mevcut alacaklıların gerçeği uygun olup olmadığı konusunda ayrıntılı bir inceleme yetkisi olmadığını belirterek talebi reddettiği, kararın yerinde olduğu, İİK 221 madde kapsamında alacaklılarını yasanın gösterdiği belgelere dayandırarak yapılan başvurunun bu aşamada reddine olanak bulunmadığı, icra mahkemesinin de burada alacağın muvazaalı olup olmadığı ya da suni nitelik taşıyıp taşımadığı gibi hususları irdeleyemeyeceği, ibraz

toplantıda söz alınarak “... grup şirketlerinin nisaba dahil edilmemesi ve oy kullandırılmaması...” talep edilmiş, ancak toplantıda bu talep “...büro azalarının alacağına gerçeğe uygun olup olmadığı hususunda ayrıntılı bir inceleme yetkisi olmayıp şekli olarak mevcut belgelere göre karar vermeleri gerektiği, ileri sürülen hususun sıra cetveli aşamasında dikkate alınması gerektiği, bu nedenle tüm alacaklıların yazdırdıkları miktar üzerinden oy kullanabilecekleri...” bildirilmiştir. Bu durum karşısında iflas bürosunun incelemesinin kapsamının belirlenmesi önem arz etmektedir. İflas bürosunun resmi belgelerle tespit edilmiş bir hususu dikkate almayarak sıra cetveli aşamasına ertelenmesi iflas bürosundan beklenen işlevin yerine getirilmemesi anlamını taşır. Kendisine ait vazifenin iflas bürosu tarafından layığı ile yapılmaması, aslında önemli işleve sahip olan büronun işlevselliğini yitirerek gereksizmiş gibi görülmesine sebep olur. İflas bürosunun dikkate alması gereken birkaç hususu örnekleyecek olursak;

İflas bürosu, bir kambiyo senedine, müflisin rehin (TTK m. 601) veya tahsil cirosu ile hamil olan kişi, normalde kambiyo ilişkisine dayanarak müflisten talepte bulunamayacağı için⁸⁸, bu şekilde bir ilişkiye dayanılarak yapılan alacak talebinin iflas bürosu tarafından hukuki durum değerlendirilerek müracaat eden alacaklının oy hakkının olmadığına karar verilmesi gerekir. Kambiyo senedini elinde bulunduranın alacaklı olarak kambiyo senedine dayanması ile kambiyo senedi bir başka ilişkinin güvencesi (kredi, satış vs.) olarak dayanarak talepte bulunması, diğer bir ifade ile kambiyo senedinin rehni nedeniyle alacağına rehlinli olduğunu ileri sürmesi farklı bir durumdur.

edilen belgeler kapsamında değerlendirme yapılması gerektiği, ayrıca şikâyet sebebinin ancak karar ekseriyetinin bozulması halinde gözetileceği, ancak iflas dosyası kapsamında 105, 106, 108, 109, 110, 111, 112 kayıt numaralı alacakların nisaba dâhil edilmemesi halinde dahi karar ekseriyetinin bozulmadığı, ayrıca gündemde görüşülen müflisin davacı olduğu dosyada İİK 194 maddesi gereği 2. Alacaklılar toplantısı beklenmeksizin davaya devam edilmesi yönünde karar alındığı, bu kararında yerinde bulunmadığı iddia edilmiş ise de müflisin hak ve alacaklarının bir an önce masaya dahil edilmesi hususunun tasfiyenin hızlı bir şekilde ilerlemesi ve sonuçlanmasına hizmet edeceği, böylelikle alacaklıların alacağına kavuşmasının sağlanacağı, bu durumda iflasın açılması ile duran fakat acele sonuçlandırılması hususunda masa yararına bulunması halinde bu yönde karar alınmasının masanın da menfaatine olduğu görülmekle şikâyetin reddine karar vermek gerekmiştir, İstanbul 1. İcra Hukuk Mahkemesi, 2014/456 E., 2014/547 K.

⁸⁸ Deliduman, s. 59.

Kambiyo senedi temlik cirosu ile verilmişse hamilin kambiyo senedi ne dayanması mümkündür. Ancak burada aynı alacakla ilgili bir sözleşmenin olması halinde de mükerrer talep olmamasına dikkat etmek gerekir. Kambiyo senedi bir ilişkinin güvencesi olarak verilmişse kambiyo senedine dayanılarak alacak talep edilmesi söz konusu olmaz bu durumda dikkate alınacak alacak için asıl ilişki dikkate alınırken alacağın niteliği açısından kambiyo senedi ile güvence altına alındığı dikkate alınarak alacağın rehinli olduğu dikkate alınmalıdır. Alacağın niteliği ile ilgili inceleme iflas idaresinin sıra cetvelini hazırlarken yapacağı bir inceleme iken kambiyo senedinin cirosunun niteliği iflas bürosu tarafından yapılacak bir incelemedir.

Anonim ortaklığın iflası halinde de, anonim şirket ortaklarının hisse senedi değerini iflas masasına iflas alacağı olarak yazdırmaları mümkün değildir⁸⁹.

Müflisin, iflasın açılmasından sonra yaptığı borçlarda iflas masasından istenemeyeceğinden, iflas bürosu incelemesinde bu hususu da dikkate alınmalıdır⁹⁰.

Her alacaklı bir oy hakkına sahiptir. Alacaklının birden fazla sebepten doğan alacağının olması her ilişki nedeniyle ayrı bir oy hakkı olmasını gerektirmez. Alacaklı farklı sebeplerden kaynaklanan alacaklarını farklı dilekçelerle birden fazla alacak kaydı olarak yaptırmış olsa bile, bir oy hakkına sahiptir⁹¹. İİK m. 221/3 gereğince ilk alacaklılar toplantısında kararlar alacak tutarı ekseriyeti ile alınacağından aslında hukuki ilişkinin niteliği nedeniyle alacakları ayrı ayrı yazdırmanın bir anlamı da yoktur. Ancak iflas idaresine aday belirleme aşamasında kanunun özel düzenlemesi nedeniyle hem alacak çoğunluğu hem de alacaklı çoğunluğuna göre aday belirlendiğinden alacaklı sayısı burada önemli olabilir⁹². Bir temsilcinin, birden fazla

⁸⁹ Daha geniş açıklama ve Yargıtay kararı için bakınız **Deliduman**, s. 60.

⁹⁰ **Deliduman**, s. 60.

⁹¹ **Deliduman**, s. 133.

⁹² 221. maddede ilk alacaklılar toplantı nisabının ve karar nisabının belirlenmesinde değişiklik olmuş başlangıçta alacaklılar ekseriyeti aranırken sonradan alacak ve alacaklılar ekseriyeti bir arada aranmış. Kararlarda da alacaklı ekseriyeti yerine alacak ekseriyeti aranmaya başlanmıştır 3222 sayılı Kanuna ait Hükümet Gerekçesinde "Tasfiyeyi yapacak iflas idaresi ilk alacaklılar toplantısında seçilmekte olduğundan bu toplantı büyük önem arz etmektedir. İlk alacaklılar toplantısını düzenleyen ve uygulamada zorlukları

alacaklının vekili olması durumunda temsil ettiği alacaklı sayısı kadar oy hakkı vardır. Ancak bir vekilin birden fazla alacaklıyı temsil etmesi oy satın alma niteliğinde ise bu hukuka ve ahlaka aykırı olur⁹³. Ancak burada oy sözleşmesi ile oy satın alma sözleşmelerinin birbirinden ayrılması gerekir. Oy sözleşmesi alacaklılar toplantısında belli bir yönde oy kullanılması, kullanılmaması veya kullanımında çekimser kalınması taahhüdünü içeren bir sözleşme olup sözleşme özgürlüğü çerçevesinde oy sözleşmesi yapılabilir⁹⁴. Oy satın alınması ise, bir alacaklının oyunu, kendisine temin edilen veya vaat edilen bir menfaat karşılığında belli bir yönde kullanmayı kabul etmesi veya bu yönde temsil yetkisi vermesi şeklinde tanımlanabilir⁹⁵. Oy satın alınması cezai müeyyideyi gerektirir (İİK m. 333). İşte oy hakkının tespiti açısından iflas bürosunun bu hususa dikkat etmesi gerekir.

Bir alacağın bölünerek birden fazla kişiye temlik ile alacaklı sayısına etki etmek hukuka aykırı bir durumdur. Bu şekilde temlik edilen alacakla ilgili olarak tek oy hakkının verilmesi gerekir⁹⁶.

Müflisin alacaklılarının kimler olduğu konusunda en önemli delillerin başında müflisin defter kayıtları gelir. Bu nedenle birinci alacaklılar toplan-

görülen 221 inci madde yeniden ele alınmaktadır. Alacaklılar toplantısının kararlarında yalnız alacaklılar ekseriyeti yeterli görülmemiş, buna alacak ekseriyeti de eklenerek ikisinin bir arada aranması şartı getirilmiştir (Uyar, s. 16236).” ifadesine yer verilmiştir.

⁹³ Kuru, El Kitabı, s.1298; Deliduman, s. 133.

⁹⁴ Deliduman, s. 134; Kuru, El Kitabı, s. 1298.

⁹⁵ Deliduman, s. 134.

⁹⁶ Deliduman, s. 126. “Alacaklılar toplanması yeter sayısı, kanunla belirlenmiştir. Alacağın, yasalara uygun olarak temlik halinde, temlik alacaklısı durumuna geçenlerin, çoğunluğunun hesabında göz önünde tutulması gerekir. Ancak, alacağın bir kısmı temlik edilmiş veya bir kişi birden çok alacağı temellük eylemiş ise, oy durumunda genel kuralın uygulanması doğru olamaz. Böyle durumlarda, bir hakkın kötüye kullanıldığı ve kanuna karşı hileye başvurulduğu, kural olarak kabul edilip bir oy hakkı tanınması zorunludur. Nitekim, konkordatoda çoğunluğun hesabında tek oy tanınmasının gerektiği, Kuru (s. 456), Belgesay (s. 508), Berkin (s. 576), Postacıoğlu (s. 27), Arar (s. 293) tarafından kabul edilmektedir. Bu nedenle, temlikle alacaklı durumuna geçen kişi, kaç alacaklının yerine kaim olursa olsun, tek oy hakkına sahip olmalıdır. Kaldı ki, dosya münderecatına göre, temliklerin alacaklılar çoğunluğunu sağlamak, dolayısıyla masayı ele geçirmek gayesi ile yapıldığı da anlaşılmaktadır.”, Y12HD, 24.05.1979 T., 287 E., 4765 K. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, ET. 20.10.2014).

tısında müflisin defterlerinin hazır edilerek, iflas bürosunun incelemesine açık bulundurulması, müflisin hazır edilerek iflas bürosunun müflisin ifade-sine müracaat edebilmesi önem arz eder. İleri aşamada müflisin defterinde görülmeyen hususların defterlerin tam tutulmadığını göstermesi veya müflisin gerçeğe aykırı beyanda bulunduğunun tespit edilmesi halinde taksiratlı iflas suçu (İİK m. 310/5) işlenmiş olması nedeniyle iflas idaresi veya daire-since resen şikâyet edilmesi gerekir.

İflas bürosu üyelerinin, alacak kaydı için yapılan müracaatları, iflas müdürünün iflas masası ile ilgili bilgileri açıklarken incelemeleri, gerek mekân gerekse zaman olarak uygun olmadığından yeterli derecede yapılamamaktadır. Görevin layığı ile yapılamaması/yapılmaması müessesenin gerekli olup olmadığını tartışılır hale getirir. Aslında ilk alacaklılar toplantısının, henüz alacak kaydının bitmediği bir aşamada yapılması, toplantıya alacak kaydı yaptıranların yanında İİK m. 213 gereğince “*müflisin taşınmazları üzerinde sicilden anlaşılan üçüncü şahısların haklarının resen deftere işaret olunur*” hükmü ile İİK m. 231 gereğince “*tapu siciline yazılı olan alacaklar; kayıt için müracaat edilmemiş olsa bile işleyen faizle kabul olunur*” hükmü karşısında iflas bürosunun bu alacaklar hakkında inceleme yetkisinin bulunup bulunmadığı belirsizdir. Tapuya kayıtlı alacakların iflas masasına müracaat için gerekli harçları yatırmamış olmadan dikkate alınmaları kanımızca yerinde değildir. “*Tapu Siciline yazılı olan alacaklar*” ibaresinin bu açıdan çerçevesinin iyi belirlenmesi gerekir. Daha önce de açıkladığımız gibi üst sınır ipoteğinin dayanağını oluşturan alacakta, geniş yorumlama kapsamında tapu siciline yazılı olan alacak niteliğindedir. Bu alacakların resen dikkate alınarak deftere yazılması ve bu nedenle toplantıya katılabilmeleri hususunu, anapara ipoteği ve üst sınır ipoteği kapsamında irdelemek gerekir.

Kanımızca, toplantının yasal olarak tanınan alacak kayıt tarihinden sonra yapılması ve toplantıya bu yasal süre içinde müracaat edenlerin alınması, yasal sürede müracaat etmemenin müeyyidesi arasında ilk alacaklılar toplantısına katılamamanın da yer alması yerinde olur. Bu durumda, alacak taleplerinin bu konuda yeterli bilgi ve tecrübeye sahip sayılabilecek iflas müdür veya müdür yardımcısı tarafından incelenerek toplantıya katılma ve oy haklarının belirlenerek toplantı öncesi karara bağlanması yerinde olur. Bu uygun görülmediğinden iflas bürosu üyelerinde de sadece belli belge ile

alacağını belgeleyen alacaklı ve mümessili olmadan öte inceleme yapabilecek niteliklere sahip kişiler olmasının yasal düzenlemede yer almasının uygun olacağını düşünmekteyiz.

Kanunumuzda iflas idaresinin görevi reylerin muteber olup olmayacağı hakkındaki ihtilafı halletmek olarak ifade edilse de, uygulamada iflas daire müdürünün büro seçiminden sonra o ana kadar yapılan alacak kayıt taleplerini büro üyelerine verdiği, büro üyelerinin incelemesine kendisinin katılmadığı, iflas daire müdürünün iflas hakkında genel bilgi verdiği aşamada büro üyelerinin dosyaları, müracaat eden alacaklıların oy hakkı açısından incelemeye tabi tuttuğu görülmüştür. Dolayısıyla iflas bürosunun alacaklılarla ilgili incelemesi ihtilaf halinde değil daha oy kullanmalarının söz konusu olmadığı bir aşamada yapılarak oy kullanıp kullanamayacakları oylamaya geçilmeden önce yapılmaktadır. İflas bürosunun verdiği kararlar, müracaat eden alacaklıların alacakları ile ilgili nihai bir karar olmayıp, sıra cetvelinin oluşturulmasında alacak ve miktarı ile ilgili asıl söz sahibi iflas idaresi olmaktadır. İflas bürosunun incelemesi sonunda verdiği kararla oylamaya katılan bir alacaklının sıra cetvelinde alacağının kabul edilmemesi mümkün olabileceği gibi, iflas bürosunun oy hakkı vermediği bir alacaklının alacağının, iflas idaresince kabul edilmesi de mümkündür. Uygulamada iflas bürosunun alacaklarla ilgili incelemede dilekçenin inandırıcılığı ve eklerinin bulunup bulunmadığına önem verdiği, hukuki çıkarımlarda bulunarak, takdir hakkını son derece kısıtlı kullandığını ve özellikle oy hakkının kaybına neden olmamak için neredeyse müracaat edenlerin hepsini kabul ettiği görülmektedir.

B. Toplantı ve Karar Yeter Sayısını Tespit Etmek

İİK m. 221 de düzenlenen toplantı ve karar nisabı, çoğunluğu oluşturacakların niteliği açısından değişikliğe uğramıştır. Şöyle ki, 2004 sayılı Kanunun 1932 tarihinde yayımlanan ilk halinde⁹⁷, bu toplantı ve karar

⁹⁷ Toplantı ve karar nisabı, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu ile ilga edilen 1424 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun (Kabul Tarihi, 18.04.1929, RG, T. 04.05.1929, S. 1183) 217. maddesinde şu şekilde düzenlenmişti: "İlk alacaklılar toplanmasına icra ve iflâs memuru veya muavinlerinden biri reislik eder. Bu memur tarafından tayin olunacak iki alacaklı veya mümessil ile bir [Büro] teşkil eder. Büro kendilerine davetname gönderilmeyen

nisabının oluşumu açısından “alacaklı” çoğunluğunun aranması kabul edilmişken, 1985 tarihli 3222 sayılı Kanun değişikliği ile “alacak” çoğunluğunun aranması kabul edilmiştir. Mevcut düzenlemede (İİK m.221) toplantı nisabı iflas dairesi müdürü veya müdür yardımcısı tarafından belirlenmektedir. Bu belirleme o ana kadar alacak kaydı yaptıranlar, resen dikkate alınan alacaklar (İİK m. 213,231) ile toplantıya katılmak için gelen alacaklıların sayı ve miktar itibariyle oranlanması ile yapılmaktadır. Toplantı nisabı kendileri veya mümessilleri bulunan alacaklıların, malum alacaklar (İİK m. 219/2, 213, 231) tutarının en az dörtte birini temsil etmesi halinde toplantı nisabı oluşmaktadır. Toplantıda bulunan alacaklılar beş kişiden az ise bunların alacaklarının malum alacak tutarının yarısına tekabül etmesi gerekmektedir. Görüldüğü üzere toplantı nisabı açısından kademeli bir nisap öngörülmüştür. Gelen alacaklıların sayısı beş kişi veya daha fazla ise bunların alacaklarının toplam alacağa oranının dörtte bir olması yeterli görülmüşken; gelen alacaklıların sayısının beşten az olması halinde bu kişilerin alacaklarının malum alacağın yarısını oluşturması şartı aranmıştır. Toplantı nisabının belirlenmesi aşamasında iflas bürosunun bir fonksiyonu yoktur⁹⁸. Toplantı nisabını belirlemek iflas dairesi müdürü/müdür yardımcının görevidir. Zira toplantı nisabının oluşması aşamasında henüz iflas bürosu da oluşmuş değildir. Ancak iflas bürosunun alacaklarla ilgili yaptığı inceleme sonucunda verdiği kararlar toplantı nisabının oluşmasını engelliyorsa bu durumu iflas dairesi müdürü veya müdür yardımcısı değerlendirerek bu aşamada toplantı nisabının oluşmadığı doğrultusunda karar vermesi de mümkün olmalıdır⁹⁹.

Kararların alacak ekseriyeti ile alınıyor olması nedeniyle iflas bürosunun alacaklıların müracaatlarını inceleme kapsamında yapacağı alacak miktarı tespit, karar nisabını etkileyeceğinden önem arz etmektedir. Ancak alına-

kimseler de gelirse bunların müzakereye kabul edilip edilmeyeceklerine karar verir. Kendileri veya mümessilleri hazır bulunan alacaklılar, malûm alacaklıların en az dörtte birine baliğ olursa toplanma için nisap hâsıl olur.

Toplanmada bulunanlar dört veya daha az iseler alacaklıların yarısını temsil etmeleri şarttır. Kararlar ekseriyeti mutlaka ile verilir. Reyler müsavi gelirse bu halde reis reyile bir tarafa ihtihak eder. Reyler hakkındaki ihtilâfları büro halleder.”

⁹⁸ Aksi görüşte **Deliduman**, s. 128.

⁹⁹ **Deliduman**, s. 127.

çak kararlarda nisabın oluşup, oluşmadığına dair karar vermekte iflas dairesi müdürü/müdür yardımcısının görevidir. İflas bürosu her bir alacaklı ile ilgili oy hakkı ile ilgili inceleme yapıp bunları iflas müdürünün de katılımı ile büro olarak karara bağlamaktadır. Yoksa toplantıda karar verilmesi gereken her konuda o konudaki oyların yeterli olup olmadığını incelememektedir.

İflas idaresine aday belirlenmesi sırasında hem alacaklı sayısı, hem de alacak çoğunluğu dikkate alınmaktadır (İİK m. 223). Bu durumda iflas bürosunun müracaatta bulunan alacaklılarla ilgili olarak katılıp katılmayacağı ve ne miktar için oy kullanacaklarının belirlenmesi önem taşımaktadır. Burada da karar yeter sayısının oluşup oluşmadığına toplantıyı yöneten iflas dairesi müdürü/müdür yardımcısı karar vermekle birlikte kararının dayanağını iflas bürosunun yaptığı belirleme oluşturmaktadır.

İflas müdürü tarafından alacak kaydı yaptıranlar ile toplantıya katılanların belirlenmesinin sonucunda İİK m. 221/2 gereğince toplantı nisabının oluştuğu tespit edilirse, iflas bürosu oluşturulur. İflas bürosunun iflas alacaklıları üzerinde yaptığı inceleme sonunda oy hakkı tanınmayanların, toplantıya kabul edilmemeleri nedeniyle toplantı yeter sayısı oluşmuyor ise bu durumda toplantıya devam edilemez ve İİK m. 222 gereğince masanın idaresi ikinci alacaklılar toplantısına kadar iflas müdürlüğü tarafından yürütülür. İflas bürosunun, kanuna veya olaya aykırı kararının karar yeter sayısını etkilemesi alacaklılar toplanmasının aldığı tüm kararların iptali sonucunu doğurabilir¹⁰⁰.

İİK m. 221/4 c.1 hükmüne göre iflas bürosu; “*Reylerin muteber olup olmayacağı hakkındaki ihtilafi halleder.*”. Oysa yukarıda da belirttiğimiz gibi iflas bürosu toplantı nisabının oluştuğunun tespitinden sonra seçilmekte ve herhangi bir konuda alacaklılar tarafından karar verilmeden, alacaklılar hakkında iflas bürosu tarafından inceleme yapılmaktadır. Bu inceleme, toplantıya katılanların oy hakkına sahip olup olmadıklarına, oy hakkına sahip ise ne miktar alacakları açısından oy hakkına sahip olmadıklarına ilişkindir. İflas bürosunun görevi, birinci alacaklılar toplantısına alacaklı olarak katılmak isteyen ve başvuru yapan kişilerin gerçekten alacaklı olup olmadıklarını ve ne miktar alacaklı olduklarını yüzeysel bir şekilde inceleyerek

¹⁰⁰ Deliduman, s. 127.

bunların toplantıya kabulleri konusunda bir karar vermektir¹⁰¹. Büro, toplantıya katılanların hem gerçekten alacaklı olduklarını hem de alacaklı iseler miktarını araştırmalıdır. Çünkü birinci alacaklılar toplantısında iflas idaresine gösterilecek adaylar belirlenirken, karar yetersayısında hem alacaklı sayısı hem de alacak miktarı itibariyle ekseriyeti teşkil eden alacaklılar dikkate alınmaktadır¹⁰². İflas bürosu üyeleri, birinci alacaklılar toplantısına kadar masaya kayıt yaptıranların, iflasın açıldığı tarih itibariyle müflisten alacaklı olup olmadıkları eğer alacaklı iseler, alacaklarının miktarını da tespit edecektir. Alacaklı oldukları belirlenenler de, büronun kabul ettiği alacak miktarı üzerinden müzakereye ve oylamaya katılacaklardır¹⁰³. Alacaklı sıfatının tahkiki bakımından büronun göstereceği faaliyet geçici karakterdedir. Alacakların gerçek anlamda tahkiki görevi ise esas itibariyle iflas idaresine aittir¹⁰⁴. İflas bürosunun bu kararı, sadece birinci alacaklılar toplantısına katılma yetkisi ve oy kullanma ile ilgili olup, iflas idaresinin ilerdeki alacakları inceleme yetkisini (İİK m. 230) etkilemez¹⁰⁵. İflas bürosu üyelerinin toplantıya katılma ve oy kullanma olanağı verdiği alacaklıların muhtemel alacaklı konumunda olmaları nedeniyle, birinci alacaklılar toplantısında, yalnızca iflas idaresi seçimi için aday belirleme ve İİK m. 224' de öngörülen acil ihtiyaçlara ilişkin kararların alınması söz konusu olacaktır. Buna karşılık tasfiyeye esas teşkil eden önemli kararlar; özellikle acele satışlar dışındaki satış kararları, davaların takibine ve dava hakkının temlikine, kabul, sulh ve feragate ilişkin kararlar ancak ikinci alacaklılar toplantısında alınacaktır. Çünkü ikinci alacaklılar toplantısına, iflas idaresinin alacak incelemesi sonucunda alacakları sıra cetvelinde kabul edilmiş alacaklar ile alacakları redde-

¹⁰¹ **Kuru**, El Kitabı, s. 1299; **Deliduman**, s. 126; **Erdönmez**, s. 137; **Gürdoğan**, s. 126; **Üstündağ**, s. 141; **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, s. 748; **Postacioğlu**, s. 53; **Ansay**, s. 274; Mustafa Reşit **Belgesay**, İcra ve İflas Hukuku, İkinci Cilt İflas, İstanbul 1946, s. 67; **Kuru**, İflas, s. 273; **Pekcanitez**, s. 52; **Uyar**, s. 16238. Büronun bundan başka bir yetkisi de mevcut değildir (**Üstündağ**, s. 141).

¹⁰² **Erdönmez**, s. 137; **Altay**, s. 1287.

¹⁰³ **Altay**, s. 1287-1288.

¹⁰⁴ **Üstündağ**, s. 141; **Uyar**, s. 16238. Sırf birinci alacaklılar toplantısına iştirak edecekleri tespiti matuf olan büronun tahkik salahiyeti, masadan hak alacak alacaklıların tahkiki salahiyeti ile asla karıştırılmamalıdır (**Postacioğlu**, s. 53).

¹⁰⁵ **Kuru**, El Kitabı, s. 1299.

dilmekle birlikte, süresinde sıra cetveline itiraz davası açarak, mahkemeden toplantıya katılma yönünde karar getirenler katılacaktır. Böylece ikinci alacaklılar toplantısında alacaklıların müşterek iradeleri birinci alacaklılar toplantısında beliren iradeye nispetle daha sağlıklı bir şekilde ortaya çıkacaktır¹⁰⁶.

İflas dairesi, alacaklılar tarafından kaydedilen alacakları tespit ettiği için, bu alacaklıların alacaklı olup olmadığını incelemek işi, iflas bürosunun görev ve yetkisine girer¹⁰⁷. İflas bürosunun bu inceleme sonucu vereceği kararlar, hangi alacaklıların toplantıda oy verme hakkına sahip olduklarını tespit edecek ve böylece oylamaya sadece, mümkün olduğu ölçüde gerçek alacaklıların katılmalarını sağlamış olacaktır¹⁰⁸. Masaya kayıt yaptıran her alacaklı yazdırdığı alacak tutarı oranında hiçbir koşula bağlı olmaksızın oy kullanacak olursa, birinci alacaklılar toplantısında verilen kararların, alacaklıların ortak iradesini yansıttığını kabule imkân yoktur. Bundan dolayı, iflas bürosunun, kaydedilen alacakları hukuki bir süzgeçten geçirerek, toplantıya, olanak ölçüsünde, gerçek alacaklı olanların sahip oldukları gerçek alacak miktarları üzerinden katılmalarını sağlaması gerekir. Ancak bu durumda, birinci alacaklılar toplantısında alınan kararların alacaklıların ortak iradesini temsil ettiği kabul edilebilir¹⁰⁹.

Birinci alacaklılar toplantısının geçici karakteri sebebiyle, iflas bürosunun alacağın varlığı konusunda tam bir ispat aramaması, inandırıcı bir şekilde alacaklı olduğunu ispat edenleri alacaklı olarak kabul etmesi gerekir. Bu da, daha çok alacaklıların ibraz ettikleri belgelere göre belirlenir¹¹⁰. Örneğin, pulsuz ve protestosuz kambiyo senetlerine dayananların veya düzenli ciro zincirine dayanmayan bir kambiyo senedini elinde bulunduranların toplantıya alınmaması gerekir¹¹¹. İflas bürosu ayrıntılı bir inceleme yapmaz.

¹⁰⁶ Altay, s. 1288-1289.

¹⁰⁷ Deliduman, s. 126. İlk alacaklılar toplantısına alacaklı olduğunu iddia eden herkes alınmakta ise de, oy vermek hakkı esas itibarıyla münhasıran gerçek alacaklılara aittir. İşte büronun vazifesi bu esasa riayeti temin etmektir (Berkin, s. 314).

¹⁰⁸ Erdönmez, s. 137; Berkin, s. 314; Altay, s. 1287.

¹⁰⁹ Altay, s. 1287.

¹¹⁰ Kuru, El Kitabı, s. 1299; Deliduman, s. 126; Üstündağ, s. 141; Berkin, s. 314; Erdönmez, s. 137.

¹¹¹ Erdönmez, s. 137; Altay, s. 1289.

Çünkü birinci alacaklılar toplantısına katılan alacaklıların alacakları ile ilgili bilgi ve belgeleri bu zaman zarfında tedarik etmeleri çoğunlukla mümkün olmaz. İnceleme birinci alacaklılar toplantısının geçici karakterinden dolayı basit şekilde yapılır ve kesin bir ispat aranmaz¹¹². İflas bürosu, alacaklıların incelemesini yaparken gerek görürse müflisin beyanına ve defterlerine müracaat edebilir. Bu sebeple müflisin toplantıda bulunması gereklidir¹¹³. İncelenen defterlerden, ileri sürülen alacağın asılsız olduğu anlaşılıyorsa, müflis bu alacağı kabul etse bile, o alacaklının toplantıya katılmasına izin verilmemelidir¹¹⁴.

İflas bürosunun, alacağını kaydettirmek isteyen kişilerin bu taleplerinin kabul edilip edilmeyeceğine karar vermekten başka, toplantıya katılmak isteyenler fiil ehliyetine sahip olması gerektiği için toplantıya katılacak olanların ehliyetini¹¹⁵ ve eğer alacaklılar toplantıda kendilerini bir temsilci vasıtasıyla temsil ettirmek isterlerse, bu alacaklı temsilcilerinin vekâletlerini¹¹⁶ yani temsil yetkisine haiz olup olmadığını, incelemek ve inceleme

¹¹² **Erdönmez**, s. 137; **Altay**, s. 1288. Toplantıda müzakerelere geçilmeden önce, iflas dairesi müdürü tarafından atanır atanmaz iflas müdürüyle birlikte, alacak kayıtlarına ve bunların dayanaklarını incelemeye başlayan büro üyelerinin, en fazla 1-2 saat içinde masaya kaydedilen tüm alacakların varlığını ve miktarını sağlıklı bir biçimde saptamalarına olanak bulunmadığı açıktır (**Altay**, s. 1288).

¹¹³ **Berkin**, s. 314; **Ansay**, s. 274; **Belgesay**, s. 67; **Erdönmez**, s. 137-138; **Altay**, s. 1288.

¹¹⁴ **Erdönmez**, s. 137.

¹¹⁵ **Erdönmez**, s. 138.

¹¹⁶ Her alacaklının oyunu kendi düşüncesine göre serbest bir şekilde kullanması gereği, alacaklılar toplantıları için de geçerlidir. Bu sebeple, oy satın almaya yönelik sözleşmelerin de hukuka ve ahlaka aykırı olması gerekir. Nitekim herhangi bir alacaklı kendisine sağlanan özel bir menfaat karşılığı sahip olduğu oy hakkını kendisine menfaat temin eden şansın göstereceği şu veya bu yönde kullanırsa, bu durum kabul edilemez (İİK m. 333). İşte bu yüzden, böyle bir manevra sonucu ortaya çıkan toplantı kararlarının da şikâyet yolunda iptaline imkân tanınmaktadır. Oy satın alma bilhassa, diğer alacaklılardan vekâlet almak sureti ile gerçekleştirilmektedir. Bu vekâleti temin, özel bir menfaat karşılığı olmaktadır. Bu şekilde bir vekâleti büro dahi kabul etmeyerek, vekâlet alan alacaklıya vekâlet almış olduğu alacak miktarınca (tutarınca) oy hakkından mahrum edebilir (**Üstündağ**, s. 144). Her kim iflas bürosu veya idaresinin yahut bir alacaklının veya alacaklılar toplanmasındaki mümessilinin reyini yahut konkordatoya muvafakatini kazanmak için ona hususi bir menfaat temin veya vaat ederse altı aydan iki seneye kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Menfaat temin eden alacaklı yahut mümessili de aynı ceza

sonunda kabul edip etmemek konusunda da görev ve yetkili olduğu belirtilmektedir¹¹⁷. Toplantı aleni ise kimlerin toplantıya katılıp katılmayacağını tespitini önemli olmayacağını, ancak, toplantıya katılanların söz hakkı ve oy hakkını tespit ile tutanağın altının imzalanması açısından bu tespitini önemli olduğu açıktır.

Yukarda belirttiğimiz üzere İsviçre hukukunda iflas bürosunun görevinin davet edilmedikleri halde alacaklılar toplantısına iştirak etmek isteyen kimselere müsaade edilip edilmeyeceğine karar verilmesi olarak açıkça belirtilmiştir. Bu günkü düzenlememizde İcra ve İflas Kanununda iflas bürosunun böyle bir görevinin olduğu açıkça düzenlenmediği gibi herhangi bir maddeden hareketle de bu sonuca ulaşmamız mümkün değildir. Her şeyden öte toplantının başlangıcında mevcut olan toplantı yetersayısı sonradan da ortadan kalkabilir. Nitekim bazı alacaklılar toplantı başladıktan sonra toplantıyı terk ederlerse, böyle bir durum söz konusu olabilir¹¹⁸. Birinci alacaklılar toplantısında toplantı yetersayısı sağlanamıyorsa, bu durum iflas dairesi tarafından tutanakla tespit edilmeli ve kimlerin toplantıya katıldığı tutanağa geçirilmelidir (İİK Niz. m. 48)¹¹⁹. Uygulamada iflas bürosunun toplantı yeter sayısı ile ilgili bir belirleme yaptığına dair tutanaklarda bir ifadeye tesadüf edilememiştir.

C. Kullanılan Oyların Geçerli Olup Olmadığına Karar Vermek

Belirtmek gerekir ki; bu başlık iki ihtimali içermektedir. Birincisi oyların sayımı yapılırken oyların geçerli olup olmadığına karar vermek ile oyların kullanıp sayımından sonra belirlenen sonuç açısından bazı oyların geçersiz olmasına rağmen dikkate alınması veya bazı oyların geçerli olmasına rağmen dikkate alınmamasına dair ihtilaf çıkması halinde karar vermektir.

ile cezalandırılır. Suçun iflas bürosu veya idaresi üyesi tarafından işlenmesi halinde, ceza yarı oranında artırılır (İİK m. 333).

¹¹⁷ **Kuru**, El Kitabı, s. 1299; **Deliduman**, s. 128; **Üstündağ**, s. 142; **Kuru**, İflas, s. 274; **Erdönmez**, s. 139; **Altay**, s. 1289.

¹¹⁸ **Erdönmez**, s. 193.

¹¹⁹ **Erdönmez**, s. 194.

İİK m. 221/4 c. 1' de, birinci alacaklılar toplantısında kullanılan oyların geçerliliği konusunda ihtilaf çıkması halinde bu ihtilafı büronun halledeceği düzenlenerek, sanki iflas bürosu, ilk alacaklılar toplantısındaki reyler hakkındaki ihtilafı çözücü bir merci imiş gibi gösterilmiş ise de bu durum yargılama yetkisinin kullanılması açısından anayasal ilkelerle çelişir niteliktedir. İflas dairesi müdürünün kendisine verilmiş olan yetki ile ilgili bir konunun hallinde kanuna dayanarak, yardım alması ile iflas dairesi müdürünün ihtilafı halledecek bir mercii oluşturması çok farklı bir durumdur. İflas dairesi müdürünün kendisinin de dâhil olduğu ve son söz hakkının kendisinde olduğu¹²⁰ bir kurul oluşturup bazı konularda bu kuruldan yardım alması, yasal düzenlemeler açısından bilirkişilik müessesesi de örnek alındığında normaldir ve mevcut yasalar ve kamu düzeni ile çelişmez. Kanunun mevcut ifadesine rağmen iflas bürosu ihtilaf halledici bir mercii olarak değil, iflas dairesi müdürüne yardımcı olan ihtilaf olmadan önce alacaklılarla ve alacakları ile ilgili tespitlerde bulunan bir kuruldur. İflas bürosuna seçilecek kişilerle ilgili olarak daha önce de belirttiğimiz gibi bu konuda yeterli bilgi ve tecrübeye sahip olma niteliğinin aranması halinde bu durum daha da yerinde olacaktır. Kanundaki ifade uygulama doğrultusunda "*iflas bürosu; alacak kaydı yaptıran alacaklıların oy haklarının mevcudiyeti ve oy haklarının tekabül ettiği alacak miktarının belirlenmesi konusunda iflas dairesi müdürüne yardımcı olur*" şeklinde olmasının yerinde olacağını düşünmekteyiz. Doktrinde kullanılan oyların geçerli olup olmadığına iflas bürosunun karar vereceği yasal düzenleme doğrultusunda belirtilmiş ise de¹²¹ bu ifade ihtilafı neticelendirme yetkisi ve uygulama açısından uygun değildir¹²².

D. Tutanak Düzenlenmesini Denetlemek

Birinci alacaklılar toplantısında yapılan işler ve alınan kararlar hakkında bir tutanak düzenlenmesi gerekir (İİK Niz m. 48). Bu tutanak, toplantıya başkanlık eden iflas müdürü veya yardımcısı tarafından tutulur. Tutanağın, bizzat iflas dairesi müdürü veya yardımcısı tarafından tutulması

¹²⁰ İflas bürosunun kararlarına karşı toplantı sırasında iflas müdürüne veya müdür yardımcısına itiraz edilmesi mümkündür.

¹²¹ **Deliduman**, s. 128; **Kuru**, İflas, s. 274.

¹²² Anayasa md, 142, 37.

gerekir. Ancak, iflas dairesi müdürü veya yardımcısı bu görevi bir iflas dairesi memuruna havale edebilir. Fakat böyle bir durumda da sorumluluk iflas dairesi müdürü veya yardımcısında kalmakta devam eder¹²³.

İflas bürosunun üyeleri, tutanağı imzalamak zorundadırlar¹²⁴.

İflas bürosu üyelerinin, tutanak tutmak üzere görevlendirilmesi mümkün değildir. İflas bürosu üyelerinin tutanağı imzalamaları, bu organa adeta toplantının seyri bakımından bir kontrol mercii işlevi verdiği için de, iflas bürosu üyelerinin tutanak tutmakla görevlendirilmemesi gerekir¹²⁵. Netice itibari ile ne yasal düzenleme açısından ne de uygulama açısından iflas bürosunun birinci alacaklılar toplantısı ile ilgili tutanak tutmak veya bunları denetlemek görevi yoktur. Yalnız yaptıkları inceleme ve vardıkları sonuç ile ilgili tutanak düzenlemeleri ve tutanakta belirttikleri kararların gerekçeli olması yerinde olur. Bunun uygulamada ayrı bir tutanak düzenlemek şeklinde değil de tutulan birinci alacaklılar toplantısı tutanağına ifadelerinin geçirilmesi şeklinde olduğu görülmüştür.

E. Oyların Sayımını Yapmak

İlk alacaklılar toplantısında verilecek kararlarla ilgili olarak oyların kullanım şekli ile ilgili bir açıklama yapılmamıştır. İflas dairesi müdürlerince bu konuda özellikle toplantıya katılan alacaklıların sayısının alınarak değişik yöntemlerin izlendiği görülmektedir.

Alacaklıların sayısının ve/veya alınacak karara muhalefet edenlerin azlığı halinde bunlar belirtilerek tutanağı bunların imzasının alındığı, toplantıya katılanların ve kabul veya itiraz oyu kullananların sayısının tutanakta belirtilmesinin zor olması halinde bu kararlara yönelik olarak oy listelerinin oluşturulduğu görülmüştür. Oyların aleni olarak kullanıldığı ve oy pusulası kullanılmadan el kaldırmak suretiyle kullanıldığı görülmüş ve tutanaklardan tespit edilmiştir. Oyların sayımı görevinin iflas bürosunda olduğuna dair yasal bir düzenleme mevcut değildir. Toplantıyı idare etme görevi iflas dairesi müdürüne/müdür yardımcısına ait olduğu için bu görevde iflas dairesi

¹²³ **Deliduman**, s. 129.

¹²⁴ **Deliduman**, s. 128.

¹²⁵ **Deliduman**, s. 129.

müdürü/müdür yardımcısına aittir. Ancak uygulamada toplantıya katılan alacaklıların çok olması halinde bazen iflas dairesi müdürünün iflas bürosu üyelerinden yardım aldığı ancak bunun tutanağa, işlemin iflas dairesi müdürü tarafından yapıldığı şeklinde geçirildiği gözlenmiştir. Oyların sayımı toplantıya katılanların çokluğu halinde zor bir görev olduğundan oluşturulan iflas bürosunun, iflas dairesi müdürünün/müdür yardımcısının gerek görmesi halinde bu konuda yardımcı olabileceği belirtilebilir. İflas dairesine aday gösterilmesi açısından iflas dairesi müdürünün kimlerin nasıl oy kullandıkları konusunda yeterli açıklama yapmadan kimlerin alacaklı çoğunluğu kimlerin alacak çoğunluğunu tarafından aday gösterildiğini genel ifadelerle yazdıkları görülmüştür. Önemi nedeniyle ilk alacaklılar toplantısında bu hususun yapılan işlemlerle ilgili tutanağa ek olarak oylama tutanağı ile tespit edilmesinin daha yerinde olacağı kanısındayız. Yasal dayanağı olmamakla birlikte oylamada kullanılan oyların sayımının iflas bürosunun görevi olarak ifade edildiğini ve uygulandığını görmekteyiz¹²⁶.

IV. İFLAS BÜROSUNUN İŞLEMLERİNE KARŞI BAŞVURU YOLU

2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 1932 tarihinde yürürlüğe giren ilk halinde iflas bürosunun işlemlerine karşı şikâyet yoluna başvurulabileceğine dair herhangi bir hüküm yoktu. Bu yüzden, iflas bürosunun verdiği kararların kesin olduğu ve bunlar hakkında tek başına şikâyet yoluna başvurulamayacağı kabul ediliyordu¹²⁷. Ancak büronun kararlarına karşı, doğrudan doğruya şikâyet yolu düzenlenmediği dönemde dolaylı olarak, büro kararları

¹²⁶ **Deliduman**, s. 129; **Erdönmez**, s. 161, 171. İkinci alacaklılar toplantısında ise iflas bürosunun yaptığı bu işlemler, toplantıya başkanlık eder iflas müdürü tarafından yerine getirilir (**Erdönmez**, s. 171).

¹²⁷ **Üstündağ**, s. 142; **Berkin**, s. 314; **Postacıoğlu**, s. 54; **Ansay**, s. 274, dipnot 366. Aksi yönde **Belgesay**, s. 67. İflas bürosu kararı ile toplantıya alınmayanların iflas müdürü veya müdür yardımcısına başvurarak toplantıya katılmalarının sağlanabileceği yönünde, **Kuru**, İflas, s. 273-274; **Gürdoğan**, s. 126. Toplantıya katılmaya ve oy hakkına sahip olmayan alacaklıların toplantıya katılması durumunda büronun bu karara karşı şikâyet yoluna başvurulabileceği yönünde, **Berkin**, s. 314. Bu durumda dahi şikâyet yoluna gidilemeyeceği ve ancak birinci alacaklılar toplantısı kararına karşı şikâyet yoluna gidilebileceği yönünde, **Üstündağ**, s. 142; **Postacıoğlu**, s. 54.

ile ilgili şikâyet yoluna müracaat edilebiliyordu. Şikâyet yoluna müracaatta, iflas bürosunun kararına karşı iflas dairesi müdürüne müracaat ediliyor ve iflas dairesi müdürünün büronun kararını ile ilgili kararı aleyhine şikâyet yoluna gidilebildiği gibi, iflas bürosunun kararı da ilk alacaklılar toplantısında verilen kararlardan olduğundan hareketle, ilk alacaklılar toplantısında verilen kararlar aleyhine müracaat yolu açık olduğundan, bu ilkeye dayanılarak, büro kararları aleyhine birinci alacaklılar toplantısında alınan karar niteliğine dayanılarak da şikâyet yoluna başvuruluyordu.

3222 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine Dair Kanun' un 25. maddesi ile İİK' nın 221 inci maddesinde yapılan değişiklik ile iflas bürosunun kararlarına karşı şikâyet yoluna gidilebileceği hükme bağlanmıştır¹²⁸. İİK m. 221/4 c. 2 hükmüne göre; iflas bürosunun işlemlerine karşı ilgililer toplantı tarihinden itibaren yedi gün içinde icra mahkemesine şikâyetle bulunabilirler.

İflas bürosu işlemlerine karşı yapılan şikâyetle karşı taraf kim olacaktır. Bu konuda doktrinde çeşitli görüşler ileri sürülmüştür¹²⁹. Şikâyet yolu ile ilgili olarak ifade edilen genel görüşlerden birine göre; şikâyetin karşı tarafını, işlemle ilgili bulunan kişiler oluşturur. Diğer bir görüşe göre; şikâyetle işlemin kanuna aykırılığı ileri sürüldüğüne göre, karşı tarafın bu işlemi yapan organ olması gerekir. Üçüncü olarak ileri sürülen görüşe göre ise; şikâyetin karşı tarafı olarak, işlemi yapan icra organının gösterilmesi gerekli olmadığı gibi, işlemde yararı bulunan kişilerin gösterilmesi de zorunlu değildir. Çünkü şikâyet edilen, kanunda işlemlerine karşı şikâyet yoluna gidileceği belirtilmiş olan organın bir işlemidir ve şikâyet eden, bir başkası ile uyuşmazlık içinde değildir. Şikâyeti inceleyen icra mahkemesi, işlemi yapan organı ve işlemde yararı bulunan kişileri dinleyebilir¹³⁰. Kanaatimizce üçüncü görüş daha isabetlidir. Bu nedenle iflas bürosu işlemlerine karşı yapılan şikâyetle karşı taraf olarak; işlemi yapan iflas bürosunun veya işlemle ilgili bulunan diğer alacaklıların gösterilmesi gerekmediği gibi, gösterilmesi de şikâyet dilekçesinin reddini gerektirmemelidir. İcra mahkemesi, iflas bürosu işlemine karşı

¹²⁸ Ayrıca büronun kararlarına karşı şikâyet yolu açılmakta ve maksada uygun hükümlere bağlanmaktadır (3222 sayılı kanuna ait Hükümet Gerekçesi, **Uyar**, s. 16236).

¹²⁹ Görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız **Pekcanitez**, s. 108-111.

¹³⁰ **Pekcanitez**, s. 108-110.

yapılan şikâyeti incelerken, iflas bürosundan açıklama isteyebilmelidir (İİK m. 18/3 kıyasen).

İflas bürosunun kararı sonucu oy hakkına sahip olmasına rağmen oy hakkına sahip olmadığı gerekçesi ile oylamada dikkate alınmayan veya oy hakkı olmamasına rağmen iflas bürosunun kararı nedeniyle oylamaya katılan kişilerle ilgili olarak büronun kararına karşı şikâyet yoluna gidilebilir. Ancak iflas bürosunun kararına karşı şikâyetin kabul edilebilmesi için oy hakkının verildiği veya vermediği kişinin oylamaya katılması halinde alınacak kararların değişmesi yani karar ekseriyetini etkileyecek nitelikte olması gerekir (İİK m. 221/4 c.3). Diğer bir ifadeyle, iflas bürosunun kararı nedeniyle oylamaya katılmamış olan kişinin katılması ve katılmamış olan kişinin katılması halinde alınan kararın değişiyor olması gerekir (İİK m. 221/4 c. 2). Bu kişi toplantıya katılmasaydı dahi, aynı yönde karar verilecek ise, bu durumda iflas bürosunun kararı aleyhine yapılan şikâyetinde şikâyet sebebinin yerinde olmadığına karar verilmesi gerekmektedir. Aynı şekilde iflas bürosunun kararı sonucu toplantıya katılmayan kişiler kendilerinin oya katılmış olmaları halinde karar ekseriyeti bozulmayacak ise iflas bürosunun kararına karşı şikâyet yoluna gidilmemesi, gidilmiş ise ret kararında, şikâyetinde bulunanın oyunun, nisabını etkilemediği için talebinin reddedildiğinin açıklanması gerekmektedir. Şikâyetinde bulunan kişilerin alacaklılar toplantısına katılmaması veya katılması, karar ekseriyetini etkileyecek ise, iflas bürosunun kararı iptal edilebilir¹³¹. O halde iflas bürosu kararı aleyhine şikâyet yoluna gidildiğinde, şikâyetin dinlenilebilmesi için karar ekseriyetini bozma koşulunun sağlanıp sağlanmadığının tespiti, alınan kararların konusuna göre, alacak ve/veya alacaklı ekseriyeti bakımından incelenmelidir. Çünkü birinci alacaklılar toplantısında kararlar ilke olarak alacak ekseriyeti ile alınır (İİK m. 221/3), ancak, iflas idaresine seçilecek adayların belirlenmesinde, bir kısım adayların seçimi için alacak, bir kısım adayların seçimi için ise alacaklı ekseriyeti aranmaktadır (İİK m. 223/1).

İnceleme sonucu, iflas bürosunun, bir alacaklının toplantıya alınmaması kararı veya alacaklı olmadığı halde toplantıya alınan kimsenin toplantıya alınma kararı, karar ekseriyeti bakımından her iki ekseriyeti yani hem alacak hem de alacaklı ekseriyetini bozabileceği gibi sadece birisini de bozabilir.

¹³¹ Pekcantez, s. 52-53.

Bu durumda iptali istenen kararlar birden fazla olduğunda bir kararın iptal edilmesine rağmen diğer karar iptal edilmeyebilir. Burada şikâyetle bulunanın alacak miktarı kadar kararların verilmesindeki kabul ve ret oylarının ekseriyeti de önemli olmaktadır. Örneğin iflas idaresi üç kişiden oluşur ve toplanan alacaklıların yapacağı seçimde, bu sayının iki katı yani altı kişi aday gösterilir. Bu adaylardan dört adedi alacak tutarına göre ekseriyeti teşkil edenlerce, iki adedi ise alacaklılar sayısı itibarıyla ekseriyeti teşkil edenlerce belirlenir (İİK m. 223/1). Toplantıya katılmaması gereken alacaklı olmayan bir kişi toplantıya iflas bürosu kararı ile alınmış, sonrasında iflas idaresine aday gösterilmesinde oy kullanmış ve iflas bürosunun bu kararı şikâyete konu olmuş ise icra mahkemesi incelemesinde karar ekseriyeti bakımından iki ekseriyeti yani hem alacak hem de alacaklı ekseriyetini de incelemelidir. İnceleme sonucu bu gerçek alacaklı olmayan kişinin katılımı alacaklı sayısı bakımından karar ekseriyetini etkilemişse iflas bürosunun bu kararı iptal edilecek ve birinci alacaklılar toplantısı sadece alacaklı ekseriyeti ile belirlenen iflas idaresine üye seçimi için tekrar yapılacaktır. Gerçek alacaklı olmayan kişinin katılımı alacak tutarı bakımından karar ekseriyetini etkilememişse iflas bürosunun bu kararı iptal edilemeyecektir.

İİK m. 221/4 c. 2 sadece “*karar ekseriyetinin*” bozulması halinde şikâyet sebebinin yerinde görüleceğini belirtmiştir. Acaba iflas bürosunun kararı iflas dairesi müdürünün başlangıçta verdiği toplantı ekseriyetinin oluştuğuna dair kararı etkilemekte ve bu durumda toplantı ekseriyeti oluşmuyor ise durum ne olacaktır? Karar ekseriyeti dışında, toplantı ekseriyetinin bozulabilmesi ihtimali şikâyet sebebi bakımından yerinde görülecek midir? Hükümde bu konuda bir açıklık yoktur. Birinci alacaklılar toplantısında toplantı nisabı İİK m. 221/2 de düzenlenmiştir. Buna göre; “*Kendileri veya mümessilleri bulunan alacaklılar, malum alacaklar tutarının en az dörtte birini temsil etmesi halinde toplantı nisabı hâsıl olur. Toplantıda bulunanlar beş kişiden az ise bunların, alacak tutarının yarısına sahip olması şarttır.*”. Bir kişinin alacaklı olmadığı halde toplantıya alınması veya alacaklı olduğu halde toplantıya alınmaması toplantı ekseriyetini etkileyebilir. Örneğin, alacaklı olmadığı halde iflas bürosu tarafından toplantıya katılmasına karar verilmiş kişi ile toplantı ekseriyeti sağlanmış olabilir. Toplantıya katılan kişinin sayısına göre bir kişi ile toplantı için aranacak alacak ekseriyeti bilinen alacakların dörtte birinden yarısına çıkmaktadır. Aynı şekilde iflas

bürosu kararı ile toplantıya alınmamış olan gerçek alacaklının katılımı ile gerçekleşmemiş olan alacaklılar toplantısı, toplantı nisabı oluşarak toplanabilir. Bu ihtimaller karşısında kanunda açıkça belirtilmemiş olmasına rağmen toplantı ekseriyetini etkileme ihtimali olan iflas bürosu kararlarından dolayı iflas müdürünün toplantı nisabı ile ilgili kararları da irdelenmelidir. Zaten mevcut düzenlemede bunun aksine dair bir hüküm de bulunmamaktadır.

İİK m. 222 “Alacaklılar toplanması mümkün olmazsa (m.221,II) veya karar nisabı oluşmazsa durum tespit olunur. Bu halde daire, ikinci alacaklılar toplanmasına (m.237 vd.) kadar masayı idare eder ve tasfiyeye başlar” hükmünün geniş yorumlanarak birinci alacaklılar toplantısının iptali veya birinci alacaklılar toplantısında alınan kararın iptali halini de kapsayacak şekilde kabul edilmesi sonucu çıkarılmamalıdır. Aksi takdirde genellikle birinci alacaklılar toplantısında alınan kararlara etkili olmak amacıyla yapılan şikâyet başvurusu sonucunda toplantının veya alınan kararın iptali ile tasfiyeye iflas dairesince müracaat edilmesi şikâyette bulunan kişinin amacına hizmet etmeyeceği için yasal müracaat hakkının kullanılmasına engel olacaktır. Ayrıca toplantının iptal edilmesi halinde bu yorum mümkün olmakla birlikte sadece toplantıda alınan bir kararın iptali halinde bu sonucu kabul geçerli olan kararlarında geçersizliği sonucuna götüreceği için yerinde olmayacaktır. Birinci alacaklılar toplantısında alınan bir kararın iptali halinde icra mahkemesinin vereceği kararın içeriği önemli olacaktır. İcra mahkemesinin geçersiz olan bir oyun iptali halinde o oy kullanılmamış gibi sonucu belirlenmesi mümkün olduğu halde oy hakkı verilmeyen ancak karar nisabını etkileyen bir kişinin müracaatı halinde nasıl bir karar verecektir. Bu kişinin dilekçesinde oy hakkı ile ilgili iddiası ile birlikte oy hakkı verilse idi kullanacağı oyun niteliğini de belirtmesi gerekecek midir? Mevcut duruma itiraz ettiğine göre genellikle mevcut durumun aksine oy kullanacağını kabul edilse de bazı durumlarda bunu açıkça belirtmesi gerekebilir¹³². Aslında birinci alacaklılar toplantısında toplantı ve karar nisabının oluşmaması halinde ikinci alacaklılar toplanmasına kadar tasfiyenin iflas dairesi müdürü tarafından yürütülmesi kuralı, gerçek olmayan alacaklının katılımı ile birinci alacaklılar toplantısının yapılmış olması halinde toplantının iptali halinde de

¹³² Örneğin hangi aday lehine oy vereceğini açıklaması gibi, ikili değil de ikiden fazla seçeneğin olduğu hallerde buna ihtiyaç duyulur.

uygulanabilir olmakla birlikte, toplantıya katılması gereken bir alacaklının toplantıya kabul edilmemesi veya toplantının tamamen iptal edilmeyerek toplantıda alınan bir kararın iptali halinde ilk alacaklılar toplantısının bu kapsamda yeniden yapılması ve iflas bürosunun mahkeme kararı ile bağlı olduğunun kabulü doğrultusunda bir düzenlemenin kanuna ilavesinin yerinde olacağı kanaatindeyiz.

İflas bürosunun kararına karşı şikâyet yolu açılmış ise de, iflas bürosunun kararının iptal edilebilmesi koşula bağlanmıştır. Bu da iflas bürosunun kararı sonucu alacaklılar toplantısına katılan kişinin, kararı ekseriyetini etkilemiş olmasıdır¹³³. Doktrinde *Pekcanitez* bu düzenlemeyi eleştirmiştir. Yazara göre; bu azınlığı ezen bir hükümdür. Çünkü büronun kararı kanuna aykırı olsa da, kararın iptali, alınan karara etkili olması koşuluna bağlanmıştır. Bu ise, azınlıkta kalan alacaklıların, büronun kanuna aykırı kararlarını iptal ettiremeyeceği sonucunu doğurur. Yapılacak kanun açısından, iflas bürosunun kanuna aykırı kararlarının alacaklılar toplantısı kararına etkili olup olmadığına bakılmaksızın iptal edilebilmesi mümkün kılınmalıdır. Özellikle alacaklı olduğu halde iflas bürosu tarafından alacaklı olarak kabul edilmeyenler, büronun kararına karşı şikâyet yoluna (karara etkili olması koşuluna bağlı olmadan) gidebilmelidirler¹³⁴.

Uygulamada iflas bürosunun kararlarına karşı, toplantı sırasında, toplantı başkanı olması nedeniyle iflas dairesi müdürüne itiraz edildiği, bu itirazdan sonuç elde edilmemesi halinde iflas bürosu kararına karşı değil de, iflas müdürünün kararına karşı şikâyet yoluna gidildiği tespit edilmiştir. Bunun iflas bürosu kararlarına karşı şikâyet hakkının bulunduğu dair kanuni düzenlemeden önceki alışkanlığın devam etmesi şeklinde açıklanabilir. İflas dairesi müdür/müdür yardımcısının kararına karşı yapılan şikâyette kanunun getirmiş olduğu “*şikâyet sebebinin yerinde görülmesi ancak karar ekseriyetinin bozulması halinde nazara alınır. Aksi takdirde şikâyet red olunur*” hükmünün dikkate alındığını görmekteyiz.

Kanaatimizce İİK m. 221/4 c. 3 hükmü yerindedir. Evvela bu düzenleme takip ekonomisine hizmet etmektedir. Zira karar ekseriyetini bozma-

¹³³ *Pekcanitez*, s. 53.

¹³⁴ *Pekcanitez*, s. 53.

yacak olan bir alacaklının alacaklılar toplanmasına alınması ve oy kullanması veya alınmaması ve oy kullanamaması durumunda, iflas bürosunun bu işlemi şikâyet sebebi olarak kabul edilmesi durumunda tekrar alacaklılar toplantısı yapılacak ve bu tekrar yapılan alacaklılar toplantısı tasfiyenin uzamasına ve fazladan masrafa neden olacaktır. Tekrar toplanan birinci alacaklılar toplantısı yine aynı çoğunlukla karar alacak ve değişen bir şey olmayacaktır. İflas tasfiyesinin daha hızlı ve daha az masrafla yapılması başta alacaklılar ve borçluların yararındır. Bu düzenleme iflas tasfiyesinin sürüncemede bırakılmasının önüne geçilmesi için önemli bir düzenlemedir.

İflas bürosunun kararı dolaylı olarak birinci alacaklılar toplantısına etki eder. Dolayısıyla iflas bürosunun kararına karşı şikâyeti dinlenmeyen alacaklının şikâyet hakkı tamamen elinden alınmamıştır. Zira alacaklı, alacaklılar toplantısı kararından dolayı yedi gün içinde şikâyet hakkına sahiptir. İcra mahkemesi iflas dairesinin görüşünü aldıktan sonra ve icabında şikâyet edeni ve dinlenmelerini isteyen alacaklıları da dinledikten sonra kısa bir zamanda kararını verir (İİK m. 225).

Birinci alacaklılar toplantısının en önemli yetkisi iflas idaresine adaylar seçmektir (İİK m. 223/1). İflas bürosunun kararıyla iflas idaresine aday göstermekte etki edemeyen ve iflas bürosunun bu kararına karşı da karar ekseriyetine etki etmeme nedeniyle dinlenmeyen alacaklı, iflas idaresinin işlemleri aleyhine şikâyet yoluna başvurabilir (İİK m. 227/1 atfı dolayısıyla İİK m. 16). Eğer iflas idaresi üyeleri kanuna aykırı işlemler yaparsa, onların işlemlerine karşı icra mahkemesine şikâyette bulunulabilir. Eğer iflas idaresinin işlemleri gerçekten kanuna ve olaya uygun değilse o işlem icra mahkemesince bozulur ya da düzeltilir. Ayrıca iflas idaresi üyeleri birinci alacaklılar toplantısında doğrudan seçilmemekte sadece aday gösterilmektedir. İflas idaresi üyeleri bu gösterilen adaylar arasından icra mahkemesince seçilmektedir (İİK m. 223/1). İcra mahkemesi, iflas idaresi üzerinde gözetim yetkisine sahip olup gerektiğinde iflas idaresini oluşturan üyelerin görevine son verebilir. İcra mahkemesi görevine son verdiği üyeler yerine, önceki adaylardan olacak şekilde ve alacak veya alacaklı ekseriyetinin esasına göre yenilerini seçer (İİK m. 227/2). Ayrıca iflas idaresi üyeleri kusurlarından dolayı ileri gelen zararlardan sorumludurlar (İİK m. 227/3).

Birinci alacaklılar toplantısının yetkileri, ikinci alacaklılar toplantısının yetkilerine göre daha dardır. Birinci alacaklılar toplantısı alacaklı olup olma-

dıkları henüz şüpheli olan alacaklılardan meydana geldiği için ikinci alacaklılar toplantısına göre çok daha sınırlı yetkiye sahiptir. İİK m. 219' da, alacaklılara alacakların bildirmeleri için bir ay süre verilirken birinci alacaklılar toplantısının ise adi tasfiyenin ilanından itibaren on gün içinde yapılması öngörülmüştür. Dolayısıyla birinci alacaklılar toplantısı, alacak kaydı için tanınan süre dolmadan yapıldığı için ve alacaklıların bir aylık süre bitiminden sonra da alacaklarını bildirmeleri mümkün olduğu için müflisin bütün alacaklıları henüz kesin olarak incelenmiş ve kesinleşmiş değildir. Bu nedenlerle kanun koyucu, birinci alacaklılar toplantısına kapsamlı yetkiler tanımamıştır. Birinci alacaklılar toplantısında esas itibariyle ertelemeye tahammülü olmayan konularda (acele işlerde) karar almaya yetkilidir (İİK m. 224). Bu yüzden birinci alacaklılar toplantısına etki edememiş olan alacaklı, daha önemli yetkilere sahip ikinci alacaklılar toplantısına etki edebilecektir.

Birinci alacaklılar toplantısının verdiği kararlar ikinci alacaklılar toplantısı tarafından değiştirilebilir veya kaldırılabilir. Diğer bir deyişle, birinci alacaklılar toplantısının vereceği kararlar ikinci alacaklılar toplantısına kadar geçerli olup, söz konusu kararların hüküm doğurmaya devam edip etmeyeceğine ikinci alacaklılar toplantısı karar verir. Birinci alacaklılar toplantısına, iflas bürosunun yüzeysel incelemesi nedeniyle katılmayan alacaklı, eğer gerçekten alacaklı ise ikinci alacaklılar toplantısına katılır ve karara etki eder. Dahası kararına etki edemediği birinci alacaklılar toplantısı kararlarının değiştirilmesine de etki edebilir. Birinci alacaklılar toplantısında gösterilen adaylardan icra mahkemesince seçilen iflas idaresinin görevine devam etmesine ikinci alacaklılar toplantısında karar verilir (İİK m. 238/2). Hatta ikinci alacaklılar toplantısı bu iflas idaresini görevden alabilir. Birinci alacaklılar toplantısının diğer önemli yetkisi müflisin konkordato teklif ederse tasfiyeyi tatil etmektir. Ancak bu konkordato teklifinin görüşülüp karara bağlanması birinci alacaklılar toplantısının yetkisinde değildir. Bu yetki, alacaklı oldukları kesin olarak belirlenmiş olan alacaklıların katılması ile teşkil eden ikinci alacaklılar toplantısıdır. Yani ikinci alacaklılar toplantısı müflisin konkordato teklifini görüşüp karara bağlamakla yetkilidir. Birinci alacaklılar toplantısı kararıyla durmuş olan tasfiye, ikinci alacaklılar toplantısı kararıyla konkordato reddedilerek devam ettirilebilir (İİK m. 237/2).

İflas bürosunun kararına karşı toplantının yapıldığı tarihten itibaren yedi gün içinde şikâyet yoluna gidilebilir (İİK m. 221/4). İflas bürosu, ala-

çaklıların birinci alacaklılar toplantısına katılıp katılmayacağını toplantının yapıldığı gün karar vereceğinden, şikâyet süresi o günü takip eden ertesi gün başlar (İİK m. 19/1). Toplantıya katılması büro tarafından kabul edilmeyen alacaklı, iflas bürosunun kararına karşı toplantı gününden itibaren yedi gün içinde şikâyet yoluna gidebilir¹³⁵.

İcra mahkemesinin, iflas bürosu kararına karşı yapılan şikâyetin kabulüne veya reddine ilişkin kararı kesindir, temyiz edilemez. Çünkü bu karar İİK m. 363' de sayılan icra mahkemesinin temyiz edilebilen kararlarından değildir¹³⁶. Birinci alacaklılar toplantısının kararlarına karşı şikâyet yolu açıktı ve o zaman şikâyete konu teşkil eden kararlar, alacaklı sıfatına sahip olmadığı halde büronun yanlış takdiri neticesinde alacaklı olarak kabul edilmiş kişinin oyunun dâhil olması nedeniyle şikâyet konusu karar alınmış bulunuyorsa, icra mahkemesi bu kişinin alacaklı olup olmadığını takdir edecek ve böylelikle, dolaylı bir şekilde büronun kararı, iptal etmiş olacaktır¹³⁷.

SONUÇ

İflas bürosu iflasın özel organlarından. Özel iflas organları iflasın adi tasfiyesinde söz konusu olduğundan dolayı iflas bürosu da iflasın adi şekilde tasfiye edilmesi durumunda oluşturulmaktadır. İflas bürosu birinci alacaklılar toplantısına başkanlık eden iflas müdürü veya yardımcısı tarafından doğrudan oluşturulacaktır. İflas müdürü veya yardımcısı iflas bürosu üyelerini, alacaklı oldukları tercihan ellerinde noter veya ipotek senedi gibi resmi senetle yahut 68/b ve 150/ı maddelerinde belirtilen belgelerle sabit olan kişilerden bir veya iki alacaklı veya temsilcisini seçecektir. İflas müdürü veya yardımcısı, iflas bürosunda görev yapacak kişileri, alacaklı olduğu yeterli derecede kanıtlanmış olanlar, yani alacaklı oldukları tercihan elle-

¹³⁵ Erdönmez, s. 138.

¹³⁶ Kuru, El Kitabı, s. 1299.

¹³⁷ Üstündağ, s. 142; Postacıoğlu, s. 54. Büronun toplantıya katılmasına müsaade etmediği kimseler, toplantı başkanı olan iflas müdürü veya yardımcısına başvurarak toplantıya katılmalarına müsaade edilmesini isteyebilirler. Talepleri bu memur tarafından da reddedilenler, İİK m. 225 gereğince icra mahkemesine şikâyette bulunabilirler (Kuru, İflas, s. 273-274).

rinde noter veya ipotek senedi gibi resmi senetle yahut 68/b ve 150/ı maddelerinde belirtilen belgelerle sabit olan kişiler, arasından serbestçe seçer. İflas bürosuna seçilme şartları taşıyan birden fazla alacaklı bulunması halinde, iflas müdürünün hangi alacaklı veya alacaklılarla iflas bürosunu oluşturacağı kanunda belirtilmemiştir. Uygulamada, iflas bürosuna seçilme şartlarını taşıyan birden fazla alacaklı olduğu takdirde ipotekli alacaklılar tercih edilmekte; birden fazla ipotekli alacaklı olduğu takdirde ise, alacağı en fazla olan ipotek alacaklısı iflas bürosuna seçilmektedir. İflas bürosunun oluşturulmasına ilişkin iflas müdür veya yardımcısının işleminin şikâyete konu olamayacağı yönünde görüşler olsa da biz bu şikâyeti yasaklayan bir hüküm olmaması dolayısıyla, iflas bürosunun teşekkülüne yönelik karar aleyhine şikâyet yoluna müracaat edilebileceği kanaatindeyiz. Kanunda açıkça yer almasa da iflas bürosuna iflas müdürü veya yardımcısı başkanlık edecektir. Kanun iflas bürosunun çift sayıyla oluşmasına izin vermektedir. Oyların eşit olması durumunda ne yönde karar verilmiş sayılacağı kanunda açıkça belirtilmediğinden iflas müdürü veya yardımcısının oyuna üstünlük tanınarak bu problem çözülebilirse de biz İİK m. 221/1 c. 2 hükmünün; “İlk alacaklılar toplantısında iflas müdürü veya yardımcılardan biri başkanlık eder. Müdür (veya müdür yardımcısı), ... iki alacaklı veya temsilcileri ve bulunamazsa bir alacaklı veya temsilcisi ile birlikte bir büro teşkil eder. Büro bir alacaklı veya temsilcisi ile oluşturduğunda oyların eşit olması durumunda, müdür veya yardımcısının oyu yönünde karar verilmiş sayılır” şeklinde ifade edilse daha isabetli olacağı kanaatindeyiz. Birinci alacaklılar toplantısında, toplantı nisabı sağlanması halinde iflas bürosunun oluşturularak, büroya seçilen kişilerin kim olduğunun ve neden bu kişilerin seçildiğinin gerekçelerinin (İİK m. 8/2) tutanakta belirtilmesi gerekir.

İflas bürosu sadece birinci alacaklılar toplantısında görev yapan bir organdır. İİK.m. 221/4 De “Reylerin muteber olup olmayacağı hakkındaki ihtilafı büro halleder...” hükmüne rağmen iflas bürosu uygulamada birinci alacaklılar toplantısının başında ve oylamaya geçilmeden önce oluşturulmakta ve toplantı anına kadar alacak kaydı için müracaatta bulunanların dosyalarını inceleyerek d, toplantıya katılıp oy kullanma haklarının olup olmadığını , oy kullanma hakları varsa ne miktar alacakları için oy kullanacaklarını belirlemektedir. Bu belirleme iflas dairesi müdürünün, birinci alacaklılar toplantısına başkanlık edip, iflasta tutulan defter masanın durumu

ile ilgili bilgilendirme yaptığı aşamada üyeler tarafından yapılmaktadır. Ancak durumun toplantı tutanağına büro kararı olarak geçtiği ve kararın iflas dairesi müdürünce de imzalandığı görülmüştür. Büro üyeleri arasında karar alınmasında farklı görüşlerin olduğu bir duruma inceleme yaptığımız dosyalar arasında tesadüf edilememiştir.

İflas bürosu sadece birinci alacaklılar toplantısı için oluşturulmakta olup ikinci alacaklılar toplantısında ve diğer alacaklılar toplantısında oluşturulmamaktadır. İflas bürosu konusu kanuni düzenleme ile uygulamanın farklı olduğu alanlardan biridir. Bu farklılık sadece kanunla uygulama arasında olmayıp aynı zamanda uygulamada da farklılıklar bulunmaktadır.

Birlik sağlanması için iflasla ilgili toplantıda yapılması gereken işlemlerle ilgili bir formun yönetmeliğe eklenmesi yerinde olur. Uygulamada iflas dosyalarının çok olduğu Ankara ve İstanbul illerinde daireler kendi aralarında örnek bir form oluşturmuş bulunmaktadır. Ayrıca “İcra Dairelerinin Etkinliğinin Artırılması Eşleştirme Projesi (Etkin İcra - Etkin Adalet)” kapsamında “İflas Dairesindeki İşlemler” başlığı altında bu konuların yer aldığı slayt hazırlandığı görülmüştür. Slaytta ilk alacaklılar toplantısıyla ilgili oluşturulan örnekler yer almış ancak bu örneklerden de anlaşılacağı üzere iflas bürosunun oluşumu ve görevleri ve görevlerinin ifası sırasında durumun tespitine yönelik tutanaklar konusu yeterince açıklanmamıştır.

Mevcut düzenleme karşısında öncelikle iflas müdürü tarafından iflas alacaklısı olarak kaydının yapılmasını isteyen alacaklıların müracaat tarihlerine göre sıra numarası verilerek¹³⁸ oluşturulacak alacak müracaatları klasörüne müracaat dilekçelerinin takılması ve klasörün başında da bu listeye yer verilmesi iflas dosyasına da¹³⁹ alacağın sıra numarası yazılarak özetinin yazılması, birinci alacaklılar toplantı nisabının toplantı sırasında

¹³⁸ Sıra numarasının amacı alacaklıların karışmamasıdır, yoksa sıra numarasına göre öncelik kazanma gibi bir durum söz konusu değildir.

¹³⁹ Bu dosyanın İstanbul’da sayfaları numaralı büyük defter olarak tutulduğu ve yapılan tüm işlemlerin ve yazışmaların bu deftere yapıştırıldığı görülmüştür. Uygulamada yapılan işlemlerin sırası ve verilen dilekçelerin muhafazasından yana çok sağlıklı olduğu tespit edilmiştir. Mahkemenin bilgi ve belge istemesi halinde defterin kaçınıcı sayfasında bulunduğu belirtilerek tasdikli fotokopi gönderildiği ve bu nedenle farklı mercilerden gelen taleplerin her an cevaplanmasının mümkün olduğu evrakın başka bir mercide bulunduğu cevabının verilmediği görülmüştür.

düzenlenecek toplantıya gelen alacaklılar listesi ile alacaklılar dosyasının başındaki listenin karşılaştırılarak iflas dairesi müdürünce toplantı nisabının alacak miktarı ve alacaklı sayısı belirtilerek dayanak teşkil eden İİK md.221. maddeye atıf yapılarak karar verilmesi, toplantı nisabı sağlanması halinde de iflas bürosunun oluşturularak, büroya seçilen kişilerin kim olduğunun ve neden bu kişilerin seçildiğinin gerekçelerinin (İİK m. 8/2) tutanakta belirtilmesi, iflas bürosunun kayıt yaptırmış olan alacaklılarla ilgili alacaklılar dosyasının başındaki listenin sureti üzerinde müracaatı kabul edilenler için “dilekçe ve eki belgelerin incelenmesi sonunda talep ve talep miktarının kabul edildiğinin, kabul edilmeyenler için ise kabul edilmeme gerekçelerinin belirtilerek bu listenin altının imzalanması ve ilk alacaklılar toplantı tutanağına eklenen bu liste için tutanakte kabul edilmeyenler ile ilgili açıklama yapılmasının, kabul edilmeyenlerin sözlü itirazlarının tutanağa geçirilmesinin ve bunun karşısında da iflas müdürünün kararının tutanakte yer alması gerekmektedir.

Bu konuda birlik sağlanması için alacaklılar kayıt listesi, ilk alacaklılar toplantı tutanağı örneği iflas bürosu karar tutanağı örneklerinin Kanundaki düzenleme doğrultusunda hazırlanarak Yönetmeliğe eklenmesi yerinde olacaktır.

İflas bürosunun alacaklıların oy hakları ile ilgili yapacakları inceleme iflas idaresine üye belirlenmesinde ve ilk alacaklılar toplantısında alınacak kararlar açısından son derece önemlidir. İflas idaresine seçilecek üyelerde olduğu gibi, iflas bürosunu oluşturacak üyelerin seçiminde de alacaklı belgelenmelerinden öte, büroya seçilecek kişilerin bu incelemeyi yapacak bilgi ve tecrübeye sahip olmalarının aranmasının gerektiğini düşünmekteyiz.

İflas bürosunun incelemesinin, alacak ve dayanağı belgeler, alacak miktarı ile alacaklı sıfatı ile toplantıya katılmak isteyen alacaklı ve vekili varsa vekâletnamenin geçerliliğini, toplantıda toplantı ve karar nisabını etkilemeye yönelik hileli işlemleri kapsayacak nitelikte olması yerinde olacaktır. İflas bürosunun incelemesi alacak hakkında verilen kesin bir karar olmayıp sıra cetvelinde yer alıp almayacağına dair karar iflas idaresince verilecek olmakla birlikte iflas bürosunun tam incelemenin iflas idaresince yapılacağını belirterek çok yüzeysel bir inceleme yapmaması gerekir. Aksi takdirde yanlış verilen kararın toplantı ve karar çoğunluğunu etkilemesi halinde ikinci alacaklılar toplantısına kadar dosyanın iflas dairesi müdürünce

yürütülmesi sonucu doğabilir (İİK m. 222). İflas bürosundan beklenen faydanın sağlanamaması sonucunu doğurur.

İflas bürosuna dâhil olan iflas müdürünün iflas bürosunun kararına karşı yapılan itirazı incelemesi pek doğru değildir. Bu incelemede, karadan dönülmesi gibi bir sonucun çıkması pek düşük bir ihtimaldir. İtirazın gerçek anlamda değerlendirilip, ihtilafın dava sürecine aksetmesini azaltmak için, iflas dairesi müdürünün büroya dâhil olmaması yerinde olurdu. Ancak en doğrusu, birinci alacaklılar toplantısının, müracaat süresinden uygun bir süre sonra yapılması müracaat edenlerin dosyalarının iflas dairesi müdürünce incelenip toplantı öncesinde açıklanması¹⁴⁰ müracaat için açıklanan süreden sonra müracaat etmenin yaptırımının müracaat geçerli olmakla birlikte toplantıda söz ve oy sahibi olamama şeklinde müeyyideye bağlanmasının yerinde olacağı görüşündeyiz.

İflas bürosunun birinci alacaklılar toplantısında görevinin ne olduğu İİK m. 221/4 c.1 hükmünde “*Reylerin muteber olup olmayacağı hakkındaki ihtilafı halleder.*” şeklinde düzenlenmesine rağmen, iflas idaresi alacaklılarla ilgili incelemesini ihtilaf çıkmadan önce toplantı başında oylamadan önce yapmaktadır. İflas bürosuna ihtilaf çözücü bir nitelik verilmesi mevcut yasal düzenlemeler karşısında da yerinde olmayıp uygulamada olduğu gibi iflas müdürüne yardımcı olarak toplantının başında alacaklılarla ilgili incelemede bulunması daha yerindedir.

İİK m. 221/4 c. 2 hükmüne göre; iflas bürosunun işlemlerine karşı ilgililer toplantı tarihinden itibaren yedi gün içinde icra mahkemesine şikâyette bulunabilirler. Ancak, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu’nun 1932 tarihinde yürürlüğe girdiği ilk halinde iflas bürosunun işlemlerine karşı herhangi bir şikâyet yoluna başvurulabileceğine dair bir hüküm yoktu. Bu yüzden, iflas bürosunun vereceği kararlar kesin olup, bunlar hakkında tek başına şikâyet yoluna başvurulamayacağı kabul ediliyordu. 3222 sayılı İcra ve İflas Kanunu’nun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine Dair Kanun ile İİK 221. maddede yapılan değişiklik ile iflas bürosunun kararlarına karşı şikâyet

¹⁴⁰ Böyle bir durumda alacaklılar toplantıya katılmaları ile ilgili olarak durumu riske atmak için dilekçelerini toplantıdan önce verip iflas müdürünün kararını önceden öğrenmeyi tercih edecekler ve iş işten geçmeden diğer ifade ile toplantıdan önce aleyhlerine olan bir karar olursa bununla ilgili müracaat haklarını kullanabileceklerdir.

yoluna gidilebileceği hükme bağlanmıştır. İflas büronun işlemlerine karşı ilgililer toplantı tarihinden itibaren yedi gün içinde icra mahkemesine şikâyette bulunabilirler. Şikâyet sebebinin yerinde görülmesi ancak karar ekseriyetinin bozulması halinde nazara alınır. Aksi takdirde şikâyet red olunur. İcra mahkemesinin, iflas bürosu kararına karşı yapılan şikâyetin kabulüne veya reddine ilişkin kararı kesindir, temyiz edilemez. Çünkü bu karar İİK m. 363' de sayılan icra mahkemesinin temyiz edilebilen kararlarından değildir.

Yararlanılan Kaynaklar

- Altay**, Sümer; Türk İflas Hukuku, C. 2, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2004.
- Ansay**, Sabri Şakir; Hukuk İcra ve İflas Usulleri, Ankara 1960.
- Arslan**, Ramazan; “İcra ve İflas Kanunu’nda Yapılan Değişiklikler ve Yenilikler”, Ankara Barosu Dergisi, 1989/1, s. 136-157.
- Belgesay**, Mustafa Reşit; İcra ve İflas Hukuku, İkinci Cilt İflas, İstanbul 1946.
- Berkin**, Necmeddin N.; İflas Hukuku, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1970.
- Deliduman**, Seyithan; İflas Tasfiyesinde Alacaklılar Toplanması, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2002.
- Erdönmez**, Güray; İflasta Alacaklılar Toplanmasının Yetkileri, Legal Yayıncılık, İstanbul 2005.
- Gürdoğan**, Burhan; İflas Hukuku Dersleri, Ajans - Türk Matbaası, Ankara 1996.
- Kuru**, Baki/**Arslan**, Ramazan/**Yılmaz**, Ejder; İcra ve İflas Hukuku, 26. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2012.
- Kuru**, Baki; İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, İkinci Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2013.
- Kuru**, Baki; İflas ve Konkordato Hukuku, 3. Tıpkı Basım, Alfa Basım Yayım, 1992.
- Muşul**, Timuçin; İcra ve İflas Hukuku, C. II, 5. Baskı, Adalet Yayınevi.
- Olgaç**, Senai/**Köymen**, Haydar; Kazai ve İlmi İçtihatlarla Türk İcra ve İflas Kanununun, 2. Baskı, İstanbul 1965.
- Pekcanitez**, Hakan; İcra-İflas Hukukunda Şikâyet, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, Ankara 1986.
- Pekcanitez**, Hakan/**Atalay**, Oğuz/**Sungurtekin Özkan**, Meral/**Özekes**, Muhammet; İcra ve İflas Hukuku, 11. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2013.

Postacıoğlu, İlhan E.; İflas Hukuku İlkeleri, C. I, İflas. İstanbul 1978.

Rüzgaresen, Cumhuriyet/Ertem, Murat; “Terekenin İflas Hükümlerine Göre Tasfiye Usulü”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Y. 11 S. 22, 2012/2, s. 313-335.

Yılmaz, Ejder; İflas İdaresi, Ankara 1976.

Yılmaz, Ejder; “İflaslarda Devletin İşlevi ve İflas Masasına Ait Paraların İflas İdaresince Nemalandırılmasının Gerekliliği”, Ankara Barosu Dergisi, 1996/2, s. 173-187.

Uyar, Talih; İcra ve İflas Kanunu Şerhi, C. 10, 2. Baskı, 2009.

Üstündağ, Saim; İcra ve İflas Kanunu'nun Dünü ve Bugünü, İstanbul 1990.

Üstündağ, Saim; İflas Hukuku, 8. Bası, İstanbul 2009.

^HBİREYSEL EMEKLİLİK SİSTEMİNDE HACİZ UYGULAMALARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Tanımdan onur duyduğum, akademik kişiliğine hayranlık beslediğim ve her anlamda kendisine öykündüğüm değerli Hocam 'a...

*Yrd. Doç. Dr. Emel HANAĞASI**

GİRİŞ

Ülkemizde sosyal güvenlik sisteminde gerçekleştirilen reformun bir parçası olarak 28 Mart 2001 tarihinde 4632 sayılı “*Bireysel Emeklilik Tasarruf ve Yatırım Sistemi Kanunu* (4632 s. K.)” kabul edilmiş, 7 Nisan 2001 tarih ve 24366 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yayımı tarihinden itibaren 6 ay sonra 7 Ekim 2001 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Kamu sosyal güvenlik sistemimizi tamamlayıcı nitelikte emeklilik programlarının geliştirilmesine yönelik bu Kanun’un amacı, bireylerin emekliliğe yönelik tasarruflarının yatırıma yönlendirilmesi ile emeklilik döneminde ek bir gelir sağlanarak refah düzeylerinin yükseltilmesi, ekonomiye uzun vadeli kaynak yaratarak istihdamın artırılması ve ekonomik kalkınmaya katkıda bulunulmasını teminen, gönüllü katılıma dayalı ve belirlenmiş katkı esasına göre oluşturulan bireysel emeklilik sisteminin düzenlenmesi ve denetlenmesidir (4632 s. K. m. 1/I). Öngörülen düzenlemeler ile, herhangi bir işyerinde çalışma zorunluluğuna bağlı olmaksızın 18 yaşını dolduran herkesin katılabileceği, bireylerin emekliliğe yönelik gönüllü tasarruflarını düzenleyen, bireysel emeklilik hesaplarına dayalı fonlu bir sisteminin kurulması sağlanmıştır.

^H Hakem incelemesinden geçmiştir.

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi, ehanagasi@law.ankara.edu.tr

Bireysel Emeklilik Tasarruf ve Yatırım Sistemi Kanunu'nun kabulünün hemen ardından, 28 Haziran 2001 tarihinde, bireysel emeklilik sistemine yönelik vergisel teşvikleri düzenlemek amacıyla 4697 sayılı "*Bazı Vergi Kanunlarında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun*" kabul edilmiş ve 10 Temmuz 2001 tarih ve 24458 Sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır. Bu Kanun ile bireysel emeklilik sisteminde katılım aşamasında katılımcılara ve çalışanları adına katkıda bulunan işverenlere, fonların yatırıma yönlendirilmesi aşamasında ve birikimlerin toplu para veya maaş şeklinde geri alınması aşamasında vergi teşvikleri getirilmiştir.

Anılan bu düzenlemeler ile sistemin etkili bir biçimde uygulanabilmesine yönelik olan idarî ve hukukî çerçeve çizilmiş, 27 Ekim 2003 tarihinde bireysel emeklilik sisteminin başlamasıyla birlikte emeklilik şirketleri faaliyete geçmiştir. Sisteme ilişkin düzenlemeler, sistemin faaliyete geçmesinden sonra da devam etmiş ve 4632 sayılı Kanun'u tamamlayıcı nitelikte birçok yönetmelik ve tebliğ yayınlanmıştır¹. Ayrıca, 4632 sayılı Kanun'da da, sırasıyla 5684 sayılı Kanun, 5728 sayılı Kanun, 6327 sayılı Kanun ve 6456 sayılı Kanun ile değişiklikler yapılmıştır. Bu değişikliklerden 14 Haziran 2007 tarih ve 26552 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan ve birçok maddesi yayımı tarihinde yürürlüğe giren 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu ile öngörülen düzenlemeler konumuz bakımından özel bir önem arz etmektedir. Zira anılan Kanun'un 41. maddesi ile, 4632 sayılı Kanun'un 17. maddesine birinci fıkrasından sonra gelmek üzere bir fıkra eklenmiş ve bu düzenleme ile, bireysel emeklilik hesabındaki birikimlerin ve yıllık gelir sigortasından alınan aylıkların haczedilebilme sınırı belirlenmiştir. Böylelikle, Kanun'un bireysel emeklilik fonu malvarlığının üçüncü kişiler tarafından haczettirilemeyeceği yönündeki düzenlemesinin (m. 17/I) yanı sıra, uygulamadaki tereddütlerin giderilmesi amacıyla, bireysel emeklilik hesabındaki birikimlerin ve yıllık gelir sigortasından alınan aylıkların kısmen haczinin mümkün olduğu açıkça kabul edilmiştir. Bununla birlikte anılan bireysel emeklilik sisteminde haciz uygulanmasına ilişkin bu düzenleme uygulamadaki bazı soruları cevaplamış olmakla birlikte birçok sorunun cevabı, Kanun'un yürürlüğe girmesinden bu yana 13 yıl geçmiş olmasına rağmen halen belirsizliğini

¹ Bireysel emeklilik sistemine ilişkin mevzuata ulaşmak için bkz. <http://www.egm.org.tr/?sid=21> (erişim: 7.10.2014).

korumaktadır. İşte bu çalışmanın amacı da, bireysel emeklilik sisteminde haciz uygulamalarına ilişkin aklımıza gelen kimi soru ve sorunlara dikkat çekmek, bunları elimizden geldiğince cevaplamaya çalışmaktır. Çalışmanın kapsamı, sistemdeki haciz uygulamaları ile sınırlı olup, katılımcının ya da sigorta şirketinin iflâsı durumunda ortaya çıkabilecek sorunlara değinilmeyecektir. Bunun yanı sıra, söz konusu çalışma bakımından asıl konumuz bireysel emeklilik sistemindeki haciz uygulamaları olmakla birlikte, bu konuda karşılaşılabilecek sorunlara doğru çözümler önerebilmek kaçınılmaz olarak sistemin işleyişini anlamayı gerektirmektedir. Bu nedenle, çalışma üç ana bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde, bireysel emeklilik sistemine katılma ve emeklilik sözleşmesi, asıl konumuzun gerektirdiği ölçüde ele alınacaktır (I). Bu başlık altında emeklilik sözleşmesinin kurulmasına değinilecek ve katılımcının temel hakları genel hatlarıyla açıklanmaya çalışılacaktır. İkinci bölümde ise, bireysel yatırım fonları hakkında genel bir bilgi verildikten sonra, fon malvarlığı üzerinde haciz uygulanması irdelenecektir (II). Son olarak, katılımcının bireysel emeklilik hesabındaki birikimleri ve getirileri üzerinde haciz uygulanması konusu ayrıntılı olarak incelenecektir (III).

I. GENEL OLARAK BİREYSEL EMEKLİLİK SİSTEMİNE KATILMA VE EMEKLİLİK SÖZLEŞMESİ

Bireysel emeklilik sistemine katılabilmek için emeklilik şirketi² ile “*emeklilik sözleşmesi*” akdedilmesi zorunludur. Bireysel Emeklilik Tasarruf ve Yatırım Sistemi Kanunu’na (4632 s. K.) ve Bireysel Emeklilik Sistemi Hakkında Yönetmelik’e (BESH Yön.) göre, emeklilik sözleşmesi, şirket nezdinde bireysel emeklilik hesabı açılması, hesaba katkı payı ödenmesi, ödenen katkı paylarının tercih edilen fonlarda yatırıma yönlendirilmesi ve hesapta biriken paraların hak sahiplerine ödenmesine ilişkin esas ve usuller ile tarafların bu kapsamdaki diğer hak ve yükümlülüklerini düzenleyen sözleşmedir (4632 s. K. m. 4/I; BESH Yön. m. 4/1). Emeklilik sözleşmesine

² “*Emeklilik şirketi*”, 4632 sayılı Bireysel Emeklilik Tasarruf ve Yatırım Sistemi Kanunu’na göre kurulan ve bireysel emeklilik sisteminde faaliyet göstermek üzere bu Kanun ile ihdas edilen emeklilik branşında ruhsat almış şirketi ifade eder (4632 s. K. m. 2/1-f; BESH Yön. m. 2/1-k).

ve emeklilik sözleşmesinde bulunacak hususlara ilişkin esas ve usuller Sermaye Piyasası Kurulu'nun görüşü alınarak Hazine Müsteşarlığı tarafından belirlenir (4632 s. K. m. 4/I).

Emeklilik sözleşmesi, bireysel veya grup emeklilik sözleşmesi olarak yapılabilir. Grup emeklilik sözleşmesi ise, gruba bağlı bireysel veya işveren grup emeklilik sözleşmesi olarak düzenlenebilir (4632 s. K. m. 4/I; BESH Yön. m. 4/1).

Bireysel emeklilik sözleşmesi, bireysel emeklilik planına³ bağlı olarak düzenlenen ve emeklilik şirketi ile katılımcının⁴ taraf olarak yer aldığı emeklilik sözleşmesidir (BESH Yön. m. 4/2). Gruba bağlı bireysel emeklilik sözleşmesi ise, bir grup emeklilik planına bağlı olarak düzenlenen ve emeklilik şirketi ile katılımcının taraf olarak yer aldığı emeklilik sözleşmesidir (BESH Yön. m. 4/3). Bireysel emeklilik sözleşmesinde ve gruba bağlı bireysel emeklilik sözleşmesinde, sözleşmeden doğan haklar kural olarak katılımcı tarafından kullanılır (BESH Yön. m. 13/1). Bununla birlikte, bu sözleşmelerde, sistemden ayrılma ve emeklilik hakkı hariç diğer hakların

³ “Emeklilik planı”, plan kapsamında katılımcıya sunulan fonlara, giriş aidatına, yönetim gider kesintilerine ve fon toplam gider kesintilerine dair bilgileri, bunlara ilişkin hesaplamaları ve emeklilik sözleşmesinin uygulanmasına dair diğer teknik esasları içerir (BESH Yön. m. 3/1-d, m. 8/1). Emeklilik planı, bireysel emeklilik planı veya grup emeklilik planı olarak düzenlenebilir. Emeklilik planı bir yılda azami dört kez değiştirilebilir (BEHS Yön. m. 11).

⁴ 4632 sayılı Kanun'a ve Bireysel Emeklilik Sistemi Hakkında Yönetmelik'e göre, “katılımcı”, emeklilik sözleşmesine göre ad ve hesabına şirket nezdinde bireysel emeklilik hesabı açılan fiil ehliyetine sahip gerçek kişiyi ifade eder (4632 s. K. m. 2/I-d; m. 4/I; BESH Yön. m. 3/1-ğ). Bu tanım, bireysel emeklilik sözleşmesinin bir başkası tarafından kendi adına fakat katılımcı hesabına kurulması olasılığını göz ardı etmemektedir (A. Samim Ünan/Ahmet Karayazgan, Bireysel Emeklilik Hukuku, İstanbul 2009, s. 24, s. 29, s. 152). Oysa, “işveren grup emeklilik sözleşmesinde” olduğu gibi emeklilik sözleşmesinin katılımcı lehine bir başkası tarafından imzalanması da mümkündür. Sponsor kuruluşun devrede bulunduğu ve kendisi tarafından ödenen katkı paylarına katılımcının belirli bir süre sonunda hak kazanacağı durumlarda, sponsor kuruluşun ödemelerinin toplandığı hesap katılımcı “hesabına” açılmış olmakla birlikte katılımcının “adına” açılmış olmayacaktır. Yine, henüz ergin olmayan kişinin lehine başkaları tarafından örneğin kanunî temsilcisi tarafından bireysel emeklilik sözleşmesi yapılmasına da hukuken bir engel yoktur.

katılımcı ad ve hesabına katkı payı ödeyen kişiler tarafından kullanılması kararlaştırılabilir.

İşveren grup emeklilik sözleşmesi ise, bir istihdam ilişkisine dayalı olarak veya katılımcı lehine bir sponsor kuruluş⁵ ile emeklilik şirketi arasında imzalanan ve katılımcı adına sponsor kuruluş tarafından katkı payı⁶ ödenen emeklilik sözleşmesidir. Bu sözleşme türünde, katkı payını ödeyen tüzel kişi, sözleşmede “taraf” olarak yer almakta olup, söz konusu sözleşme “katılımcı lehine” yapılmaktadır. Sponsor kuruluş tarafından ödenen katkı payları ile bunların getirilerinin tamamına veya bir kısmına katılımcı tarafından hak kazanılması için işveren grup emeklilik sözleşmesinde belirlenen hak kazanma süresinin geçmesi gerekir. İşveren grup emeklilik sözleşmesinde, fon dağılımı değişikliği, emeklilik planı değişikliği ve birikimin⁷ aktarımı hakları, hak kazanma süresi sonuna kadar kural olarak sponsor kuruluş tarafından kullanılır (BESH Yön. m. 13/2). Emeklilik sözleşmesinde belirtilmesi koşuluyla, sponsor kuruluş, fon dağılımı değişikliği hakkının kullanımını katılımcıya devredebilir. Katılımcının kabul etmesi durumunda, Yönetmelik’in 13. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen haklar, hak kazanma süresi tamamlandıktan sonra da sponsor kuruluş tarafından kullanılabilir.

A. Emeklilik Sözleşmesinin Kurulması

Şirket, kişinin emekliliğe yönelik beklentilerine, gelir düzeyine ve yaşına uygun bir emeklilik planı teklifi sunar (BESH Yön. m. 5/1). Emeklilik şirketi, bireysel emeklilik sistemine girmek isteyen kişiyi, sisteme girme kararını etkileyebilecek hususlar hakkında bilgilendirir⁸; dürüstlük ilkeleri

⁵ “Sponsor kuruluş”, bir işveren grup emeklilik sözleşmesine göre katılımcı adına katkı payı ödeyen tüzel kişiyi ifade eder (BESH Yön. m. 3/1-j).

⁶ “Katkı payı”na ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. aşa. I, B, 1.

⁷ “Birikim” devlet katkısı ve buna ilişkin getiriler hariç, katılımcının bireysel emeklilik hesabında bulunan katkılar ile bunların getirilerinin toplam tutarını ifade eder (4632 s. K. m. 2/1-k; BESH Yön. m. 3/1-a).

⁸ Emeklilik şirketi, mesafeli satış yoluyla düzenlediği sözleşmeler dahil tüm emeklilik sözleşmeleriyle ilgili olarak mevzuatta belirtilen bilgilendirmenin usulüne uygun olarak yapıldığını ispatla yükümlüdür (BESH Yön. m. 5/5).

çerçevesinde, emeklilik sözleşmesinin müzakeresi ve düzenlenmesi sırasında katılımcıya veya varsa sponsor kuruluşa sistemin işleyişine ilişkin teknik konularda yardımcı olur; tarafların hak ve yükümlülüklerine ilişkin gerekli her türlü bilgiyi sağlar, yanıltıcı her türlü hâl ve davranıştan kaçınır.

Katılımcı, giriş bilgi formunu⁹ ve teklif formunu¹⁰ usulüne uygun olarak doldurup imzalar. İmzalı formların birer örneği derhal katılımcıya verilir. Emeklilik şirketi, teklif formunu ve giriş bilgi formunu katılımcı bazında muhafaza eder. İşveren grup emeklilik sözleşmesinde ise, giriş bilgi formu ve teklif formu sponsor kuruluş tarafından doldurulup imzalanır; sponsor kuruluşça tüm katılımcılar için ortak bir fon veya fon dağılımı belirlenebilir.

Emeklilik sözleşmesinin, işveren grup emeklilik sözleşmesi hariç, karşı karşıya gelinmeksizin emeklilik şirketinin internet sitesi veya çağrı merkezi yahut şirketçe yetkilendirilen çağrı merkezi aracılığıyla düzenlenmesi mümkündür (BESH Yön. m. 6/1). Bu tür mesafeli satışlarda da, emeklilik şirketi, kişiyi, bilgilendirir ve uygun bir emeklilik planı teklifi sunar (BESH Yön. m. 6). Katılımcı, emeklilik sözleşmesine, emeklilik planına ve sisteme ilişkin gerekli bilgilerin kendisine verildiğini teyit ederek teklifi çağrı merkezi veya elektronik imza aracılığıyla onaylar ve bu şekilde emeklilik sözleşmesi akdedilmiş olur. Onay işlemi gerçekleşmemiş tekliflere dayanılarak düzenlenen sözleşmeler yürürlüğe girmez ve şirketçe bunlar için hiçbir tahsilat yapılmaz. Şirket, onay işlemi müteakip beş iş günü içinde giriş bilgi formunu ve teklif formunu katılımcının tercihi doğrultusunda tanımlı elektronik posta adresine veya faksına yahut posta adresine gönderir.

Emeklilik şirketi tarafından kabul edilen emeklilik sözleşmesi, varsa blokaj süresinin¹¹ tamamlanmasını müteakip, katkı payı olarak yapılan ilk

⁹ “Giriş bilgi formu”, bireysel emeklilik sisteminin işleyişine ilişkin önemli hususlar hakkında katılımcıya veya sponsor kuruluşa bilgi vermek için hazırlanan ve içeriği Hazine Müsteşarlığı tarafından belirlenen formu ifade eder (BESH Yön. m. 3/1-f).

¹⁰ “Teklif formu”, emeklilik planına, plan kapsamında sunulan fonlara, yapılan kesintilere, katkı payı tutarına, emeklilik sözleşmesinin taraflarına ve katılımcının yatırım tercihlerine ilişkin hususlar ile benzeri bilgileri içeren formu ifade eder (BESH Yön. m. 3/1-l).

¹¹ “Blokaj süresi”, katılımcının, katkı paylarını farklı ödeme araçları ile yapması nedeniyle oluşan şirket giderinin katılımcıya yansıtılmaması için, katılımcının ödeme yaptığı tarih ile ilgili tutarın şirket hesabına intikal ettiği tarih arasında geçen süredir (bkz. <http://www.egm.org.tr/?pid=496>).

ödemenin şirket hesaplarına nakden intikal ettiği tarihte yürürlüğe girer (BESH Yön. m. 7/1). Teklifin şirket tarafından reddedilmesi halinde ise, verilen ödeme talimatları iptal ettirilir ve varsa yapılan tüm ödemeler hiçbir kesinti yapılmadan beş iş günü içinde ödeyene iade edilir.

Katılımcının, bireysel emeklilik sistemine ilk defa katılması sırasında veya farklı bir şirkette ilk defa emeklilik sözleşmesi akdetmesi halinde, katılımcıdan veya sponsor kuruluştan, teklifin imzalandığı veya mesafeli satışta teklifin onaylandığı tarihte geçerli aylık brüt asgari ücret tutarı dikkate alınarak giriş aidatı alınabilir (4632 s. K. m. 7; BESHY Yön. m. 20). Söz konusu giriş aidatları bireysel emeklilik hesabına ödenen katkılardan ayrı olarak azamî bir yıl içerisinde taksitler halinde de ödenebilir¹².

Katılımcı, teklif formunun imzalanmasını veya teklifin onaylanmasını müteakip altmış gün içinde cayma hakkına sahiptir (BESH Yön. m. 7/2). Cayma halinde durum, katılımcı tarafından şirketin çağrı merkezine veya faksla yahut postayla şirkete bildirilir. Cayma bildiriminin şirkete ulaşmasını müteakip verilen ödeme talimatları iptal ettirilir ve yapılan tüm ödemeler, fon toplam gider kesintisi haricinde hiçbir kesinti yapılmadan, varsa yatırım gelirleriyle birlikte on iş günü içinde ödeyene iade edilir.

Katılımcının sisteme giriş tarihi, yürürlükte bulunan emeklilik sözleşmeleri arasında, sisteme giriş tarihi açısından en eski tarihli sözleşme dikkate alınarak belirlenir (BESH Yön. m. 7/3). İşveren grup emeklilik sözleşmesinde, gruba sonradan dâhil olan ve başka bir emeklilik sözleşmesi bulunmayan katılımcının sisteme giriş tarihi, ilgili grup emeklilik planına göre katılımcı ad ve hesabına katkı payı olarak yapılan ilk ödemenin şirket hesaplarına nakden intikal ettiği tarihtir.

Şirket, emeklilik sözleşmesini, sözleşmenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren on iş günü içinde katılımcının veya varsa sponsor kuruluşun tercihi doğrultusunda elektronik ortamda veya matbu halde katılımcıya yahut varsa sponsor kuruluşa gönderir (BESH Yön. m. 7/4). İşveren grup emeklilik sözleşmesinde şirket, işveren grup emeklilik sertifikasını, sertifikanın yürür-

¹² Emeklilik şirketi, katkı payı, fon varlıkları veya fon gelirleri üzerinden “yönetim gideri” ve “fon işletim masrafı” kesintisi yapabilir. Bireysel emeklilik hesaplarından yapılacak her türlü kesintilerin ve giriş aidatlarının emeklilik sözleşmesinde ve yapılacak ilan ve reklamlarda açık olarak belirtilmesi zorunludur (4632 s. K. m. 7; BESHY Yön. m. 20).

lûge girdiği tarihten itibaren on iş günü içinde sponsor kuruluşun tercihi doğrultusunda elektronik ortamda veya matbu halde katılımcıya gönderir. İşveren grup emeklilik sertifikası, grup emeklilik planının genel esasları ile sistemin işleyişine ilişkin temel bilgileri içerir. Şirket, emeklilik sözleşmesinin ve işveren grup emeklilik sertifikasının belirtilen süre içinde ve usulüne uygun olarak gönderildiğini ispatla yükümlüdür.

B. Katılımcının Temel Hakları

Katılımcı, emeklilik sözleşmesinde belirtilen esaslar dâhilinde emeklilik şirketi nezdinde açılacak bireysel emeklilik hesabına katkı yapar. Bunun yanı sıra, katılımcı, emeklilik sözleşmesi süresi içinde katkı payı tutarını ve ödeme dönemini değiştirebilir; katkı payı ödemeye ara verebilir ya da emekliliğe hak kazanmadan sistemden ayrılabilir. Katılımcının, katkı payını birden fazla fon arasında paylaşması, bireysel emeklilik hesaplarındaki birikimlerini başka bir emeklilik şirketine aktarması, emeklilik planını değiştirmesi mümkündür. Son olarak, katılımcının emekliliğe hak kazanmasıyla birlikte, birikimleri talebine uygun biçimde kendisine ödenir. Katılımcının bireysel emeklilik sözleşmesi bağlamında sahip olduğu bu haklar, katılımcının sistemdeki birikiminin nasıl haczedilebileceğinin anlaşılabilmesi açısından biraz daha yakından incelenmelidir.

1. Katkı Payı Ödenmesi, Katkı Payının Değiştirilmesi ve Ödemeye Ara Verme

Emeklilik sözleşmesinde belirtilen esaslar dâhilinde, emeklilik şirketi nezdinde katılımcı adına açılan bireysel emeklilik hesabına¹³ katkı yapılır (4632 s. K. m. 5/1). “*Katkı payı*” emeklilik sözleşmesine göre emeklilik şirketine ödenen, giriş aidatı hariç, tasarrufa yönelik tutar olarak tanımlanabilir (4632 s. K. m. 2/1-e; BESH Yön m. 3/1-h). Bunun yanı sıra, 1 Ocak 2013 tarihinden itibaren ödenen katkı payları için devlet katkısı hesaplaması yapılmaktadır. Bireysel emeklilik sisteminde, işverenler tarafından ödenenler hariç katılımcı adına bireysel emeklilik hesabına ödenen katkı paylarının

¹³ “*Bireysel emeklilik hesabı*” emeklilik sözleşmesi çerçevesinde katılımcı ad ve hesabına ödenen katkılar ve bu katılara ilişkin her türlü getirinin katılımcı bazında izlendiği hesabı ifade eder (4632 s. K. m. 2/1-j).

%25'ine karşılık gelen tutar katılımcının vergi mükellefi olup olmasına bakılmaksızın devlet katkısı olarak katılımcının devlet katkısı hesabına¹⁴ ödenir¹⁵ (4632 s. K. Ek m. 1, DKH Yön. m. 6).

Emeklilik sözleşmesi süresi içinde katkı payı tutarı ve ödeme dönemi değiştirilebilir (BESHY Yön. m. 14/1).

Emeklilik sözleşmesine göre ödenmesi öngörülen katkı paylarının vadesinde ödenmesi esastır. Ancak, katılımcı emekliliğe hak kazanmadan önce, emeklilik sözleşmesi süresi içinde katkı payı ödenmesine ara verilebilir. Vadesinde ödenmeyen katkı payının ödeme tarihini müteakip üç ay içinde, ilgili hesaba herhangi bir ödeme yapılmaması durumunda, ilgili sözleşmede ödemeye ara verildiği kabul edilir (BESH Yön. m. 14/2).

Bu başlık altında, grup emeklilik sözleşmelerindeki durumu da ayrıca değinmek gereklidir. İşveren grup emeklilik sözleşmesi söz konusu olduğunda, katılımcı adına sponsor kuruluş tarafından katkı payı ödenir. Bu sözleşmeye dayanarak sponsor kuruluş tarafından çalışanlarının ad ve hesabına ödenen katkı payları ile bunların getirileri, işveren grup emeklilik sözleşmesine bağlı olarak açılan katılımcılara ait bireysel emeklilik hesaplarında takip edilir (BESH Yön. m. 17/1; 4632 s. K. m. 5/3). Dernek, vakıf, sandık veya tüzel kişiliği haiz bir meslek kuruluşu tarafından üyeleri hesabına ödenen katkı payları da işveren grup emeklilik sözleşmesi kapsamında değerlendirilir. Katılımcının ödediği katkı payları ile bunların getirileri, gruba bağlı bireysel emeklilik sözleşmesine göre açılan bireysel emeklilik hesabında takip edilir¹⁶.

¹⁴ “Devlet katkısı hesabı”, münhasıran devlet katkısı ve getirilerinin izlendiği, katılımcının bireysel emeklilik hesabı kapsamındaki alt hesabını ifade eder (BESH Yön. m. 3/1-c).

¹⁵ Devlet katkısı, katkı payı ödemelerinden ayrı olarak takip edilir ve Hazine Müsteşarlığınca belirlenen yatırım araçlarında yatırıma yönlendirilir. Bireysel emeklilik sisteminde katılımcıların katkı paylarına karşılık olarak ödenecek devlet katkısının hesaplanmasına, ödenmesine, yatırıma yönlendirilmesine, hak edilmeyen tutarlar ile haksız ödendiği tespit edilen tutarların iadesine veya mahsup edilmesine ve devlet katkısıyla ilgili diğer işlemlere ilişkin usul ve esaslara ilişkin olarak bkz. Bireysel Emeklilik Sisteminde Devlet Katkısı Hakkında Yönetmelik (DKH Yön.) (RG 29.01.2012, sa. 28512).

¹⁶ Sponsor kuruluşu olmayan bir grup emeklilik planına dahil olan katılımcı tarafından ödenen katkı payları ile bunların getirileri, gruba bağlı bireysel emeklilik sözleşmesine göre açılan bireysel emeklilik hesabında takip edilir (BESH Yön m. 17/3).

Katılımcının, sponsor kuruluş tarafından ödenen katkı payları ile bunların getirilerinin tamamına veya bir kısmına hak kazanabilmesi için işveren grup emeklilik sözleşmesinde belirlenen hak kazanma süresinin¹⁷ geçmesi gerekir. Sponsor kuruluş tarafından bu kuruluştaki işine haklı nedenle fesih haricinde son verilmesi veya katılımcının 4857 sayılı İş Kanunu'na göre haklı nedenle işinden ayrılması veya sürekli iş göremezlik gibi zorunlu nedenlerle işinden ayrılması yahut sponsor kuruluşun aktarım durumu hariç işveren grup emeklilik sözleşmesini feshetmesi veya iflâs yahut konkordato ilan etmesi halinde katılımcı, sponsor kuruluş tarafından kendi ad ve hesabına ödenen katkı payları ile bunların getirilerinin tümüne, hak kazanma süresinin tamamlanmasını beklemeksizin hak kazanır (BESH Yön. m. 13/3). Bu sebepler haricinde herhangi bir sebeple işten ayrılma veya grup emeklilik planından çıkarılma durumunda, katılımcı tarafından hak kazanılmayan tutarlar, sponsor kuruluşa ödenir (BESH Yön. m. 19/4).

İşveren grup emeklilik sözleşmesinde, hak kazanma süresi tamamlandıktan sonra, sponsor kuruluş tarafından katılımcı adına katkı payı ödenmesine son verilmesi halinde, bu birikim katılımcının hesabında kalmaya devam eder veya yazılı talebi doğrultusunda katılımcının aynı veya başka bir şirkette yürürlükte olan veya yeni düzenlenen bireysel veya gruba bağlı bireysel emeklilik sözleşmesine transfer yoluyla aktarılabilir. Transfer yoluyla aktarım işlemlerinde, birikimle birlikte sistemde geçirilen süre bilgisi de ilgili şirkete iletilir. Katılımcının sistemden ayrılmak istemesi halinde bu şekildeki birikim kendisine ödenir.

Katılımcının hak kazanma süresi tamamlanmadan sponsor kuruluştaki işinden ayrılması durumunda ise, sponsor kuruluş tarafından katılımcı ad ve hesabına ödenen katkı payları ve bunların getirilerinden katılımcının hak ettiği tutar, katılımcının aynı veya başka bir emeklilik şirketinde mevcut bulunan veya yeni düzenlenen bireysel veya gruba bağlı bireysel emeklilik sözleşmesine transfer yoluyla aktarılabilir yahut doğrudan katılımcıya ödenir. Katılımcı istediği takdirde, ilgili grup emeklilik planı çerçevesinde katkı payı ödediği gruba bağlı bireysel emeklilik sözleşmesini devam ettirebilir (BESH Yön. m. 19/3).

¹⁷ Bu süre, katılımcının grup emeklilik sözleşmesine giriş tarihinden itibaren 1 yıldan az 7 yıldan fazla olamaz (4632 s. K. 5/III; BESH Yön. m. 18/1).

Son olarak, katılımcının vefatı halinde bu şekildeki birikim, hak kazanma süresinin tamamlanmasını beklemeksizin 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu hükümleri saklı kalmak kaydıyla varsa emeklilik sözleşmesinde belirtilen lehtarlaraya veya kanunî mirasçılara ödenir (BESH Yön. m. 13/3).

2. Katkı Payının Değerlendirilmesi

Emeklilik şirketi tarafından tahsil edilen katkı payları, varsa kesintiler yapıldıktan sonra emeklilik yatırım fonlarında değerlendirilir¹⁸. Emeklilik şirketi, ödenen katkı paylarını, en geç şirkete intikalini takip eden ikinci iş gününde yatırıma yönlendirmek zorundadır (4632 s. K. m. 5/I).

Emeklilik yatırım fonu dağılımı katılımcının tercihine göre belirlenir (BESH Yön. m. 5/2, c.2). Katılımcı, emeklilik sözleşmesinde yer alan şartlar çerçevesinde, katkı payını birden fazla emeklilik yatırım fonu arasında paylaşabilir (4632 s. K. m. 5/I). Herhangi bir tercihte bulunmayan kişilerin birikimleri, portföy sınırlamaları Sermaye Piyasası Kurulu'nun görüşü alınarak Hazine Müsteşarlığınca belirlenen standart emeklilik yatırım fonlarında yatırıma yönlendirilir.

Bireysel emeklilik hesabındaki birikimin ve ödenen katkı paylarının fonlar arasındaki dağılım oranları veya tutarları, bir yılda azami altı kez değiştirilebilir. Bu yöndeki değişiklik talebi, şirkete yazılı olarak veya şirketin çağrı merkezinden yahut şirketin internet sitesinde katılımcı adına oluşturulan güvenli sayfadan yapılır. Şirket değişiklik talebini, talebin ulaştığı tarihi müteakip iki iş günü içinde gerekli talimatları vermek suretiyle gerçekleştirir (BESH Yön. m. 10/1).

Şirket, fon dağılımı değişikliği işleminde, alışı yapılacak fonların alım talimatı tarihlerini, satışı yapılacak fonların nakde dönüştürülme sürelerini dikkate alarak belirler. Şirket, katkı paylarının fonlar arasında paylaşılması sırasında ortaya çıkan artık değeri en aza indirmek üzere gerekli tedbirleri alır (BESH Yön. m. 10/2).

¹⁸ Dernek, vakıf, sandık veya tüzel kişiliği haiz bir meslek kuruluşu tarafından üyeleri hesabına ödenen katkı payları, grup emeklilik sözleşmesi kapsamında değerlendirilir (BESH Yön. m. 17/1).

Katkı payı ödemelerinden ayrı olarak takip edilen devlet katkısı ise, Hazine Müsteşarlığı tarafından belirlenen yatırım araçlarında yatırıma yönlendirilir (4632 s. K. Ek madde 1/1, son c.; DKH Yön. m. 10).

3. Birikimin Aktarımı

Katılımcı, emeklilik sözleşmesinin yürürlük tarihinden itibaren en az iki yıl geçtikten sonra bireysel emeklilik hesabındaki birikimlerinin başka bir emeklilik şirketine aktarılmasını talep edebilir (4632 s. K. m. 5/I; BESH Yön. m. 12/1, 2)¹⁹. Başka şirketten aktarımla düzenlenmiş sözleşmenin tekrar aktarıma konu olabilmesi için ise, ilgili şirkette en az bir yıl kalması gerekir²⁰. Aktarım, birikimin ve devlet katkısı hesabına ilişkin tutarın tamamını kapsayacak şekilde yapılır.

Emeklilik şirketi, aktarım amacıyla kendisine başvuruda bulunan katılımcının veya sponsor kuruluşun tanımlı elektronik posta adresine veya faksına, bunlar yoksa posta adresine beş iş günü içinde hesap özetini, aktarım bilgi formunu ve aktarım talep formunu gönderir. Şirket, isteyen katılımcının veya sponsor kuruluşun hesap özetini, aktarım bilgi formunu ve aktarım talep formunu, şirketin internet sitesinde kendi adına oluşturulan güvenli sayfadan alabilmesi için gerekli düzenlemeyi yapar. Katılımcı veya sponsor kuruluş, hesap özetiyle birlikte aktarım yapılacak şirkete başvurur. Aktarım yapılacak şirket, talebi uygun bulması halinde bir plan önerir ve planda öngörülen kesintilere ilişkin bilgi verir. Katılımcı veya sponsor kuruluş, ilgili planı tercih etmesi durumunda, aktarım işlemi için düzenlenmiş teklif formunu doldurarak imzalar (BESH Yön. m. 12/3).

Katılımcı veya sponsor kuruluş imzaladığı aktarım talep formunu faks veya posta ile aktarım yapacak şirkete gönderir. Katılımcının hesabına henüz intikal etmemiş devlet katkısı bulunması halinde, bu tutarlara ilişkin olarak bireysel emeklilik sisteminde devlet katkısı hakkındaki mevzuat hükümleri uygulanır. Aktarım talep formunun şirkete ulaştığı tarihten itibaren on iş

¹⁹ Katılımcının emeklilik şirketinde bulunan bireysel emeklilik hesabındaki birikimlerinin başka bir emeklilik şirketine aktarılması durumunda devlet katkısı hesabındaki tutarların aktarımına ilişkin bkz. DKH Yön. m. 7.

²⁰ Hazine müsteşarlığı, bu süreyi üç yılı aşmamak üzere yeniden belirlemeye yetkilidir (4632 s. K. m. 5/I).

günü içinde birikim, devlet katkısı hesabına ilişkin tutarlarla birlikte aktarım yapılacak şirkete aktarılır²¹. Katılımcının bireysel emeklilik hesabına ilişkin bilgi ve belgeler eş zamanlı olarak elektronik ortamda aktarım yapılacak şirkete gönderilir. Katılımcıya ait gerekli bilgilerin eksiksiz olarak ve uygun şekilde aktarılmasından aktarım yapacak şirket sorumludur. Şirket, satışı yapılacak fonların nakde dönüştürülme sürelerini dikkate alarak aktarım işlemini süresi içinde tamamlamak üzere gerekli tedbirleri alır (4632 s. K. m. 6/I, c. 3; BESH Yön. m. 12/4).

Aktarım yapılan şirketteki emeklilik sözleşmesi, birikimin aktarıldığı tarihte yürürlüğe girer ve yürürlüğü müteakip on iş günü içinde yeni emeklilik sözleşmesi katılımcının veya varsa sponsor kuruluşun tercihi doğrultusunda tanımlı elektronik posta adresine, faksına veya posta adresine gönderilir. Yeni emeklilik sözleşmesi için giriş aidatı alınmaz. Katılımcının bireysel emeklilik sistemine giriş tarihinden kaynaklanan süreye ilişkin hakları ile varsa hak kazanma sürelerine ilişkin hakları aktarım yapılan şirkette aynen korunur (BESH Yön. m. 12/5).

Şirket, aktarım talep formunun kendisine ulaşmasını müteakip iki iş günü içinde hesap özeti bir örneğini elektronik veri olarak emeklilik gözetim merkezine gönderir. Katılımcıların aktarım sürecinde doğru bilgilendirildiğini ve katılımcıların bilinçli tercih yaptığını teyit etmek amacıyla emeklilik gözetim merkezi tarafından kontrol aramaları yapılabilir. Bu aramaların sonuçları emeklilik gözetim merkezi tarafından Hazine Müsteşarlığı'na raporlanır (BESH Yön. m. 12/6).

4. Emekliliğe Hak Kazanmadan Sistemden Ayrılma

Emeklilik sözleşmesi süresi içinde katılımcı herhangi bir anda veya sürekli iş göremezlik durumunun ortaya çıkması halinde bireysel emeklilik sisteminden birikimlerini alarak çıkabilir.

²¹ Aktarma yükümlülüğünü belirlenen süre içinde gereği gibi yerine getirmeyen şirket, fon birim pay fiyatı değişikliklerini dikkate alarak bu işlemde dolayı varsa katılımcının birikiminde oluşan parasal kaybı hesaplayarak katılımcının hesabına öder. Katılımcının hesabının bulunmadığı durumlarda ise ödeme katılımcının kendisine yapılır (4632 s. K. m. 6 /IV).

Emeklilik sözleşmesinin emekliliğe hak kazanmadan sona erdirilmesi halinde katılımcı, sona erdirilen sözleşme bakımından bireysel emeklilik sistemine giriş tarihinden kaynaklanan süreye ilişkin haklarını kaybeder (BESH Yön. m. 15/1). Bunun yanı sıra, katılımcının, ayrılma talep formunu imzalayarak faks veya posta ile şirkete göndermesi halinde, bireysel emeklilik hesabındaki birikim ve devlet katkısı hesabındaki varsa hak kazanılan tutarlar²², formun şirkete ulaştığı tarihten itibaren yirmi iş günü içinde katılımcının belirttiği hesaba ödenir (BESH Yön. m. 15/2)²³.

Emeklilik sözleşmesi süresi içinde katılımcının sürekli iş göremezlik durumunun ortaya çıkması halinde ise, katılımcı, bireysel emeklilik hesabındaki birikimlerin kendisine ödenmesini talep edebilir (4632 s. K. m. 6/III). Emeklilik sözleşmesinin katılımcının, ayrılma talep formunu imzalayarak faks veya posta ile şirkete göndermesi halinde, bireysel emeklilik hesabındaki birikim ve devlet katkısı hesabındaki varsa hak kazanılan tutarlar²⁴, formun şirkete ulaştığı tarihten itibaren yirmi iş günü içinde katılımcının belirttiği hesaba ödenir (BESH Yön. m. 15/2)²⁵.

²² Sistemden emekli olmadan ayrılan katılımcıların devlet katkısı hesabındaki varsa hak kazanılmayan tutarlar genel bütçeye gelir kaydedilir veya katılımcılara yapılacak Devlet katkısı ödemesine mahsup edilebilir (4632 s. K. Ek madde 1/IV; Yön. m. 8/2). Hak kazanılmayan tutarlarla ilgili mahsuplaşma işlemleri ile bu işlemlerin gerçekleştirilme sürelerine ilişkin esas ve usuller Maliye Bakanlığı'nın görüşü alınarak Hazine Müsteşarlığınca belirlenir.

²³ Ancak Hazine Müsteşarlığınca belirlenen hallerde katılımcıya sistemden ayrılmadan kısmen ödeme de yapılabilir. Kısmen ödemeye konu olabilecek birikim oranı ile emeklilik şirketlerince yapılacak ödemelere ilişkin diğer esas ve usuller Hazine Müsteşarlığı tarafından belirlenir (4632 s. K. m. 6/III).

²⁴ Sistemden emekli olmadan ayrılan katılımcıların devlet katkısı hesabındaki varsa hak kazanılmayan tutarlar genel bütçeye gelir kaydedilir veya katılımcılara yapılacak Devlet katkısı ödemesine mahsup edilebilir (4632 s. K. Ek madde 1/IV; Yön. m. 8/2). Hak kazanılmayan tutarlarla ilgili mahsuplaşma işlemleri ile bu işlemlerin gerçekleştirilme sürelerine ilişkin esas ve usuller Maliye Bakanlığı'nın görüşü alınarak Hazine Müsteşarlığınca belirlenir.

²⁵ Ancak Hazine Müsteşarlığınca belirlenen hallerde katılımcıya sistemden ayrılmadan kısmen ödeme de yapılabilir. Kısmen ödemeye konu olabilecek birikim oranı ile emeklilik şirketlerince yapılacak ödemelere ilişkin diğer esas ve usuller Hazine Müsteşarlığı tarafından belirlenir (4632 s. K. m. 6/III).

Katılımcının sürekli iş göremezlik hali nedeniyle sistemden ayrılma talebinde bulunabilmesi için sosyal güvenlik mevzuatına göre sürekli iş göremezlik gelirin hak kazandığına dair belgeyi veya sosyal güvenlik mevzuatında belirlenen koşullara göre sürekli iş göremezlik halinin oluştuğunu gösteren, resmî sağlık kuruluşlarından alınmış bir belgeyi şirkete vermesi gerekir (BESH Yön. m. 15/3). Sürekli iş göremezlik halinin her durumda emeklilik sözleşmesi yürürlüğe girdikten sonra oluşmuş olması şarttır.

Katılımcının vefat etmesi halinde birikimleri ve varsa hak kazanılan devlet katkısı ve getirileri, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu hükümleri saklı kalmak kaydıyla varsa emeklilik sözleşmesinde belirtilen lehtarlar veya kanunî mirasçılara ödenir (4632 s. K. m. 6/III; BESH Yön. m. 15/4).

Bireysel emeklilik sisteminden gerek vefat, gerekse sürekli iş göremezlik nedeniyle ayrılanlar. Devlet katkısı hesabındaki tutarın tamamına hak kazanırlar ve devlet katkısı hesabındaki tutarlardan hak kazanılan tutarlar katılımcıya ödenir. (4632 s. K. Ek m.1/III; DKH Yön. m. 8/1).

5. Emekliliğe Hak Kazanma ve Birikimin Ödenmesi

Katılımcı, bireysel emeklilik sistemine giriş tarihinden itibaren en az on yıl sistemde bulunmak koşuluyla elli altı yaşını tamamladıktan sonra emekliliğe hak kazanır (4632 s. K. m. 6/1, c. 1; BESH Yön. m. 16/1).

Emekliliğe hak kazanan ve bireysel emeklilik hesabındaki birikimini almak isteyen katılımcı, “*toplulu para*”, “*programlı geri ödeme*” ya da “*yıllık gelir sigortası*” seçeneklerinden birini seçebilir veya hesabındaki tutarı belirtilen seçenekler arasında paylaşırabilir (4632 s. K. m. 6/1, c. 2; BESH Yön. m. 16/2)²⁶. Emeklilik şirketi, katılımcının faks veya posta aracılığıyla şirkete ilettiği yazılı tercihi doğrultusunda işlem yapar.

Emeklilik şirketi, emekliliğe hak kazanan ve birikimini almak için başvuran katılımcıyı emeklilik seçenekleri hakkında bilgilendirir ve emek-

²⁶ Hazine Müsteşarlığı, emekliliğe hak kazanan ve bu hakkını kullanmak isteyen katılımcıların emeklilik seçeneklerine, emeklilik işlemlerine ve bilgilendirilmelerine ilişkin bazı hususları açıklamak üzere bir genelge yayınlamıştır. 19.12.2008 günlü “Emeklilik İşlemleri Hakkında Genelge” isimli bu genelge için bkz. <http://www.egm.org.tr/?sid=21>: erişim 17.7.2014.

lilik bilgi formunu ve hesap özetini, katılımcının tanımlı elektronik posta adresine veya faksına, bunlar yoksa posta adresine beş iş günü içinde gönderir. Emeklilik bilgi formu, sistemde kalma ve emekli olma seçeneklerine ilişkin bilgiler ile örnek mali projeksiyonları içerir; formda katılımcının sistemden emeklilik hakkını kullanabilmesi için tüm sözleşmelerine ilişkin hesaplarını birleştirmesi gerektiği belirtilir (BESH Yön. m. 16/3).

Toplu para seçeneği birikimlerin tamamı veya bir kısmı için kullanılabilir. Ancak birikimlerin bir kısmının alınması durumunda bakiyenin programlı geri ödeme şeklinde veya yıllık gelir sigortası şeklinde alınması gerekir. Emeklilik şirketi, emeklilik seçenekleri konusunda bilgilendirdiği katılımcının, toplu para seçeneğini seçmesi ve birikimi ile devlet katkısı hesabındaki tutarların²⁷ tamamının kendisine ödenmesini talep etmesi halinde, bu talebi, talebin şirkete ulaşmasından itibaren on iş günü içinde yerine getirir (4632 s. K. m. 6/I, c. 3; BESH Yön. m. 16/4)^{28,29}.

Birikimini ve devlet katkısı hesabındaki tutarları bireysel emeklilik sistemi içinde kalarak programlı geri ödeme yoluyla almak isteyen katılımcı, hazırlanacak bir program çerçevesinde hesabından kendisine aylık, üç aylık, altı aylık veya yıllık dönemlerde düzenli ödeme yapılmasını talep edebilir³⁰.

²⁷ Bireysel emeklilik sisteminden emeklilik hakkı kazananlar, devlet katkısı hesabındaki tutarın tamamına da hak kazanırlar ve devlet katkısı hesabındaki tutarlardan hak kazanılan tutarlar katılımcıya ödenir. (4632 s. K. Ek m.1/III; DKH Yön. m. 8/1).

²⁸ Katılımcının hesabına henüz intikal etmemiş devlet katkısı bulunması halinde, bu tutarlara ilişkin olarak bireysel emeklilik sisteminde devlet katkısı hakkındaki mevzuat hükümleri uygulanır (BEHS Yön. m. 16/4).

²⁹ Ödeme yükümlülüğünü belirlenen süre içinde gereği gibi yerine getirmeyen şirket, fon birim pay fiyatı değişikliklerini dikkate alarak bu işlemde dolayı varsa katılımcının birikiminde oluşan parasal kaybı hesaplayarak katılımcının hesabına öder. Katılımcının hesabının bulunmadığı durumlarda ise ödeme katılımcının kendisine yapılır (4632 s. K. m. 6 /IV).

³⁰ Emeklilik şirketi tarafından sunulacak programlı geri ödeme teklifinde katılımcının yaşı, birikim tutarı, varsa diğer gelir ve giderleri ile ödeme dönemi, ödeme tutarı ve ödeme süresi konularındaki tercihleri dikkate alınır. Teklifte, ödeme dönemi boyunca gerçekleştirilecek ödeme tutarları başlangıçta belirlenebilir veya bu tutarların her yıl katılımcının hesabındaki birikime göre yeniden belirlenmesi öngörülebilir. Bunun yanı sıra, programlı geri ödeme kapsamında, katılımcıya ara ödeme yapılması öngörülebilir. Ara ödeme yapılabilecek durumlar ile ara ödemelerin azami tutarı veya oranı emeklilik gelir

Bu halde, katılımcı plan değişikliği yoluyla “*emeklilik gelir planı*” adı altında şirketçe oluşturulacak emeklilik planına dahil edilir. Programlı geri ödemede belirlenen ödeme dönemleri veya ödeme tutarları yılda en fazla iki kez değiştirilebilir. Katılımcının hesabında kalan tutarın tamamını istediği anda alma hakkı saklıdır. Birikimini bu şekilde almaya başlayan katılımcı, ilgili bireysel emeklilik hesabına katkı payı ödeyemez. Ancak katılımcı, hesabında kalan tutar için fon dağılımını değiştirebilir ve başka bir şirkete aktarım hakkını kullanabilir.

“*Yıllık gelir sigortası*”, toplu veya belirli süreler içinde yapılan katkılara göre sigortalının yaşaması halinde hemen veya belli bir süre sonra başlayan, sigortalıya veya lehtarlarına ömür boyu veya belirli süreler için yapılan düzenli ödemelerdir (4632 s. K. m. 6/II)³¹. Yıllık gelir sigortası sözleşmesine göre³² belirlenen emeklilik maaşı, aylık, üçer aylık, altı aylık veya yıllık olarak ödenebilir. Yıllık gelir sigortası sözleşmesi satın almak, kişinin bireysel emeklilik hesabındaki birikimlerinin vergi sonrası net tutarının tamamının veya bir kısmının ömür boyu ya da sigortalının belirlediği süre boyunca devam edecek gelir ödemelerine dönüştürülmesidir. Yıllık gelir sigortası, bireysel emeklilik hesabının bulunduğu emeklilik şirkettinden satın alınabileceği gibi, başka bir şirket veya sigorta şirketi ile yıllık gelir sigortası sözleşmesi yapılarak ve birikimlerin bu şirkete aktarılması talep edilebilir.

Katılımcının aynı veya farklı şirkette birden fazla emeklilik sözleşmesi bulunması halinde, katılımcının sisteme giriş tarihi, yürürlükte bulunan sözleşmeleri arasından sisteme giriş tarihi açısından en eski tarihli sözleşme dikkate alınarak belirlenir (BESH Yön. m. 16/6). Bu durumda katılımcının

planında belirtilir. Programlı geri ödeme kapsamında katılımcıya ödenecek tutarlar sabit, azalan veya artan şekilde yahut belli bir endekse veya fon pay adedine bağlı olarak belirlenebilir. Buna ilişkin uygulama esasları emeklilik gelir planında belirtilir.

³¹ Yıllık gelir sigortasının tanımına ilişkin değerlendirmeler için bkz. F. Dilek **Kabukçuoğlu Özer**, Mukaseyeli Hukukta ve Uygulamada Hayat Sigortası, Ankara 2014, s. 49-50.

³² Yıllık gelir sigortası sözleşmelerinde, “*yıllık gelir sigortası genel şartları* (bkz. <http://www.egm.org.tr/?sid=21>, erişim: 17.7.2014)” çerçevesinde ilgili şirketin üstlenmiş olduğu rizikonun, tazminat yükümlülüğünün türü ve kapsamının, tarafların hak ve yükümlülüklerinin, ödeme dönemlerinin, sözleşme süresi ve sözleşmeyi sona erdiren hallerin ve ilgili diğer hususların belirtilmesi zorunludur.

tüm sözleşmelerinden emekliliğe hak kazanması için en az birinden bu hakkı kazanması ve hesaplarını birleştirmesi gerekir.

Birden fazla emeklilik sözleşmesi bulunan katılımcı, emeklilik hakkını elde ettiği tarih itibarıyla yürürlükte bulunan sözleşmelerinin bulunduğu şirketlerden birine talepte bulunarak ve diğer sözleşmelerine ilişkin hesaplarını talepte bulunduğu şirketteki sözleşmesine ilişkin hesapları ile birleştirmek suretiyle emeklilik hakkını kullanır (BESH Yön. m. 16/7). Bu şekilde yapılan hesap birleştirme işlemlerinde şirkette kalma süresine ilişkin kısıtlamalar³³ uygulanmaz. Başvurunun yapıldığı şirket, katılımcının hesap birleştirme işlemlerini, katılımcının diğer şirketlerdeki hesaplarına ilişkin olarak emeklilik gözetim merkezinden alacağı bilgiye göre yürütür.

Emeklilik hakkını kullanan katılımcının, başka bir şirketten aktarımla düzenlenenler hariç, yeni bir emeklilik sözleşmesi akdetmesi durumunda, bu sözleşmeden emeklilik hakkını kullanabilmesi için yeni sözleşmenin en az on yıl sistemde bulunması gerekir (BESH Yön. m. 16/8).

II. BİREYSEL EMEKLİLİK YATIRIM FONLARI

A. Genel Olarak

Daha önce de ifade edildiği üzere³⁴, emeklilik şirketi tarafından tahsil edilen katkı payları, varsa kesintiler yapıldıktan sonra emeklilik yatırım fonlarında değerlendirilir³⁵. Bu fonlar bireysel emeklilik sistemine ödenen katkı paylarının değerlendirilmesi için ve işletilmesi amacıyla özel olarak kurulur. Sadece bireysel emeklilik sistemine giren kişiler tarafından satın alınabilir.

³³ Bu kısıtlamalara ilişkin bkz. BEHS Yön. m. 12.

³⁴ Bkz. yuk. I, B, 2.

³⁵ Emeklilik yatırım fonlarının türleri, kuruluşları, örgüt yapısı, faaliyet ilke ve esasları, katkı payının bu fonlarda toplanması ve değerlendirilmesi, fon malvarlığı, fon portföyündeki varlıkların saklanması, portföyün yönetimi, fonların birleşme, devir ve dönüşüm esasları, iç ve dış denetimi ile kamunun aydınlatılmasına ilişkin esas ve usuller, Emeklilik Yatırım Fonlarının Kuruluş ve Faaliyetlerine İlişkin Esaslar Hakkında Yönetmelik (Fon Yön.) (RG 13.03.2013, sa. 28586) ile belirlenmiştir. İşbu Yönetmelik'in 43. maddesi ile, 28.02.2002 tarihli ve 24681 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan "Emeklilik Yatırım Fonlarının Kuruluş ve Faaliyetlerine İlişkin Esaslar Hakkında Yönetmelik" yürürlükten kaldırılmıştır.

Emeklilik yatırım fonu, emeklilik şirketi tarafından, emeklilik sözleşmesi çerçevesinde alınan ve katılımcılar adına bireysel emeklilik hesaplarında izlenen katkıların, riskin dağıtılması³⁶ ve inanlı mülkiyet esaslarına³⁷ göre işletilmesi amacıyla oluşturulan malvarlığıdır (4632 s. K. m. 15/1; Fon Yön. m. 5/1). Sermaye piyasası kurumu niteliğinde olan bireysel emeklilik yatırım fonu, 4632 sayılı Kanun'da yer alan amaçlar dışında kullanılamaz ve kurulamaz (4632 s. K. m. 15/1; Fon Yön. m. 5/2, m. 7/1).

Tüzel kişiliği bulunmayan ve emeklilik şirketi tarafından kurulan fon ile ilgili her türlü işlem fon kurucusu olan emeklilik şirketi tarafından yürütülür (4632 s. K. m. 15/1; Fon Yön. m. 5/2, m. 7/1). Zira, inanlı mülkiyet esasında, fona, inanlı olarak fon kurucusu olan emeklilik şirketi sahiptir. Tasarruf sahibi katılımcılar ise, yatırım fonundaki varlıklar/fonun malvarlığı üzerinde katılma pay adetleri kadar hak sahibi olup, fonla ilgili işlemleri yapma yetkilerini, fon iç tüzüğü³⁸ ile fon kurucusu emeklilik şirketine verirler. Bu çerçevede, emeklilik yatırım fonu ad ve hesabına ve fon iç tüzüğüne göre karar verme yetkisi, bu fonun kurucusu durumundaki emeklilik şirketine aittir³⁹. Kurucu emeklilik şirketi, fonu bu iç tüzük çerçevesinde ve tasarruf sahiplerinin haklarını koruyarak yönetmek/yönetmek zorundadır⁴⁰.

³⁶ Riskin dağıtılması ilkesi, bireysel emeklilik sisteminde yer alan katılımcıların bireysel emeklilik sistemine aktardıkları kaynaklarının riske karşı korunmasına ve menkul kıymet seçiminin bilimsel bir yöntemle yapılarak portföyün devamlı değişiminin gerçekleştirilmesine hizmet eder (Ahmet **Erol**/Ercan **Yıldırım**, Bireysel Emeklilik Sistemi, 2.B., Ankara 2004, s. 286).

³⁷ İnanlı mülkiyet esası, “*tasarruf sahiplerinin fonla ilgili işlemleri yapma yetkisini fon kurucusu olan emeklilik şirketine, fon iç tüzüğü vasıtasıyla devretmesi ve kurucunun ise, fonu bu sözleşme (iç tüzük) çerçevesinde ve tasarruf sahiplerinin haklarını koruyarak yönetmek/yönetmek zorunda olması*” biçiminde tanımlanabilir (<http://www.egm.org.tr/?pid=496>, erişim: 06.07.2014).

³⁸ “*Fon iç tüzüğü*”, katılımcı ile şirket, saklayıcı ve portföy yöneticisi arasında fon portföyünün inanlı mülkiyet esaslarına göre saklanması ve vekalet akdi hükümlerine göre yönetimini konu alan ve genel işlem şartlarını içeren iltihaki bir sözleşmedir (Fon Yön. m. 8).

³⁹ **Ünan/Karayazgan**, s. 8.

⁴⁰ **Erol/Yıldırım**, s. 286. İnanlı mülkiyet esasına göre kurulan yatırım fonlarında, fon kurucusu olan inanlı malik ile katılma belgesi sahipleri arasındaki ilişkilere vekalet sözleşmesine ilişkin hükümler uygulanacaktır (**Ünan/Karayazgan**, s. 89).

Fonda yer alan para ve sermaye piyasası araçları, kıymetli madenler ile Sermaye Piyasası Kurulunca belirlenen diğer yatırım araçlarından oluşan varlıkların tümü ise, “*fon portföyü*”nü meydana getirir (Fon Yön. m. 4/1-1)⁴¹. Fon portföyü, emeklilik şirketinin portföy yöneticisi⁴² ile yapacağı portföy yönetim sözleşmesine göre, vekâlet ilişkisi çerçevesinde, portföy yöneticisi/yöneticileri tarafından yönetilir (Fon Yön. m. 20)⁴³.

Fon portföyündeki varlıklar, saklayıcı nezdinde saklanır. Katılımcıların sahip oldukları ve fondaki katkılarını gösteren pay adedi de, saklayıcı nezdinde katılımcı bazında ve katılımcıların erişebileceği şekilde izlenir (4632 s. K. m. 17/V). Bu çerçevede, saklayıcı ve emeklilik şirketi arasında fon varlıklarının saklanması ve katılımcılar ile ilgili kayıtların tutulması amacıyla saklama sözleşmesi⁴⁴ yapılması zorunludur (Fon Yön. m. 29/1)⁴⁵.

⁴¹ Fon portföyü, vadeli mevduat ve katılma hesabı, borçlanma araçları, repo ve ters repo işlemleri ile ortaklık payları, kıymetli madenler, kıymetli madenlere ve gayrimenkule dayalı varlıklar, türev araç işlemleri ile varantlar, Takasbank para piyasası işlemleri, yatırım fonu katılma payları, borsalarda gerçekleştirilen türev araç işlemlerinin nakit teminatları ve primleri, kira sertifikaları ve Sermaye Piyasası Kurulunca Kurulca belirlenen diğer yatırım araçlarından oluşur (Fon Yön. m. 5/3).

⁴² “*Portföy yöneticisi*”, Sermaye Piyasası Kurulu’ndan portföy yöneticiliği yetki belgesi almış ve Kurulca uygun görülen portföy yönetim şirketini ifade eder (Fon Yön. m. 4/1-j).

⁴³ Bu konuda bkz. Bireysel Emeklilik Tasarruf ve Yatırım Sistemi Kanunu Tasarısı’nın 18. maddesinin gerekçesi (Tasarı için bkz. T.B.M. M., Dönem 21, Yasama Yılı 3, S Sayısı: 580); **Ünan/Karayazgan**, s. 90.

⁴⁴ Bir saklama sözleşmesi örneği için bkz. <http://www.takasbank.com.tr/tr/Sozlesmeler/Saklama%20S%C3%B6zle%C5%9Fmesi.pdf> ve <http://www.takasbank.com.tr/tr/Sozlesmeler/Emeklilik%20%C5%9Firketleri%20Ek%20S%C3%B6zle%C5%9Fmesi.pdf> (erişim: 06.07.2014).

⁴⁵ Saklama sözleşmesi kapsamında saklayıcı; fon varlıklarının saklanması, fon adına yapılan varlık alım ve satım işlemlerinin takasının yapılabilmesi için gerekli ortamın sağlanması ve kontrolü, fon paylarının katılımcı bazında tutulması ve katılımcılara fon hesaplarında yatırıma yönlendirilecek katkı payı tutarı ile bunlara karşılık gelen pay sayılarını fon bazında izleme imkanı sağlanması, fon portföyünün Sermaye Piyasası Kurulunca belirlenen esaslar çerçevesinde yönetilmesinin kontrolü, portföy değerinin ve birim pay değerinin Yönetmelikte belirlenen değerlendirme esasları çerçevesinde hesaplandırılmasının kontrolü, fon hesaplarında yatırıma yönlendirilecek ve emeklilik şirketi tarafından bildirilen katılımcı katkı paylarının fona aktarımında pay sayısının doğru hesap-

Saklayıcı, Sermaye Piyasası Kurulunca uygun görülen saklama kuruluşu olup (Fon Yön. m. 4/1-k; m. 28), bu kuruluş bugün için kısaca Takasbank olarak anılan İstanbul Takas ve Saklama Bankası Anonim Şirketi'dir. Takasbank'ın saklama hizmeti verdiği para ve sermaye piyasası araçları, kıymetli madenler ile diğer varlıklar, fon adına Takasbank nezdinde saklanır (Fon Yön. m. 28)⁴⁶. Bu çerçevede, Takasbank nezdindeki hesaplarda, katılımcıların hesaplarında bulunan emeklilik yatırım fonlarına ait paylar ve fonlarının portföylerinde yer alan menkul kıymetler ve nakit değerler “*Emeklilik Fonu Hesapları*” adı altında saklanmaktadır.

Takasbank'ın saklama hizmeti vermediği varlıkların saklanması konusunda ise, Takasbank'a dışarıda saklanan varlıklar ve bunların değerleri konusunda gerekli bilgilerin aktarılması veya erişimine olanak tanınması ve fon içtüzüğünde saklayıcı kuruluşa yer verilmesi koşulu ile bir başka saklayıcıdan saklama hizmeti alınabilir.

B. Fon Malvarlığı Üzerinde Haciz Uygulanması

Emeklilik şirketi tarafından emeklilik sözleşmesi çerçevesinde alınan ve katılımcılar adına bireysel emeklilik hesaplarında izlenen katkıların, riskin dağıtılması ve inançlı mülkiyet esaslarına göre işletilmesi amacıyla oluşturulan fonun aktiflerinin toplamına “*fon varlıkları*” ya da “*fon malvarlığı*” denir. İlgili mevzuatta, fonun malvarlığının, emeklilik şirketinin 4632 sayılı Kanun'dan, 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'ndan, emeklilik sözleşmesinden, fon içtüzüğünden ve ilgili mevzuattan doğan yükümlülüklerini yerine getirmesi ve sorumluluğunu karşılaması dışında hiçbir amaçla kullanılmayacağı öngörülmüştür (4632 s. K. m. 17; Fon Yön. m. 18). Bu çerçevede, bireylerin sahip oldukları pay adetlerini ikinci pazarda devret-

lanıp hesaplanmadığının kontrol edilmesi, fon hesabından yapılacak ödeme ve virman işlemlerinin kontrolü, fon portföyündeki menkul kıymetler üzerindeki hakların portföy yönetim şirketinin talimatı çerçevesinde kullanılmasına aracılık, emeklilik şirketine ve portföy yönetim şirketine, fon ile ilgili bilgileri izleme imkanının ve gerekli raporların elektronik ortamda sağlanması, Sermaye Piyasası Kurulunca ve Hazine Müsteşarlığınca istenecek fon işlemleri ve varlıkları ile ilgili bilgilerin elektronik ortamda sağlanması ile görevlidir.

⁴⁶ Bayram **Yüksel**, Katılım Bankalarında Bireysel Emeklilik Sistemi ve İşleyişi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2013, s. 46.

meleri ve katılma belgelerinin ticarete konu olması mümkün değildir⁴⁷. Bu düzenlemenin gerekçesi, emeklilik şirketi tarafından kurulan fonların ve bunlara dayalı malvarlığının, mevzuat ve sözleşmeden kaynaklanan borç ve sorumlulukların teminatını teşkil etmesidir⁴⁸. Anılan düzenlemeye paralel olarak, fon malvarlığının rehnedilemeyeceği, portföye ilişkin olarak yapılan işlemler haricinde teminat gösterilemeyeceği, üçüncü şahıslar tarafından haczettirilemeyeceği ve iflâs masasına dâhil edilemeyeceği de açıkça düzenlenmiştir. Böylelikle, bireysel emeklilik hesaplarında katılımcılara ait fonların korunması amaçlanmıştır⁴⁹.

Görüldüğü üzere, ilgili mevzuat uyarınca, fon malvarlığının, emeklilik şirketinin alacaklıları veya katılımcıların alacaklıları tarafından haczedilmesi mümkün değildir⁵⁰. Bununla birlikte, 4632 sayılı Kanun'un 17. maddesinin ikinci fıkrası ile Bireysel Emeklilik Sistemi Hakkında Yönetmelik'in "*Fon Paylarına İlişkin Tedbirler*" başlığını taşıyan 26. maddesinin birinci fıkrasında, bireysel emeklilik hesabındaki fon paylarından, katılımcının sistemde bulunduğu ay sayısı ile asgarî ücret tutarının çarpımına karşılık gelen birikim tutarının üzerinin haczedilebileceği öngörülmüştür. Bu çerçevede, uygulamada, henüz emekliliğe hak kazanmamış katılımcının alacaklılarının, "*katılımcının fon payını*" haczettirdikleri görülmektedir. Kanaatimizce bu uygulama fon malvarlığının haczedilmezliği ilkesi ile çelişmektedir. Şöyle ki; emeklilik şirketi, katılımcının ödediği katkı payı ile fon satın almakta ve bu fon payları katılımcı adına açılan bireysel emeklilik hesabına kaydedilmektedir. Daha önce de ifade edildiği gibi⁵¹, her ne kadar emeklilik yatırım fonunun malvarlığını oluşturan varlıklar katılma payları aracılığı ile dolaylı olarak katılımcılara ait olsa da, katılımcılar bu varlıklar üzerinde katılma pay adetleri kadar hak sahibi olup, emeklilik yatırım fonu içerisindeki varlıklara

⁴⁷ Bkz. Bireysel Emeklilik Tasarruf ve Yatırım Sistemi Kanunu Tasarısı'nın 16. maddesinin gerekçesi (Tasarı için bkz. T.B.M. M., Dönem 21, Yasama Yılı 3, S Sayısı: 580).

⁴⁸ **Ünan/Karayazgan**, s. 94.

⁴⁹ Bkz. Bireysel Emeklilik Tasarruf ve Yatırım Sistemi Kanunu Tasarısı'nın 20. maddesinin gerekçesi (Tasarı için bkz. T.B.M. M., Dönem 21, Yasama Yılı 3, S Sayısı: 580).

⁵⁰ Hakan **Pekcanitez/Oğuz Atalay/Meral Sungurtekin Özkan/Muhammet Özekes**, İcra ve İflâs Hukuku, 10. B., Ankara 2012, s. 286; Murat **Yavaş**, Borçlunun Üçüncü Şahıslardaki Mal, Hak ve Alacaklarının Haczi, İstanbul 2005, s. 101.

⁵¹ Bkz. yuk. II, A.

doğrudan sahip değildirler. Başka bir anlatımla, bu varlıklar, fon kurucusu emeklilik şirketinin inançlı olarak malik olduğu fon malvarlığına dâhildirler. Söz konusu fon malvarlığının haczi ise, Kanun'un 17. maddesi uyarınca mümkün değildir⁵². Bu nedenle, katılımcının fon payının haczinin mümkün olmadığı *de lege ferenda* kabul edilmeli ve bu durumda, haciz ihbarnamesini veya haciz müzekkeresini tebellüğ eden emeklilik şirketi, katılımcının katkı payının yatırıma yönlendirilmiş olup olmamasına göre iki farklı biçimde hareket etmelidir. Eğer 1. haciz ihbarnamesi (İİK m. 89) veya haciz müzekkeresi (m. 78), katılımcıya ait katkı payı yatırıma yönlendirilmeden (4632 s. K. m. 5/I, c. 2) önce şirkete tebliğ edilirse, şirket bu haczi uygulamalıdır⁵³.

⁵² Y. Bora **Alanya**, Bireysel Emeklilik Hukuku, İstanbul 2007, s. 63; **Yavaş**, s. 187; Murat **Yavaş**, Maaş ve Ücret Haczi, (TBB 2009/84, s.-93-120), s. 101; Nur **Bolayır**, Bireysel Emeklilik Sisteminde Cebri İcra Sınırlamaları, (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2009/11, s. 867-892), s. 875-876. Gelir İdaresi Başkanlığı'nın 24.3.2007 günlü, 207/2 seri nolu Tahsilat İç Genelgesi'ne göre de; "4632 sayılı Kanun uyarınca katılımcıların sisteme yapacakları katkı payı ödemeleri, emeklilik yatırım fonlarında değerlendirilerek, bireysel emeklilik hesaplarında saklanmakta, bu şekilde emeklilik yatırım fonlarının büyümesiyle katılımcıya geleceğini garanti altına alma güvencesi verilmektedir. -Anılan Kanununun 2 nci maddesinde "yatırım fonu" ve "bireysel emeklilik" hesabı tanımları farklı yapılmış ise de yatırım fon hesapları emeklilik sözleşmesi gereğince ayrılan katkı payları ile oluşturulduğundan ve Kanununun 15 inci maddesi uyarınca fon, katkılarının işletilmesi amacıyla oluşturulan malvarlığı olduğundan, katılımcılar tarafından ödenen katkılarının ve dolayısıyla bu katkılarının izlendiği bireysel emeklilik hesaplarının fonu/fon malvarlığını oluşturduğunda kuşku bulunmamaktadır. -Söz konusu Kanununun 17 nci maddesinde Fonun malvarlığının haczedilemeyeceği hüküm altına alındığından ve bireysel emeklilik hesaplarının fonun malvarlığı içerisinde yer aldığı hususu açık bulunduğundan bireysel emeklilik hesaplarının haczedilememesi icap etmektedir.-Bununla birlikte, 4632 sayılı Kanununun 6 ncı maddesinde belirtildiği üzere, katılımcıların emeklilik sisteminden ayrılması veya emekli olmaya hak kazanması halinde söz konusu alacağı talep hakları doğacaktır. -Bu şekilde katılımcıların bireysel emeklilik hesabındaki birikimlerinin bir kısmının veya tamamının defaten ödenmesini talep ederek emeklilik sisteminden ayrılması durumunda alacağının amme alacağına yetecek kadar kısmının, emekli olmaya hak kazanması durumunda ise emekli aylığının 6183 sayılı Kanununun 71 inci maddesi hükmü de dikkate alınmak suretiyle anılan Kanununun 79 uncu maddesi uyarınca tebliğ edilecek haciz bildirisi ile haczi gerekmektedir." (bkz. <http://www.gib.gov.tr/index.php?id=1079&uid=90q1sm4Ajcc9us0X&type=icgenelge>).

⁵³ **Alanya**, s. 63; **Bolayır**, s. 875-876; ayrıca bkz. aşa. III, B, 2.

Bununla birlikte, 1. haciz ihbarnamesi katılımcının katkı payının yatırıma yönlendirilmesinden sonra emeklilik şirketine tebliğ edilirse, şirket, katılımcıya borcu olmadığını, katılımcının katkı payını emrettiği fona yönlendirdiğini ve fon malvarlığının ise haczedilemeyeceğini icra dairesine bildirilmelidir. Bununla birlikte, 4632 sayılı Kanun'un 17. maddesinin ikinci fıkrası ile Bireysel Emeklilik Sistemi Hakkında Yönetmelik'in 26. maddesinin birinci fıkrasındaki açık düzenleme karşısında, *de lege ferenda* yaptığımız bu sonucu kabul etmek mümkün olmayıp, bireysel emeklilik sistemi içindeki katılımcıların birikimlerinin haczini, sistemin gereği olarak katılımcıya ait fon paylarının haczi biçiminde uygulamak gerekmektedir. Bu konu aşağıda ayrıntılı olarak açıklanacaktır.

III. KATILIMCININ BİREYSEL EMEKLİLİK HESABINDAKİ BİRİKİMLERİ VE GETİRİLERİ ÜZERİNDE HACİZ UYGULANMASI

A. Haczin Tatbiki Usulü

Bireysel Emeklilik Sistemi Hakkında Yönetmelik'in 26. maddesinin altıncı fıkrasında, haciz uygulamasında, *alacaklar ve üçüncü şahıslar elinde haczedilen mallara dair* 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu ve ilgili mevzuat hükümlerine göre işlem yapılacağı öngörülmüştür (BESH Yön. m. 26/6). Görüldüğü üzere, katılımcının bireysel emeklilik hesabı ve getirileri üzerinde haciz uygulanmasında İcra ve İflâs Kanunu'ndaki "*alacak haczi*" ile "*taşınır hazine*" ilişkin usul ve esasların bir arada yer aldığı karma bir sistem öngörülmüştür⁵⁴.

Katılımcı aleyhine haciz yolu ile takip başlatılması durumunda,

- Henüz emekliliğe hak kazanmamış bulunan katılımcının bireysel emeklilik hesabındaki fon paylarında değerlendirilen birikimi üzerinde,
- Emekliliğe hak kazanmış katılımcıya yaptırdığı yıllık gelir sigortası çerçevesinde bağlanmış maaş veya hazırlanan bir program çerçevesinde yapılan düzenli ödeme üzerinde,

⁵⁴ Ünân/Karayazgan, s. 290.

- Emekliliğe hak kazanmış olan ve “*toplu para*” seçeneğini kullanmış bulunan katılımcıya ödenecek birikimi üzerinde ve
- Herhangi bir nedenle bireysel emeklilik sisteminden emekli olmadan ayrılan katılımcıya ödenecek birikimi üzerinde

haciz uygulanabilir. Bu çerçevede, bireysel emeklilik sistemi bakımından haczin konusunu, her zaman takip borçlusu katılımcının üçüncü kişideki (emeklilik şirketindeki) bir alacağı oluşturmaktadır.

Bilindiği üzere, takip borçlusunun üçüncü kişideki alacağı, hâmiline ait bir senet veya poliçe ve sair cirosu kabil bir kıymetli evraka dayanmakta ise, bu kıymetli evrak ve bununla kıymetli evrakta tecessüm eden alacak taşınır mallar gibi haczedilir (İİK m.85, m.86, m. 87, m.88). Buna karşılık, borçlunun, emeklilik şirketi nezdinde açılmış bulunan bireysel emeklilik hesabından kaynaklanan alacakları gibi kıymetli evraka bağlı olmayan alacaklarının haczi için özel hükümler öngörülmüştür. Bu alacaklardan, maaş ve ücretler İİK’nun 355 ilâ 356. maddelerine göre; bunlar dışında kalanlar ise, 89. maddeye göre haczedilir. Bireysel emeklilik sistemindeki birikimlerin ve getirilerinin haczi meselesinin de, bu iki çerçeveden ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

1. Yıllık Gelir Sigortası Çerçevesinde Bağlanan Maaşın Haczi

Öğretide ve uygulamada, borçlunun 3. kişi nezdinde aldığı maaş veya ücretinin İİK’nun 355. maddesi çerçevesinde haczinin mümkün olduğu gibi, 89. maddesi çerçevesinde haciz ihbarnamesi tebliğ suretiyle de her ay aldığı ve alacağı maaşı üzerine haciz uygulanabileceği kabul edilmektedir⁵⁵.

⁵⁵ Yargıtay’ın borçlunun maaşının ve ücretinin 89. madde hükümlerine göre haczedilebileceğine ilişkin görüşü için bkz. 12. HD. 17.06.2003, 11029/14490; 12. HD’nin konuya ilişkin daha sonra görüş değiştirdiği görülmektedir: “... *icra müdürlüğünce, borçlunun çalıştığı işyerine maaş ve ücretin haczedildiğine dair bir haciz yazısı yazılmalıdır.- Somut olayda; icra müdürlüğünce borçlunun işverenine İ.İ.K.nun 89. maddesi uyarınca haciz ihbarnamesi gönderilmek suretiyle maaş haczi uygulanmış; bu işlem borçlu tarafından şikayete konu edilmiştir. Mahkemece, İ.İ.K.nun 89. maddesi uyarınca haciz ihbarnamesi gönderilmek suretiyle maaş haczi yapılamayacağı gözardı edilerek şikayetin kabulü yerine reddi yönünde hüküm tesisi isabetsizdir.*” (12. HD. 10.07.2012, 7201/24154): **Legalbank**.

Bilindiği üzere, maaş ve ücretlerin haczi, niteliği ve infazı yönünden genel haciz uygulamalarından farklılık göstermektedir. Bu farklılığın temelinde, genel haciz kararlarının tek bir işlemle infaz edilebilmesine karşın maaş ve ücret hacizlerinde icra işlemlerinin belirli süreler içinde tekrarlanması yatmaktadır⁵⁶. Kanaatimizce, aynı özellik İİK'nun 83. maddesi çerçevesinde “*tekaüd maaşı*” niteliği taşıdığı söylenebilecek⁵⁷ olan “*yıllık gelir sigortası çerçevesinde bağlanan maaş*” bakımından da aynen geçerlidir. Bu maaşın, ancak İİK'nun 89. maddesi hükümlerince haciz ihbarnamesi ile ya da 78. madde kapsamında haciz müzekkeresi ile haczedilebileceği söylenecek olursa, takip ekonomisine de tamamen aykırı bir biçimde haczin her ay tekrarlanması gerekecektir. Bu çerçevede, kanaatimizce, yıllık gelir sigortası çerçevesinde bağlanan maaşın İİK'nun 355 ve devamı maddelerinde öngörülmuş usule uygun bir şekilde haczedilmesi daha uygun olacaktır. Bu halde ise, icra müdürlüğü, 355. madde çerçevesinde, kural olarak bireysel emek-

⁵⁶ Levent Akın, Maaş ve Ücret Haczi, (AÜHFD 1995/44/4 s.335-364), s. 361; aynı yönde bkz. 12. HD 25.3.2002, 4914/6070: **Legalbank**.

⁵⁷ **Bolayır**, s. 879. Bireysel emeklilik sisteminde, emekliliğe hak kazanan katılımcı, bireysel emeklilik hesabındaki birikimlerinin defaten ödenmesini talep edebileceği gibi, kendisine maaş bağlanmasını da isteyebilir. Bu son ihtimalde, katılımcının yıllık gelir sigortası sözleşmesi yapması gerekmektedir. Bu çerçevede, katılımcının elde edeceği emeklilik maaşının İİK'nun 83. maddesi anlamında “*sigortalar ... tarafından tahsis edilen iradlar*” kapsamında değerlendirilmesinin mümkün olduğu da düşünülebilir. Hayat Grubu Sigortaları Yönetmeliği'nin “*İrat ödemeli hayat grubu sigorta ürünleri (yıllık gelir sigortaları)*” başlığını taşıyan 16. maddesinde de, yıllık gelir sigortaları, “*Tek ya da taksitli prim ödemeleri karşılığında, hemen veya belirli bir süre sonra başlayan, sigortalıya/sigortalılara veya sigortalının ölümü halinde hak sahiplerine belirli tutarlarda veya bir varlığa ya da varlık grubuna endeksli olarak ömür boyu veya belirli bir süre için düzenli irat ödemesi yapmayı öngören sigorta ürünleri.*” olarak tanımlanmıştır. Bununla birlikte, kanaatimizce, bu şekilde elde edilen gelirin “emeklilik maaşı” niteliği ağır basmaktadır. Zira “Genel Gerekeç”de de, 4632 sayılı Kanun'un amacı, “*toplumumuzun orta ve üst gelir katmanındaki bireylere kamu sosyal güvenlik sistemine ek olarak, emeklilik döneminde ek gelir sağlamak üzere, gönüllü katılıma dayalı ve belirlenmiş katkı esasına göre bireysel emeklilik sistemi oluşturmak*” olarak açıklanmış ve katılımcıların, emeklilik döneminde, “*o tarihe kadar bireysel katkılar ile varsa işverenlerin katkılarını nemaları ile birlikte bir kısmı veya tamamı, toplu olarak alınabileceği gibi ömür boyu emeklilik aylığı şeklinde de*” alınabileceği vurgulanmıştır.

lilik hesabının bulunduğu emeklilik şirketine⁵⁸, bir haciz yazısı göndermeli ve bununla borçlu katılımcının maaşının haczedildiği, hak kazanılan maaşın en geç bir hafta içinde icra dairesine bildirilmesi gerektiği ve borç bitinceye kadar mahcuz maaş miktarının borçlunun maaşından kesilip icra dairesine gönderilmesinin gerektiğine ilişkin hususlar ihtar edilmelidir. Borçlunun maaşına haciz konulduğunu icra dairesi tarafından kendisine gönderilecek olan ihbarname sayesinde öğrenen emeklilik şirketi ise, derhal maaşın haczedilebilir kısmı⁵⁹ üzerinde ihbarnamede belirtildiği oranda bir kesinti yapmalı ve bu miktar takip dosyasındaki borcu karşılamaya yönelik olmak üzere icra dairesine ödenmelidir. Emeklilik şirketinin, borçlu katılımcının maaşından kesmediği veya kesip de ilk vasıta ile icra dairesine göndermediği para, ayrıca mahkemeden hüküm alınmasına gerek kalmaksızın, icra dairesince emeklilik şirketinde bu iş ile ilgili personelin ücretinden veya diğer mallarından alınır (İİK m. 356, I).

Bu noktada, programlı geri ödeme çerçevesinde yapılan düzenli ödemelerin de İİK'nun 355. maddesi uyarınca haczinin mümkün olup olmadığını tartışmak gerekirse, programlı geri ödeme, gerekli şartları yerine getirip emekliliğe hak kazanan katılımcının bireysel emeklilik sistemi içinde kalarak, devlet katkısı hesabındaki tutarlar da dâhil olmak üzere toplam birikiminin, belirli aralıklarla ve belirli miktarlarda geri ödenmesini talep etmesidir⁶⁰. Bu çerçevede, kanaatimizce, yapılan ödemelerin, İİK'nun 83. maddesinin birinci fıkrasındaki anlamında “*tekaüd maaşı*” olarak ya da 355. maddesindeki anlamda “*maaş ve ücret*” olarak nitelendirilmesi mümkün görünmemektedir. Buna bağlı olarak da, katılımcıya programlı geri ödeme çerçevesinde yapılacak ödemelerin, ancak İİK'nun 89. maddesi çerçevesinde haciz ihbarnamesi veya 78. maddesi uyarınca haciz müzekkeresi gönderilmek suretiyle haczedilmesi gerekir. Bu konu aşağıda ayrıntılı olarak açıklanacaktır.

⁵⁸ Yıllık gelir sigortası sözleşmesi başka bir şirket veya sigorta şirketi ile yapılmış ve birikimler bu şirkete aktarılmış ise, 355. madde çerçevesinde çıkarılacak haciz müzekkeresinin bu şirkete tebliğ edilmesi gerekir.

⁵⁹ Bkz. ayrıntılı bilgi için aşa I, II, B.

⁶⁰ Bu konuda geniş bilgi için bkz. yuk. I, B, 5.

2. Katılımcının Mevcut Birikiminin Haczi

İİK'nun 89. maddesinde “*Hamiline ait olmayan veya cirosu kabil bir senede müstenit bulunmayan alacak veya sair bir talep hakkı....haczedilirse...*” denilmektedir. Kanaatimizce, katılımcının birikimi ve dolayısı ile fon payları üzerinde haciz uygulanması da, İİK'nun 89. maddesinin kapsamına dahildir.

Takip borçlusu katılımcının, derdest takip bakımından üçüncü kişi durumunda bulunan emeklilik şirketi nezdinde mevcut alacağının (birikiminin) haczi için şirkete, mutlaka İİK'nun 89. maddesine göre haciz ihbarnamesi gönderilmesi gerekmez. Zira, katılımcının emeklilik şirketindeki mevcut alacağı taşınır hükmünde olup (İİK m. 106, II), bu alacağın haczi taşınır haczine ilişkin usullere göre de yapılabilir. Bu çerçevede, katılımcının emeklilik şirketindeki mevcut alacağı, icra müdürlüğünce şirkete doğrudan haciz müzekkeresi gönderilmek suretiyle de haczedilebilir (İİK m. 78)⁶¹. Bu

⁶¹ Timuçin Muşul, İcra ve İflâs Hukuku, 3. B., Ankara 2008, s. 483-484; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 300; Baki Kuru, Bankalardaki Mevduatın ve Diğer Alacakların Haczi, Genişletilmiş 2. B., İstanbul 2002, s. 14; Ahmet Cahit İyilikli, Haciz İhbarnameleri (İİK m. 89), Ankara 2012, s. 17, 299; M. Kâmil Yıldırım/Nevhis Deren-Yıldırım, İcra Hukuku, Genişletilmiş Gözden Geçirilmiş 5. B., İstanbul 2012, s. 165. “*Borçlunun 3. kişi Bankadaki alacağı- mevduatı İ.İ.K.'nun 106/2.maddesi gereğince menkul hükmündedir. Bu nedenle bankadaki mevduatın haczi menkul haczi gibi icra müdürlüğünce Bankaya yazılacak yazı ile de haczedilebilir (H.G.K. 1.12.1999 tarih 1999/12-1003/1017 sayılı kararı). İ.İ.K.'nun 88.maddesinin üst başlığında da açıkça belirtildiği gibi bankaya haciz ihbarnamesi gönderilmesi bankadaki mevduatın borçluya ödenmesini önleyen muhafaza tedbiridir. Bu nedenle mevduatın haczi için haciz yazısı dışında bankaya ayrıca İ.İ.K.'nun 89.maddesi gereğince haciz ihbarnamesi tebliği şart değilse de mevduatın 3.kişi nezdinde alacak niteliğini de arz etmesi sebebi ile sözü edilen madde doğrultusunda haciz ihbarnamesi gönderilmesi sureti ile haczedilmesine de yasal bir engel bulunmamaktadır. Bu işlem yapıldığı takdirde İ.İ.K.'nun 89 ve bunu izleyen maddelerindeki hukukî sonuçlar doğar. İ.İ.K.'nun 89.maddesindeki koşulları taşımayan haciz yazısı gönderilmesi halinde ise anılan maddedeki sonuçlar doğmaz ve borç bankanın zimmetinde sayılmaz” (12. HD 5.12.2011, 8308 /26324: Legalbank); “*Borçlunun bankada mevduatı varsa, bankaya gönderilen haciz yazısı birinci haciz ihbarnamesindeki şartları ihtiva etmese bile geçerli ve yeterli olup, borçlunun mevduatı haczedilmiş sayılır. Haciz tebliğ yazısını alan banka, artık borçluya ödeme yapamaz. Sadece İcra Dairesi'ne ödemede bulunabilir. Borçlunun, bankada mevduatı yok ya da borca yeterli değil ise, işte o zaman haciz yazısı ile 89/1 haciz ihbarnamesi**

durumda, icra müdürünün haciz iradesini alenileştirmesi ve icra dairesinde haciz tutanağı düzenlenmesi⁶² ile katılımcının emeklilik şirketindeki alacağı haczedilmiş (haciz tekemmül etmiş) olur^{63,64}. Bunun için, emeklilik şirketine

*arasındaki özellik ortaya çıkar.-Bir başka deyişle bankada mevduatın bulunmaması halinde İİK'nun 89. maddesindeki koşulları taşımayan haciz yazısı ile anılan maddedeki sonuçlar doğmaz ve borç bankanın zimmetinde sayılamaz.” (HGK 1.2.1999, 12-1003/1017: **Legalbank**); aynı yönde bkz. 12. HD 3.03.2011, E. 2010/21646, K. 2011/2512; 12. HD 16.2.2001, 1313/2890; 12. HD 3.3.2008, 1413/3939; 12. HD 3.3.2011, E. 2010/21646, K. 2011/2512; 12. HD 15.6.2010,2831/15252; 12. HD 15.6.2010, 2831/15252: **Legalbank**.*

⁶² Bu durumda, haciz tutanağı düzenlenmesi için mahalline gidilmesine gerek yoktur. Haciz tutanağı icra dairesinde düzenlenir. Bu haciz tutanağının haczi yapan memur, alacaklı ve borçlu tarafından imza edilmesi gerekir (İİK Yön. m. 38, I). Eğer borçlu söz konusu haciz tutanağının düzenlendiği sırada icra dairesinde hazır değilse, üçüncü kişideki alacağının haczedildiğinin borçluya bildirilmesi gerekir (bkz. İİK m. 103; İİK Yön. m. 41). Bununla, aynı zamanda borçluya, alacaklının muvafakati ve icra müdürünün izni olmaksızın haczedilen alacak üzerinde tasarruf edemeyeceği, aksine hareketin cezai sorumluluğu gerektireceği ihtar edilmelidir (İİK m. 86, I) (**Kuru**, Mevduat Haczi, s. 14-16; Baki **Kuru**, İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, Tamamen Yeniden Yazılmış ve Genişletilmiş 2.B., İstanbul 2013, s. 462).

⁶³ Haczin ne zaman tekemmül ettiğine ilişkin öğretide görüş ayrılığı vardır. Bir görüşe göre, haczin tekemmülü için icra memurunun haciz iradesini açıklaması yeterlidir (İlhan E. **Postacıoğlu**, İcra Hukuku Esasları, İstanbul 1982, s. 294; Timuçin **Muşul**, İcra ve İflâs Hukuku, C.I., Güncellenmiş Genişletilmiş 6. B., Ankara 2013, s.506 Ramazan **Arslan**, Borçlunun Üçüncü Kişilerde Bulunan Mal ve Alacaklarının Haczi, (Recaî Seçkin'e Armağan, Ankara 1974, s. 81-114), s. 86; **Kuru**, Mevduat Haczi, s. 16; **Kuru**, El Kitabı, s.463; **Yavaş**, s. 19; ayrıca bkz. Saim **Üstündağ**, İcra Hukukunun Esasları, İstanbul 2004, s. 147'deki yazarlar). Ancak bu irade açıklamasının, haciz sırasında mevcut bulunan borçlu veya onun temsilcisi karşısında yapılmış olması gerekir. Konuya ilişkin bir diğer görüşe göre ise, haciz, icra müdürünün mallarının haczine ilişkin iradesinin haciz tutanağına geçirilmesi ile tamamlanır (bkz. **Üstündağ**, s. 147'de anılan yazarlar). Her iki görüş bakımından da, kıymet takdiri (İİK m. 87), haczin üçüncü kişilere ihbarı (İİK m. 89), taşınmaz haczinde tapu dairesine haber verilmesi (İİK m. 91) haczin geçerliliği için gerekli şartlardan değildir.

⁶⁴ “Alacaklının haciz talebi üzerine, icra müdürlüğünce haciz talebinin kabul edildiğinin tutanağa yazılmasıyla haciz gerçekleşmiş olur. Bir diğer anlatımla **haciz talebinin kabulünün tutanağa yazıldığı tarih haciz tarihidir**. Haciz müzekkeresinin gönderilip gönderilmemesi veya gereğinin yerine getirilip getirilmemesi geçerliliğini etkilemez. Zira, bu işlemler muhafaza tedbiridir.” (12. HD 27.06.2012, 5505/22696: **Legalbank**);

birinci haciz ihbarnamesinin de gönderilmiş olması şart değildir. Zira, İİK'nun 89. maddesinin de altında yer aldığı üst başlıkta açıkça belirtildiği üzere, üçüncü kişiye haciz ihbarnamesi gönderilmesi, üçüncü kişideki alacağın borçluya ödenmesini önleyen bir muhafaza tedbiridir⁶⁵. Aynı tespit, haciz müzekkeresi için de tekrarlanabilir. Sonuç olarak, katılımcı aleyhine yapılan haczin geçerliliği söz konusu haczin emeklilik şirketine bildirilmesine bağlı değildir. Haczin emeklilik şirketine bildirilmesi, katılımcının emeklilik şirketinden olan mahcuz alacağının korunmasına yöneliktir. Zira, emeklilik şirketi bakımından haczin etkileri ancak haciz müzekkeresinin/haciz ihbarnamesinin şirkete tebliği ile doğar⁶⁶.

Emeklilik şirketi, kendisine ister haciz müzekkeresi (İİK m. 78), ister haciz ihbarnamesi (İİK m. 89) gönderilsin, katılımcının bireysel emeklilik hesabı üzerine derhal haciz kaydı düşmelidir⁶⁷. Bunun yanı sıra, şirket artık

“Somut olayda, icra dairesinin borçlunun bankadaki mevduatının haczi için doğrudan haciz yazısı gönderdiği tespit edilmiştir. İcra dairesinde haciz kararı verildiği tarihte haciz tamamlanmış olacağından üçüncü kişi durumundaki bankanın haciz yazısına karşı "mevduat üzerinde borçlunun çek riskinden dolayı blokeye alınan bedel olup mevduatın takip dosyasına gönderilmesi mümkün değildir" şeklindeki cevabı (istihkak iddiası) niteliğindedir. Bu durumda icra müdürünün İ.İ.K.nun 99. maddesindeki kural-lara göre işlem yapması gerekeceğinden....” (12. HD 3.3.2011, E. 2010/21646, K. 2011/2512: Legalbank); aynı yönde bkz. 12. HD 15.6.2010, 2831/15252; 12. HD 15.6.2010, 2831/15252: Legalbank.

⁶⁵ **Kuru**, Mevduat Haczi, s. 16; **Kuru**, El Kitabı, s. 463; **İyilikli**, s. 17, s. 301; **Muşul**, C. I s. 600; **Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 166; **Arslan**, s. 522; *“Borçlunun üçüncü kişilerdeki (bankadaki) alacağı-mevduatı İİK'nun 106/2. maddesi gereğince menkul hükmündedir. Bu nedenle, bankadaki mevduatın haczi menkul haczi gibi yapılır. Ancak, bankadaki mevduat hakkında haciz tutanağı düzenlenmesi için mahalline, yani bankaya gidilmesine gerek yoktur. Haciz tutanağı İcra Dairesi'nde düzenlenir ve haczi yapan memur, alacaklı ve borçlu tarafından imza edilir. Bu işlemlerin tamamlanması ile borçlunun bankadaki mevduatı haczedilmiş olur. Haczin tekemmülü için bankaya İİK'nun 89. maddesi gereğince haciz ihbarnamesinin de ayrıca tebliğ edilmiş olması şart değildir. İİK'nun 88. maddesinin üst başlığında da açıkça belirtildiği gibi, bankaya haciz ihbarnamesi gönderilmesi, bankadaki mevduatın borçluya ödenmesini önleyen bir muhafaza tedbiridir.” (HGK 1.2.1999, 12-1003/1017: Legalbank).*

⁶⁶ **Yavaş**, s. 41; Ali Nevzat **Açıkgöz**, Borçlunun Üçüncü Kişilerde Bulunan Menkul Mal ve Alacaklarının Haczi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 1989, s. 19.

⁶⁷ **Ünan/Karayazgan**, s. 290, 291.

takip borçlusu katılımcıya ödeme yapamaz; borcunu icra dairesine ödemek zorundadır. Aksi takdirde, emeklilik şirketi, icra dairesine yeniden ödeme yapma riski ile karşı karşıya kalır⁶⁸. Bununla birlikte, katılımcının, emeklilik şirketinde herhangi bir alacağı yok ise veya var olan alacağı takip konusu borca yeterli değil ise, işte o zaman haciz müzekkeresi ile haciz ihbarnamesi arasındaki fark ortaya çıkar. Yargıtay'ın da yerleşik içtihatlarıyla kabul etmiş bulunduğu gibi⁶⁹, bu hallerde emeklilik şirketine, İİK'nun 89. maddesindeki

⁶⁸ **Postacıoğlu**, Alacakların Haczi, s.520; **Arslan**, s. 86; **Yavaş**, s. 43.

⁶⁹ “Borçlu hakkında takibin kesinleşmesinden sonra, alacaklı, İİK.nun 78 ve müteakip maddeleri gereğince borçlunun hak, alacak ve malları üzerine doğrudan haciz konulmasını isteyebileceği gibi, İİK.nun 89. maddesi gereğince borçlunun 3. şahıs nezdindeki hak ve alacağının haczi için anılan madde koşullarında üçüncü şahsa 89/l ve 2. haciz ihbarı tebliği suretiyle de üçüncü şahıs nezdindeki hak ve alacağın haczini de talep edebilir. Her iki hal İİK.nun da farklı maddelerde ve farklı düzenlemeye tabi tutulmuş, sebep ve sonuçları ayrı ayrı belirlenmiştir. Somut olayda, şikayetçi bankaya gönderilen 2.1.2003 tarihli yazı **İİK.nun 78. maddesi kapsamında ve haciz müzekkeresi niteliğinde olup, İİK.nun 89/l. maddesine uygun 1. haciz ihbarı vasfında değildir. Bankanın borçluya ait hesap var ise haciz gereği işlem yapması yeterli olup 89. maddeye göre olumsuz koşulların meydana gelmesi söz konusu değildir. Bu durumda İİK.nun 89. maddesinden farklı olarak bankanın doğrudan doğruya İİK.nun 78. maddesine göre istenen haciz nedeniyle herhangi bir sorumluluğu bulunmamaktadır. Başka bir anlatımla banka nezdinde kesinleşen haciz konusu bir alacak yoktur. O halde şikayetçi bankaya İİK.nun 89/l. maddesine uygun olarak 1. haciz ihbarnamesi tebliğ edilmeden İİK.nun 78. maddesi uyarınca doğrudan doğruya haciz konulmasına ilişkin işleme sürecinde itiraz edilmediğinden bahisle İİK.nun 89/2. maddesine göre 2. haciz ihbarnamesi gönderilmesi yasaya aykırı olup mercice bu nedenle şikayetin kabulüne karar verilmesi gerekirken yazılı nedenlerle istemin reddi isabetsizdir” (12. HD 1.7.2003, 12790/15680); “Borçlu hakkında takibin kesinleşmesinden sonra alacaklının İİK.nun 78 ve müteakip maddeleri gereğince borçlunun hak, alacak ve malları üzerine doğrudan haciz konulmasını isteme hakkı vardır. Öte yandan, İİK.nun 89. maddesi gereğince borçlunun 3. şahıs nezdindeki hak ve alacağının haczi içinde anılan koşullarında üçüncü şahsa 89/l. ve 2. haciz ihbarı tebliğ sureti ile üçüncü şahıs nezdindeki borçluya ait hak ve alacağın haczi de mümkündür. Her iki halde İİK.nun da farklı madde ve düzenlemeye bağlanmış sebep ve sonuçları değişiklik arzeder. Alacaklının **İİK.nun 78. maddesi gereğince borçlunun şikayetçideki alacaklarına doğrudan doğruya haciz müzekkeresi gönderilmesini istemesinde yasaya uymayan bir cihet yoktur. Şikayetçinin borçluya ait hak ve alacak var ise haciz gereği işlem yapması yok ise haczedilecek mal ve hak bulunmadığından herhangi bir şey yapmasına gerek yoktur. Bu durumda İİK.nun 89. maddesinden farklı olarak şikayetçi 3. kişinin İİK.nun 78. maddesine göre doğrudan doğruya iste-****

koşulları taşımayan “*haciz müzekkeresi*” gönderilmiş ise, anılan maddedeki sonuçlar doğmaz ve borç emeklilik şirketinin zimmetinde sayılmaz.

Bu noktada dikkat çekilmesi gereken önemli husus, gerek genel hükümlere göre haciz müzekkeresi gönderilmesine (İİK m.78), gerekse haciz ihbarnamesi (İİK m. 89) gönderilmesine karar verilmesi durumunda, muhatap üçüncü kişinin “*emeklilik şirketi*” olduğudur. Ancak uygulamada katılımcı aleyhindeki icra takibine dayalı haciz uygulaması, icra dairelerince doğrudan Takasbank nezdinde yapılmakta ve bireysel emeklilik şirketi ise bu durumu çok sonra Takasbank’tan öğrenmektedir. Oysa takip borçlusu katılımcı, Takasbank’tan değil, emeklilik şirketinden alacaktır. Zira, katılımcının hacze konu alacağı, şirket ile gerçekleştirdiği bireysel emeklilik sözleşmesi ve bu sözleşme dolayısı ile şirket nezdinde açılan bireysel emeklilik hesabından kaynaklanmaktadır. Takasbank’ın görevi, Bireysel Emeklilik Tasarruf ve Yatırım Sistemi Kanunu, ilgili yönetmelik ve tebliğ hükümleri çerçevesinde, emeklilik şirketinin kurucusu bulunduğu emeklilik yatırım fonlarının portföyündeki varlıkların fon adına açılan hesapta saklanması, emeklilik şirketinin alt hesabı olarak katılımcılar adına açılan hesaplarda, katılımcıların sahip oldukları ve fondaki katılımlarını gösteren pay adetleri ve fon pay birim değerlerinin kayıtlarının Takasbank nezdinde tutulmasından ibarettir. Bu anlamda Takasbank’ın fon kayıtlarının tutulduğu ve fon malvarlığının saklandığı bir “kasa” olmak dışında başkaca bir işlevi yoktur⁷⁰. Bu çerçevede, Takasbank’ın fonlara kendiliğinden blokaj uygulaması da, satması da hukuka aykırıdır. Zira, Takasbank nezdinde bulunan fonlara inancılı mülkiyet esasları uyarınca fon kurucusu emeklilik şirketi sahiptir. Bunların bloke edilmesi ve katılımcıya ait sayılarak satılması hukuken mümkün görülmez. Bu çerçevede, borçlu olmadığı bir para için kendisine İİK’nun 89. maddesi kapsamında haciz ihbarnamesi gönderilen Takasbank’ın yapması gereken işlem, katılımcı borçlunun kendisinden bir alacağı olmadığını ve

nen haciz nedeniyle herhangi bir sorumluluğu bulunmamaktadır. Başka bir anlatımla üçüncü kişi nezdinde kesinleşen haciz konusu bir alacak yoktur.- Ancak, haciz konusu paranın varlığı halinde üçüncü kişi para üzerine haciz koymakla yetinmelidir. Bu hacze ilişkin şikayet hakkı da (haczedilmezlik şikayeti) borçluya aittir.” (12. HD 20.4.2004/5486/9785): **Legalbank**.

⁷⁰ **Ünan/Karayazgan**, s. 97, s. 291; **Alanya**, s. 63; **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, s. 286 dn. 257.

kendi nezdinde saklanan fonların emeklilik şirketine ait bulunduğunu belirterek süresi içinde itiraz etmektir⁷¹. Bununla birlikte, Takasbank tebellüğ ettiği haciz ihbarnamesine itiraz etmezse aşağıdaki sonuçlar ortaya çıkacaktır:

- Haciz ihbarnamesinin Takasbank'a tebliğ edilmesi ile İİK'nun 89. maddesinde öngörülen sonuçlar asıl muhatap olan emeklilik şirketi bakımından doğmaz⁷². Zira, bu halde, emeklilik şirketine tebliğ edilmiş bir haciz ihbarnamesi mevcut değildir. Bu nedenle, anılan maddede öngörülen prosedür tamamlanmadan, emeklilik şirketinden haczedilen tutarların icra müdürlüğüne gönderilmesi istenemez; aksi, süresiz şikâyete tâbi olur⁷³.
- İcra dairesinde düzenlenecek haciz tutanağı ile katılımcının emeklilik şirketindeki alacağı haczedilmiş olur. Bunun için, üçüncü kişiye haciz ihbarnamesinin de gönderilmiş olması şart değildir. Bu nedenle, haciz ihbarnamesinin Takasbank'a gönderilmiş olması haczi geçersiz kılmaz.
- Takasbank haciz ihbarnamesine itiraz etmeyerek, haczin emeklilik şirketinin inancılı olarak malik olduğu fon malvarlığı üzerinde tatbik edilmesine yol açmış olur⁷⁴. Bu halde ise, Yargıtay uygulamasına göre, şikâyet yoluyla haczin kaldırılmasının talep edilmesi mümkün değildir. Zira, Yargıtay haczin kaldırılmasını borçlunun değil de malvarlığı üzerinde haciz uygulanan üçüncü kişinin talep etmesi durumunda, uyuşmazlığın istihkak davası prosedürü ile giderilmesi gerektiği görüşündedir. Bu çerçevede, emeklilik şirketi, Takasbank nezdinde fonlar üzerinde haciz uygulandığını öğrendiği tarihten itibaren 7 gün içinde mülkiyet hakkına dayalı istihkak iddiasında bulunup, iddiasını haciz tutanağına geçirtmelidir. Zira, tüzel kişiliği bulunmayan ve emeklilik şirketi tarafından kurulan fon ile ilgili her türlü işlem fon kurucusu olan emeklilik şirketi tarafından yürütülür

⁷¹ Ünan/Karayazgan, s. 97, s. 291; Alanya, s. 63.

⁷² İyilikli, s. 20; aynı yönde bkz. 12. HD 30.3.2009, E. 2008/26443, K. 2009/6631: İyilikli, s. 20 dn.25.

⁷³ İyilikli, s. 20 ve aynı yer dn. 25 ve 26'daki kararlar.

⁷⁴ Karş. Bolayır, s. 883-884.

(4632 s. K. m. 15/1; Fon Yön. m. 5/2, m. 7/1). Zira, inançlı mülkiyet esasında, fona, inançlı olarak fon kurucusu olan emeklilik şirketi sahiptir. Tasarruf sahibi katılımcılar ise, yatırım fonundaki varlıklar/fonun malvarlığı üzerinde katılma pay adetleri kadar hak sahibi olup, fonla ilgili işlemleri yapma yetkilerini, fon iç tüzüğü ile fon kurucusu emeklilik şirketine verirler.

- Katılımcının emeklilik şirketi nezdinde olan birikimi üzerinde iki farklı alacak için haciz uygulanabilir. Bu halde, İİK'nun 89. maddesi uyarınca gönderilen haciz ihbarnamelerinden biri emeklilik şirketine, diğeri Takasbank'a gönderilmişse, emeklilik şirketinin sadece kendisine tebliğ edilen haciz ihbarnamesi çerçevesinde işlem yapma zorunluluğu vardır. Emeklilik şirketinden, Takasbank'a gönderilen haciz ihbarnamesi çerçevesinde haczedilen tutarların icra müdürlüğüne gönderilmesi istenemez; aksi, süresiz şikâyete tâbi olur.

3. Katılımcının Müstakbel (Beklenen/Doğacak) Alacaklarının Haczi

İki kişi (takip borçlusunu ile onun borçlusunu üçüncü kişi) arasında mevcut olan bir hukukî ilişkiye dayanan, henüz doğmamış olmakla beraber, ilerde doğması muhtemel bulunan *alacaklara "müstakbel (beklenen veya doğacak) alacaklar"* denir. Kural olarak müstakbel hak ve alacakların haczi caiz olmayıp, İİK'nun 89. maddesine göre haciz ihbarnamesi gönderilebilmesi için takip borçlusunun üçüncü kişi nezdinde *mevcut* bir alacağının bulunması gereklidir. Bununla birlikte, Türk hukuk öğretisinde, takip borçlusunu ile üçüncü kişi arasında İİK'nun 89. maddesi uyarınca haciz ihbarnamesinin tebliğ edildiği anda bir hukukî ilişkinin (temelin) mevcut olması, bu hukukî ilişkiden doğacak alacağın cinsinin ve borçlusunun (takip borçlusunun borçlusunun) belli olması durumunda müstakbel alacak haczinin de mümkün olduğu kabul edilmektedir^{75,76}. Bu halde, alacağın miktarının belli olmaması

⁷⁵ **Kuru**, Mevduat Haczi, s. 127; Baki **Kuru**, İcra ve İflâs Kanunu'nun 89. Maddesinde Yapılan Değişiklikler, (Bankacılar Dergisi 2003/47, s. 59-82), s. 76; **Üstündağ**, s. 239; **Arslan**, s. 97; **Yavaş**, s. 169. Bununla birlikte, Maliye Bakanlığı Gelirler Genel Müdürlüğü de, 26.4.1960 gün ve 284 seri nolu tahsilât genel tebliği ile, 6183 sayılı Kanun'un uygulaması bakımından "*bankalara tebliğ edilecek ihtiyatî haciz ve hacizler*

veya böyle bir alacağın doğmama ihtimalinin bulunması önemli değildir. Müstakbel alacakların haczinin söz konusu olduğu durumlarda, icra dairesince, İİK'nun 89. maddesi uyarınca üçüncü kişiye haciz ihbarnamesinin gönderilmesinden sonra, üçüncü kişi, haciz ihbarnamesinin tebliğ tarihinden itibaren yedi gün içinde, takip borçlusunu ile aralarında bir hukukî ilişki bulunduğunu, ancak bu ilişkiden henüz takip borçlusunu lehine doğmuş ve ödenebilir bir alacağın bulunmadığını, ileride takip borçlusunu lehine bir alacak doğarsa bunu icra dairesine ödeyeceğini bildirmelidir⁷⁷. Daha sonra, takip borçlusunu ile üçüncü kişi arasındaki hukukî ilişkiden bir alacak doğarsa, üçüncü kişi, bu alacağı, takip borçlusuna değil, icra dairesine ödemelidir.

Buna karşılık, birinci haciz ihbarnamesinin tebliğ edildiği anda takip borçlusunu ile üçüncü kişi arasında mevcut olan bir hukukî ilişkiye dayanmayan, sırf ümit ve ihtimale dayanan alacakların ise, teknik anlamda müstakbel alacak olmadığı kabul edilmektedir⁷⁸. Böyle durumlarda, üçüncü kişiye, İİK'nun 89. maddesi uyarınca haciz ihbarnamesi gönderilirse, üçüncü kişi, ihbarnameyi tebellüğ ettiği tarihten itibaren yedi gün içinde, icra

âmmе borçlularının haczin tebliği tarihinde mevcut olan varlıklarına inhisar ettirilerek, geleceğe muzaf olarak ileride doğacak alacakları için ihtiyatî haciz veya haciz tebliğ edilmemesi" gerektiğini ifade etmiştir (Kemal Aykaç, Açıklamalı Âmmе Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun ve Genel Tebliğleri, Ankara 1976, s. 523-524).

⁷⁶ İşçiler ve memurların işveren nezdindeki işleyecek ücret alacakları, kiralayanın kiracıdan olan işleyecek kira alacağı, müstakbel alacaklara örnek olarak gösterilebilir. Bunun gibi, takip borçlusunu bankaya tahsil için kambiyo senedi vermiş ise, takip borçlusunun bankada müstakbel bir alacağı var demektir ve alacaklı, borçlusunun bankadaki bu müstakbel alacağına haciz koydurabilir. Yine, takip borçlusunun bankada mevcut olan bir hesabına, bundan sonra yatırılacak paralara da haciz konulabilir.

⁷⁷ Bkz. **Kuru**, Mevduat Haczi, s. 130-131.

⁷⁸ Örneğin gelecekte akdedilecek olan bir satış sözleşmesinden doğacak olan talebin haczi caiz değildir. Bunun gibi henüz kiralanmamış bir evin kira bedelleri; henüz yapılmamış olan bir işe ilişkin komisyon bedeli haczedilemeyecektir. Ayrıca, bankada hiçbir hesabı olmayan bir kişi adına bundan sonra bankaya gelmesi muhtemel havaleler takip borçlusunu bakımından müstakbel bir alacak sayılamaz ve alacaklı böyle bir özelliğe sahip bulunan muhtemel havale için bankaya haciz ihbarnamesi göndertemez. İsviçre mahkemeleri de, bir futbolcunun gelecekteki belirsiz vakıalara bağlı olan transfer alacağının, sadece beklentiden ibaret olduğundan haczedilemeyeceğine karar vermiştir. Yine, spor kulübünün gelecekteki bir maç geliri, maç yeri ve tarihi belli olsa bile, sadece beklentiden ibaret olduğundan haczedilemez (**Kuru**, Mevduat Haczi, s. 127-128).

dairesine, takip borçlusunun kendi nezdinde hiçbir alacağının bulunmadığını bildirmelidir. Üçüncü kişinin, daha sonra nezdinde takip borçlusu adına para alacağı doğup doğmadığını devamlı olarak takip etmesi gerekli değildir. Zira bu halde, üçüncü kişi, kendisine gönderilen haciz ihbarnamesi “*doğmuş veya doğacak alacakların haczi*” ibaresini içerse bile, söz konusu ihbarnameyi tebellüğ ettiği tarihteki mevcut durumla sınırlı olarak sorumlu olacaktır.

Müstakbel alacakların İİK'nun 89. maddesi uyarınca haczedilebileceğine ilişkin bu görüş, öğretilerde bazı eleştirilere de uğramıştır. Örneğin, **İYİLİKLİ**'ye göre, üçüncü kişinin İİK'nun 89. maddesi uyarınca ortaya çıkacak sorumluluğu, haciz ihbarnamesini tebellüğ ettiği tarihte nezdindeki alacağın likit, ihtilafsız ve ödenebilir (muaccel) olmasına bağlıdır⁷⁹. Dolayısıyla, bu şekilde bir belirlilik taşımayan müstakbel bir alacak için gönderilen haciz ihbarnamesi, üçüncü kişi bakımından yasal neticeleri doğurmaz. Bu hareket tarzı, üçüncü kişiyi katlanılması güç bir mükellefiyetten kurtaracağı gibi, takip borçlusunun diğer alacaklıları açısından da oluşabilecek bir haksız öncelik haline meydan verilmesini engeller ve sıra cetvelinin takip hukukuna uygun olarak düzenlenmesini mümkün kılar.

YAVAŞ ise, söz konusu görüşü, takip borçlusu ile aralarında bir hukukî ilişki olmakla birlikte henüz bu ilişkiden kaynaklanan bir borcu bulunmayan üçüncü kişinin haciz ihbarnamesi karşındaki sorumluluğunun süresini belirsiz kıldığı gerekçesiyle eleştirmiştir⁸⁰. Yazar, üçüncü kişinin sorumluluğunun süresinin farklı ihtimallere göre belirlenmesi gerektiğini savunmaktadır. Buna göre, üçüncü kişi tarafından birinci haciz ihbarnamesinin tebellüğü anında takip borçlusu lehine doğmuş bulunan bir alacak mevcut değilse, üçüncü kişi bu ihbarnameye itiraz edebilir ve bu ihtimalde takip alacaklısı, üçüncü kişiye karşı İİK'nun 89. maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca dava açabilir. Davanın süresinde açılmasıyla üçüncü kişinin sorumluluğu davanın sonuçlanmasına kadar devam edecektir. Davanın devamı sırasında üçüncü kişi nezdinde bir alacak doğarsa, bunun üçüncü kişi tarafından icra müdürlüğüne ödenmesi ile, icra mahkemesinde dava konusuz kalacaktır. Üçüncü kişi, birinci haciz ihbarnamesine itiraz etmiş olmakla birlikte, takip alacaklısı tarafından icra mahkemesinde söz konusu dava açılmazsa, üçüncü kişinin

⁷⁹ **İyilikli**, s. 246-247; s. 122 dn. 75, 76, 77.

⁸⁰ **Yavaş**, s. 170-171.

sorumluluğu da sona erecektir. Zira birinci haciz ihbarnamesine itiraz eden üçüncü kişiye ikinci haciz ihbarnamesinin gönderilmesi söz konusu olmayacaktır. Üçüncü kişi, birinci haciz ihbarnamesini tebellüğ ettiği anda, nezdinde takip borçlusu lehine doğmuş bir alacak mevcut olmamasına rağmen ihbarnameye süresinde cevap vermemişse, sorumluluğunun süresi ikinci haciz ihbarnamesinin tebliğinden itibaren yedi gün daha uzayacaktır. Bu halde, 89. maddenin dördüncü fıkrasında öngörülen usulün uygulanması durumunda az önce söylenenler aynen geçerlidir. Üçüncü kişinin ikinci haciz ihbarnamesine de itiraz etmemesi durumunda ise, kendisine son bildirim gönderilebilecektir. Bu halde son bildirim tebliğinden itibaren on beş gün içinde menfi tespit davası açılması durumunda ise, sorumluluğun süresi, açılan bu davanın sonuna kadar uzayacak; dava süresi içinde açılmazsa sorumluluk ortadan kalkacaktır.

Yargıtay'ın konuya ilişkin yaklaşımına gelince, Yüksek Mahkeme'ye göre de, "...Takip borçlusunun üçüncü kişideki müstakbel alacağının haczi mümkündür. Haciz sırasında alacağın doğmuş olması gerekmez, alacağın doğumunun ihtimal dahilinde bulunması yeterlidir"⁸¹. Ancak, "...(m)evcut bir ilişkiye dayanmayan sırf ümit ve ihtimale dayanan alacaklar haczedilebilir, alacaklar olarak kabul edilemez. Bunun kabulü halinde ...(üçüncü kişiler) büyük bir külfet altına sokulmuş olacaktır"⁸². Bunun yanı sıra, Yargıtay'ın bazı kararlarına göre, müstakbel alacaklar için İİK'nun 89. maddesine göre haciz ihbarnamesi gönderilebilmesi için "...üçüncü kişi nezdinde bir alacağın mevcut olması gerekir. Ancak, müstakbel (beklenen) alacaklar için haciz ihbarnamesi gönderilebilmesi üçüncü kişiyle borçlu arasında süregelen bir hukuki ilişkinin varlığına bağlıdır. Böyle bir hukuki ilişki nedeniyle borçluya ödenecek ve devamlılık arz eden bir alacağın bulunması hallerinde üçüncü kişiye haciz ihbarnamesi gönderilebilir"⁸³.

⁸¹ 19. HD 23.9.1999, 4545/5107: **Kuru**, Mevduat Haczi, s.127.

⁸² 11. HD 3.7.2009, E. 2008/1799, K. 2009/8239: **İyilikli**, s. 180-181 dn. 91'den naklen

⁸³ 19. HD 10.9.2008, 1086/11612: **İyilikli**, s. 242 dn. 323'den naklen; "İİK'nun 88. maddesinde üçüncü kişide mevcut olanın haczi mümkün iken, 89. maddede düzenlenen haciz ihbarnameleri ile borçlunun borçlusu konumundaki üçüncü kişinin elinde o anda bulunan mal, alacak ve diğer hakların haczedilmesi mümkün olduğu gibi, borcun tamamen ödenmesine kadar geçecek sürede (işçi ve memurların işveren nezdindeki ücret alacakları, aylık kira bedeli, yüklenici lehine tahakkuk eden hak edişler vb. gibi) üçüncü

Bununla birlikte, Yüksek Mahkeme'nin çoğunlukta bulunan diğer bazı kararlarına göre ise, "Kural olarak, ileride doğacak bir hak için haciz ihbarnamesi gönderilmesi mümkün değildir. İİK'nun 89. maddesi gereğince üçüncü şahsa, borçlunun, nezdinde doğmuş ve doğacak hak ve alacaklarının haczi şeklinde haciz ihbarnamesi çıkarılması halinde, üçüncü şahsın sorumluluğu, haciz müzekkeresinin kendisine ulaştığı tarihteki mevcut (fili) durumla sınırlıdır. Rutin ödemeler (kira alacakları vs.) dışında ileride doğacak, doğması muhtemel bir hakkın bu aşamada üçüncü şahıslarca net olarak bilinmesi mümkün olmadığından, haciz ihbarnamesi muhtemel alacaklar açısından sonuç doğurmaz. -Borçlunun, üçüncü kişi nezdinde ileride doğması muhtemel alacaklarının haczi ise ancak İİK'nun 78. maddesine göre

kişi nezdinde oluşacak, müstakbel alacakların da haczi mümkün kılınmıştır. -Takip borçlusu ile onun borçlusu olan banka arasında mevcut olan bir hukuki ilişkiye dayanan, henüz doğmamış olmakla beraber, ileride doğması muhtemel bulunan alacaklara müstakbel alacaklar denir.-Müstakbel (beklenen) bir alaktan bahsedebilmek için, bir hukuki ilişkinin mevcut olması, bu hukuki ilişkiden doğacak alacağın eisinin ve borçlusunun belli olması yeterlidir (Kuru, Baki; a.g.e. s.428). -Ancak, borçlu ile banka arasında mevcut bir hukuki ilişkiye dayanmayan, sırf ümit ve ihtimale dayanan alacaklar, devamlılık arz eden bir alacak olmadığından, müstakbel alacak olarak haczi mümkün olmayacak, bu halde haciz ihbarnamesinin bankaya tebliği anında bankada borçlu adına mevcut olan alacaklar haczedilebilecektir. Zira bu halde, borçlu ile banka arasında devri edimler doğuran temel bir hukuki münasebet yoktur. -Üçüncü kişi bankaya gönderilen haciz ihbarnamesi, doğmuş ya da doğacak alacakların haczi ibaresini içerse bile, üçüncü kişi banka haciz ihbarnamesini tebellüğ ettiği tarihteki mevcut durumla sınırlı olarak sorumlu olacaktır... -Yukarıda yapılan açıklamaların ışığında somut uyuşmazlığın incelenmesinde, haciz ihbarnamesinin tebliğ tarihinde borçlunun davalı/üçüncü kişi banka nezdindeki mevduat hesabında bulunan miktar üzerine haciz uygulandığı, haciz ihbarnamesinde doğacak alacaklar üzerine de haciz konulmuş olduğu bildirilmiş olmasına rağmen takip borçlusu ile davalı/üçüncü kişi banka arasında, banka nezdinde müstakbel alacak doğuracak (kira, istihkak, maaş vb) bir hukuki ilişkinin olmadığı, borçlunun banka nezdinde mevduat hesabı bulunmakla birlikte anılan mevduat hesabına düzenli (periyodik) olarak para yatırılmasının da söz konusu olmadığı açıktır.-Bu durumda, davalı/üçüncü kişi banka tarafından sadece haciz ihbarnamesinin tebliğ tarihinde mevcut hesap bakiyesine haciz uygulanmasına ilişkin işlem hukuka uygun olup" (HGK 26.09.2012, 12-139/624); aynı yönde bkz. 19. HD 20.4.2000, 964/2997; 12. HD 28.11.2013, 29598/37835: Legalbank; 12. HD 8.3.2002, 3683/4795: Kuru, Mevduat Haczi, s. 127.

gönderilecek haciz yazısı ile mümkündür⁸⁴.” Bu çerçevede, “(b)orçluların üçüncü kişi nezdinde doğmuş ve doğacak alacaklarının haczi için İİK'nun 89. maddesine göre haciz ihbarnamesi gönderilmesi, üçüncü kişinin hukukunu ilgilendiren bir durum olup, (ü)çüncü kişiye, doğacak alacakların haczi yönünden gönderilen haciz ihbarnamesi, haciz müzekkeresinin sonuçlarını doğurur. Bu nedenle üçüncü kişinin, haciz müzekkeresinin gereğini yerine getirerek, daha sonra doğacak paraların icra dosyasına gönderilmesinde yasal bir engel yoktur⁸⁵.” Görüldüğü üzere, Yüksek Mahkeme de

⁸⁴ 12. HD 07.11.2013, 23684/35019: **Legalbank**; “Kural olarak ilerde doğacak muhtemel bir hakkın haczi mümkün değildir. İİK'nun 89. maddesi gereğince üçüncü şahsa, borçlunun, nezdinde doğmuş ve doğacak hak ve alacaklarının haczi şeklinde haciz ihbarnamesi çıkarılması halinde, üçüncü şahsın sorumluluğu, haciz müzekkeresinin kendisine ulaştığı tarihteki mevcut (fiili) durumla sınırlıdır. Rutin ödemeler (kira alacakları vs.) dışında ileride doğacak, doğması muhtemel bir hakkın bu aşamada üçüncü şahıslarca net olarak bilinmesi mümkün olmadığından, haciz ihbarnamesi muhtemel alacaklar açısından sonuç doğurmaz. -Borçlunun, üçüncü kişi nezdinde ileride doğması muhtemel alacaklarının haczi ancak İİK. nun 78. maddesi kapsamında gönderilecek haciz yazısı ile mümkündür.” (19. HD 6.7.1995, 9723/6226); “İİK'nun 89. maddesine göre üçüncü şahıs bankaya, borçlunun nezdinde doğmuş ve doğacak alacaklarının haczi şeklinde haciz ihbarnamesinin gönderilmesi halinde, üçüncü şahıs bankanın sorumluluğu, haciz müzekkeresinin kendisine ulaştığı tarihteki mevcut durumla sınırlı olup, daha sonra hesaba gönderilecek olan paraların bankaca bilinmesi mümkün olmadığından bu paralarla ilgili olarak üçüncü şahıs bankanın sorumluluğu doğmaz.” (12. HD 21.9.2010, 76/20453): **İyilikli**, s. 182 dn. 93'den naklen; “Davalı banka tarafından hacze ilişkin icra müdürlüğünün yazısı üzerine borçlunun o anda hesabında bulunan paraya bloke işlemi uygulanmıştır. Ancak, bu yazıya dayalı olarak borçlunun hesabına gelecekte girip girmeyeceği önceden bilinmeyen paraların haczedilmesi ve üçüncü kişi olan bankadan buna göre işlem yapması istenemez.” (11. HD 29.6.2006, 6929/7662: **İyilikli** s. 180-181 dn. 91'den naklen); aynı yönde bkz. 12. HD 04.07.2013, 16393/25103; 12. HD 27.06.2013, E. 2013/16438, K. 2013/24322; 12. HD 07.11.2013, 23684/35019; 12. HD 04.07.2013, 16393/25103; 12. HD. 28.11.2013, 29598/37835; 12. HD 27.06.2012, 5507/22694; 27.6.2012, 5507/22694; 12. HD. 22.10.2004, 47928/22583; 12. HD 12. HD 15.6.2007, 9066/12284; 12. HD 4.11.2008, 15537/19243: **Legalbank. Muşul**'a göre, müstakbel alacakların taşınır hükümlerine göre haczi mümkün olmadığından, bu tür alacaklar Kanun'un 78. maddesi kapsamında haciz müzekkeresi gönderilmek suretiyle haczedilemezler (**Muşul**, C.I s. 595 ve ayrıca bkz. aynı yer dn. 10'da yer alan kararlar.

⁸⁵ 12. HD 17.12.2013, 33937/40514; aynı yönde bkz. 12. HD 28.11.2013, 29598/37835; 12. HD 04.07.2013, 16393/25103; 12. HD 17.12.2013, 33936/40503; 12. HD

belirli şartların varlığı halinde müstakbel alacakların haczini kabul etmiş, bununla birlikte, bu tür alacakların haczi bakımından Kanun'un 89. maddesinin uygulama alanı bulup bulmayacağı hususunda farklı kararlar vermiştir. Bu kararlarda, müstakbel alacaklar bakımından üçüncü kişiye haciz ihbarnamesi (İİK m. 89) çıkarılması halinde, üçüncü kişinin sorumluluğunun ihbarnamenin kendisine ulaştığı tarihteki mevcut (fili) durumla sınırlı olduğu; rutin ödemeler dışında müstakbel alacakların haczinin ancak İİK'nun 78. maddesi uyarınca gönderilecek haciz yazısı ile mümkün olduğu görüşü egemendir.

Kanaatimizce, henüz doğmamış olmakla birlikte, doğması muhtemel olan alacakların, alacağın vasfının tayin edilmesini kolaylaştıran bir hukukî temel mevcut olduğu takdirde, İİK'nun 89. maddesi uyarınca gönderilecek haciz ihbarnamesi ile önceden haczedilebilmesi mümkündür. Başka bir anlatımla, müstakbel alacak haczinin gerçekleştirilebilmesi için, takip borçlusu ile takip borçlusunun borçlusu (üçüncü kişi) arasında bir hukukî ilişkinin bulunması ve bu hukukî ilişkiden doğacak alacağın cinsi ve borçlusunun belli olması gerekli ve yeterlidir. Bu çerçevede, henüz emekliliğe hak kazanmamış bulunan katılımcının, emekliliğe hak kazandığında tercihinine göre kendisine yapılacak ödemeler (yıllık gelir sigortası çerçevesinde bağlanacak maaş/hazırlanacak bir program çerçevesinde yapılacak düzenli ödeme/toplu ödeme) ile katılımcının herhangi bir nedenle bireysel emeklilik sisteminden emekli olmadan ayrılması ihtimalinde katılımcıya ödenecek birikiminin müstakbel alacak olarak nitelendirilmesine ve haczine engel görünmemektedir⁸⁶. Zira, takip borçlusu ile emeklilik şirketi arasında bireysel emeklilik sözleşmesinden kaynaklanan bir hukukî ilişkinin mevcut olduğu açıktır. Bunun yanı sıra, işbu hukukî ilişkiden ileride doğma ihtimali bulunan alacağın cinsi ve borçlusu (*emeklilik şirketi*) da bellidir.

Bununla birlikte, katılımcının emeklilik şirketindeki müstakbel alacaklarının haczedilebileceğinin kabulü, kaçınılmaz olarak katılımcı tarafından

17.12.2013, 33935/40504; 12. HD 17.12.2013, 33933/40505; 12. HD 18.06.2013. 13785/22857: **Legalbank**.

⁸⁶ **İyilikli**'ye göre, "olması gereken bakımından; borçlu katılımcı, sistemde emeklilik yaşına kadar ayrılmadığı takdirde, buradaki hakkı, müstakbel hak niteliğinde olduğu gözetilerek, genel kural uyarınca haczi kabil olmamalı" dır (**İyilikli**, s. 287).

şirkete yatırılacak katılım paylarının da, müstakbel alacak haczinin konusunu oluşturacağı anlamına gelmektedir⁸⁷. Bu halde, “doğmuş ve/veya doğacak” alacakların haczine ilişkin bulunan haciz ihbarnamesini tebellüğ eden emeklilik şirketi, haciz ihbarnamesinde belirtilen miktar tamamlanana kadar, katılımcı tarafından yatırılacak her bir katılım payını, yatırıma yönlendirmeden icra dairesine ödemek zorunda kalacaktır. Öte yandan, takip borçlusu katılımcının bireysel emeklilik hesabındaki birikimi mevzuata göre haczedilebilir tutarı karşılamadığından icra dairesine herhangi bir ödeme yapamayan (ya da kısmen ödeme yapabilen) emeklilik şirketi de, üzerinde haciz uygulanan birikimi sürekli bir biçimde takip etmek ve söz konusu birikimin haczedilebilir miktara ulaştığı her durumda bu miktarı, haciz ihbarnamesinde belirtilen miktar tamamlanana kadar icra dairesine ödemek zorunda kalacaktır. Bu noktada, emeklilik şirketlerinin binlerce müşterisinin hesaplarını bu şekilde sürekli takip etmelerinin şirketler bakımından katlanılması güç bir külfet teşkil edeceği ileri sürülebilir. Öte yandan, emeklilik şirketine yatıracağı katılım payının ya da birikiminin haczedilebileceğini bilen takip borçlusu katılımcının bu parayı yatırmaya devam etmesinin hayatın olağan akışına aykırı olduğu; bireysel emeklilik sistemi bakımından müstakbel alacak haczine imkân tanımının bu sistemin işleyişini zedeleyeceği ve bu sistemin zedelenmesinin ise, dolaylı olarak kamu yararının zedelenmesi sonucunu doğuracağı ileri sürülebilir. Zira, bireysel emeklilik sistemi, ikinci emeklilik geliri ile bireylerin emeklilikte refah seviyelerinin artmasına, alt yapı yatırımları ve uzun vadeli yatırımlara kaynak yaratılarak sistemin yeni iş ve istihdam olanakları yaratmasına, sosyal güvenliğin kapsamının artmasına ve kamunun sosyal güvenlik kaynaklı yükünün azaltılmasına, mali sektörde uzun vadeli fonların artmasına böylece mali sektörün daha sağlıklı işlemesine, enflasyonla mücadele ve istikrarlı büyümeye olumlu katkı sağlamasına, kurumsal yatırım stratejileri piyasalardaki dalgalanmaları ve spekülasyonları azalmasına, sermaye piyasası derinleşmesine olanak sağlayacak bir sistemdir⁸⁸.

⁸⁷ Haciz müzekkeresi/ihbarnamesinin katılımcının katkı payı yatırıma yönlendirilmeden tebellüğ edilmesi durumunda hacze ilişkin bkz. III, B, 2.

⁸⁸ Bu konuda bkz. <http://www.bireyselemeklilik.gov.tr/tarihce.htm> (ulaşım tarihi: 3.9.2014).

Bununla birlikte, bu iddialara, takip borçlusu katılımcının bireysel emeklilik hesabına “*hacizlidir*” şerhinin işlenmesinin ve birikimin haczedilebilir miktarının takibinin, teknolojinin ulaştığı nokta dikkate alındığında bilgisayar ortamında çalışan emeklilik şirketleri için külfet teşkil etmeyeceği; aksine, müstakbel alacak haczinin mümkün olmadığının kabulünün ilgililerce devamlı olarak borçlunun hesabını takip külfeti yaratacağı savunulabilir. Öte yandan, sistemde müstakbel alacak haczinin kabul edilmesinin kamu yararını zedelemeye varacak sonuçlarının olacağına ilişkin iddia da, pozitif düzenlemeler dikkate alındığında savunulabilir görünmemektedir. Zira, izleyen bölümde ayrıntılı olarak ele alınacağı üzere⁸⁹, katılımcı aleyhine haciz yolu ile takip başlatılması durumunda, henüz emekliliğe hak kazanmamış bulunan katılımcının bireysel emeklilik hesabındaki fon paylarında değerlendirilen birikimi üzerinde, emekliliğe hak kazanmış katılımcıya yaptırdığı yıllık gelir sigortası çerçevesinde bağlanmış maaş veya hazırlanan bir program çerçevesinde yapılan düzenli ödeme üzerinde, emekliliğe hak kazanmış olan ve “*toplu para*” seçeneğini kullanmış bulunan katılımcıya ödenecek birikimi üzerinde ve herhangi bir nedenle bireysel emeklilik sisteminden emekli olmadan ayrılan katılımcıya ödenecek birikimi üzerinde haciz uygulanabilir. Her ne kadar, kimi alacaklar bakımından ancak kısmî haczin mümkün olduğu öngörülmüş olsa da, kanun koyucunun tercihi, bu alacakların haczinin tamamen yasaklanmasından yana olmamıştır. O halde, alacaklılarının aleyhine takip başlattığı katılımcı, her durum ve şart altında sistemde mevcut olan alacaklarının haczi tehlikesi ile karşı karşıyadır. Bireysel emeklilik sisteminde müstakbel alacak haczine imkân tanımak, sisteme zarar verecek özel bir zarar doğurmamaktadır. Başka bir anlatımla, söz konusu zarar tehlikesi, hem sistemdeki mevcut alacakların haczi söz konusu olduğunda, hem de müstakbel alacakların haczine imkân tanındığında mevcuttur.

Sonuç olarak, kanaatimizce, “*doğmuş ve doğacak*” ya da “*doğacak*” alacaklar için doğrudan doğruya emeklilik şirketine gönderilen bir haciz ihbarnamesini tebellüğ eden emeklilik şirketi, takip borçlusu ile arasında bir hukukî ilişki mevcut olup da bundan ilerde bir alacak doğması muhtemel ise,

⁸⁹ Bkz. aşa. III, B.

yedi gün içinde icra dairesine vereceği cevapta, takip borçlusu ile aralarında bir hukukî ilişki bulunduğunu, ancak bu ilişkiden henüz takip borçlusu lehine doğmuş ve ödenebilir bir alacağın bulunmadığını, ileride takip borçlusu lehine bir alacak doğarsa bunu icra dairesine ödeyeceğini bildirmelidir. Başka bir anlatımla bu halde, emeklilik şirketi “*ihbarnamenin tebellüğ edildiği tarihte emeklilik koşulları gerçekleşmemiş olduğundan ve sistemden ayrılma talebinde de bulunulmadığından katılımcının emeklilik şirketi nezdinde doğmuş bir alacağının bulunmadığını; ancak bu koşulların gerçekleşmesi halinde geçerli olmak üzere haczin onun bireysel emeklilik hesabına işlendiğini*” icra dairesine bildirmelidir. Daha sonra, takip borçlusu ile emeklilik şirketi arasındaki hukukî ilişkiden bir alacak doğarsa, şirket, bu alacağı, takip borçlusuna değil, icra dairesine ödemelidir.

Bununla birlikte, eğer Yargıtay’ın egemen görünen görüşü benimsecek olursa, emeklilik şirketine, borçlunun, şirket nezdinde doğmuş ve doğacak hak ve alacaklarının haczi şeklinde haciz ihbarnamesi (İİK m. 89) tebliğ edilmesi durumunda, emeklilik şirketinin sorumluluğu, haciz ihbarnamesinin kendisine ulaştığı tarihteki mevcut (fili) durumla sınırlı olacak ve müstakbel alacaklar bakımından sonuç doğurmayacaktır. Bu halde, şirket, haczi kabil mevcut alacak varsa, buna uygun haciz işlemini gerçekleştirip, söz konusu miktarı icra dairesine ödemekle yetinecektir. Bunun dışında, bireysel emeklilik hesabı üzerine haczin işlenmesi ve ileride doğacak alacakların takip edilerek icra dairesine ödenmesi gerekmeyecektir. Bu noktada, kanaatimce, işbu hareket tarzını benimseyecek olan emeklilik şirketinin, eğer takip borçlusu katılımcının şirket nezdinde bir alacağı bulunmuyorsa, durumu icra dairesine bildirerek haciz ihbarnamesine itiraz etmesi ve/veya haciz ihbarnamesi (m. 89) ile müstakbel alacak haczinin gerçekleştirilemeyeceği iddiası ile şikâyet yoluna başvurarak ihbarnamenin iptalini sağlamanın da uygun olacağı söylenebilir.

Yine Yargıtay’a göre, borçlunun, emeklilik şirketi nezdinde ileride doğması muhtemel alacaklarının haczi, İİK’nun 78. maddesi kapsamında gönderilecek haciz yazısıyla mümkün olduğundan, emeklilik şirketine, gönderilen haciz müzekkeresi ile borçlu katılımcıya ait doğmuş ve doğacak hak ve alacaklar üzerine haciz konulması halinde ise, kanaatimizce emeklilik şirketi tarafından yapılması gereken, takip borçlusu katılımcıya ait mevcut

hak ve alacak var ise haciz gereği işlem yapmak ve haczi kabil miktarı icra dairesine ödemek, yok ise haczedilecek mal ve hak bulunmadığını icra dairesine bildirmek ve daha sonra doğacak paraları ise icra dosyasına göndermektir.

B. Haczedilecek Miktarın Tayini

4632 sayılı Kanun ve ilgili yönetmelik hükümleri uyarınca, emekliliğe henüz hak kazanmamış katılımcının, bireysel emeklilik fon paylarından, sistemde bulunduğu ay sayısı ile haciz tarihinde geçerli brüt asgari ücret tutarının çarpımına karşılık gelen birikim tutarının üzerindeki tutar, nafaka borcu alacaklılarının hakkı saklı kalmak kaydıyla haczedilebilir⁹⁰ (4632 s. K. m. 17/II; BESH Yön. m. 26/1).

Emekliliğe hak kazanan katılımcı bakımından ise, bireysel emeklilik hesabındaki birikimi ile yaptırdığı yıllık gelir sigortası çerçevesinde katılımcıya maaş bağlanmış veya programlı geri ödeme çerçevesinde düzenli ödeme yapılması kararlaştırılmışsa, bu şekildeki ödemelerin aylık ödemeye isabet eden miktarının aylık brüt asgari ücret tutarının üzerinde kalan kısmı nafaka borcu alacaklılarının hakkı saklı kalmak kaydıyla haczedilebilir (4632 s. K. m. 17/II; BESH Yön. m. 26/1)⁹¹. Görüldüğü üzere katılımcıya aylık olarak ödenecek maaşın ya da düzenli ödemenin kısmen haczedilebileceği kabul edilmiş olmakla birlikte, haciz yasağı, İİK'nun 83. maddesinin ikinci fıkrasındaki gibi, maaşın ya da ödemenin 1/4'ü ile sınırlandırılmamış, asgari ücret kıstasına bağlanmıştır⁹².

⁹⁰ Örneğin, sistemde 36 aydır bulunmakta olan bir katılımcının 40.000 TL'lik birikime ulaştığı, haciz tarihinde aylık brüt asgari ücretin 1.071 TL olduğu varsayıldığında, bu katılımcının birikimlerinin 38.556 TL'lik (36 × 1.071 TL) bölümü haczedilemeyecek; 1.444 TL'lik kısmı haczedilebilecektir (<http://www.egm.org.tr/?pid=486>, erişim: 13.7.2014).

⁹¹ Örneğin, bireysel emeklilik sisteminden emekli olan bir kişinin yıllık gelir sigortasından aylık 1.500 TL almakta olduğu, haciz tarihinde aylık brüt asgari ücretin 1.071 TL olduğu varsayıldığında, aylık olarak ödenen 1.500 TL'nin 1.071 TL'si hacze konu edilemeyecek; 429 TL'si haczedilebilecektir (<http://www.egm.org.tr/?pid=486>, erişim: 13.7.2014).

⁹² Pekcantez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Atalay, s. 287; Bolayır, s. 882.

Bu iki temel düzenleme, katılımcının haczedilebilecek birikim miktarının belirlenmesi bakımından önemli hükümler olmakla birlikte yeterli değildir. Zira, bu düzenlemelerin kapsamadığı birçok olasılıkla karşılaşmak mümkündür. Aşağıda bu olasılıklardan tespit edebildiklerimize değinilmeye çalışılacaktır.

1. Katılımcının Birden Fazla Bireysel Emeklilik Hesabı Olması Durumunda

Bireysel Emeklilik Sistemi Hakkında Yönetmelik'in 26. maddesinin ikinci fıkrasına göre, katılımcının aynı emeklilik şirketinde veya farklı emeklilik şirketlerinde birden çok bireysel emeklilik hesabı olması halinde, bireysel emeklilik hesabındaki birikim bakımından haczedilemeyecek tutar, tüm hesaplardaki tutar üzerinden hesaplanır.

Bu noktada, bireysel emeklilik hesaplarından birinin kapatılması talebinde bulunmuş ve buna ilişkin işlemler sürerken haciz ihbarnamesi/ ihtarnamesi tebliğ edilecek olursa haczi caiz miktarın nasıl hesaplanacağı sorusuyla karşılaşılmaktadır. Öncelikle, hemen belirtelim ki, katılımcının birden fazla bireysel emeklilik sözleşmesinin bulunması durumunda, bunlardan birini emekliliğe hak kazanmadan kapatması, sistemden ayrılma anlamına gelmez⁹³. Ancak gerek 4632 sayılı Kanun'da, gerek Yönetmelik'de, "sistemden ayrılma" olasılığına ilişkin düzenleme öngörülmüş olmakla birlikte (4632 s. K. m. 6/III; BESH Yön. m. 15), katılımcının sistemden ayrılma dışında mevcut bireysel emeklilik hesaplarından birini kapatması haline ilişkin herhangi bir kural öngörülmemiştir. Kanaatimizce bu olasılık söz konusu olduğunda da, ilgili mevzuatın "sistemden ayrılma"ya ilişkin düzenlemelerinde öngörülen usulün kıyasen uygulanması gerekir. Bu tespitimizin doğru kabul edilmesi şartıyla da, yukarıda ortaya konulan sorunun doğru olarak cevaplanabilmesi, ayrılma talebinin hüküm ve sonuçlarını hangi anda doğurduğunun belirlenmesine bağlıdır.

Kanaatimizce, katılımcının bireysel emeklilik sisteminden ayrılma hakkı, yenilik doğuran haklardandır. Bilindiği üzere, yenilik doğuran hak, hak sahibine tek taraflı irade beyanıyla yeni bir hukukî ilişki kurma, var olan

⁹³ Ünán/Karayazgan, s. 235.

hukukî ilişkiyi değiştirme veya sona erdirmeye yollarından biriyle bir başka şahsın hukuk alanında değişiklik meydana getirme yetkisi veren hak olarak tanımlanmaktadır⁹⁴. Katılımcının sistemden ayrılma hakkı da, bireysel emeklilik şirketi ile var olan hukukî ilişkisini tek taraflı irade beyanıyla sona erdirmeye yetkisi veren bir haktır. Bununla birlikte, Bireysel Emeklilik Sistemi Hakkında Yönetmelik, katılımcının sistemden ayrılma kararını bireysel emeklilik şirketine ulaştırmasını, ayrılma sonucunu doğurma bakımından yeterli saymamış ve bu hususta özel bir usul öngörmüştür (m. 15/6). Buna göre, katılımcının ayrılma amacı ile yaptığı başvuru kendisine ulaşan emeklilik şirketi, bu tarihten itibaren beş iş günü içinde, ayrılma bilgi ve talep formu ile hesap özeti katılımcının tanımlı elektronik posta adresine veya faksına, bunlar yoksa posta adresine gönderir⁹⁵. Katılımcının, ayrılma talep formunu imzalayarak faks veya posta ile şirkete göndermesi halinde, bireysel emeklilik hesabındaki birikim ve devlet katkısı hesabındaki varsa hak kazanılan tutarlar, formun şirkete ulaştığı tarihten itibaren yirmi iş günü içinde katılımcının belirttiği hesaba ödenir. Görüldüğü üzere, bireysel emeklilik sisteminden ayrılma sonucunun ortaya çıkabilmesi için ayrılmayı isteyen katılımcının, ayrılma talep formunu imzalayarak bireysel emeklilik şirketine ulaştırması gerekmektedir. Bu nedenle, kanaatimizce ayrılma talebinde bulunulmuş ve ancak henüz ayrılma talep formu imzalanarak şirkete ulaştırılmamış ise, haczedilebilir tutarın hesaplanmasında Yönetmelik'in 26. maddesinin ikinci fıkrası hükmünün aynen uygulanması gerekir. Bununla birlikte, anılan form şirkete ulaştıktan sonra, söz konusu hesap, bireysel emeklilik hesabındaki birikim bakımından haczedilemeyecek tutarın hesabında dikkate alınmamalıdır.

⁹⁴ Yenilik doğuran haklara ilişkin geniş bilgi için bkz. Vedat **Buz**, Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2005; Harun **Demirbaş**, Yenilik Doğuran Haklar, İstanbul 2007). Yenilik doğuran haklara ilişkin olarak genel kabul gören tasnife göre, yenilik doğuran hakkın kullanılmasıyla hukukî ilişki meydana geliyorsa kurucu, hukukî ilişki değişiyorsa değiştirici, hukukî ilişki sona eriyorsa bozucu yenilik doğuran hak söz konusu olur. Bireysel emeklilik sisteminden ayrılma hakkının ise, bozucu yenilik doğuran bir hak olduğu açıktır.

⁹⁵ Şirket, isteyen katılımcının ayrılma bilgi ve talep formu ile hesap özeti şirketin internet sitesinde kendi adına oluşturulan güvenli sayfadan alabilmesi için gerekli düzenlemeyi yapar (BESH Yön. m. 15/2).

2. Haciz Müzekkeresi/İhbarnamesinin Katılımcının Katkı Payı Yatırıma Yönlendirilmeden Tebellüğ Edilmesi Durumunda

Daha önce de ifade edildiği üzere⁹⁶, emeklilik şirketi, ödenen katkı paylarını, “*en geç şirkete intikalini takip eden ikinci iş gününde*” yatırıma yönlendirmek zorundadır (4632 s. K. m. 5/1). Bu çerçevede, haciz müzekkeresinin/ihbarnamesinin şirkete, katılımcının katkı payı yatırıma yönlendirilmeden tebliğ edilmesi mümkündür. Bu durumda, kanaatimizce katkı payı tutarının tamamı üzerinde haciz uygulanmalıdır. Zira, bir mal veya hakka haczedilmezlik vasfını ancak kanun verebilir⁹⁷. İlgili mevzuatta ise, anılan dönemde şirkete yatırılan katkı payının haczedilemeyeceğine veya ancak kısmen haczedilebileceğine ilişkin herhangi bir düzenleme mevcut değildir. Sonuç olarak bu ihtimalde, emeklilik şirketi, katılımcının yatırmış olduğu katkı payının tamamı üzerinde haciz işlemini uygulayarak, mahcuz miktarı, haciz müzekkeresi/ihbarnamesi uyarınca derhal icra dairesine ödemelidir (BESH Yön. m. 26, 3).

3. Emekliliğe Hak Kazanan Katılımcının “Toplu Para” Seçeneğini Kullanması Durumunda

İlgili mevzuatta, emekliliğe hak kazanan kişinin bireysel emeklilik hesabındaki birikimlerinin tamamının defaten ödenmesini istemesi halinde haczin kapsamının ne olacağı düzenlenmemiştir. Öğretide, emekliliğe hak kazanan katılımcının birikimlerini toplu olarak alıp, ayrıca emeklilik maaşı almaması durumunda, toplu paraya çevrilmiş bir emeklilik maaşının mevcut olduğu ileri sürülmüş ve toplu ödeme halinde kısmî haczedilmezlik niteliğinin ortadan kalktığı benimsenmesi durumunda, İİK’nun 83. maddesinin ikinci fıkrası hükmünün anlamını yitireceği savunulmuştur⁹⁸.

Bununla birlikte, kanaatimizce, katılımcıya ödenmesi gereken tutarın tamamı üzerinde haciz uygulanmalıdır. Zira, bir mal veya hakka haczedilmezlik vasfını ancak kanun verebilir. İlgili mevzuatta ise, katılımcıya toptan ve bir defada ödenecek olan tutarın haczedilemeyeceği hakkında bir açıklık

⁹⁶ Bkz. yuk. I, B, 2.

⁹⁷ **Muşul**, İcra ve İflâs Hukuku, s. 503.

⁹⁸ **Bolayır**, s. 880.

bulunmadığı gibi, bu alacak çeşidi İİK'nun 83. maddesi anlamında “*tekaüd maası*” niteliğini de taşımamaktadır⁹⁹. Bilindiği üzere, Yargıtay'ın da içtihatları, “*emekli sandığı mensubu veya mirasçularına, şartları oluştuğunda toptan ve bir defada ödenmekte olan emekli ikramiyesinin, Emekli Sandığı Kanunu ve İcra İflas Kanunu'nun 83. maddesinde gösterilen kayıt ve sınırlamalara tabi tutulmaksızın haczi kabil*” olduğu yönündedir¹⁰⁰. Kanaatimizce, bu ilkenin emekliliğe hak kazanan katılımcının birikimlerini toplu para olarak almayı talep etmesi durumunda da uygulanması ve bu paranın tamamının haczinin mümkün olduğunun kabul edilmesi gerekmektedir.

Toplu ödeme seçeneği kullanıldığında, devlet katkısı hesabındaki tutarların ve getirisinin durumunun ne olacağı üzerinde de durulmalıdır. Bireysel emeklilik sisteminden emeklilik hakkı kazananlar devlet katkısı hesabındaki tutarın tamamına hak kazanırlar ve emeklilik durumunda hak kazanılan bu tutarlar katılımcıya ödenir. Dolayısı ile, kanaatimizce devlet katkısına hak kazanılmasından önceki tarihte devlet katkısı hesabındaki tutarların ve getirilerinin haczi mümkün değilken, daha sonraki aşamada haczinin mümkün kabul edilmesi gerekir (4632 s. K. Ek m. 1/VII; BESH Yön. m. 26/7)¹⁰¹.

Bu başlık altında değinilmesi gereken son bir nokta da, emeklilik şirketinin haciz ihbarnamesini/müzekkeresini, emekliliğe hak kazanan katılımcı tarafından “*toplu para*” seçeneğinin talep edilmesinden sonra ve ancak talebi henüz yerine getirilmeden önce tebellüğ etmesi durumunda ne yapması gerektiğidir. Zira bu halde, emeklilik şirketi, söz konusu talebi, “*talebin şirkete ulaştığı tarihten itibaren on iş günü içinde*” yerine getirebilir (4632 s. K. m. 6/I; BESH Yön. m. 16/4). Kanaatimizce katılımcının toplu ödeme talebinin şirkete ulaşmasından sonra haczi ihbarnamesi/müzekkeresi tebellüğ edilecek olursa, fonların satılıp satılmadığı önemsenmeden katılımcıya ödenecek birikiminin ve devlet katkısı hesabındaki tutarların tamamı üzerinde haciz uygulamak gerekir. Zira, söz konusu tebliği tarihi itibarıyla katılımcının şirketteki mevcut alacağı “*bireysel emeklilik hesabındaki birikimi ile*

⁹⁹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. 12. HD 15.5.2000, 7304/7974: **Legalbank**.

¹⁰⁰ Bkz. örn. 12. HD 15.05.2000 7304/7974: **Legalbank**.

¹⁰¹ Aynı yönde bkz. Gelir İdaresi Başkanlığı tarafından çıkarılan “*Tahsilat Genel Tebliği (Seri: A Sıra No:1)'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ (Seri: A Sıra No:5)*”, RG 11.9.2013, sa. 28762.

devlet katkı hesabındaki tutarların tamamı” yani, “toplulu ödeme” olup, hesaptaki fon payları çerçevesinde hesaplanacak birikim değildir.

4. Katılımcının Emeklilik Hakkını Elde Etmeden Sistemden Ayrılması Durumunda

Emeklilik sözleşmesi süresi içinde katılımcı herhangi bir anda veya sürekli iş göremezlik durumunun ortaya çıkması halinde bireysel emeklilik sisteminden birikimlerini alarak çıkabilir.

Daha önce ifade edildiği gibi¹⁰², emeklilik sözleşmesinin katılımcının, ayrılma talep formunu imzalayarak faks veya posta ile şirkete göndermesi halinde, *bireysel emeklilik hesabındaki birikim ve devlet katkısı hesabındaki varsa hak kazanılan tutarlar*¹⁰³, formun şirkete ulaştığı tarihten itibaren yirmi iş günü içinde katılımcının belirttiği hesaba ödenir (BESH Yön. m. 15/2)¹⁰⁴.

Emeklilik sözleşmesi süresi içinde katılımcının sürekli iş göremezlik durumunun ortaya çıkması halinde ise, katılımcı, bireysel emeklilik hesabındaki birikimlerin kendisine ödenmesini talep edebilir (4632 s. K. m. 6/III). Katılımcının sürekli iş göremezlik hali nedeniyle sistemden ayrılma talebinde bulunabilmesi için sosyal güvenlik mevzuatına göre sürekli iş göremezlik gelirine hak kazandığına dair belgeyi veya sosyal güvenlik mevzuatında belirlenen koşullara göre sürekli iş göremezlik halinin oluştuğunu gösteren, resmî sağlık kuruluşlarından alınmış bir belgeyi şirkete vermesi gerekir (BESH Yön. m. 15/3). Sürekli iş göremezlik halinin her durumda emeklilik sözleşmesi yürürlüğe girdikten sonra oluşmuş olması şarttır.

¹⁰² Bu konuda geniş bilgi için bkz. yuk. I, B, 4.

¹⁰³ Sistemden emekli olmadan ayrılan katılımcıların devlet katkısı hesabındaki varsa hak kazanılmayan tutarlar genel bütçeye gelir kaydedilir veya katılımcılara yapılacak Devlet katkısı ödemesine mahsup edilebilir (4632 s. K. Ek madde 1/IV; Yön. m. 8/2). Hak kazanılmayan tutarlarla ilgili mahsuplaşma işlemleri ile bu işlemlerin gerçekleştirilme sürelerine ilişkin esas ve usuller Maliye Bakanlığı'nın görüşü alınarak Hazine Müsteşarlığınca belirlenir.

¹⁰⁴ Ancak Hazine Müsteşarlığınca belirlenen hallerde katılımcıya sistemden ayrılmadan kısmen ödeme de yapılabilir. Kısmen ödemeye konu olabilecek birikim oranı ile emeklilik şirketlerince yapılacak ödemelere ilişkin diğer esas ve usuller Hazine Müsteşarlığı tarafından belirlenir (4632 s. K. m. 6/III).

Katılımcının vefat etmesi halinde birikimleri ve varsa hak kazanılan devlet katkısı ve getirileri, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu hükümleri saklı kalmak kaydıyla varsa emeklilik sözleşmesinde belirtilen lehtarlar veya kanunî mirasçılara ödenir (4632 s. K. m. 6/III; BESH Yön. m. 15/4).

İşte değinilen bu durumların hiçbirinde, katılımcının bireysel emeklilik hesabındaki birikiminin ve devlet katkısı hesabındaki hak kazanılan tutarların haczini engelleyen herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır¹⁰⁵. Bir mal veya hakka haczedilmezlik vasfını ancak kanun verebileceğinden, emeklilik şirketi tarafından katılımcıya ödenmesi gereken tutarın tamamı üzerinde haciz uygulanabilir¹⁰⁶. Kaldı ki, yine aksi savunulacak olsa dahi, kendisine birinci haciz ihbarnamesi gönderilen emeklilik şirketi, konuya ilişkin açık bir hüküm bulunmaması nedeniyle, kendilerinde bulunan borçluya ait katkı payının haczedilemeyeceğini belirterek, bu para üzerine haciz koymaktan kaçınmaz. Zira kural, bir malın haczedilip edilemeyeceğine karar verme yetkisinin, haczi yapan müdürüne ait olmasıdır (İİK m. 82, IV). İcra müdürü borçlunun bir malının haczedilemeyeceğine karar verirse, alacaklı, borçlunun haczedilemeyeceğini iddia ettiği bir malını haczederse, borçlu icra müdürünün kararına karşı şikâyet yoluna başvurabilir.

Hemen altını çizelim ki, bireysel emeklilik sisteminden vefat veya sürekli iş göremezlik nedeniyle ayrılanlar devlet katkısı hesabındaki hesabın tamamına hak kazanır. Devlet katkısı hesabındaki tutarlardan hak kazanılan tutarlar sistemden ayrılma durumunda katılımcıya ödenir (4632 s. K. Ek m. 1/VII; BESH Yön. m. 26/7). Bu durumda, kanaatimizce, devlet katkısına hak kazanılmasından önceki tarihte devlet katkısı hesabındaki tutarların ve getirilerinin haczi mümkün değildir; bununla birlikte, daha sonraki aşamada haczi engelleyen bir hüküm bulunmamaktadır¹⁰⁷.

5. İşveren Grup Emeklilik Sözleşmesine Bağlı Hesaplarda Haciz Uygulanması Durumunda

İşveren grup emeklilik sözleşmesinin söz konusu olduğu durumlarda, sözleşmede hak kazanma süresi öngörülmemiş ise, sponsor kuruluşun yapa-

¹⁰⁵ Aynı yönde bkz. yuk. dn. 101'deki tebliğ; **Bolayır**, s. 882.

¹⁰⁶ Aynı yönde bkz. **Bolayır**, s. 881.

¹⁰⁷ Aynı yönde bkz. yuk. dn. 101'de yer alan Tebliğ.

cağı ödemeler, ödeme anında katılımcının malvarlığına geçmiş olur. Bu nedenle, grup emeklilik sözleşmesinde hak kazanma süresinin öngörülmediği durumlarda, bireysel emeklilik hesaplarına uygulanacak hacizlerde, sponsor kuruluşun ödediği birikim miktarı, katılımcının haczedilebilecek birikim tutarının hesaplanmasına dâhil edilmelidir.

Buna karşılık, işveren grup emeklilik sözleşmesine bağlı olarak açılan bireysel emeklilik hesaplarına uygulanacak hacizlerde, emeklilik sözleşmesine hak kazanma süresi koşulunun konulmuş olması halinde, ancak hak kazanma süresi sonunda katılımcının hak kazandığı birikim tutarı, haczedilebilecek birikim tutarının hesaplanmasına dâhil edilir (BESH Yön. m. 26/5). Başka bir anlatımla, bu halde, katılımcının hak kazandığı birikim tutarı dikkate alınarak haciz uygulanır. Bununla birlikte, kural olarak hak kazanma süresi dolmadan önce, bu tutarlar katılımcının malvarlığına geçmemiş bulunacakları için, haczedilecek miktarın hesabında hesap dışı tutulmaları gerekir¹⁰⁸. Zira, sponsor kuruluşun devrede bulunduğu ve kendisi tarafından ödenen katkı paylarına katılımcının belirli bir süre sonunda hak kazanacağı durumlarda, sponsor kuruluşun ödediği katkı payları ödeme anında katılımcıya ait olmamakta, bu sonucun gerçekleşmesi için önceden saptanan “*hak kazanma koşullarının*” tamamlanmış olması aranmaktadır¹⁰⁹. Şu halde, katılımcı, işveren grup emeklilik sözleşmesinde “beklenen hak” sahibidir¹¹⁰. Bu noktada, hemen belirtelim ki, kanaatimizce, haczedilecek miktarın hesabında dikkate alınmayan kısımlara ilişkin olarak, İİK’nun 89. maddesi uyarınca “*müstakbel alacak haczi*” yapılmadığı müddetçe, emeklilik şirketinin herhangi bir işlem yapması gerekli değildir. Zira, emeklilik şirketinin sorumluluğu haciz ihbarnamesinin/müzekkeresinin kendisine ulaştığı tarihteki mevcut durumla sınırlıdır¹¹¹. Bununla birlikte, İİK’nun 89. maddesi uyarınca gönderilen haciz ihbarnamesinde, borçlu hesabında doğmuş ve doğacak alacakların haciz edildiği belirtilmişse, haciz şerhi hesap kaydına işlenmelidir¹¹².

¹⁰⁸ Ünan/Karayazgan, s. 290.

¹⁰⁹ Ünan/Karayazgan, s. 152.

¹¹⁰ Ünan/Karayazgan, s. 159.

¹¹¹ Yıldırım/Deren Yıldırım, s. 171; Muşul, İcra ve İflâs Hukuku, s. 605.

¹¹² Muşul, İcra ve İflâs Hukuku, s. 605.

Bunların yanı sıra, katılımcının hak kazanma süresinin sona ermesi beklenmeden işveren grup emeklilik sözleşmesine bağlı olan hesabında işveren tarafından ödenmiş katkı paylarıyla bunların getirilerinden oluşan birikimlere hak kazandığı durumlarda da (BESH Yön. m. 13/3; 18/3), işveren grup emeklilik sözleşmesine bağlı olarak açılan bireysel emeklilik hesaplarına uygulanacak hacizlerde, katılımcının hak kazandığı birikim tutarının hesaba dahil edilmesi gerekir.

Son olarak, işveren grup emeklilik sözleşmesindeki hak kazanma süresi tamamlandıktan sonra, sponsor kuruluş tarafından katılımcı adına katkı payı ödenmesine devam edilmesi durumunda haczin mümkün olup olmadığı, mümkünse kapsamının ne olacağı üzerinde durulmalıdır. Bireysel Emeklilik Sistemi Hakkında Yönetmelik'in 19. maddesinin birinci fıkrası uyarınca, emeklilik sözleşmesinde belirtilen hak kazanma süresi tamamlandıktan sonra, işveren grup emeklilik sözleşmesi kapsamında sponsor kuruluş tarafından katılımcı adına katkı payı ödemesi yapılmaya devam edildiği sürece, hesabında bulunan birikim, katılımcının, işveren grup emeklilik sözleşmesine bağlı hesabında kalır (BESH Yön. m. 19/1). Kanaatimizce, her ne kadar bu birikim işveren grup emeklilik sözleşmesine bağlı hesapta bulunuyor olsa da, katılımcının malvarlığına dâhildir. Bu nedenle de, bu birikimin katılımcının alacaklıları tarafından yasal sınırlamalar içinde haczi caiz olduğu gibi, katılımcı sponsor kuruluşu ek olarak katılım payı ödemekte ise, katılımcının haczedilebilecek birikim tutarının hesaplanmasında bu miktarın da göz önüne alınması gerekir.

6. Dernek, Vakıf, Sandık ve Diğer Kuruluşlardan Bireysel Emeklilik Sistemine Aktarım Durumunda

Üyelerine veya çalışanlarına emekliliğe yönelik taahhütte bulunan dernek, vakıf, sandık, tüzel kişiliği haiz meslek kuruluşu veya sair ticaret şirketindeki emekliliğe yönelik birikimler veya taahhütlere ilişkin tutarlar, 21.12.2015 tarihine kadar kısmen veya tamamen bireysel emeklilik sistemine aktarılabilir (4632 s. K. Geçici m. 1/V). Aktarıma ilişkin tutarlar, gelir vergisi, kurumlar vergisi, damga vergisi, banka ve sigorta muameleleri vergisinden gelir vergisinden müstesna tutulmuştur. Ayrıca bu şekilde bireysel emeklilik sistemine giren katılımcılardan giriş aidatı alınmayacak, aktarılan

tutar üzerinden herhangi bir kesinti yapılmayacaktır. (4632 s. K. Geçici m. 1/VI-X)

Dernek, Vakıf, Sandık ve Diğer Kuruluşlardan Bireysel Emeklilik Sistemine Aktarım Hakkında Yönetmelik'in (Aktarım Yön.)¹¹³ 7. maddesinin birinci fıkrasında, açıkça, aktarım halinde, üye ve çalışanın hizmet sunucusunun emeklilik taahhüt planına dâhil olduğu tarihin, kazanılmış süreye ilişkin şartlar saklı kalmak kaydıyla, bireysel emeklilik sistemine giriş tarihi olarak kabul edileceği öngörülmüştür. Bu durumda, kanaatimizce, emekliliğe henüz hak kazanmamış katılımcının birikim tutarı haczinde haczedilemeyecek miktar hesabında dikkate alınacak katılımcının sistemde bulunduğu ay sayısı belirlemede “*üye ve çalışanın hizmet sunucusunun emeklilik taahhüt planına dâhil olduğu tarih*” dikkate alınmalıdır. Zira, ilgili mevzuat hükümleri incelendiğinde, (fili aktarım tarihinin dikkate alınması gibi) başka türlü bir çözümün öngörüldüğü herhangi bir düzenleme tespit edilememektedir.

Üye veya çalışanın birden fazla hizmet sunucusundan aktarım yapması halinde ise, emeklilik taahhüt planına dâhil olunan en eski tarihin, bireysel emeklilik sistemine giriş tarihi olarak alınacağı kabul edildiğinden (Aktarım Yön. m. 7/II), katılımcının sistemde bulunduğu ay sayısı belirlemede bu tarih göz önünde bulundurulmalıdır.

7. Özel Bazı Sorunlar

Bilindiği üzere, üçüncü kişiye gönderilen haciz ihbarnamesinde, haczin neye ilişkin olduğu ve haczin hangi miktar için yapıldığının yazılması gerekir (İİK Yön. m. 42, 43, 44)¹¹⁴. Bu çerçevede, kendisine haciz ihbarnamesi gönderilen üçüncü kişinin sorumluluğu da, kendisine gönderilen haciz ihbarnamesinde haczedildiği bildirilen alacak miktarı ile sınırlıdır. Zira, şartları oluştuğu takdirde icra dairesine ödenmesi gereken miktar, bu miktardır. Bu tespitlerimiz, henüz emekliliğe hak kazanmamış katılımcının

¹¹³ Bu Yönetmelik için bkz. RG 19.7.2008, sa. 26941. 29.12.2012 tarihli ve 28512 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Yönetmelik değişikliği ile Yönetmelik’in adında yer alan “ve Yıllık Gelir Sigortasına” ibaresi yürürlükten kaldırılmıştır.

¹¹⁴ Bu unsurun haciz ihbarnamesinin zorunlu bir unsuru olup olmadığına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Yavaş**, s. 23-25; **Kuru**, Mevduat Haczi, s. 19-23; **Kuru**, El Kitabı, s. 465.

bireysel emeklilik hesabındaki birikiminin haczi amacıyla kendisine haciz ihbarnamesi gönderilen emeklilik şirketi bakımından da aynen geçerlidir. Bu noktada üzerinde durulması gereken ilk husus, bireysel emeklilik hesabındaki birikimin haczi söz konusu olduğunda, haczedilebilir miktarın, haciz ihbarnamesi ile talep edilen birikim miktarından yüksek olması durumunda haczin nasıl uygulanacağıdır. Bu halde, emeklilik şirketinin sorumluluğu ihbarname ile kendisinden talep edilen miktarla sınırlı olduğundan, şirketin sadece kendisinden talep edilen birikim tutarını karşılayacak miktarda fon üzerinde haciz uygulayarak fon bozması gerekli ve yeterlidir. Ancak buradaki sorun, şirket tarafından hangi fonların öncelikli olarak bozdurulması gerektiğidir. Bir an için, bu konuda İİK'nun hacizde tertibe ilişkin 85. maddesi hükümlerinin uygulanabileceği ve bu bağlamda, *“yokluğu borçluya en az yük teşkil edecek ve haczi ve satılması en kolay olan mallardan”* işe başlanabileceği düşünülecek olsa dahi, anılan düzenlemenin muhatabı, üçüncü kişi olmayıp haczi uygulayacak olan icra dairesidir. Bu nedenle, kanaatimizce hangi fonların öncelikli olarak bozdurulması gerektiği sorusu, 4632 sayılı Kanun ve ilgili mevzuat hükümleri uyarınca, emeklilik şirketinin katılımcıya karşı sorumlulukları dikkate alınarak cevaplanmalıdır. Ancak bu cevap, bireysel emeklilik sistemine ilişkin maddî hukuk boyutunda saklı olup, uzmanlık alanımız dışında kalmaktadır. Bununla birlikte, kanaatimizce, konuya ilişkin kilit düzenleme, 4632 sayılı Kanun'un bireysel emeklilik şirketlerinin sorumluluklarının düzenlendiği 11. maddesi, özellikle de maddenin (h) ve (ı) bendlerinde yer alan düzenlemelerdir. Bunlara göre, emeklilik şirketleri, *“bireysel emeklilik hesaplarının ve emeklilik faaliyetlerinin sürekliliğini ve fon varlıklarının korunmasını sağlamak üzere, kayıtların ve varlıkların saklanması konusunda gerekli tedbirleri almakla”* ve *“katılımcıların hak ve menfaatleri(ni) ...tehlikeye sokabilecek hareketlerden kaçınmakla”* sorumludurlar. İşte kendisine haciz ihbarnamesi/müzekkeresi tebliğ edilen emeklilik şirketi, söz konusu ihbarname/müzekkerenin gereğini yerine getirirken de takip borçlusu katılımcının hak ve menfaatlerine en uygun olan fonların bozdurulmasından başlamalı ve bunu yaparken katılımcının hakları ile fon varlıklarının korunmasına ilişkin sorumluluğunu da göz ardı etmemelidir. Şüphesiz fon bozma işleminde fonların eşit oranda bozdurulması katılımcının hak ve menfaatlerinin korunması bakımından daha uygun görü-

nüyorsa, şirket tarafından bu yöntemin tercih edilmesinde de herhangi bir engel görünmemektedir.

Yine emekliliğe henüz hak kazanmamış katılımcının bireysel emeklilik hesabındaki birikiminin haczi söz konusu olduğunda, söz konusu birikim, haciz ihbarnamesinin emeklilik şirketine tebliğ edildiği tarih itibariyle haczedilebilir miktarın altında ise, şirket, haciz ihbarnamesine karşı usulüne uygun bir biçimde itirazda bulunarak, katılımcının haczi kabil birikiminin bulunmadığını bildirmelidir. Bu noktada, emeklilik şirketinin başkaca bir işlem yapması gerekli değildir. Zira, emeklilik şirketinin sorumluluğu haciz ihbarnamesinin kendisine ulaştığı tarihteki mevcut durumla sınırlıdır¹¹⁵. Bununla birlikte, İİK'nun 89. maddesi uyarınca gönderilen haciz ihbarnamesinde, borçlu hesabında doğmuş ve doğacak alacakların haciz edildiği belirtilmişse, haciz şerhi hesap kaydına işlenmeli¹¹⁶ ve söz konusu birikimin, toplam değerinin haczedilebilirlik sınırının üzerine çıkması halinde ise haczin uygulanarak, haczedilen miktarın icra dairesine ödenmesi gerekir.

C. Haczin Takip Borçlusu Bakımından Etkisi

Haciz, borçlunun mahcuz mal üzerindeki tasarruf yetkisini kısıtlar¹¹⁷. Haczin tekemmülü ile birlikte¹¹⁸, borçlu, alacaklının onayı ve icra dairesinin izni olmaksızın hacizli mal üzerinde tasarrufta bulunamaz (İİK m. 86, I). Hacizle birlikte, temin edilmek istenilen alacak miktarı oranında mal borçlunun tasarruf alanından çıkmaktadır¹¹⁹. Bunun ile amaçlanan, haciz uygulandıktan sonra borçlu tarafından haczin konusu olan mal ya da hak üzerinde haciz koyduran alacaklıların zararına olarak olası tasarruf işlemlerinin önlenmesidir¹²⁰. Bu amaçla, borçlu, mal ve hakları üzerinde haciz işlemi uygulan-

¹¹⁵ Yıldırım/Deren Yıldırım, s. 171.

¹¹⁶ Muşul, İcra ve İflâs Hukuku, s. 605.

¹¹⁷ Burada kısıtlanan sadece mahcuz mal üzerindeki tasarruf yetkisi olup, borçlunun o mal üzerindeki mülkiyet hakkı devam etmektedir (Yavaş, s. 53; Ahmet Başözen, Müflisin Tasarruf Yetkisi, Ankara 2005, s. 103). Hacizli mal ya da hakkın fayda ve hasarlarının da kural olarak borçluya ait olması da bu durumu göstermektedir.

¹¹⁸ Bu konuda geniş bilgi için bkz. yuk. dn. 63.

¹¹⁹ Postacıoğlu, s. 291.

¹²⁰ Başözen, s. 103.

dıktan sonra, alacaklı tarafın rızası ve icra memurunun izni olmaksızın hacizli malını tasarruf işlemine konu edemez (İİK m. 86, m. 91). Borçlunun haczedilen mal ve haklar üzerindeki tasarruf işlemleri, haciz alacaklılarının alacak haklarına ulaşmasına zarar verdiği ölçüde hukukî sonuç doğurmaz¹²¹. Görüldüğü üzere, hacizli malvarlığı üzerinde borçlunun tasarruf yetkisi tümüyle elinden alınmamakta; borçlu, haciz koyduran alacaklılarının haklarına zarar vermediği ölçüde hacizli malvarlığı üzerinde tasarruf yetkisini devam ettirmektedir¹²². Burada söz konusu olan nisbî hükümsüzlüktür¹²³.

İİK’nda mahcuz alacak veya diğer talep hakları bakımından tasarruf yasağına ilişkin açık bir düzenleme mevcut değildir. Ancak, İİK’nun 89. maddesinin birinci fıkrasında yer alan haciz ihbarnamesini tebellüğ eden üçüncü kişinin mahcuz alacağı borçluya ödeyemeyeceği gibi, onun talimatıyla başka kişiye tevdi de edemeyeceğine ilişkin hüküm, bu yasağı ifade eden hükümlerden biridir. Bu çerçevede, borçlu, üçüncü kişideki alacağının haczi için haciz tutanağı düzenlendiği sırada icra dairesinde değil ise, bu alacağın haczedildiğinin borçluya bildirilmesi gerekir¹²⁴. Bu bildiri ile, aynı zamanda borçluya, alacaklının onayı ve icra müdürünün izni olmaksızın haczedilen alacak üzerinde tasarruf edemeyeceği, aksine hareketin cezaî sorumluluğu gerektireceği (TCK m. 276) ihtar edilmelidir (İİK m. 86, I).

Kanaatimizce, takip borçlusunun üçüncü kişilerdeki alacağı taşınır hükmünde olduğundan (İİK m. 106, II), yukarıda yapılan açıklamaların, bireysel emeklilik sistemindeki haciz uygulamaları bakımından da geçerli olduğu söylenebilir. Bu çerçevede, katılımcının bireysel emeklilik hesabındaki fon paylarında değerlendirilen birikimi üzerinde ya da emekliliğe hak

¹²¹ **Pekantez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, s. 309; **Kuru**, El Kitabı, s. 432-433; **Gülşah Vardar Hamamcıoğlu**, Medenî Hukuk’ta Tasarruf İşlemi Kavramı, İstanbul 2014, s. 359-360. Burada geçersiz olan borçlunun tasarruf işlemleridir. Buna karşılık, borçlu, izin almadan hacizli taşınır malları hakkında borçlandırıcı işlemler (iltizamî muameleler) yapabilir. Örneğin borçlu, hacizli mallarını satabilir; bu satış sözleşmesi geçersiz değildir. Ancak borçlu, işbu satış sözleşmesine dayanarak borçlu malı devretmişse (tasarruf işlemi), işte bu devir işlemi, haciz koydurmuş olan alacaklıya karşı geçersizdir.

¹²² **Başözen**, s. 107.

¹²³ **Vardar Hamamcıoğlu**, s. 360.

¹²⁴ **Kuru**, Mevduat Haczi, s. 15; **Kuru**, El Kitabı, s. 462.

kazanan veya herhangi bir nedenle sistemden ayrılan katılımcıya yapılacak ödemeler üzerinde haciz uygulanırsa, katılımcının haciz konusu alacağı (birikimi) üzerindeki tasarruf yetkisi kısıtlanacaktır. Yani, katılımcının haczedilen birikimi üzerindeki tasarruf işlemleri, haciz alacaklılarının alacak haklarına ulaşmasına zarar verdiği ölçüde geçersiz olacaktır. Örneğin katılımcının, bireysel emeklilik hesabındaki mahcuz birikimini ya da emeklilik ya da sistemden ayrılma durumunda kendisine yapılacak ödemeleri üçüncü bir kişiye devri¹²⁵, bu devir takip alacaklısının uygulattığı haciz nedeniyle kazanmış olduğu haklarına zarar verdiği ölçüde geçersiz olacaktır¹²⁶. Yine katılımcının, bireysel emeklilik hesabındaki mahcuz birikimi üzerinde rehin tesis etmesi mümkün değildir. Zira, rehin hakkı alacak üzerindeki hakların kullanımını sınırlayan bir tasarruf işlemidir¹²⁷. Katılımcı, alacaklının onayı ve icra dairesinin izni olmaksızın mahcuz birikim üzerinde rehin hakkı tesis edecek olursa, rehin hakkı, kural olarak haciz sahibi alacaklılara karşı ileri sürülemeyecektir.

Bu noktada, haczin, bireysel emeklilik sisteminden ayrılma, fon dağılım değişikliği, birikimin aktarımı, emeklilik planı değişikliği gibi bireysel

¹²⁵ Bizim de katıldığımız görüşe göre, 4632 sayılı Kanun'da ve ilgili mevzuatta katılımcının bireysel emeklilik hesabındaki birikimleri ve getirilerini devretmesini yasaklayan herhangi bir hüküm bulunmadığından, katılımcının birikim ve getirilerini devretmesi mümkündür (Bolayır, s. 890; Ünan/Karayazgan, s. 299-300). Gerçekten de, 4632 sayılı Kanun'da ve ilgili mevzuatta, katılımcının bireysel emeklilik hesabındaki birikimleri ve getirileri üzerinde öngörülen sınırlamalar sadece bunlar üzerinde haciz uygulanması, rehin tesis edilmesi ve bunların iflâs masasına kaydedilmesi bakımındandır. Bu çerçevede, TBK'nun "Kanun, sözleşme veya işin niteliği engel olmadıkça alacaklı, borçlunun rızasını aramaksızın alacağını üçüncü bir kişiye devredebilir." biçimindeki 183. maddesinin birinci fıkrası hükmü de dikkate alındığında, katılımcının emeklilik sözleşmesinden doğan alacaklarını genel hükümler çerçevesinde devretmesine engel bir durum olmadığı söylenebilir.

¹²⁶ "...Öyle ki, eğer anılan idareler tarafından temlik tarihinden önce aynı alacağa bir haciz uygulanmışsa, haciz, alacak üzerindeki tasarruf yetkisini kısıtlayacağından temlikli tasarruf, haciz sahibi alacaklılara karşı ileri sürülemez. Ancak dava konusu temlik haciz tarihinden önce ise, temlikli alacak el değiştirip, temlik alacaklısının tasarrufuna geçtiğinden SGK ve Vergi Dairesi hacizleri temlikten arta kalan para üzerine konulabilir." (13. HD (tarih belirtilmemiş), E. 2009/11407, 2010/2585: <http://www.kararara.com/forum/viewtopic.php?t=17912&p=32903>).

¹²⁷ Bu konuda geniş bilgi için bkz. Vardar Hamamcıoğlu, s. 332-335.

emeklilik sözleşmesinden doğan hakların kullanımına etkisine de ayrıca değinmek yararlı olacaktır¹²⁸. Haczin bu hakların kullanımına etkisi sorgulanırken unutulmaması gereken tek kural, haczin sadece takip borçlusunun tasarruf yetkisinin kısıtlanması sonucunu doğurduğu ve mahcuz üzerinde takip borçlusu tarafından gerçekleştirilecek tasarruf işlemlerinin haciz alacaklılarının alacak haklarına ulaşmasına zarar verdiği ölçüde hukukî sonuç doğurmayacağıdır. Dolayısı ile, öncelikle kısaca “tasarruf işlemi” kavramı üzerinde durmak yararlı olacaktır. Zira yukarıda sayılan hakların kullanımı ancak “tasarruf işlemi” niteliğinde ise hacizden etkilenecektir.

Öğretide, tasarruf işlemi, dar ve geniş anlamda olmak üzere iki biçimde tanımlanmaktadır¹²⁹. Dar anlamda tasarruf işlemi, malvarlığında yer alan bir hakkı doğrudan etkileyerek, hakkı devreden, sınırlayan, sona erdiren veya hakkın içeriğini değiştiren işlemidir. Geniş anlamda tasarruf işlemi ise, malvarlığında yer alan bir hakkı veya kişinin tarafı olduğu bir hukukî ilişkiyi doğrudan etkileyerek, onu devreden, sınırlayan, sone erdiren veya onun içeriğini değiştiren işlemidir. İster geniş anlamda, ister dar anlamda tanımlansın, tasarruf işlemleri, kural olarak işlemi yapan kişinin malvarlığının azalması, karşı tarafın ise malvarlığının çoğalması sonucunu doğuran işlemlerdir.

Konu öncelikle bireysel emeklilik sisteminden ayrılma hakkı bakımından değerlendirilecek olursa, daha önce de ifade edildiği gibi¹³⁰, bu hak, yenilik doğuran haklardandır. Yenilik doğuran hak ise, hak sahibine tek taraflı irade beyanı ile yeni bir hukukî ilişki kurma, var olan hukukî ilişkiyi değiştirme veya sona erdirmeye yollarından biriyle bir başka şahsın hukuk

¹²⁸ Daha önce açıklandığı üzere (bkz. yuk. I, B), bireysel emeklilik sözleşmesinde ve gruba bağlı bireysel emeklilik sözleşmesinde, sözleşmeden doğan bu haklar kural olarak katılımcı tarafından kullanılır. Bu sözleşmelerde, sistemden ayrılma ve emeklilik hakkı hariç diğer hakların katılımcı ad ve hesabına katkı payı ödeyen kişiler tarafından kullanılması kararlaştırılabilir. İşveren grup emeklilik sözleşmesinde, fon dağılımı değişikliği, emeklilik planı değişikliği ve birikimin aktarımı hakları, belirlenen hak kazanma süresi sonuna kadar kural olarak sponsor kuruluş tarafından kullanılır. Emeklilik sözleşmesinde belirtilmesi koşuluyla, sponsor kuruluş, fon dağılımı değişikliği hakkının kullanımını katılımcıya devredebilir.

¹²⁹ **Vardar Hamamcıoğlu**, s. 7.

¹³⁰ Bkz. yuk. B, III, 1.

alanında değişiklik meydana getirme yetkisi veren hak olarak tanımlanmaktadır. Bu hakkın doğrudan karşı tarafa yöneltilen tek taraflı iradeyle kullanılması ise yenilik doğuran hukukî işlemi meydana getirir. Görüldüğü üzere, tasarruf işleminde olduğu gibi, yenilik doğuran hukukî işlemde de “*etkilenen hukukî ilişki*” unsuru mevcuttur. İşte bu noktada cevaplanması gereken soru, yenilik doğuran hakkın kullanılmasının (yenilik doğuran işlemin) tasarruf işlemi niteliğinde olup olmadığıdır¹³¹. Buna verilecek cevap, haczin ayrılma hakkının kullanımına etkisini de açıklayacaktır. Zira, haczin nisbî olarak geçersiz kıldığı işlemler borçlunun mahcuz mal, alacak veya hak üzerindeki tasarruf işlemleridir. Bu çerçevede, bireysel emeklilik sisteminde ayrılma hakkının kullanılması gibi yenilik doğuran bir işlemin tasarruf işlemi niteliğinde olduğu savunulacak olursa, katılımcının, takip alacaklısının onayı ve icra dairesinin izni olmaksızın ayrılması mümkün olmayacaktır. Bu hakkın kullanılmasına tasarruf işlemi niteliği tanınmayacak olursa da, katılımcı herhangi bir sınırlamaya tâbi olmaksızın bu hakkını kullanabilecektir.

Bu konudaki bir görüşe göre, yenilik doğuran hukukî işlem, işlemi yapan tarafa ait bir hukukî ilişkiyi ve yenilik doğuran hakkın kendisi dışındaki bir hakkı etkilemesi kaydıyla, geniş anlamda tasarruf işlemi niteliğindedir¹³². Konuya ilişkin bir başka görüşe göre ise, yenilik doğuran hukukî işlem daima bir tasarruf işlemi niteliğindedir¹³³. Zira, gerek geniş anlamda tasarruf işlemi, gerek yenilik doğuran işlem hukukî ilişkiyi etkiler ve her iki işlem de kişinin hukuk sahasına doğrudan etki eder. Bizim de katıldığımız görüşe göre ise, yenilik doğuran hukukî işlem tasarruf işlemi niteliğinde değildir¹³⁴. Zira tasarruf işlemi, tasarrufu yapanın malvarlığının aktifini azaltmakta, karşı tarafın malvarlığını ise çoğaltmaktadır. Bunun yanı sıra, tasarruf ifadesi, hakkını devreden, sınırlayan, değiştiren ya da sona erdiren taraf bakımından kullanılırken bu tespitin yenilik doğuran hak bakımından

¹³¹ Yenilik doğuran hukukî işlemin geniş anlamda tasarruf işlemi niteliğinde olup olmadığına ilişkin görüşler için bkz. **Vardar Hamamcıoğlu**, s. 37-41.

¹³² Fikret **Eren**, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2012, s. 174; **Vardar Hamamcıoğlu**, s. 39 ve 37-38 dn. 81'deki yazarlar.

¹³³ **Vardar Hamamcıoğlu**, s. 38 dn. 83'teki yazarlar.

¹³⁴ **Buz**, s. 80.

yapılması mümkün değildir. Yenilik doğuran hakkın sahibi, bu hakkı kullanarak kendi lehine ya da aleyhine sonuç doğurur ve karşı tarafın hukuk alanını etkiler.

İşte bu çerçeveden bakıldığında, kanaatimizce katılımcının ayrılma talebinde bulunmasının bir tasarruf işlemi olarak değerlendirilmesi mümkün görünmemektedir. Bu nedenle, henüz emeklilik hakkını kazanmamış katılımcının bireysel emeklilik sistemindeki birikimi üzerinde haciz uygulandığı durumda da katılımcının sistemden ayrılma talebinde bulunmasına, emeklilik şirketinin de gerekli işlemleri yapmasına engel yoktur. Bununla birlikte, bu halde, emeklilik şirketi, katılımcının bireysel emeklilik hesabındaki birikimi üzerinde haciz uygulanmış miktarı icra dairesine ödemeli; bakiyeyi ise ayrılma talebine ilişkin işlemler tamamlandıktan sonra katılımcıya, ödemelidir (BESH Yön. m. 15/2).

Kanaatimizce aktarım hakkı da yenilik doğurucu hak olarak nitelendirilebileceğinden, bireysel emeklilik hesabındaki birikim üzerinde haciz uygulanması, aktarım hakkının kullanımını da etkilemez. Bununla birlikte, emeklilik şirketi, bireysel emeklilik hesabındaki birikim üzerinde haciz uygulandığı takdirde, mahcuz miktar dışında kalan kısmı aktarım yapılacak şirkete aktarmalı; mahcuz kısmı ise icra dairesine ödemelidir.

Son olarak, haczin fon dağılım değişikliği ile emeklilik planı değişikliği haklarına etkisine gelecek olursa, bu hakların kullanımının da tasarruf işlemi olmadığı açıktır. Bu nedenle, haczin bu hakların kullanımını bakımından da bir etki doğurması mümkün görünmemektedir.

D. Mahcuz Alacağın Ödenmesi

BESH Yön. m. 26, 3'te, "*Haciz bildiriminin yapılması üzerine şirket katılımcının mevcut birikimi üzerinden ve bu maddede belirtilen hükümlere göre hesaplanan haczedilemeyecek kısım düşüldükten sonra bakiyeyi, alacağa karşılık gelen kısımına kadar olmak üzere, derhal öder.*" hükmü öngörülmüştür. Öğretide bu düzenlemenin, bireysel emeklilik sözleşmesinin şartlarıyla bağdaşmadığı ileri sürülmüştür¹³⁵. Bu görüşe göre, katılımcının birikimlerine hak kazanması, ya emekliliğe hak kazanmadan (sürekli iş

¹³⁵ Ünan/ Karayazgan, s. 291; Bolayır, s. 885.

göremezlik ya da vefat sebebiyle veya ayrılma beyanı ile) sistemden çıktığı an ya da emeklilik hakkını elde ederek sistemden ayrıldığı an veya yıllık gelir sigortası çerçevesinde kendisine bağlanan maaşın ya da hazırlanan bir program çerçevesinde düzenli ödemenin muaccel olduğu anda gerçekleşir. Bu çerçevede, katılımcı bireysel emeklilik sisteminden emekliliğe hak kazanarak veya hak kazanmadan ayrılmadıkça, icra müdürlüğünün katılımcının iradesi yerine geçerek emeklilik sözleşmesinden ayrılma beyanında bulunması ve bunun üzerine haczin paraya çevrilmesi doğru görünmemektedir. İcra müdürlüğüne fonların paraya çevrilmesini talep etme yetkisi tanınacaksa, bunun açık kanun hükmüyle gerçekleştirilmesi lazımdır. Bu gibi bir yasal düzenlemenin yokluğunda ise mahkeme kararı gerekir. İİK'nun 90. maddesi uyarınca, icra müdürlüğü sadece muaccel olan alacağı tahsil etme yetkisine sahip bulunmaktadır. O halde, muaccel olmamış bir alacağın tahsilinin talep edilmesi üzerine, icra mahkemesi nezdinde şikâyet yoluna başvurulması ve icra mahkemesi tarafından şikâyetin kabul edilip, işlemin iptal edilmesi gereklidir¹³⁶.

Gerçekten de bu hüküm yoruma muhtaçtır. Öncelikle, “*haciz bildiriminin yapılması üzerine*” ifadesi ile neyin kastedildiği anlaşılammaktadır. Zira, katılımcının birikiminin İİK'nun 89. maddesi hükümleri çerçevesinde haczi söz konusu olduğunda, üçüncü kişi konumunda olan emeklilik şirketinin kendisine gönderilen birinci veya ikinci haciz ihbarnamelerine itiraz etme hakkı vardır. Emeklilik şirketinin bu hakkını kullanması durumunda ise, şirket, haciz ihbarnamesi ile kendisinden istenen parayı ödemekten kurtulacaktır¹³⁷. Bu halde şirketin verdiği cevabın doğru olmadığı kanısında olan takip alacaklısının yapabileceği yegâne şey, icra mahkemesine başvurarak şirketin İİK'nun 338. maddesinin birinci fıkrası hükmüne göre cezalandırılmasını ve ayrıca tazminata mahkûm edilmesini talep etmektir (İİK m. 89, IV). Bu çerçevede, kendisine gönderilen (birinci veya ikinci) haciz ihbarnamesine itiraz eden emeklilik şirketinin, “*bu bildirimlerin yapılması üzerine derhal ödeme yapılması*” düşünülemez. Bu değerlendirmemiz, emeklilik şirketine genel hükümler uyarınca haciz müzekkeresi tebliğ edilmesi ve

¹³⁶ Nizam İpekçi, İcra ve İflâs Kanunu Tatbikatı Şerhi, İstanbul 2007, s. 465; Bolayır, s. 886.

¹³⁷ Kuru, El Kitabı, s. 480.

emeklilik şirketi nezdinde takip borçlusu katılımcıya ait bir alacak bulunmaması durumunda da aynen geçerlidir.

Öte yandan, Kanun'un 89. maddesi uyarınca kendisine gönderilen ihbarnamelere itiraz etmeyen emeklilik şirketinin bu ihbarnameler ile kendisinden istenen alacağı ödemek zorunda olması için, yine anılan maddede öngörülmüş bulunan prosedürün tamamlanması ve borcun emeklilik şirketinin zimmetinde sayılmasının kesinleşmesi gerekir. Bu ise, aşağıda ayrıntılı bir biçimde açıklanacağı üzere¹³⁸, üçüncü kişinin haciz ihbarnamesi ile istenen borcu kabul etmesi veya üçüncü haciz ihbarnamesi üzerine süresinde menfi tespit davası açmaması ya da açıp da bu davayı kaybetmesi durumunda söz konusu olur.

Son olarak, kanaatimizce, henüz emeklilik hakkını kazanmamış katılımcının, bu hakkı kazanması durumunda seçimine göre (4632 s. K. m. 16) kendisine yapılacak ödemeler ile herhangi bir nedenle sistemden ayrılması durumunda kendisine yapılacak ödemenin (4632 s. K. m. 15) “*müstakbel alacak haczi*”ne konu edilmesine herhangi bir engel yoktur¹³⁹. Bu halde, kendisine İİK'nun 89. maddesi uyarınca birinci haciz ihbarnamesi gönderilen emeklilik şirketi takip borçlusu ile arasında bir hukukî ilişki mevcut olup da bundan ilerde bir alacak doğması muhtemel ise, icra dairesine 7 gün içinde vereceği cevapta, takip borçlusu ile arasında bir hukukî bir ilişki olduğunu ve ancak bu hukukî ilişki nedeniyle henüz takip borçlusu lehine doğmuş ve ödenebilir bir alacak bulunmadığını bildirmeli ve bireysel emeklilik hesabı üzerine haciz şerhi koymalıdır. Bununla birlikte, bu halde de, emeklilik şirketinin haciz ihbarnamesinin tebliği üzerine derhal bir ödeme yapması beklenemez. Emeklilik şirketi, ancak takip borçlusu ile arasındaki hukukî ilişkiden bir alacak doğarsa, o zaman bu alacağı icra dairesine ödemelidir.

Bu anlatılanlar ışığında, kanaatimizce, Bireysel Emeklilik Sistemi Hakkında Yönetmelik'in 26. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan düzenlemeyi, bu düzenlemenin sadece Yönetmelik hükmü olduğuna dikkat çekerek, İİK'nun 89. maddesi hükmü ile telif etmek suretiyle uygulamak

¹³⁸ Bkz. aşa. III, E.

¹³⁹ Karşı görüş için bkz. *İyilikli*, s. 287.

gereklidir. Bu çerçevede; kanaatimizce anılan madde aşağıdaki şekilde yorumlanmalıdır:

- Kendisine tebliğ edilen “*haciz müzekkeresi*” üzerine katılımcının kendi nezdinde mevcut alacağıın bulunduğunu tespit eden ve haczi uygulayan emeklilik şirketi, bu alacağı, kendisine ödemeye ilişkin herhangi bir müzekkere tebliğini beklemeksizin derhal ödemelidir. Hemen belirtelim ki, bu ödemeyi yapmadığı takdirde müeyyidesinin ne olduğu Yönetmelik’te öngörülmemiştir.
- Emeklilik şirketi aleyhine İİK’nun 89. maddesi uyarınca yürütülen prosedürün tamamlanarak borcun emeklilik şirketinin zimmetinde sayılmasının kesinleştiği her durumda da, emeklilik şirketi, kendisine ödemeye ilişkin herhangi bir müzekkere tebliğini beklemeksizin derhal ödeme yapmalıdır. Aslında bu durum, ikinci ve üçüncü haciz ihbarnamelerinde de açıkça belirtilmekte olup, Yönetmelik hükmü bu düzenlemelerin tekrarından ibarettir. Bu halde, emeklilik şirketi tarafından ödeme yapılmadığı takdirde, takip alacaklısı, icra dairesine başvurarak, emeklilik şirketinin zimmetinde sayılan borcun şirketten zorla tahsil edilmesini istemelidir.
- Emeklilik şirketi, icra dairesine ödeme yaparken, katılımcının mahcuz birikimi ya da yıllık gelir sigortası çerçevesinde ödenen maaşı veya programlı geri ödeme durumunda yapılan ödeme üzerinde haczi caiz olmayan tutarı kendiliğinden hesaplayıp, bu kısmı düşerek bakiyeyi ödemelidir.

E. Haczin Geçerlik Süresi

İİK’nun 106. maddesine göre, hacizli taşınır mallar için satış isteme süresi, “(kesin) hacziden itibaren 6 ay” olup, 6 aylık bu süre, “*haciz kararının verildiği tarihten*” değil, “*kesin haczin fiilen uygulandığı tarihten*” itibaren işlemeye başlar¹⁴⁰. Anılan maddenin ikinci fıkrasına göre ise, borçlunun üçüncü kişilerdeki alacağı taşınır hükmündedir. Bu düzenlemeden hareket eden bir görüşe göre¹⁴¹, hacizli alacakların paraya çevrilmesi (tahsili)

¹⁴⁰ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 345.

¹⁴¹ Kuru, El Kitabı, s.605; İyilikli, s. 55.

de “*hacizden itibaren 6 ay içinde*” istenebilir (m. 106, I). Yani alacaklı, borçlunun üçüncü kişide İİK’nun 89. maddesi uyarınca haczedilmiş bulunan alacağının icra dairesine gönderilmesini, icra dairesinden 6 ay içinde istemelidir; aksi halde alacak üzerindeki haciz kalkar (İİK m. 106, m. 110). Yargıtay da bazı kararlarında, borçlunun üçüncü kişilerdeki paralarının haczedilmesi halinde, alacaklının 6 ay içerisinde paranın dosyaya celbi için icra müdürlüğünden talepte bulunması gerektiği; aksi halde, mahcuz para üzerine konulan haczin düşeceği kanaatindedir¹⁴². Bununla birlikte, Yargıtay’ın, “*para ve alacağın satılarak paraya çevrilmesinin söz konusu olamayacağı*” gerekçesiyle, bunlar hakkında İİK’nun 106. ve 110. madde hükümlerinin uygulanamayacağı yönünde de kararları mevcuttur.

Kanımızca da; haczin, borçlunun mahcuz mal, alacak veya hak üzerindeki tasarruf hakkını kısıtlaması (İİK. m. 86) nedeniyle, alacak haczinin belirsiz bir süre için devamı uygun görülemez. Kaldı ki, İİK’nun satış talep edebilmek için öngörülen sürelerin düzenlendiği 106. maddesinin ikinci fıkrasında da açıkça üçüncü kişilerdeki alacağın taşınır hükmünde olacağı belirtilmiştir. Bu nedenle borçlunun üçüncü kişilerde bulunan para ve alacaklarının haczi halinde, bunların paraya çevrilmesi (satışı) niteliği gereği söz konusu olmaz ise de, emeklilik şirketinin kendisinden istenen borcu

¹⁴² “*Borçlunun üçüncü kişi Fortis Bank A.Ş. İzmir Ege Ticari Şubesindeki mevduatına 27.07.2006 tarihinde haciz konmuştur. İİK’nun "paraya çevirme" başlığını taşıyan 106 ve devamı maddelerinde taşınır ve taşınmaz malların satış usulü düzenlenmiştir. Haciz, satılarak paraya çevrilmesi zorunlu mala değil bankadaki paraya konmuştur. Her ne kadar alacak ve para, menkul hükümlerine göre haczedilir ise de, bu paranın satılarak paraya çevrilmesi söz konusu olamayacağından satış isteme açısından İİK’nun 106. ve 110. maddelerinin tatbiki düşünülemez. Ancak yasada para alacağı üzerine konulan haczin ne kadar süreyle mevcudiyetini koruyabileceği yönünde bir açıklık bulunmadığından İİK’nun 106. maddesinde menkul mallar için öngörülen 1 yıllık (6 aylık) sürenin para alacakları yönünden hacizden itibaren paranın istenmesi için gerekli azami süre olarak uygulanması gerekmektedir. Somut olayda alacaklı banka, 04.07.2007 tarihinde icra müdürlüğüne başvurarak, haczedilen paranın dosyaya gönderilmesi için talepte bulunmuş, icra müdürlüğüne de talep doğrultusunda üçüncü kişiye müzekkere yazılmıştır. Bu durumda alacaklı tarafından haciz tarihinden itibaren 1 yıllık (6 aylık) süre içinde paranın istenmesi keyfiyetinin yerine getirildiği görülmektedir. O halde belirtilen nedenlerle mahkeme kararının onanması gerekirken bozulduğu anlaşılmalı alacaklı vekilinin karar düzeltme isteminin kabulü gerekmektedir” (12. HD 24.3.2011, E. 2010/25735, K. 2011/4525: Legalbank).*

ödememesi durumunda, alacaklının 6 ay içinde “*haczedilen alacağın icra dairesine ödenmesi*”ni talep etmesi gerekir. Bu 6 aylık süre, “*haczin devamı süresi*”dir. Şimdi bu sürenin işlemeye başlayacağı anı çeşitli olasılıklar çerçevesinde incelemek gerekir:

1. Birinci Haciz İhbarnamesi Üzerine Borcun Kabul Edilmesi Durumunda

İK'nun 89. maddesi çerçevesinde emeklilik şirketine gönderilen birinci haciz ihbarnamesi ile haczin yapıldığı, bundan böyle borcun ancak icra dairesine ödenebileceği; haciz ihbarnamesinin tebliğinden itibaren 7 gün içinde itiraz edebileceği, aksi takdirde borcun zimmetinde sayılacağı bildirilir. Birinci haciz ihbarnamesini tebliğ eden emeklilik şirketi, haciz ihbarnamesinin tebliğinden itibaren 7 gün içinde icra dairesine başvurarak, haciz ihbarnamesinde belirtilen meblağı takip borçlusuna borçlu olduğunu kabul ederse, emeklilik şirketine karşı takip ve borcun zimmetinde sayılması kesinleşmiş olur¹⁴³. Bu halde, icra dairesi, alacaklının talebi üzerine, emeklilik şirketinin zimmetinde sayılan borca yetecek kadar malını (veya parasını) haczeder, satar ve elde edilen para ile takip alacaklısının alacağını (ve takip giderlerini) öder. Kanaatimizce, bu halde alacaklı, borcun emeklilik şirketinin zimmetinde sayılmasının kesinleştiği tarihten (şirketin borçlu olduğunu kabul ettiği tarihten) itibaren 6 ay içinde icra dairesine başvurarak, emeklilik şirketinin zimmetinde sayılan borcun emeklilik şirketinden zorla tahsil edilmesini istemelidir; aksi halde, emeklilik şirketinin zimmetinde sayılan ve taşınır hükmünde olan alacak üzerindeki haciz kalkar (m.106 ve m.110).

2. Birinci Haciz İhbarnamesine İtiraz Edilmemesi Durumunda

Emeklilik şirketi, birinci haciz ihbarnamesinin kendisine tebliğinden itibaren 7 gün içinde itiraz etmezse, borç zimmetinde sayılır ve bu husus ikinci bir haciz ihbarnamesi ile bildirilir. Bu ihbarname ile emeklilik şirketine, ikinci haciz ihbarnamesinin kendisine tebliğinden itibaren 7 gün içinde itiraz edebileceği; itirazda bulunmadığı takdirde zimmetinde sayılan borcu aynı süre içinde haciz ihbarnamesini gönderen icra dairesine ait banka

¹⁴³ İyilikli, s. 164; Arslan, s. 99.

hesabına yatırması gerektiği ihtar edilir. Şirket bu ihbarnameye de itiraz etmez ve borcu da ödemezse, şirkete üçüncü haciz ihbarnamesi gönderilir. Bu ihtarnameyle de, şirkete, menfi tespit davası açmaz veya dava açtığını gösterir belgeyi süresi içinde vermezse ihbarnamenin tebliğinden itibaren 15 gün içinde borcu haciz ihbarnamesini gönderen icra dairesine ait banka hesabına yatırması, aksi halde cebrî icra yolu ile borcun tahsil edileceği veya malın aynen alınacağı ihtar yazılır.

Kendisine üçüncü haciz ihbarnamesi (bildirim) gönderilen emeklilik şirketi, üçüncü haciz ihbarnamesinin kendisine tebliğinden itibaren 15 gün içinde menfi tespit davası açmaz ve zimmetinde sayılan borcu aynı süre içinde icra dairesine ödemezse, zimmetinde sayılan borcu ödemeye zorlanır (m.89, III c.3). Zira, bu halde, 89. maddenin uygulaması tamamlanmış olur ve borcun emeklilik şirketinin zimmetinde sayılması kesinleşir. Bu çerçevede, icra dairesi, *alacaklının talebi üzerine*, emeklilik şirketinin zimmetinde sayılan borca yetecek kadar malını (veya parasını) haczeder, satar ve elde edilen para ile takip alacaklısının alacağını (ve takip giderlerini) öder. Bu halde kanaatimizce alacaklı, 15 günlük menfi tespit davası açma süresinin bitiminden itibaren 6 ay içinde icra dairesine başvurarak, emeklilik şirketinin zimmetinde sayılan borcun emeklilik şirketinden zorla tahsil edilmesini istemelidir; aksi halde, emeklilik şirketinin zimmetinde sayılan alacak üzerindeki haciz kalkar (m.106 ve m.110)¹⁴⁴.

Emeklilik şirketi, süresi için menfi tespit davası açılacak olursa, bu dava sonunda verilen kararın kesinleşmesine kadar 6 aylık satış isteme süresi işlemez (m. 89, III, c. 5)¹⁴⁵. Emeklilik şirketi açtığı davayı kaybettiği takdirde, ret kararının kesinleşmesi üzerine, zimmetinde sayılan borcu ve mahkûm edildiği tazminatı icra dairesine ödemek zorundadır; aksi halde, *alacaklının talebi üzerine* malları haczedilir, satılır ve elde edilen paradan alacaklının alacağı ve tazminatı ödenir. Bu halde de, kanaatimizce alacaklı, menfi tespit davasının sonunda verilen ret kararının kesinleşmesinden itibaren 6 ay içinde icra dairesine başvurarak, emeklilik şirketinin zimmetinde sayılan borcun şirketten zorla tahsil edilmesini talep etmelidir; aksi halde, yine emeklilik şirketinin zimmetinde sayılan alacak üzerindeki haciz kalkar.

¹⁴⁴ **Kuru**, El Kitabı, s. 472 dn. 51; s. 605; **Kuru**, Mevduat Haczi, s. 50.

¹⁴⁵ **Kuru**, Mevduat Haczi, s. 78; **Kuru**, El Kitabı, s.477; **İyilikli**, s. 94.

Kaynakça

- Açıköz**, Ali Nevzat; Borçlunun Üçüncü Kişilerde Bulunan Menkul Mal ve Alacaklarının Haczi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 1989.
- Akın**, Levent; Maaş ve Ücret Haczi, AÜHFD 1995/44/4, s. 335-364.
- Alanya**, Y. Bora; Bireysel Emeklilik Hukuku, İstanbul 2007.
- Arslan**, Ramazan; Borçlunun Üçüncü Kişilerde Bulunan Mal ve Alacaklarının Haczi, Recaî Seçkin'e Armağan, Ankara 1974, s. 81-114.
- Aykaç**, Kemal; Açıklamalı Âmme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun ve Genel Tebliği, Ankara 1976.
- Başözen**, Ahmet; Müflisin Tasarruf Yetkisi, Ankara 2005.
- Bolayır**, Nur; Bireysel Emeklilik Sisteminde Cebri İcra Sınırlamaları, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2009/11, s. 867-892.
- Buz**, Vedat; Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2005.
- Demirbaş**, Harun; Yenilik Doğuran Haklar, İstanbul 2007.
- Eren**, Fikret; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2012.
- Erol**, Ahmet/**Yıldırım**, Ercan; Bireysel Emeklilik Sistemi, 2. B., Ankara 2004.
- Vardar Hamamcıoğlu**, Gülşah; Medenî Hukuk'ta Tasarruf İşlemi Kavramı, İstanbul 2014.
- İyilikli**, Ahmet Cahit; Haciz İhbarnameleri (İİK m. 89), Ankara 2012.
- Kabukçuoğlu Özer**, F. Dilek; Mukaseyeli Hukukta ve Uygulamada Hayat Sigortası, Ankara 2014.
- Kuru**, Baki; Bankalardaki Mevduatın ve Diğer Alacakların Haczi, Genişletilmiş 2. B., İstanbul 2002, (Mevduat Haczi).
- Kuru**, Baki; İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, Tamamen Yeniden Yazılmış ve Genişletilmiş 2. B., İstanbul 2013, (El Kitabı).

- Kuru**, Baki; İcra ve İflâs Kanunu'nun 89. Maddesinde Yapılan Değişiklikler, Bankacılar Dergisi 2003/47, s. 59-82, (İİK m. 89).
- Muşul**, Timuçin; İcra ve İflâs Hukuku, 3. B., Ankara 2008, (İcra ve İflâs Hukuku).
- Muşul**, Timuçin; İcra ve İflâs Hukuku, C. I, Güncellenmiş Genişletilmiş 6. B., Ankara 2013, (C. I).
- Pekcanitez**, Hakan/**Atalay**, Oğuz/**Sungurtekin Özkan**, Meral/**Özekes**, Muhammet; İcra ve İflâs Hukuku, 10. B., Ankara 2012.
- Postacıoğlu**, İlhan E.; İcra Hukuku Esasları, İstanbul 1982.
- Ünan**, A. Samim/**Karayazgan**, Ahmet; Bireysel Emeklilik Hukuku, İstanbul 2009.
- Üstündağ**, Saim; İcra Hukukunun Esasları, İstanbul 2004.
- Yavaş**, Murat; Borçlunun Üçüncü Şahıslardaki Mal, Hak ve Alacaklarının Haczi, İstanbul 2005.
- Yavaş**, Murat; Maaş ve Ücret Haczi, TBBD, 2009/84, s. 93-120.
- Yıldırım**, M. Kâmil/**Deren-Yıldırım**, Nevhis; İcra Hukuku, Genişletilmiş Gözden Geçirilmiş 5. B., İstanbul 2012.
- Yüksel**, Bayram; Katılım Bankalarında Bireysel Emeklilik Sistemi ve İşleyişi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2013.

HİCRA VE İFLAS KANUNU'NDA DÜZENLENEN SÜRELER VE İRADE ÖZERKLİĞİ İLKESİ KAPSAMINDA İCRA İFLAS KANUNU MADDE 20

Yrd. Doç. Dr. Nedim MERİÇ*

GİRİŞ

İcra hukuku, usul hukuku gibi maddi hukuksal sahaya ait bir menfaatin ihlal edilmesi karşısında ilgilinin (*icra hukukunda alacaklının*) ihlal edilen menfaatinin yeniden ve gerekirse zor kullanılarak¹ tesis edilmesinin amaçlandığı² hukuk sahasıdır. Bu ve benzer icra hukuku tanımları, takip işlemleri bakımından değerlendirildiğinde anlamı tam olarak yansıtamayabilecektir. Bunun olmaması adına tanımlamaya konulacak *zorunlu unsurlar ise* her takip işlemi için söz konusu olmayabilecek veyahut gerçekleşmeyebilecektir. Örneğin, *alacaklının ihlal edilen menfaatinin yeniden tesis edilmesi* amacı, amacın tam olarak gerçekleşebileceği garantisini içermeyecektir. Yapılan icra takibinin konusu olan malın zorla tesliminde mala ulaşılmadığında

H Hakem incelemesinden geçmiştir.

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

¹ Bunun *Gaul* tarafından hukuk düzeninin işleyişi için zorunlu bir unsur olduğu vurgusu hakkında bkz. **Gaul**, Hans-Friedhelm, Hukukun Esasları ve Hukuk Dogmatığı Bakımından Hakkın İcra Yoluyla Elde Edilmesi, İcra Hukuku Analizleri, 3. Baskı, İstanbul 2011, s. 29 (23-86) (Çev. Yıldırım, Nevhis Deren); **Yıldırım**, Mehmet Kamil/**Yıldırım**, Nevhis Deren, İcra Hukuku, 5. Baskı, İstanbul 2012, s. 2.

² **Postacıoğlu**, İlhan E., İcra Hukuku Esasları, İstanbul 1982, s. 4 vd.; **Kuru**, Baki/**Arslan**, Ramazan/**Yılmaz**, Ejder, İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, 27. Baskı, Ankara 2013, s. 28; **Pekcanitez**, Hakan/**Atalay**, Oğuz/**Sungurtekin Özkan**, Meral/**Özekes**, Muhammet, İcra ve İflâs Hukuku, 11. Bası, Ankara 2013, s. 50; **Karlı**, **Abdurrahim**, İcra Hukuku Ders Kitabı, Yenilenmiş 1. Bası, İstanbul 2010, s. 32.

alacaklının ihlal edilen menfaati ikame değerlerle (*malın bedeli üzerinden*) giderilmeye çalışılmaktadır. Yahut bu sonuca (*alacaklının hakkını elde etmesine*) *devletin ilgili organları tarafından zor kullanılmakla* varıldığına ilişkin bir unsur ibaresi sadece haciz ve muhafaza tedbiri işleminin zor kullanmayı içermesi ve fakat satış ve paraların paylaşılması işlemlerinin bir güç kullanımını içermemesi nedeniyle eksik görülebilecektir.

Devletin yetkili organlarınca alacaklı menfaatinin sağlanmasına ilişkin icra hukuku sahası borçluyu (*malvarlığı değerlerini*) hedef alması bakımından borçlu menfaatinin de ilgilendirmektedir. Her hukuk sahasının problemi olan çatışan menfaatlerin dengelenmesi icra sürecinde alacaklının menfaatinin borçlu hedef alınarak temin edilmesi amacı dolayısıyla daha hassas bir konu olup, özellikle takip hukukundan kaynaklanan bazı ilkelerin (*ölçülülük, paraya çevirme, takip yollarının sınırlı olması, rehne başvuru zorunluluğu vs.*) mevcudiyetine yol açmıştır. Anayasa ile Türkiye'nin taraf olduğu insan hakları sözleşmesi ve ek protokolleri kapsamında güvence altına alınan temel hak ve özgürlükler ve istisnaları da (*adil yargılanama hakkı, mülkiyetin korunması, kişiliğin korunması, konut dokunulmazlığı vs.*) icra takibinde mutlaka dikkate alınacaktır³. Ayrıca yargılama usulüne özgü bazı ilkeler (*takip ekonomisi, tasarruf ilkesi, taraflarca getirme ilkesi vs.*) de icra takibinde uygulama bulmaktadır.

Bahsi geçen bu ilkelerin hepsi bir icra hukuku yapısı içinde hem alacaklı hem de borçlu menfaatinin dengelenmesi açısından yer almak zorundadır. Ülkeler arasında yapısal bazı küçük farklılıklar bulunsa da özellikle başta temel hak ve özgürlükler olmak üzere ölçülülük ilkesi, irade özerkliği, takip ekonomisi gibi ilkeler icra hukuku yapısı için vazgeçilmezdir⁴. Devletin güç kullanımı tekelinde alacaklı menfaatinin sağlanması, bu ilkelere riayet edilip gerçekleşmekle hukuka uygun kabul edilmelidir. Böylelikle *denkleştirici adaletin* gerçekleşeceği söylenebilecektir⁵.

³ Ayrıntılı Bilgi için bkz. **Özekes**, Muhammet, İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler, Ankara 2009, 21 vd., 109 vd.

⁴ **Yıldırım/Yıldırım**, s. 5.

⁵ **Çiftçi, Pınar**, İcra Hukukunda Menfaat Dengesi, Ankara 2010, s. 41.

I. İCRA HUKUKU NORMLARININ YAPISI VE İRADE ÖZERKLİĞİ ESASI

1. Genel Olarak

İcra hukuku, alacaklının menfaatinin güç kullanımı yoluyla sağlanması olunca, bu imkânın hukuki koruma yollarından biri olduğu kabul edilmelidir. Bu türden bir hak, devletin yükümlü olduğu bir kamusal hak niteliğindedir. Öyle ki, devletin alacaklının cebri icranın başlatılması talebini -haksız şekilde- kabul etmemesi, alacaklının hak arama özgürlüğüne doğrudan bir engel oluşturacaktır. Usul hukukunda olduğu gibi, sürecin başlatılmasına yönelik hukuk devleti ilkesi ve devlet garantisi sürecin devlet gözetiminde devam ettirilmesini de kapsar. Bu özellik nedeniyle irade özerkliği (*takibi başlatma, devam ettirme, vazgeçme vs.*) esas ve etkisi, kamusal icra hukuku yapısı kendisine izin verildiği ölçüde geçerli olacaktır⁶. Bu sonuç, cebri icra hukukunun ve bu sahadaki güç kullanımının devletin tekelinde olması ile açıklanabilir⁷.

Şu durumda yasaklanmamış irade özerkliğine bağlı tarafların tasarrufta bulunabilmeleri -icra müdürünün zor kullanma yetkisi gibi- kendine özgü icra hukuku kurallarının yanında mümkün olmaktadır. Cebri icra hukuku kurallarının şekle bağlı olması, icra hukukunun kamusallığını temin etmekle birlikte bahsi geçen bu taraf tasarruflarının yapılmasına ve sonuçlarını doğurmasına da bir ölçüt getirmektedir.

2. Şekilcilik

Cebri icra hukukunda şekle bağlılık kuralı, öncelikle takip konusu edilen borç ilişkisinden kaynaklanan maddi hukuksal sonuçların kamusal bir süreç içinde objektif gerçekleşmesini⁸ sağlar. Bu özelliği dolayısıyla şekle bağlılık ilkesi, yargılama hukukunda olduğu gibi takip hukuku bakımından

⁶ Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 81; Stürner, Rolf, Prinzipien der Einzelzwangsvollstreckung, ZZP 99. Band, Heft: 3, 1986, s. 298 (291-332); Aşık, İbrahim, İcra Sözleşmeleri Ankara 2006, s. 16.

⁷ Stamm, Jürgen, Die Prinzipien und Grundstrukturen des Zwangsvollstreckungsrechts, 2007, s. 6 vd.

⁸ Onar, Sıddık Sami, İcra Hukukunda Temel Bilgiler, İstanbul 1968, s. 9.

da olmazsa olmaz ilkelerden biridir. Kamusal nitelikte olan bir sürecin aynı zamanda maddi hukuksal köklerinden kopmamasını, yine belirli bir şekle bağlanmış maddi hukuksal unsurlarla gerçekleşmelidir (*örn, taksitle ödeme anlaşmasının icra tutanağına geçirilmesi, icra kefaletinin icra tutanağında yer alması vs.*).

Borç ilişkisinin kesin hüküm oluşturacak şekilde incelenmesinin ve değerlendirilmesinin yeri, icra hukuku sahası olamaz. Zira icra takibinin başlatılması ile borcunu ödememesi/ödeyememesi ile devlet kamusal sahada artık ilgili olmuştur. Borçlu bu süreç içinde borcunu artık devletin öngördüğü şekilde yerine getirecektir. Kamusal ilgi, borçlunun maddi hukuktaki mümkün olan yolları kullanarak borcunu ödemesini artık daha az muhtemel görmekte, buna ilişkin sonuçları bu nedenden dolayı istisna olarak kabul etmektedir (*takip konusu alacağın itfasına ilişkin olarak bkz. m. 33, 71*). Bu istisnai durumlara ilişkin sonuçlar dahi kamusal gücün öngördüğü şekilde takipte etkisini göstermektedir (*icra mahkemesine başvurulması, başvurunun belirli belgelerle ve şekilde yapılması gibi*).

İcra hukukunun bu şekilcilik anlayışı, icra hukukunda maddi hukuka ait işlemlerin yapılamayacağı anlamına gelmemektedir. Burada söz konusu olan, icra takibine konu borç ilişkisinde var olan olguların ve yaşanacak değişikliklerin icra takibi bakımından sonuçlarını doğurması için belirlenen bir takım tipiklik şartlarına bağlı olmasıdır. Şekle bağlılıkla ilgili bu kurallar tamamen ilgililerin menfaatleri dikkate alınarak kanun koyucu tarafından belirlenmelidir. Örneğin, itirazın kesin kaldırılması taleplerinin belirli belgelerle ispat edilmesi, alacaklıya itfa olgusunun veya alacaklının süre vermesine ilişkin olgunun ilamsız icrada **İİK m.71'de** sayılan belgelerle ispat edilmesi gibi. Tipiklik şartlarına bağlı olmaksızın borç ilişkisine ilişkin yapılacak incelemeler ise medeni yargılama sahasında gerçekleşecektir (**m. 72**). Bu durumda ise sadece maddi hukuk sahasında yapılan tespitlerin ve varılan hukuki çıkarımların icra takibine etkisinden bahsetmek gerekecektir⁹.

3. Takibin Etkin Olması İlkesi ve Süreler

Yargılama ve takip usulleri maddi hukukun gerçekleştirilmesi amacı taşıdıklarından hizmet etme işlevi taşırlar. Maddi hukukun ilkeleri bu işlev

⁹ Postacıoğlu, s. 20.

dolayısıyla takip hukukunda acaba geçerli kabul edilmeli midir? İcra takibinin başlatılması ile borç ilişkisinin kamusal gücün kullanılması dolayısıyla artık devletin de ilgi sahasına girdiği kabul edilmelidir. Kamusal gücün kullanılması (*haciz, muhafaza tedbiri, satış vs.*) işin niteliği gereği alacaklı ve borçlu menfaatlerine doğrudan müdahaleyi içerdiğinden, bu yola başvurmak durumunda kalan alacaklı ve kendisine takip yapılan borçlu bakımından belirlilik ve kesinlik (**kanunilik**) taşınmalıdır¹⁰. Bu belirlilik, icra hukuku düzenlemelerinde açık bir şekilde yer bulmalıdır¹¹.

Bu belirleme yapılırken icra hukuku, şüphesiz maddi hukukta yer alan ilkeleri görmezlikten gelmez, onları saf dışı bırakmaz. Takibe konu borç ilişkisinin ilgili olduğu hukuk sahasının maddi hukuksal özellikleri ile yargılama hukukunun temel ilkeleri de dikkate alınmalıdır. Takibin taraf talebi üzerine başlatılması ve tarafın sunduğu malzemeler değerlendirilerek takibin yürütülmesi irade özerkliği ilkesinin bir yönünü oluştururken, alacaklı ve borçlu menfaatlerinin dengelenmesi veya bunlardan birinin menfaatine ölçülü olarak öncelik verilmesi diğer yönünü oluşturmaktadır.

Alacaklı ile borçlu taraf menfaatlerinin dikkate alınması, öncelikle söz konusu menfaatlerin mümkün olduğunca etkin gerçekleştirilmesiyle olur. İcra takibinin etkin olması, ilk yönüyle alacaklı ve borçlu menfaatlerinin karşılaştırılması ile ulaşılabilecek sonuç açısından önem taşır. Alacaklının cebri icra yapılmasına yönelik menfaati, ifada temerrüde düşen veya kötü niyetli olan borçlu karşısında üstünlük taşır. Borçlu için korunması gereken menfaat, varlığını sürdürebilmesi konusunda bazı malvarlığı değerlerinin haczedilmezliği ve uygun olmayan (*veya daha uygun vasıtalar varken yapılmaya çalışılan*) cebri icranın yapılamamasıdır.

Etkin bir icra takibinin ikinci unsuru, tıpkı yargılama hukukunda olduğu gibi, sürecin sürelerle bağlılığıdır. İcra hukukunda süreler değişik amaçlarla Kanunda düzenleme bulmaktadır. İzlenen amaç bakımından değerlendirildiğinde ilk olarak icra organlarına yönelik düzenlenen süreler-

¹⁰ **Özkes**, Temel Haklar, s. 89 vd.

¹¹ *Yargıtay*'ın tartışmaya açık bir takım içtihatları dolayısıyla icra hukukunda olması gereken kanunilik (belirlilik ve öngörülebilirlik) ilkesinin uygulamasının aksadığına yönelik eleştiriler için bkz. **Özkes**, Temel Haklar, s. 91.

den bahsetmek gerekecektir¹². İcra organı Kanunda kendisine öngörülen süre içinde işlemini yapmalıdır (*m. 61'e göre icra dairesinin ödeme emrini takip talebinden itibaren üç gün içinde tebliğe çıkarması, m. 79'a göre talepten itibaren üç gün içinde haciz yapması, m. 112'ye göre taşınırlarda talepten itibaren 2 ay içinde satışı gerçekleştirilmesi gibi*). Buna aykırılık durumunda yapılan işlem yine de geçerli kabul edilecektir. Tabii ki ilgililerin yapılmayan işlemin yapılmasını istemeye hakları bulunmaktadır. Ayrıca yapılmaması veya süresinde yapılmaması dolayısıyla işlemde zarar görenlerin zararlarının giderilmesini istemeye hakları da bulunmaktadır.

Kanunda bir durum dolayısıyla düzenlenmiş olan süreler ise, icra takibinin durmasını, takibin ertelenmesini sağlayan sürelerdir. Bu süreler borçlunun durumundan kaynaklanabilir. Bu durumda talik hallerinden bahsetmek gerekecektir (*m. 51-55, 71, 179, 289 vs.*). Bu süreler borçlu malvarlığı değeri içinde belirli bir eşyanın durumundan kaynaklanabilir¹³. Örneğin, olgunlaşmasından 2 aydan kısa zaman kalan haczedilen ürünün olgunlaşmadan evvel borçlunun rızası olmaksızın satılmaması durumunda o ürün bakımından bir takip ertelenmesinden bahsedilecektir. Bazen ise takibin durmasının nedeni, takip konusu para alacağı hususunda alacaklı tarafla borçlunun anlaşma yapması veya m.111'e göre borçlunun icra dairesine taksitle ödeme taahhüdünde bulunmasıdır. Bu halde taksitle ödeme anlaşması boyunca takip duracaktır.

Bazı süreler ise borçlunun düşünme süresi niteliğindedir. Ödeme süreleri bu amaçla vardır¹⁴. Bu sürelerden evvel, borçluya karşı icra takip işlemleri yapılamaz. Genel haczi yolu bakımından değerlendirildiğinde itiraz süresi ile ödeme süresinin aynı olması veya ilamlı icra takibinin konusunun para alacağı olması durumunda ödeme süresi ile icranın geri bırakılmasına ilişkin icra mahkemesine başvuru süresinin aynı olması iki süre bakımından ayırım yapılmasını zorlaştırmakta ise de, takip kesinleşmiş olsa bile ödeme süresi kadar beklenmesi gereken takiplerde (*m. 168'e göre kambiyo senetlerine mahsus haciz yoluyla takipte on gün kadar; m. 269, 269/a'ya göre kiralanan taşınmazların kira bedelinin ödenmemesi nedeniyle tahliyesinde*

¹² Yıldırım/Yıldırım, s. 51.

¹³ Yıldırım/Yıldırım, s. 51.

¹⁴ Yıldırım/Yıldırım, s. 51.

ödeme emrinde belirtilen ihtar müddeti kadar; m.30'a göre bir işin yapılmasına veya yapılmamasına ilişkin ilamların icrası amacıyla gönderilen icra emrinde ilamda yazılı süre kadar, ilamda yazılı değilse icra memurunun takdir edeceği süre kadar; m.146'ya göre rehnin paraya çevrilmesi yoluyla ilamsız takipte on beş gün kadar; m. 149/b'ye göre ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla ilamsız takipte otuz gün kadar) borçlunun ödeyebileceği (ödemeyi düşündüğü) kabul edilmelidir. Dolayısıyla öngörülen sürelerden evvel icra takip işlemlerine devam edilmez.

Sürelerden bir kısmı ise, tarafların veya üçüncü kişilerin öngörülen süre içinde belirli davranışları sergilemesine yönelik olarak vardır. Kanun, bu sürelerle taraf ve üçüncü kişilerin menfaatini korumakta, tarafları ve üçüncü kişileri belirli bir zaman dilimi içinde davranışta bulunmaya zorlamaktadır. Burada taraf menfaatleri ile üçüncü kişi menfaatleri icra sürecinin hızlı olmasına bağlanmıştır. Örneğin, ihtiyati haciz kararının icrasının m. 261'e göre on gün içinde istenmesi, m. 265'e göre borçlu veya üçüncü kişinin ihtiyati haciz kararına 7 gün içinde itiraz etmesi, m. 264'e göre ihtiyati haczi tamamlayan merasime (dava veya icra takibi) yedi gün içinde başvurulma zorunluluğu, m. 62'ye göre borçlunun genel haciz yoluyla takipte yedi gün içinde itirazda bulunması, m. 78 f.2'ye göre alacaklının ödeme emrinin tebliği tarihinden itibaren 1 yıl içinde haciz istemesi, m. 69 f.2'ye göre borçlunun itirazın geçici kaldırılması kararının tebliğinden/tefhiminden itibaren 7 gün içinde borçtan kurtulma davası açması, m. 72'ye göre haksız cebri icra yoluyla malı paraya çevrilen borçlunun 1 sene içinde istirdat davası açması, m. 106'ya göre alacaklının hacizden itibaren taşınırlarda 6 ay ve taşınmazlarda 1 yıl içinde satış talep etmesi gibi süreler bu türdendir. Bu sürelerle uyulmadığında süreye uymak durumunda olan kişinin aleyhine bazı sonuçlar ortaya çıkmaktadır. Bu olumsuz sonuçlar bazen hakkın düşmesi şeklinde olmakta (m. 62) veya süresinde işlem yapmaya bağlı olan sonuçların ortaya çıkmaması (m. 69 f.2, 106) şeklinde gerçekleşmektedir.

4. İrade Özerkliği'nin İcra Hukukunda Geçerli Olması

Takibin etkin olması ilkesi, icra takibinin sürelerle bağlı işlemlerden oluşması, süreçte gerçekleşecek işlemlerin şekle bağlılığı icra hukukunda

irade özerkliğinin mutlak olarak kabul edilmemesine yol açmıştır¹⁵. İcra hukukunun devletin kamusal gücünün kullanımı esasına dayanması dolayısıyla irade özerkliği icra hukuku sahasında tarafların ve ilgili kişilerin menfaatlerinin zedelenmeyeceği durumlarda söz konusudur¹⁶. Burada icra takip süreci içindeki aşamalarda süreçle ilgili unsurlara yönelik bir irade özerkliğinden bahsetmek gerekecektir (*m. 20 c.2, m. 50 atfı gereği HMK m. 17, 71, 111, 112 f.2, 119 b.1, 154 f.3 c.1*).

İrade özerkliğinin geçerli olduğu bu düzenlemeler, irade özerkliğinin akdi dava (takip) yasağı kapsamında icra hukukunun izin verilmemiş alanlarında geçerli olmayacağı şeklinde anlaşılmalıdır. Bilakis taraf menfaatlerinin söz konusu olduğu yönüyle icra hukukunda irade özerkliği geçerli olacaktır¹⁷. İcra hukukunu hem maddi hukuktan hem de yargılama hukukundan bağımsız bir alan olarak gören *Karsh*, icra hukukunun kendi sahasından kaynaklanan taraf tasarruflarının (*sözleşmelerinin*) yapılabileceğini belirtmektedir¹⁸. Hukuk salt kanun koyucunun oluşturduğu düzenlemeden ibaret olmayıp, kanunen yasaklanmamış olan sahada taraf anlaşmalarıyla da vardır¹⁹. İrade özerkliğinin icra hukuku alanındaki geçerliliği, ancak devletin taraf menfaatlerinin (*özellikle borçlunun*) korunması, üçüncü kişilerin menfaatlerinin korunması²⁰ ve sürecin icra organı tarafından yürütülmesiyle ilgili kurallara bağlı münferit durumlarda söz konusu olmayacaktır. İlgili kural- ların düzenleniş amaçları dolayısıyla nitelik olarak emredici karaktere sahip

¹⁵ **Özekes**, Temel Haklar, s. 74; **Çiftçi**, s. 131, 132.

¹⁶ **Belgesay**, Mustafa Reşit, İcra ve İflas Kanunu Şerhi I, İstanbul 1948, s. 16 vd.; **Berkin**, Necmeddin, Tatbikatçılara İcra Hukuku Rehberi, İstanbul 1980, s. 15 vd.; **Üstündağ**, Saim, İcra ve İflas Kanunu'nun Dünü ve Bugünü, İstanbul 1990, s. 125 vd.; **Üstündağ**, Saim, İcra Hukukunun Esasları, 8. Bası, İstanbul 2004, s. 4 vd.; **Yıldırım**, Kamil, İcra Hukukunun Anayasa İle İlişkisi ve Ölçülülük İlkesi, Hukuk Araştırmaları Dergisi 1989 Ocak- Aralık Sayısı, s. 98 (98-115), **Aşık**, s. 16, 59.

¹⁷ **Schiedmair**, Gerhard, Vereinbarungen im Zivilprozess, Bonn 1935, s. 5; **Emmerich**, Volker, Zulaessigkeit und Wirkungsweise der Vollstreckungsvertraege, ZZP 82 (1969), s. 414; **Karsh**, s. 103.

¹⁸ **Karsh**, s. 100.

¹⁹ **Schiedermair**, Gerhard, Vereinbarungen im Zivilprozess, Bonn 1935, s. 55; **Taşpınar**, Sema, Medeni Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri, Ankara 2001, s. 78.

²⁰ **Çiftçi**, s. 131, 132.

oldukları kabul edilmelidir. Bu amaçları dolayısıyla bu kurallara aykırı olacak şekilde irade özerkliği kapsamındaki işlem ve davranışlar (*sözleşme*²¹, *feragat*²²) geçerli olmayacaktır²³. Bu sonuç Kanunda, İcra İflas Kanunu'nda düzenlenen sürelerin değiştirilmemesine, tamamen ve kısmen haczedilemeyen mallardan önceden feragat edilemeyeceğine, vekil ile takip edilen takiplerde vekâlet ücreti konusunda vekil ile taraf arasında yapılan anlaşmanın icra memurunu bağlamayacağına ilişkin olarak açık bir şekilde düzenlenmiştir (**İİK m. 20 c.1, 83/a, 138 f.3**). Bir hükmün emredici karaktere sahip olması hükümle korunan menfaatin vazgeçilemez olması ile ilgilidir. İcra takibinin işleyişi ile ilgili kurallar konuluş amaçları itibarıyla kamu düzenine ilişkin kabul edilmelidir. *Taşpınar*²⁴, çalışmasında üzerinde tasarruf edilecek olguların *anlaşılabilir* olması durumunda, *Kılıçoğlu ise*²⁵, çalışmasında feragat edilecek, taahhüde konu olabilecek menfaatin *belirli olması* durumunda yapılacak anlaşmaların geçerli olması gerektiği düşüncesindedir. Bu düşünceler bahsi geçen olgularla ilgili kuralların gerçekte kamu düzenine ilişkin olmadıkları bakış açısıyla kanımızca doğru bir tespiti taşımaktadır. Gerçekte kamu düzenini koruyan kurallarda kuralın taşıdığı amaç, tasarrufta bulunacak olan şahsın iradesine rağmen kanımızca tasarrufa olanak tanınamalıdır²⁶. **İİK m. 83/a** maddesini bu şekilde değerlendirmek gerekmektedir. Mesele haczedilmezlikten ne zamandan itibaren veya nasıl (*zımnî veya açık*) feragat edileceği değil, İİK m. 82 ve 83 düzenlemelerinde belirtilen olguların gerçekte ne kadar kamu düzeni ile ilgili (*daha çok borçlunun korunan menfaati*) olduğudur. İİK m. 83/a düzenlemesi, borçlunun haczedilme olgusunu önceden öngörmesinin mümkün olmadığı rahat bir durumda yapacağı tasarrufun önüne geçilmesi amacıyla düzenlenmiştir²⁷. Mutlak vazgeçilmez-

²¹ **Berkin**, s. 16, 17.

²² İhtiyati haciz talebinde aranan teminat talebinden feragatin geçerli olmayacağına ilişkin görüş için bkz. **Budak**, Ali Cem, Medeni Usul Hukukunda Üçüncü Kişilerin Haklarının Korunması, İstanbul 2000, s. 185 vd. Aynı görüşte **Kılıçoğlu**, Evren, İcra Sözleşmeleri, İstanbul 2005, s. 153.

²³ **Berkin**, s. 16.

²⁴ **Taşpınar**, s. 213.

²⁵ **Kılıçoğlu**, s. 66.

²⁶ **Postacıoğlu**, İlhan E., s. 70, 71; **Karlı**, s. 103.

²⁷ **Yıldırım/Yıldırım**, s. 156.

lik içeren olgularla (*borçlunun kişilik değerleri*) **İİK m. 82'de** düzenlenen olgular aynı değerde değildir. Hukuk düzeni tarafından haczedilmezliği kabul edilen veya düzenlenen hususlar aynı değerde görülmemekte ve bir kısımdan feragati kabul etmekteyse o zaman onlar için kullandığımız kamu düzeni kavramının üzerinde feda edilebilirlik dolayısıyla gerçek kamu düzeni unsurlarını taşımadığını söyleyebiliriz. Bu nedenle üzerinde tasarruf edilmesini engelleyen zamansal ölçütü de (**İİK m. 83/a**), borçlu menfaatinin gerçekten korunmasından çok, cebri icranın işleyişiyle ilgili bir kural olarak görmek gerekecektir.

II. TARAFLARIN SÜRELER ÜZERİNDE TASARRUFU

1. Genel Olarak

İcra hukukunda devlet, icra takip yolunun işleyişi ve bu işleyiş dolayısıyla tarafların menfaatlerinin ihlal edilmemesi ile ilgilidir. Bu çerçevede icra organları, icra takibi yapılan alacağın maddi hukukta gerçekte var olduğu ile ilgilenmez.

İlamlı icra sahasında devletin ilgisi, evvelden yapılan yargılamada verilen hükmün aynı şekilde takibe konulup konulmadığını kontrol etmekle sınırlı iken, ilamsız icrada bu ilgi taraf davranışlarına ve açıklamalarına bağlı olarak maddi hukuksal sahada talep edilen alacağa ilişkin sorunun bulunmaması ile bağlantılıdır. Örneğin, borçlunun itiraz etmesi takibin kesinleşmesini engelleyecek, var olan maddi hukuksal uyumsuzluk ya itirazın iptali davası ile çözümlenecek veya başvuru itirazın kaldırılması yollarında verilen kararların sonradan maddi hukuksal sahada tartışılmasıyla (*borçtan kurtulma davası, alacak davası, menfi tespit davası vs. yollarla*) çözümlenecektir. İcra takibinin bir hak arama yolu olarak kullanılması, maddi hukuksal sahada söz konusu alacağın gerçekte var olması ile ilgilidir.

2. İcra Hukukunda Öngörülen Sürelerin Sözleşmeyle Değiştirilememesi

a. Kural Olarak

İcra İflas Kanunu *madde 20 c.1 düzenlemesine göre*, İcra İflas Kanunu'nda düzenlenen süreleri değiştirmeye yönelik taraflar arasında akde-

dilen sözleşmeler geçersizdir²⁸. Tarafların yaptığı anlaşmanın konusunu oluşturan sürenin niteliği maddenin lafzı ve amacı değerlendirildiğinde önem taşımayacaktır. Buna göre **İİK m. 61'de** olduğu gibi icra dairesine takip talebinden itibaren üç gün içinde ödeme emrini tebliğe çıkarmasını öngören icra dairesi için tayin edilmiş bir süre değiştirilemeyeceği gibi, **İİK m. 62'ye** göre borçlu tarafa itirazda bulunması için verilen hak düşürücü sürenin değiştirilmesi de söz konusu olmayacaktır. Bunun gibi borçluya ödeme emrinde belirtilen borcu ödemesi için belirlenen sürelerin değiştirilmesi de (*genel haciz yoluyla takipteki 7 günlük ödeme süresi gibi*) taraf iradesiyle mümkün olmayacaktır.

b. Tarafların Sürecin İşletilmemesi Konusunda Süre Belirlemesi

Tarafların kendi aralarında akdettikleri sözleşmelere ilişkin belirledikleri süreler bu kapsamda değerlendirilmeli midir? Kanımızca bu soruya olumsuz cevap verilmelidir. Bu sonuca varmamızın öncelikli nedeni, Kanun'un bu hususta bir yasak getirmemiş olmasıdır. Örneğin, alacaklının borçluya süre vermesi durumunda (**İİK m. 71, 33**) bu durum icra takibinin verilen süre kadar ertelenmesine neden olacaktır. Bu sürenin azami bir sınırı Kanunda düzenlenmemiştir. Bu nedenle tarafların icra takibinin belirli bir süre devam ettirilmeyeceğine ilişkin yaptıkları anlaşma süre ne olursa olsun geçerli kabul edilmelidir. Tarafların belirledikleri bu süreyi uzatmaları veya kısaltmaları da mümkündür. Bu kapsamda **İİK m. 20'de** belirtilen yasaklayıcı hükmün bu duruma bir engel oluşturmayacağı söylenebilecektir.

Taksitle ödeme anlaşması da bu kapsamda değerlendirilebilecek hususlardan biridir. Tarafların **İİK m. 78 f.2 ve 111** kapsamında akdettikleri taksitle ödeme anlaşmaları süre bakımından sınırlandırılmamıştır²⁹. Bu sınırlandırmanın yapılmamış olması karşısında tarafların anlaşma üzerinde oynayarak süreyi uzatmaları veya yeni bir taksitle ödeme anlaşması yaparak süreyi kısaltmaları, taksitle ödeme anlaşmasının şartlarını değiştirmeleri (*taksit sayısı, aralığı vs.*) mümkün olmalıdır. Bu hususta tarafların gösterdikleri irade dikkate alınmalı ve sürenin uzatılması (*veya kısaltılmış olması*)

²⁸ **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 95, 96.

²⁹ **Uzel**, Yelda, İcra Takiplerinde Borcun Taksitle Ödenmesi, MİHDER 2007/3, Sayı: 8, s. 725 (697-748).

karşısında süreye ilişkin yapılan yeni sözleşmenin de takibin devamını ertelleyici etkisini muhafaza ettiği kabul edilmelidir. Ancak, kanun koyucunun takibin ertelenmesi konusunda taraf iradelerine gösterdiği yaklaşım takipte sürelerin işleyişine ilişkin farklılık göstermektedir. Taksitle ödeme anlaşmasının hacizden evvel gerçekleşmesi durumunda (*m.78 f.2*) haciz için öngörülen süre duracaktır. Taksitler anlaşmaya uygun olarak düzenli olarak ödendiği sürece alacaklının haciz isteme hakkı bulunmayacak ve haciz isteme süresi de durmaya devam edecektir. Bu anlaşmada alacaklı ile borçlunun -süre ne kadar uzun olursa olsun- yaptığı taksitle ödeme anlaşması boyunca haciz isteme süresinin işlememesine neden olacaktır. Taksitle ödeme anlaşmasının hacizden sonra alacaklı ile borçlu arasında yapılması durumunda işlemeyecek olan süre satış isteme süresi olup (*İİK m. 106 ve 150e*), bu durumda taksit ödeme anlaşması boyunca ama en çok 10 yıl olmak üzere satış isteme süresi işlemeyecektir. Taraflar on yıldan uzun süreli taksitle ödeme anlaşması yapabilirlerse de satış isteme süresi en fazla on yıl boyunca işlemeyecektir.

Taksitle ödeme anlaşmasının kapsamını alacaklı ve borçlu taraf serbestçe belirlerler³⁰. Ödeme taahhüdünün borçlu tarafından ihlal edilmesi durumunda, hem alacaklı haciz veya satış isteme hakkına sahip olacak hem de alacaklının talebine ilişkin duran süre kaldığı yerden işlemeye devam edecektir. Yargıtay'ın 4949 sayılı Kanun değişikliğinden önce taksitle ödeme anlaşmasının aynı takip dosyasında birden fazla yapılması durumunda yaklaşımı, ilk yapılan taksitle ödeme anlaşmasının satış süresini durdurmaya yönelik bir etkisinin olduğu, ilk taksitlendirme sözleşmesinden sonra yapılan taksitle ödeme sözleşmeleri ile satış isteme süresinin durdurmayacağı yönündeydi. Yargıtay söz konusu kararlarında³¹ ve *Reisoğlu*³², taksitle ödeme

³⁰ Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 349; Uzel, s. 705.

³¹ “.....Hükmüne uyulan Yargıtay bozma kararında “P.....A.Ş'nin alacaklı olduğu dosyalarda birden fazla yapılan taksitlendirme sözleşmelerinin **İİK.nun 20. maddesindeki düzenlemenin amacına aykırı olduğu, bu nedenle ilk taksitlendirmeden sonra yapılacak yeni taksitlendirme sözleşmelerinin sürenin işlemesini engellemeyeceği**” belirtilmiştir. İİK.nun 111. maddesinde borçlu ile alacaklının icra dairesinde yapacakları borcun taksitlendirilmesine ilişkin sözleşmenin devamı süresince 106. maddesindeki sürelerin işlemeyeceği, taksitlerden birinin zamanında verilmemesi halinde icra muamelelerinin kaldığı yerden devam edeceği hükme bağlanmıştır. Bu durumda ilk taksitlendirme

anlaşmasıyla tarafların ilk taksitle ödeme anlaşmasıyla **İİK m. 20 c.1** düzenlemesine giren bir süre anlaşması yaptıklarını düşünmekteydi. 4949 sayılı Kanunla (m.26) yapılan değişiklikle alacaklı ile borçlunun birden fazla taksitle ödeme sözleşmesi yapabileceği düzenlenmiş olup³³, böylelikle

sözleşmesinin ihlali ile satış isteme süresi yeniden başlayacaktır. Davalı banka ilk ihlal üzerine satış talebinde bulunmuşsa da daha sonra yapılan taksitlendirme sözleşmeleri satış isteme süresini durdurmayacağından iki yıllık satış isteme süresi dolmuştur. Birden fazla taksitlendirme sözleşmeleri ile satış isteme süresinin uzatılmasının kanunun amacına uygun bulunmadığı ve bu nedenle süresinde satış isteminde bulunulmamış olduğu gözetilerek şikayetin kabulüne karar vermek gerekirken yazılı gerekçeyle reddinde isabet görülmemiştir.....” Yargıtay 19.HD., 11.10.2001, E.2001/5232, K.2001/6394 www.kazanci.com.tr;

“.....İİK.nun 111. maddesinin 3. fıkrası 3494 sayılı yasa ile ilave edilmiştir. Hükme göre borçlu ile alacaklının icra dairesinde yapacakları borcun taksitlendirilmesine ilişkin sözleşmenin devamı süresince 106. maddedeki süreler işlemez. Kanunun gerekçesinde bazı takiplerinde alacaklı ile borçlunun icra dairesinde taksit sözleşmesi yaparak bu suretle borcun daha rahat bir şekilde ödenmesini sağladığı, taksitle yapılan ödemelerin devamı sırasında satış talebi için aradığı sürenin dolduğu, taksit ödemelerinin borçlu tarafından ihlali halinde süre geçtiği için alacaklının satış talebinde bulunmadığını ve alacağını tahsilde zorlukla karşılaştığı, bu nedenle taksit sözleşmesinin ihlaline kadar geçen sürenin satış süresinin hesabında nazara alınmayacağı belirtilmiştir.

Hüküm ve gerekçesinde ilk taksitlendirmeden sonra yapılacak yeni taksitlendirme sözleşmelerinin sürelerinin işlemlerini engelleyip engellemediği konusunda açıklık bulunmamaktadır. İİK.nun 20. maddesinde kanunun tayin edeceği süreleri değiştiren bütün sözleşmelerin geçersiz olduğu hükme bağlanmıştır. P.... A.Ş.nin alacaklı olduğu dosyalardan birden fazla yapılan taksitlendirme sözleşmeleri İİK.nun 20. maddesindeki düzenlemenin amacına aykırıdır. Bu nedenle ilk taksitlendirmeden sonra yapılacak yeni taksitlendirme sözleşmeleri sürenin işlemlerini engellemeyecektir (Reisoğlu, Seza; Bankalar Açısından İcra ve İflas Kanunundaki Yeni Düzenlemeler Ankara 1989, s. 31). Merci Hakimliğince bu yönler gözetilerek bir karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçeyle şikayetin reddinde isabet görülmemiştir.....” Yargıtay 19.HD., 10.07.2000, E.2000/3049, K.2000/5487. www.kazanci.com.tr

³² **Reisoğlu, Seza**, Bankalar Açısından İcra ve İflas Kanunundaki Yeni Düzenlemeler, Türkiye Bankalar Birliği Yayını, No: 156, Ankara 1989, s. 31 (1-39).

³³ “...Maddeyle, bazı hâllerde şartlar değiştiği için alacaklı ile borçlu arasında zaman içinde birden fazla taksitle ödeme sözleşmesi yapılabildiği göz önüne alınarak, uygulamada ortaya çıkan duraksamaları gidermek ve borçluların yeniden yapılandırılması suretiyle borçluların ekonomik sürece kazandırılmalarını kolaylaştırmak amacıyla, “sözleşmenin” kelimesi “sözleşme veya sözleşmelerin” olarak değiştirilmiştir; bu söz-

borçluya ödeme konusunda ekonomik kolaylık getirilmiş, **İİK m. 111** kapsamında birden fazla taksitle ödeme anlaşması yapılıp yapılamayacağı hususundaki tereddütler giderilmiş ve birden fazla taksitlendirme sözleşmesi yapılması durumunda da 10 yılı aşmamak kaydıyla satış isteme sürelerinin işlemeyeceği yasal bir düzenlemeye kavuşturulmuştur. Bu düzenleme gerçekleşmiş olmakla kanımızca birden fazla taksitle ödeme anlaşmasının **İİK m. 20** ile ilişkilendirilmesi tartışma alanı dışına çıkarılmıştır³⁴. Kanaatimizce 4949 sayılı Kanunla birden fazla taksitle ödeme anlaşması yapılmasına olanak sağlayan düzenleme getirilmemiş olsaydı bile, tarafların birden fazla taksitle ödeme anlaşması yaparak bu sözleşmeler süresince 10 yılı aşmamak kaydıyla satış isteme sürelerine engel olduğu kabul edilmeliydi. Zira **İİK m. 20** hükmü, İİK’da belirtilen sürelerin değiştirilmeyeceğini düzenlemekte olup, tarafların kendilerine tanınan yasal olanak çerçevesinde dolayısıyla sürenin işlemeyeceğine sebep olduğu anlaşmaları yapamayacaklarını düzenlememektedir. Alacaklının taksitle ödeme anlaşmasıyla borçlusuna tanıdığı taksitle ödeme anlaşması doğrudan İİK’da düzenlenen bir süreyi içermemektedir. Bu nedenle bahsi geçen kararlar, bugün olduğu gibi eski Yargıtay kararlarında da satış talebi bakımından 10 yılı aşmamak üzere sürenin işlemeyeceği şeklinde değerlendirilmeliydi. Bu süre (*satış isteme süresinin 10 yıl sonra işleyebileceğine ilişkin süre*) tarafların tasarrufu ile değiştirilemez. Bu sınırı aşmamak kaydıyla tarafların yaptıkları birden fazla taksitle ödeme anlaşmasında her bir taksitle ödeme anlaşmasının yapıldığı tarihten ihlal edildiği tarihe kadar satış isteme süresinin durduğu kabul edilmelidir. Taksitle ödeme anlaşmaları arasında gerçekleşecek zaman aralıklarında ise satış isteme süresinin işlediği ve bir sonraki taksitle ödeme anlaşması ile tekrardan durduğu kabul edilmelidir.

leşme veya sözleşmelerin yürürlükte olduğu sürece satış talebi ve paraya çevirmeye ilişkin sürelerin işlemeyeceği hükme bağlanmıştır. Böylelikle borçlu ile alacaklının akdettiği taksitle ödeme sözleşmesi, ister 111 inci maddeye göre yapılmış olsun, ister alacaklının muvafakati ile akdedilmiş bulunsun, sözleşme süresince 106 ve 150/e maddelerindeki süreler işlemeyecektir. Ayrıca, kötü niyetli kişilerin ispatı güç muvazaalı hacizler veya icra takipleri çerçevesinde bu tür taksitle ödeme sözleşmeleri yaparak avantaj sağlamalarının önüne geçilmesi amacıyla anılan sözleşme veya sözleşmelerin toplam süresinin on yılı aşması hâlinde, aştığı tarihten itibaren sürelerin kaldığı yerden işlemeye başlaması öngörülmüştür...” *Adalet Komisyonu Raporu (1/155)*.

³⁴ **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 39.

c. İcra Dairesinin Yetkisi Dâhilinde Tespit Ettiği Süreler

İcra organlarının yetkileri dâhilinde belirledikleri sürelerle ilişkin tarafların anlaşma yapmaları kanımızca mümkün görülmemelidir. Bunun nedeni, icra dairesinin takip sürecine olan devlet ilgisi ve sürecin etkin şekilde yürütülmesi gerekliliğidir³⁵. Örneğin, **İİK m. 30 f. 1** hükmüne göre icra dairesi bir işin yaptırılmasına ilişkin ilamların yerine getirilmesi konusunda ilamda yazılı bir zaman aralığının belirlenmediği durumlarda işin mahiyetine göre söz konusu zaman aralığını kendisi belirleyecektir. Bunun gibi **İİK m. 54 ve 54/a'da** temsilci atanması konusunda borçluya uygun süre verecek, **m.55'te** borçlunun ağır hastalığının geçmesi konusunda uygun süre bekleyecektir. Borçlu, icra dairesinin belirlediği bu süreleri alacaklıyı ikna ederek değiştiremez, bu yolla kendisi için daha uygun ve uzun bir süre elde edemez.

İİK m. 20'de bahsedilen sürelerle ilişkin tarafların anlaşması yasağı, sadece İcra ve İflâs Kanunu'nda düzenlenen süreler içindir. HMK ve diğer Kanunlardaki usuli süreler için tarafların yapacakları anlaşma bu kapsamda değerlendirilemez. Diğer Kanunlarda yer alan usuli süreler kendi nitelikleri dolayısıyla üzerinde tasarruf edilmeye müsait değildir.

d. Borçlunun Yararlandığı Süreler ve Vazgeçme

İİK m. 20 c.2 düzenlemesi bir sürenin geçmesinden yararlanma hakkı olan borçlunun söz konusu süreden feragat etmesini düzenlemiştir. Burada konu bir süreden yararlanma konumunda olmaya bağlıdır ve hak sahibi borçludur. Yararlanılan süre ile anlamamış gereken husus, genel haciz yoluyla icra takibinde borçlunun itiraz edeceği süre midir, yoksa borcun ödenme süresi midir? Kanımızca burada ele alınması gereken süre itiraz süresi olmamalıdır. Borçlunun itiraz etmeyeceğine ilişkin beyanı itiraz süresinden feragat etmekten daha ziyade itiraz hakkında feragat etmek şeklinde anlaşılmalıdır; yani burada borçlunun usuli bir haktan vazgeçmeye yönelik taraf takip işlemi gerçekleştirdiği kabul edilmelidir. **İİK m.20 c.2** takibin kesinleşmekle hızlı bir icra takibinin gerçekleşmesini amaçladığına göre, ödeme emri veya icra emri tebliğ edilen borçlunun bir süreden feragati

³⁵ **Üstündağ**, İcra, s. 75; **Kılıçoğlu**, s. 148.

gerçekleşecek ise, bu feragat daha geniş anlamda borçlunun ödemesine (tahliye etmesine veya ilamda belirtilen işi yapmasına) ayrılan süre için gerçekleşmelidir. Örneğin, kambiyo senetlerine mahsus haciz yoluyla takipte takibin kesinleşmesi ve sonraki aşamalara geçilmesi için borçlunun 5 günlük itiraz süresinden feragat etmesi tek başına anlam taşımayacak, borçlunun ödeme süresinden de (10 gün) feragat etmesi gerekecektir.

e. Alacaklının Yararlandığı Süreler ve Vazgeçme

İİK m. 20 c.2 düzenlemesi alacaklı tarafın kendi lehine olan sürelerin üzerinde tasarrufta bulunmasında, söz konusu sürelerden yararlanmasından feragat etmesinde de uygulanabilir mi? Bunun için Kanunda düzenlenen alacaklının yararlandığı süreler göz atmak gerekecektir. Ancak öncelikle belirtelim ki borçlunun kendisine tanınan bir süreden feragat etmesi, takibi bir sonraki aşamaya geçirirken, alacaklının bir süreden yararlanmaması icra takibinde takibin ilerlemesi şeklinde bir etki doğurmayacaktır.

Alacaklının satış isteme talebi, hacizden itibaren taşınırlarda 6 ay ve taşınmazlarda 1 yıllık süreye bağlı olup, alacaklı bu süreler üzerinde sürenin tamamından veya bir kısmından yararlanmamak tasarrufta bulunabilir. Alacaklı sürenin tamamından yararlanmayacak ise, bu durumda **İİK m. 20 c.2'nin** etkisi neticesinde süresinde satış istenilmediği kabul edilmeli ve var olan haczin kalkması sonucu doğmalıdır. Yapılan takip rehlin paraya çevrilmesi yollarından biri ise bu durumda takip düşecek, kiralananın bedelinin ödenmemesi nedeniyle yapılan takipte süresinde itirazın kaldırılmasını ve tahliyesini istememesi durumunda takibin düşeceğinden bahsetmek gerekecektir. Şayet alacaklının satış isteme süresinden feragati kısmen gerçekleşmekte ise bu durumda **İİK m. 71 veya 33'e** göre alacaklının borçluya süre verdiğini kabul etmemiz gerekecektir. Bu durumda alacaklı, borçluya verdiği süre kadar icra takibini devam ettirememelidir.

Alacaklının vazgeçebileceği sürelerden bir diğeri ise, haciz isteme süresi olup, haciz isteme süresinin tamamından yararlanmayacağını beyan eden alacaklının bu beyanı eğer takipten feragat etmemekte ise, süresinde haciz istenilmemesi dolayısıyla dosyanın işlemde kaldırılmasına (**m. 78 f.4**) yol açan bir tasarrufta bulunmaktadır. Şayet alacaklı kesinleşen takipte haciz isteme süresinin belirli bir kısmını kullanmayacağını (veya haciz isteme-

yeceğini) beyan etmiş ise, bu beyan, **İİK m. 71 veya 33'e** göre borçluya süre verilmesi olarak değerlendirilmelidir.

Alacaklının yararlanmasına tahsis edilen sürelerden bir diğer kısmı ise, yapılan takipte borçlunun itirazı üzerine itirazın kaldırılması yoluna veya itirazın iptali yoluna başvuruda bulunacağı süre olup, bu sürelerden alacaklının yararlanmayacağını söylemesi durumunda, takip borçlunun itirazı dolayısıyla durmaya devam edecektir. Alacaklının bu beyanı takibi sona erdirmeyecektir. İtirazın iptali yoluna başvuru süresinden feragat eden alacaklının aynı süre içinde alacak davası açması şüphesiz mümkün olup, ancak bunun var olan takibe bir etkisinin artık olmayacağını düşünmemiz gerekecektir. Belki bu durumda verilecek bir eda hükmü, ilamlı icraya yol açabilecektir.

Alacaklının vazgeçebileceği sürelerden bir diğeri ise, alacaklının borçlu veya üçüncü bir şahıs tarafından haczedilen mal üzerinde istihkak iddia edildiğinde icra dairesinin kendisine bu duruma ilişkin yaptığı bildirim (**m.96 f.1**) üzerine üç günlük süre içinde istihkak iddiasına itirazda bulunma süresidir (**m.96 f.2**). Alacaklının bu süreden yararlanmayacağını beyan etmesi (**İİK m. 20 c.2**) durumunda üçüncü kişinin istihkak iddiası kabul edilmiş sayılacaktır. Ancak söz konusu normun kamusal anlamda alacaklı dışında borçlu menfaatini de ilgilendirdiği göz önünde tutulacak olursa, bu sonuç, sadece icra hukukunda doğurduğu etki ile değerlendirilmelidir. Alacaklının bu vazgeçmesi söz konusu mal hakkında borçlu ile üçüncü kişi arasında kesin hüküm anlamında maddi hukuksal bir tespiti içermemektedir. *Karşlı*, söz konusu düzenlemenin temelinde kamu menfaati bulunduğunu düşünerek maddedeki sürelerden vazgeçmenin mümkün olamayacağını belirtmektedir³⁶.

Yargıtay kararlarında kesin hüküm değeri verilerek açıklanan istihkak davası sonuçlarını ve süreyi kullanmamakla veya kullanmaktan vazgeçmekle karşı taraf istihkak iddiasının kabul edildiğine ilişkin tespitlerin³⁷ eleştirilebilir olduğunu düşünmekteyiz. Kanımızca mülkiyet ve rehin gibi aynı hakların daha çok tartışıldığı söz konusu iddiaların takip sürecinde süreye bağlı kalınarak ileri sürülmesi, maddi gerçeğin ortaya çıkarılması amacı

³⁶ **Karşlı**, s. 114.

³⁷ **Yargıtay 21.HD., 07.03.2000, 1930/1963; 12.HD., 09.12.2005, 20437/24668.**
www.kazancli.com.tr

taşınamakta olup, takip sürecinin hızlı işleyişine hizmet etme amacı taşırlar. Bu nedenle istihkak iddia edilen mala yönelik takibin devam etmesi veya etmemesi şeklinde bu etki kesin hüküm sonucu şeklinde değerlendirilmemelidir. *Pekcanitez* de icra hukukundaki istihkak davalarında konunun icra işleminin doğru olup olmadığı olduğu, ön sorun olarak incelenecek hacizli malla ilgili hak iddialarına ilişkin tespitlerin kesin hüküm kapsamında değerlendirilemeyeceğini düşünmektedir³⁸.

Benzer bir süre hacze imtiyazlı iştirak edenlerin talepleri karşısında alacaklıya 7 gün şeklinde itiraz süresi olarak tanınmıştır. Alacaklının hacze imtiyazlı iştirak etmek isteyenlerin taleplerine yapacağı itiraz süresinden feragat etme, aynı itiraz hakkına borçlunun da sahip olması dolayısıyla etkisini (hacze nihai katılma) sürenin bitmesinden evvel göstermeyecektir. Ancak borçlu da alacaklı ile birlikte itiraz süresinden feragat ederse o zaman üçüncü kişinin nihai hacze katılımı için sürenin geçmesi beklenmeyecektir.

Son olarak bu kısımda alacaklının aciz belgesine bağlanan alacağa ilişkin yeniden takipte bulunacağı 20 yıllık zamanaşımı süresinden bahsetmek gerekecektir. Alacaklı aciz belgesine bağlanan alacağın belirli bir süre veya sürenin tamamına ilişkin takip yapmayacağını beyan edebilir. Bu durumda alacaklının borçluya verdiği bir süreden, verilen süre (*zamanaşımı süresi*) içinde alacağın talep edilemeyeceğinden bahsedebilecektir. Peki borçlu aciz belgesine bağlı olan alacağın talep edilebilirliğine ilişkin zamanaşımı süresinden feragat edebilir mi? Bu soruya olumlu cevap vermek gerekecektir. Zamansal açıdan ise kanımızca buna ilişkin vazgeçme iradesi borçlunun bu haktan yararlanma olanağına kanunen kavuşması ile açıklanabilmelidir. Aksi halde henüz doğmamış bir defî hakkından vazgeçme söz konusu olacaktır ki bu kabul edilemez. **TBK m. 160 f.1** düzenlemesi de zamanaşımı süresinden feragat etmenin zamanaşımından sonra olabileceğini düzenlemekte olup, aciz belgesine göre yirmi yıl içinde takip yapılmadıktan sonra borçlu zamanaşımı defîni kullanmayacağını ileri sürebilecektir. **İİK m. 143** kapsamında borçlunun ölümü durumunda mirasçılarının kendilerine ait olan 1 yıllık zamanaşımı süresinden de bu defî hakkı kendilerine verilmekle üzerinde her bir mirasçı bakımından ayrı ayrı tasarruf edilebilir olacaktır. 20 yıllık zamanaşımı süresinin dolduğu tarihten sonra bu defî hakkından vazge-

³⁸ *Pekcanitez/Atalay/ Sungurtekin Özkan/Özkes*, s. 343, 344.

çen borçlu vefat edecek olursa, bu vazgeçmenin de külli halef sıfatıyla mirasçılarını bağladığını düşünmemiz gerekecektir.

İİK m. 20 c.2'ye göre borçlunun ve açıkça yasak edilmemesi nedeniyle alacaklının kendilerine tanınan bir süreden yararlanmadan vazgeçmeleri durumunda, bu vazgeçmeden vazgeçmeleri mümkün olacak mıdır? Kanımızca bu mümkün olmamalıdır. Zira bir sürenin işlemesinden vazgeçilmesi durumunda buna yönelik olarak icra tutanağına kaydedilen bir taraf takip işlemi yapılmış olunur. Bu şekli şartın gerçekleşmesiyle beraber etkisi de takip sürecinde hemen gerçekleşecektir. Örneğin, borçlunun kendisine tanınan itiraz ve ödeme süresinin işlemesinden vazgeçmesi, bu vazgeçmenin icra tutanağına işlenmesi ile takip kesinleşecektir. Artık iradeye beyan eden taraf, bundan iradesiyle vazgeçemeyecektir. Belki bu hususta irade bozukluğu halleri varsa, buna ilişkin bir hüküm elde ederek bunun icra takibini nasıl etkiyeceği gündeme gelecektir.

f. Üçüncü Kişinin Yararlandığı Süreler ve Vazgeçme

Üçüncü kişilerin de kendilerine verilen sürelerden vazgeçebileceğine ilişkin bir düzenleme ve yasaklama Kanunda bulunmamaktadır. Bu nedenle icra iflas hukukunda bir süreden yararlanma hakkına sahip olan üçüncü kişinin de söz konusu süreden yararlanmayacağına ilişkin açıklaması geçerli kabul edilmeli ve etkisini doğurmalıdır. Örneğin, borçlunun elinde haczedilen mala ilişkin istihkak iddiası borçlu ve/veya alacaklı tarafından itiraza uğrayan üçüncü kişinin icra mahkemesinin takibin devamına veya ertelenmesine ilişkin kararın kendisine tebliğinden itibaren 7 günlük istihkak davası açma süresinden (**m.97 f.6**) yararlanmaktan vazgeçmesi mümkün olmalıdır. Böylelikle haczedilen malda üçüncü kişi bakımından herhangi bir hak iddiasında bulunulmadığı sonucuna varmak için 7 günlük bir süre beklenmeyecektir (*Aynı sonuç İİK m. 128 f.1 için de geçerlidir*).

g. Şikâyet Süresi ve Vazgeçme

İİK m. 20 c.2 acaba şikâyete başlı işlemlerden dolayı şikâyet yoluna başvurmaya hakkı olan kişi için de uygulanabilir midir? Kanaatimizce bu soruya olumsuz cevap verilmelidir. Şikâyet, icra iflas hukuku organlarının işlemlerine karşı İcra ve İflas Kanunu'nda düzenlenmiş kendine özgü bir

hukuki çaredir³⁹. Bu yola yapılan veya yapılması reddedilen bir işlem dolayısıyla başvurulacak olup, bu yola başvuru hakkına sahip olan kişinin bunun için kendisine öngörülen süreden feragat etmesi, yukarıda bahsi geçen sürelerden vazgeçmesi gibi bir etki doğuracak nitelikte olmayacaktır. Yani şikâyete hakkı olan kişinin kanuna aykırı bir işlem dolayısıyla şikâyet yoluna başvurmadan feragat etmesi ve bunun için kendisine öngörülen süreden vazgeçtiğini açıklaması, işlemdeki hukuka aykırılığa olumlu veya olumsuz bir etkisi bulunmayacaktır. Bir işlemin kanuna aykırı olması nedeniyle şikâyette bulunmak hakkı olan kişinin şikâyet yoluna başvurmayacağını açıklaması ve bu süreden feragat etmesi, icra işleminin mevcut durumunu etkilemeyecektir. Bu nedenden dolayı şikâyet süresinden vazgeçmek veya şikâyet yoluna başvurmadan vazgeçmek icra takibi bakımından bir anlam taşımayacaktır. *Karşı*, şikâyet süresi üzerinde tarafların tasarruflarında bulunamamaları sonucunu, şikâyet düzenlemesinin kamu düzeni ile getirilmiş olması gerekçesiyle açıklamaktadır⁴⁰. Bu gerekçeyle biz şikâyet yoluna ilişkin ilgilinin kendisine öngörülen süreden ve başvurusu yapılmamış şikâyet hakkından vazgeçmenin mümkün olmadığını düşünmekteyiz⁴¹.

III. İİK M. 20'NİN UYGULANMASINDA ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN MENFAATİ

1. Takibin Kesinleşmesi Sonucu

İİK m. 20 c.2 düzenlemesi, borçlunun yararlanacağı süreden feragat etmesi ile bu süreye bağlanan kanuni sonuçların doğacağını düzenlemektedir. Bu sonuç üçüncü kişinin menfaatini ihlal etmemekte ise icra takibinde borçlu bakımından öngörülen sonuçları doğuracaktır⁴².

Yargıtay'ın bu hususta verdiği kararlar incelenecek olursa, öncelikle borçlunun feragat ettiği sürenin itiraz ve ödeme süresine yönelik olduğu

³⁹ **Pekantez**, Hakan, İcra-İflâs Hukukunda Şikâyet, Ankara 1986, (*Şikâyet*), s. 34.

⁴⁰ **Karşı**, s. 114.

⁴¹ Şikâyet talebinden şikâyet yoluna başvurulmuş ise icra takip işleminin kamu yararına ilişkin olmadığı durumda vazgeçilebileceğine ilişkin bkz. **Pekantez**, Şikâyet, s. 131, 150; **Arslan**, Ramazan, İcra-İflâs Hukukunda İhale ve İhalenin Feshi, Ankara 1984, s. 191.

⁴² **Kuru/Arslan /Yılmaz**, s. 96.

söylenebilecektir. **Yargıtay 19.HD.'nin 11.10.2005 tarih ve 7244/9913 sayılı kararı**, icra emrine itiraz (*esasen icranın geri bırakılması kararı için icra mahkemesine başvuru süresi*) ve ödeme süresi içinde itiraz etmeyen borçlunun malvarlığının **İİK m. 20 c.2** kapsamında gerçekleşen bir feragat ve hacze muvafakat olmaksızın konulan haczin geçersiz olduğunu belirtmektedir. Geçerli bir haczin varlığı için takibin kesinleşmesi gerekmekte olup, borçlunun itiraz ve ödeme süresi içinde kendisine verilen süreler üzerinde tasarrufu söz konusu olmadıysa takip kesinleşmemiş olduğundan konulan haciz de geçerli olmayacaktır. Aksi durumda borçlunun söz konusu sürelerden feragati üzerine konulan haciz hacze rızası varsa geçerli kabul edilmelidir⁴³.

Takibin kesinleşmesi bazen bir başkası için yapılan takibin yasal dayanağının oluşması bakımından aranan bir unsur olup, bunun eksikliği ilgilinin İİK m. 20 c.2'ye göre gerçekleşen feragati ile giderilebilmektedir. Yargıtay'ın "*...İİK.nun 38. maddesi gereğince icra dairesindeki kefaletler ilamların icrası hakkındaki hükümlere tabidir. Ancak, usulüne uygun icra kefaleti olsa dahi, hakkında takip yapılan borçlu yönünden takip kesinleşmedikçe icra kefiline icra emri çıkarılmayacağı gibi, borç miktarının henüz belirlenmediği bu halde kefil hakkındaki takibin devamı da mümkün değildir. Bu konudaki Merci gerekçesi yasaya uygundur. Ayrıca İİK.'nun 20. maddesi gereğince bir müddetin geçmesinden istifade hakkı olan borçlu, bu hakkından vazgeçebilir. Bu vazgeçme 3. şahıslara tesir etmez. Bu nedenle icra kefaletinin geçerli olduğu ve kefil hakkındaki takibin kesinleştiği yönündeki Merci kararı da doğrudur...*" kararı⁴⁴ ile borçlunun aleyhine yürütülen

⁴³ "*...Bedeli paylaşımına konu mahcuzun maliki S. K. icra kefilidir. İcra kefiline icra emri 24.5.2001 tarihinde tebliğ edilmiş ve 30.5.2001 tarihinde taşınmaza haciz uygulanmıştır. İİK.nun 32.maddesine göre icra emrine itiraz ve ödeme süresi 7 gündür. İcra emrinde öngörülen itiraz ve ödeme süresi dolmadan ancak borçlunun sürelerden feragat ve muvafakati ile haciz konulabilir. Aksi halde ödeme itiraz süresi dolmadan konulan haciz geçerli bir haciz olarak kabul edilemez. İİK.nun 20. maddesi sürelerden feragat ve hacze muvafakat halinde uygulanır. Somut olayda itiraz ve ödeme süresi dolmadan konulan haciz borçlunun muvafakati bulunmadığından geçersiz olup, şikayetin kabulü gerekirken, yazılı gerekçeyle reddinde isabet görülmemiştir...*" **Yargıtay 19. HD., 30.06.2005, 969/7358 www.kazanci.com.tr**

⁴⁴ **12.HD., 22.12.2003, 22124/26064. www.kazanci.com.tr**

takipte itiraz ve ödeme sürelerinden **İİK m. 20 c.2'ye göre** feragat etmekle borçlu için takibin kesinleşeceği ve böylece icra kefilî aleyhine başlatılan takibin geçerli bir icra kefaleti dolayısıyla sıhhatli olduğu belirtilmektedir.

Takibin kesinleşmesi ayrıca borçlu tarafından verilen ödeme taahhütlerinin geçerliliği için aranan bir unsur olup, **İİK m. 20 c.2'ye göre** borçlunun ödeme ve itiraz sürelerinden feragat etmeyerek takibin kesinleşmesinden evvelki evrede verdiği ödeme taahhütleri geçerli olmayacaktır ve buna aykırılık durumunda borçlu hakkında taahhüdü ihlalden dolayı ceza verilmesi mümkün olmayacaktır⁴⁵.

2. İİK m. 20 c.3'ün Üçüncü Kişi Alacaklıya Sağladığı Koruma

İİK m. 20 c.2 uygulamasına baktığımızda borçlunun İcra ve İflâs Kanunu'nda yararlanmasına sunulan takibin kesinleşmesini engelleyen sürelerden (*itiraz ve ödeme süresi*) vazgeçtiği görülmektedir. Takibin kesinleşmesini engelleyen hükümlerin dışında var olan borçlunun istifade ettiği diğer sürelerden yararlanmamaya ilişkin bir bilinen Yargıtay kararı bulunmamaktadır. Bu durum özellikle tarafların takibin kesinleşmesi aşamasına yönelik özel bir menfaat taşıdıkları, borçlunun esasen **İİK m. 20 c.2** kapsamında tasarrufta bulunmakla alacaklısına karşı o takip bakımından sonraki aşamalarda da hareketsiz kalacağı anlamına gelmektedir. Borçlunun bu davranışı karşısında diğer alacaklının **İİK m. 20 c.3 düzenlemesine göre** korunması gereken menfaati borçlunun lehine tasarrufta bulunduğu alacaklının takibinin hangi aşamada kesinleştiğinin kabulüne ve buna göre düzenlenecek sıra cetveline yönelik olacaktır. Söz konusu feragat, üçüncü kişilerin menfaatlerini zedelediği oranda geçerli kabul edilmemektedir⁴⁶.

⁴⁵ "...2- İcra kefilî olan sanığın icra emrinin tebliği ile birlikte henüz takip kesinleşmeden aynı gün İİK.nun 20. maddesindeki sürelerden vazgeçtiğine ilişkin beyanda da bulunmadan yaptığı ödeme taahhüdünün hukuken geçersiz olduğu gözetilmeden yazılı biçimde mahkumiyetine hükmolunması,..." **Yargıtay 17.HD., 03.02.2005, E.2004/13962, K.2005/599**. Bu yönde başka karar için bkz. **Yargıtay 8. Ceza Dairesi, 24.04.1998, 4061/5611. www.kazanci.com.tr**

⁴⁶ **Postacioğlu**, s. 102; **Kuru**, Baki, İcra ve İflâs Hukukunda Müddetler, Prof. Dr. Hüseyin Cahit Oğuzoğlu'na Armağan, Ankara 1972, s. 633, 634 (621-638); **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özkes**, s. 156; **Kuru**, Baki, İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, 2. Baskı, Ankara 2013, s. 145; **Aşık**, s. 128.

İİK m. 20 c.3 şu durumda daha çok lehine süreden vazgeçilen alacaklının hacze iştirak edip edemeyeceği tespit edilirken veya iştirakte esas alınacak haczin hangi takipte gerçekleşen haciz olduğunun belirlenmesi yapılırken ve ona göre sıra cetveli oluşturulurken dikkate alınacaktır⁴⁷. Örneğin, A'nın Şubat ayında başlattığı takipte Nisan 24'te haciz gerçekleşmiş ve 24 Mayıs'ta hacizli mal satılarak bedeli icra veznesine girmiş olsun. Ü'nin Ocak ayında başlattığı takipte 22 Mayıs'ta geç gerçekleşen ödeme emrinin tebliği üzerine borçlunun 22 Mayıs'ta icra dairesinde itiraz ve ödeme sürelerinden vazgeçtiği ve rızasıyla aynı mala ilişkin haczin uygulandığı düşünülecek olursa, burada malın bedelinin bütün alacaklıların alacaklarını karşılamaması durumunda hazırlanacak olan sıra cetveli Ü'yü içermemelidir. **İİK m. 100** düzenlemesi icra veznesine hacizli malın satış tutarı girinceye kadar hacze iştiraki öngörmekte olup, Ü'nün bu hususa yönelik hakkı **İİK m. 20 c.2'ye** göre borçlunun yaptığı süreden vazgeçmekle var olmakta olup, bunun üçüncü kişi bakımından etkisi **İİK m. 20 c.3'e** göre tebliğden itibaren (22 Mayıs) 7 gün sonrasındır (*genel haciz yoluyla takip ise, kesinleştiği Mayıs 30 tarihidir*). Böylece Ü'nün A'nın haczine şartları eksik olmakla (*haciz koyan alacaklı bakımından satış tarihinden evvel hacze iştirak edememekle*) iştirak edemeyeceği kabul edilmelidir.

Bir diğer olasılık, hacze iştirakte esas alınacak haczin belirlenmesi hususunda **İİK m. 20 c.3'ün** uygulanmasıdır. A'nın borçluya karşı başlattığı takipte 10 Mayıs'ta ödeme emri tebliğ edilmiş, itiraz edilmemekle 18 Mayıs'ta haciz gerçekleşmiş olsun. Aynı borçluya karşı Ü'nün başlattığı takipte ise ödeme emri 15 Mayıs'ta tebliğ edilmiş ve o gün borçlunun süreden vazgeçmesi ve hacze onay vermesi ile haciz gerçekleşmiş olsun. Söz konusu malın satım bedeli her iki alacaklının alacağını karşılamamakta ise, oluşturulacak sıra cetveli alacaklı A esas alınarak gerçekleştirilmelidir. Zira Ü'nün borçlunun **İİK m.20 c.2'ye** göre süreden vazgeçmesiyle ve hacze onayıyla yaptığı evvelki tarihli haciz, A bakımından **İİK m. 20 c.3'e** göre etkili ve ona göre esas alınacak değildir. Dolayısıyla Ü'nün yaptığı haciz evvelki tarihi taşısa

⁴⁷ Yargıtay 12.HD., 09.11.1982, E.1982/7731, K.1982/8187. www.kazanci.com.tr; Deyneklî, Adnan, Sıra Cetveli İle İlgili Sorunlar, Bankacılar Dergisi, Sayı: 67, 2008, s. 43 (28-69); Uyar, Talih, Hacze Âdi Katılma, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 66, 2006, s. 355 (352-376).

bile diğer alacaklılar karşısında borçlunun itiraz etmediği düşünülerek tespit edilecek kesinleşme tarihi itibarıyla (*yukarıda basit olay sunumunda genel haciz yoluyla takip bakımından 23 Mayıs kesinleşme tarihi*) dikkate alınmalıdır. Şu durumda A önce haciz koyduran takip alacaklısı olarak kabul edilmeli ve hacze iştirakte diğer alacaklıların (*Ü de dâhil olmak üzere*) kendi haczine iştirak edip etmediklerinin şartlarının belirlenmesi gerekecektir. Bunun maaş hacizlerine yansımada ise ulaşılabilecek sonuç daha sert bir anlam taşıyacaktır. Yukarıda basit olayda 15 Mayıs'ta tebliğ edilen ödeme emri üzerine borçlunun süreden vazgeçmesi ve hacze onay vermesi durumunda Ü'nün yaptığı maaş haczi böyle bir durumun gerçekleşmediği A tarafından yürütülen takipte 18 Mayıs'ta konulan maaş haczi karşısında ilk haciz durumunda olmayacaktır.

İİK m. 20 c.3, ister muaccel olsun ister müeccel olsun, hacze iştirakte esas alınacak haciz belirlenirken ve sıra cetveli oluşturulurken borçlunun diğer takip alacaklıların menfaati aleyhine yaptığı süreden feragat davranışına karşı bir koruma sunmakta olup, bu kapsamda icra dairesine bir yükümlülük getirmektedir. Burada korunan üçüncü kişiye ait menfaat, diğer takip alacaklısının (*lehine tasarruf yapılan*) önce tarihli koydurduğu haczin yürütülen takip bakımından kesinleşme tarihinden sonra dikkate alınmasını gerektirmektedir. Bu hususu icra dairesi kendiliğinden dikkate almalıdır. İcra dairesinin bu yükümlülüğüne aykırı davranması durumunda başvurulacak yol, kanaatimizce sıra cetveline şikâyet yolu olmalıdır⁴⁸. Şikâyet üzerine icra mahkemesi tarafından borçlunun **m.20 c.2'**te göre yaptığı süreden vazgeçme ve hacze onayı dikkate alınmadan *alacaklının takibi kesinleştirdiği tarih* tespit edilmeli ve söz konusu tarih itibarıyla haczin yapıldığı kabul edilerek yeni bir sıra cetveli oluşturulmalıdır⁴⁹.

⁴⁸ **Postacıoğlu**, s. 538; **Üstündağ**, s. 299. Sıra cetvelindeki davalı alacaklının sırasına ilişkin olarak itiraz davası açılması gerekeceği yönünde bkz. **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 349; **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, s. 403; **Deyneklî**, Adnan/**Kısa**, Sedat, Hacizde ve İflasta Sıra Cetveli, 3. Bası, Ankara 2005, s. 123; **Gürdoğan**, **Burhan**, İcra Hukuku Dersleri, Ankara 1970, s. 121; **Atalay, Özcan**, İflasta Sıra Cetvelinin Düzenlenmesi ve Yargı Yolu, s. Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 1980-5 (Yıl: 37), s. 567 (566-570); **Yıldırım/Yıldırım**, s. 266.

⁴⁹ "...I-Şikâyet, sıra cetvelindeki sıraya itiraz istemine ilişkindir. Borçluya ait malın satılmasından sonra düzenlenen sıra cetveline karşı şikâyet yoluyla icra mahkemesinde, dava

3. Vadesi Dolmayan Alacak Dolayısıyla Yapılan Takip ve Sıra Cetveline İtiraz Davası

İcra hukukunun tarafları irade özerkliği kapsamında maddi hukuka ait sürelerle ilişkin tasarruf işleminde bulunabilir. Kanunda emredici nitelikte düzenlenen süreler (*hak düşürücü süre vs.*) üzerinde taraflar tasarrufta bulunamazlar, bu süreleri değiştiremezler. Alacaklı ile borçlu, bir borç ilişkisi dolayısıyla ifaya yönelik belirledikleri süreleri ise, değiştirebilirler. Evvelden kararlaştırdıkları vade tarihini daha önceki veya sonraki bir tarih olarak değiştirmeleri mümkündür. Buna bir icra takibi dolayısıyla **İİK m. 20 c.1** hükmü engel değildir. Bu kapsamda *Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 28.04.1999 tarih ve E.1999/19-233, K. 1999/249 kararı*⁵⁰ incelenmeye

yoluyla mahkemede itiraz edilebilir. İtiraz alacağın esas ve miktarına yönelikse dava yoluyla genel mahkemede (İİK m.142/1), sadece sıraya yönelikse şikâyet yoluyla icra mahkemesinde (İİK m.142/son) ileri sürülmelidir. Somut olayda, davacı alacağın miktarına değil, sırasına itirazda bulunduğundan itirazın şikâyet yoluyla icra mahkemesinde ileri sürülmesi gerekir... Yargıtay 23.HD., 16.04.2013, 2081/2476. www.kazancı.com.tr

⁵⁰ "...Davalı banka vekilinin temyizi üzerine Özel Daire önce mahkemenin kararını değişik gerekçe ile onamış, davalı banka vekilinin esasa, davacı vekilinin de onama gerekçesinin düzeltilmesine yönelik karar düzeltme talepleri üzerine de; yukarıda açıklanan ilamdaki gerekçelerle davalı lehine bozmuştur. Yerel mahkeme; "muacceliyet iddiasının tamamen alacağın esasına yönelik olduğu, sadece alacaklı ve borçluyu ilgilendirmeyip, üçüncü kişi durumundaki alacaklı davacının da hukukunu ilgilendirdiği, alacaklı davalı bankanın muaccel olmamış alacağın tahsiline yönelik geçersiz olan takibinin sonradan geçerli olamayacağı, aksine kabul şeklinin kötüye kullanmaya açık olup, bir takım kötü niyetli kişilerin anlaşarak muaccel olmamış alacağı takip ve buna itiraz etmeme yoluyla iyi niyetli üçüncü kişilerin sıralamada alt sıralara atabileceği, bunun da hukukça korunmasının mümkün olmadığı" gerekçesiyle önceki kararında direnmiştir.

Muaccel olmayan bir alacağın takibe konu olması durumunda borçlu bu hususu ileri sürerek takibe itiraz edebilir. Borçlu, **İİK'nun 20. maddesi** gereğince yasal sürelerden vazgeçerek itiraz yolunu seçmemiş ise bu vazgeçme üçüncü kişilere tesir etmez. Dolayısıyla aynı borçlunun üçüncü kişi durumundaki diğer bir alacaklısı yönünden takip ve haciz yasal sürelerin geçmesiyle hüküm ifade eder. Bu şekildeki bir takipten düzenlenen ve kendisine tebliğ olunan sıra cetveli ile haberdar olan alacaklı muacceliyete dolayısıyla takiple talep edilebilir bir alacağın yokluğuna ilişkin itirazını dava yoluyla mahkemede ileri sürebilir.

Esasen bu kabul şekli **İİK'nun 20. maddesinde** yer alan "bu Kanunun tayin ettiği müddetleri değiştiren bütün mukaveleler hükümsüzdür. Ancak, herhangi bir müddetin

geçmesinden istifade hakkı olan borçlu bu hakkından vazgeçebilir. Bu vazgeçme üçüncü şahıslara tesir etmez" şeklindeki hükme de uygun düşmektedir. Bu hüküm ile bir yandan takip alacaklısına borçluyla anlaşarak kısa sürede takibini kesinleştirme ve haciz koyma yetkisi tanınırken öte yandan bazı alacaklıların borçlu ile anlaşarak diğer alacaklıların önüne geçmesi önlenmiştir.

Bu durumda muaccel olmayan alacağı için takibe girişen herhangi bir alacaklının takibini yasal sürelerden vazgeçerek kabul eden borçlunun bu takibin kesinleşmesini sağlayarak diğer alacaklılarının aynı borçlu aleyhine giriştikleri takiplerin bu takip nedeniyle sıra cetvelinde alt sıralara düşmelerine yol açabilecekleri, alacağını tahsili güçleşen ve hatta imkânsızlaşan alacaklının muaccel olmamış alacağa ilişkin takibe dayanılarak düzenlenen derece kararına itiraz hakkı bulunduğu ve bunun da alacağın esasına yönelik bir itiraz olarak kabul edilmesi zorunludur. Somut olayda da; Davacı alacaklı, davalı bankanın takip tarihinde henüz talep edilebilir, bir alacağının olmadığını, alacağın bu nedenle sıra cetvelinde yer almaması gerektiğini öne sürmektedir. Bu doğrultuda davacı itirazı incelendiğinde takip tarihinde gerçekleşmediği ileri sürülen muacceliyetin süre unsurunun kapsamı içinde olduğu ve buna dayanan itirazın alacağın esasına hatta dolayısıyla miktarına da ilişkin olduğunda kuşku bulunmamaktadır.

Buna göre, üçüncü kişi durumundaki alacaklı davacı, alacağın unsurları arasında yer alan muacceliyet iddiasını borçlu tarafından takibe itiraz konusu yapılmasa dahi sıra cetvelindeki konumuna etkisi ve alacağını tahsili ile yakından ilişkili olması nedeniyle üçüncü kişi olarak ileri sürebilir.

Kaldı ki; taraflar arasında da, davacının davalının alacağının muaccel olmadığına ilişkin itirazının alacağın esasına yönelik bir itiraz olduğu ve üçüncü kişi durumundaki davacı alacaklının bu hususu **İİK'nun 142/1. maddesi** gereğince itiraz konusu edileceği hususunda bir uyumsuzluk bulunmamaktadır ve bu husus temyize de konu edilmemiştir. Bu yönleriyle Mahkemenin direnme kararında yer alan gerekçesi uygun bulunmuş ise de takibin tamamen geçersiz olduğuna ve sıra cetvelinin iptali ile davacının 1. sıraya alınmasına ilişkin gerekçesi ve varılan sonuç usul ve yasaya uygun bulunmamıştır. Burada muaccel olmayan alacak nedeniyle girişilen takibin davalı alacaklı banka ile lehine olan sürelerden vazgeçerek buna itiraz etmeyen borçlu yönünden geçerli olduğu şüphesizdir. Bu takip nedeniyle borçlu, alacaklı bankaya haciz isteme yetkisini temin etmiş ve alacaklı borçlunun mallarına haciz koymuştur. Başka bir alacak nedeniyle borçlu hakkında takibe girişen davacı alacaklının da borçluya ait mala haciz koyması karşısında bu iki hacizden hangisinin daha önce konulmuş sayılacağına belirlenmesi gerekir.

Davalı banka ile borçlu arasında kredi sözleşmesinden kaynaklanan borç taksitle ödeme koşuluna bağlanmış ve ilk taksitin ödenme tarihi olarak 07.05.1995 tarihi belirlenmiştir. Davalı bankanın takibi ise bu tarihten önce 11.04.1995 tarihini taşımaktadır ve aynı tarihte İİK'nun 20. madde anlamında borçlunun kabulü ile kesinleşmiştir ve haciz de aynı tarihte uygulanmıştır. Borçlu kredi sözleşmesinde belirlenen ödeme planını icra

değerdir. Sıra cetveline itiraz davasına konu olayda, davalı banka 07.05.1995 vade tarihine bağlanan alacağın ilk taksitinin vadesi dolmadan 11.04.1995 tarihinde takip başlatmıştır. Bu takipte borçlu **İİK m. 20'ye c.2'ye** dayanarak itiraz etme süresinden feragat etmiş olup, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu davalı banka ile borçlu arasında yürütülen takibe konu alacağın 07.10.1995 tarihli ödenmeyen altıncı taksit tutarının ödenmemesi ile esasen muaccel hale geldiğini, bu tarihten itibaren borçlunun itiraz edeceği 7 günlük sürenin geçmesi ile (14.10.1995) üçüncü kişiler bakımından takibin kesinleştiğini ve bankanın koyduğu haczin de bu tarih itibarıyla hacze iştirak edilecek alacağın tespitinde dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir. Karara konu somut davada, davalı tarafından muaccel olmayan bir alacak için takip yapıldığı, bu takibin kesinleştirildiği, paraların paylaşılması amacıyla düzenlenen sıra cetveline itiraz davası açılarak hacze iştirakte esas alınan haczin gerçekleştiği takip dosyasındaki alacağın muaccel olmadığı iddia edilmiştir.

Buradaki sorun, borçlunun yapılan takipte itiraz süresinden feragat etmesi veya etmemesi olmayıp, bu yolla müeccel alacak dolayısıyla yapılan takibin kesinleşmesi, hacze iştirakte esas alınması, sıra cetvelinde yer almasıdır. Kararı bu açıdan değerlendirmek gerekir. Hukuk Genel Kurulu'nun vadesi dolmayan alacak için başlatılan takipte 5 ay kadar bir süre sonra ödenmeyen bir taksit tarihini esas alarak evvelden başlatılan bir takibin sonraki bu tarih itibarıyla muaccel olduğunu ve bu tarihten 7 gün sonrası için takibin kesinleşerek haciz yapıldığının kabul etmesi kanımızca yanlıştır. Bir

müdürü önünde de kabul etmiş, ilk 5 taksiti ödemiştir. 07.10.1995 tarihinde ödenmesi gereken taksiti ise ödememiştir. Buna göre alacak 07.10.1995 tarihinde muaccel hale gelmiştir. Bu tarih de yine takip ve haczin kesinleşme tarihinden sonradır. Bu takibin tarafları açısından geçerli olduğu kabul edildiğine göre, haczin davacı üçüncü kişi alacaklı açısından hükmün ifade edeceği tarih, muacceliyet tarihi olan 07.10.1995 tarihine ilamsız takiplerdeki itiraz süresi olan 7 günlük sürenin eklenmesi yoluyla bulunan 14.10.1995 tarihidir. Bu tarihte üçüncü kişilere karşı icra takibi kesinleşmiş olur ve konulan haciz de yine bu tarihte hüküm ifade eder. Sıra cetvelinin düzenlenmesinde de bu tarih esas alınır. Davacının haczi 27.10.1995 tarihli olup, davalının üçüncü kişiler yönünden geçerli olan 14.10.1995 tarihli haczinden sonradır. Buna göre, alacaklı davalının sıra cetvelinde 1. sırada yer almasında usul ve yasaya aykırılık bulunmamaktadır. Açıklanan bu gerekçelerle usul ve yasaya uygun bulunmayan direnme kararının bozulması gerekmektedir.....” Yargıtay HGK, 28.04.1999, E.1999/19-233, K. 1999/249.

www.kazancl.com.tr

alacağın takip yapılırken muaccel olması ne anlama gelmektedir. Alacaklının borçludan alacağı isteyebileceği ve borçlunun da edimi yerine getirmek zorunda olduğu zaman dilimini ifade eden muacceliyet, bu niteliği itibarıyla alacağın sadece bir niteliğidir⁵¹. Borcun unsurundaki bu eksiklik dava ve talep edilebilir olmamanın ifadesini oluşturur⁵². Alacaklı ancak kararlaştırılan muacceliyet tarihi itibarıyla alacağını talep etme hakkına kavuşur⁵³. Bunun için kararlaştırılan vade bu nedenle, borç ilişkisinin bir unsuru ve alacağın doğum gerekçesi değildir. Talep edilebilir olmayan bir alacağa dayanılarak kambiyo senetlerine ilişkin yapılan takipler icra dairesinin takibi başlatma yetkisi kapsamında devletin ilgisi çekmekte iken (m.168), genel haciz yolu ile takiplerde bu ilgi sadece takip alacaklısı ile borçlusu arasında değerlendirilmiştir.

Müaccel bir alacak dolayısıyla yapılan takipte borçlunun itiraz süresinden feragat etmesi veya itiraz etmemesi alacağın vade tarihini maddi hukuk bakımından zımnen öne çektiği anlamını taşır mı? Taraflar borç ilişkisinde yenileme yoluyla vade tarihini değiştirebilir⁵⁴. Hatta borçlunun henüz muaccel olmadan ifa zamanında borcu ödeyebilme olanağı bulunmaktadır ki, bu ödeme eylemi alacaklının ifayı kabul hareketleri ile dolayısıyla vadenin öne çekilmesi olarak değerlendirilebilir. İcra iflas hukuku alan itibarıyla böyle bir sonucu doğuracak yapı ve özellikte değildir. Bu nedenle **İİK m. 20 c.2'ye** göre borçlunun kendisinin yararlanmasına bırakılan bir süreden yararlanmayacağını beyan etmesi, bir borç ilişkisinin yenilenmesi ve tarafların borcun vade tarihini önceki tarihe çekmek şeklinde değerlendirilemez. **İİK m. 20 c.2'de** bahsi geçen süreler ile maddi hukuk sahasına ait süreler kastedilmemektedir. Takibin kesinleşmesine ilişkin ortaya çıkan aynı sonuç,

⁵¹ **Eren, Fikret**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara 2012, s. 946, 947. Vadesi dolmayan borçlarda henüz alacak doğmamış olup ve fakat borç ilişkisi doğmuştur. Bkz. **Hatemi, Hüseyin/Gökyayla, Emre**, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul 2011, s. 227.

⁵² Bu eksiklik konusunda Serozan, dava temelini yetmezliği kavramını kullanmaktadır. **Serozan, Rona**, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul 2014, s. 54.

⁵³ **Oğuzman, M. Kemal/Öz, M.**: Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt-1, İstanbul 2013, s. 321.

⁵⁴ **Yücer, İpek**, Yenileme (Tecdit), Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2007 Cilt: 9, Sayı: 1, s. 248, 249 (233-259).

borçlunun itiraz etmeme olasılığında da söz konusudur. Hakkında başlatılan takibe itiraz etmeyen borçlu, itiraz etmemekle alacaklının maddi hukuk sahasında şekillendirdiği yeni bir muacceliyet tarihine veya zamanaşımı gibi maddi hukuksal süreleri kullanamayacağına razı olmuş sayılamaz. Aksi halde zamanaşımı definde bulunmayan borçlu, itirazın iptali davasında da zamanaşımı itirazında bulunamaz kabul edilirdi. Borçlunun müccel alacakla ilgili haciz yoluyla takipte itiraz süresinden feragat etmesi veya itirazda bulunmaması, takip edilen alacağı sadece takip hukuku açısından ve sadece takibin tarafları arasında kesinleştirir.

Borç ilişkisinden kaynaklanan bu eksiklik, bir takip dolayısıyla başka alacaklıların menfaatini zedelememelidir. **İİK m. 20 c.3**, müccel alacağın sıra cetveline girmesini engelleyen bir düzenleme değildir. Bu durumda üçüncü kişinin korunması acaba **İİK m. 142** düzenlemesi ile sağlanabilir mi? **İİK m. 142 düzenlemesi**, alacağın esasına (doğumuna) ve miktarına gösterilecek tepkinin sıra cetveline itiraz davasıyla gösterilebileceğini düzenlendiğine göre, bir alacağın muccel olmadığı iddiası bu davada tartışılabilir değildir. Söz konusu alacağın gerçekte var olmaması⁵⁵ (veya tutar olarak daha az olması vs.) durumunda gerçekleşen hacze iştirak ve sıra cetvelinde söz konusu alacağa yer verilmesi (veya fazla tutar ayrılması) sıra cetveline itiraz davasıyla incelenmelidir. Belki bu davranış, yani borçlunun bir takip alacaklısı lehine yararlanabileceği sürelerin işlemesinden feragat etmesi sıra cetveline itiraz davasında ancak bir emare olarak değerlendirilebilir. Ancak bu husus tek başına vade konusunda muvazaalı bir alacak takibi yapıldığının kanıtı olmaz. Asıl çözümlenme bu davalarda söz konusu takip alacağının gerçekte var olduğunun ispat edilmesiyle ortaya konulmaktadır⁵⁶.

⁵⁵ **Atalay**, Oğuz, İlamsız İcra Yargısız İnfaz Olur mu?, Hukuk Perspektifleri Dergisi, 2004, Sayı: 1, s. 69 (67-69).

⁵⁶ “...Bu durumda, mahkemece satış tarihi itibarıyla davacının dava konusu icra dosyasındaki haczinin ayakta olduğu, buna göre sıra cetveline muvazaa nedenine dayalı olarak itiraz etmekte hukuki yararının bulunduğu anlaşıldığı gibi, mahkemenin gerekçesinin aksine bu davanın sıraya ilişkin değil, alacağın esasına ilişkin bir neden olan muvazaa nedenine dayalı olduğu da gözetilerek, uyumsuzluğun esasını incelenip, muvazaa nedenine dayalı sıra cetveline itiraz davalarında iddianın, kural olarak, borçlu ile davalı alacaklının anlaşmalı (muvazaalı) biçimde borç ilişkisi oluşturarak, diğer alacaklılardan mal kaçırma amacı güttükleri noktasında toplandığı, bunun için muvazaalı

Üçüncü kişilerin menfaatleri ya var olmayan bir alacağın talep edilme- siyle veya da miktarının fazla olması ile zedelenecek olursa, bu durumda başvurulacak yol, sıra cetveline itiraz davası yoludur. Bu davada alacağın takip talebi tarihi itibarıyla varlığı⁵⁷ ve ihale tarihi itibarıyla miktarı⁵⁸ ispat edilmelidir. Zira bir takibin başlatılmasına, kesinleşmesine ve haciz yapıl- masına bağlanan hacze iştirakte esas alınmaya ilişkin diğer alacaklıların menfaati, ancak var olmayan veya talep edilen miktar kadar olmayan alacak dolayısıyla korunmaktadır. Burada sağlanacak koruma, borçlunun müeccel bir alacağa ilişkin takip üzerine hareketsiz kalması durumunda söz konusu olmamaktadır.

Karşılaşılan durum, yani müeccel bir alacağın tahsili amacıyla yapılan takipte borçlunun tepki göstermemesi dolayısıyla (*itiraz etmemesi veya itiraz süresinden feragat etmesi*) söz konusu alacağın diğer alacaklı menfaatlerini sıra cetvelinde yer almakla veya söz konusu alacak dolayısıyla yapılan haciz esas alınarak sıra cetveli oluşturulmakla diğer takip alacaklıların tahsil menfaatini zedelemesi, borçlunun lehine davrandığı alacaklıyı kayırma amacıyla gerçekleşmiş olabilir. Bir alacaklıyı diğer alacaklılar karşısında kayırmayı amaçlayan bu davranışın hukuk düzeni tarafından itibar görme- mesi gerekmektedir. İİK m. 279 aciz halinde yapılan tasarrufları düzenle- mekte olup, muaccel olmayan para borcunun ödenmesi Kanunda aranan

muamelenin borçlandırıcı işleme göre yapıldığı tarihin önem taşıdığı, muvazaadan söz edilebilmesi için, kural olarak, muvazaalı tasarrufun, diğer alacaklı lehine yapılan borç- landırıcı işlemde sonraki tarihi taşıması gerektiği, takip işlemlerinin hızlandırılma- sının, İİK'nın 20. maddesi uyarınca sürelerden feragat ve haczin borçlunun beyanı üzerine konulmasının, tek başına muvazaayı gösteren vakıalar olmadığı, muvazaa hukuki nedenine dayalı sıra cetveline itiraz davalarında ispat yükünün, davalı alacaklıda olup, davalının alacağının gerçek bir alacak olduğunu, birbirini teyit eden ve takipten önce düzenlenmiş usulüne uygun delillerle ispatlaması gerektiği hususları da gözönünde bulundurulup, sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde yanlış gerekçeye dayalı olarak hüküm kurulması doğru olmamıştır..." Yargıtay 23. HD., 04.12.2013, 6628/7708. www.kazanci.com.tr

⁵⁷ Davalı alacaklının, takibe başladığı tarihte mevcut olmayan ve takip dosyasına ibraz etmediği belgelerle, alacağının varlığını kanıtlayamayacağına ilişkin bkz. 19. HD. 20.12.1994, E.1994/10100, K.1994/1286 www.kazanci.com.tr; Üstündağ, İcra, s. 299.

⁵⁸ 19. HD. 20.04.2006, E.2006/1380, K.2006/4274; 19. HD., 09.03.2006, E.2006/11210, K.2006/2336; 19. HD., 25.06.1996, E.1996/3926, K.2006/6582. www.kazanci.com.tr

şartları taşımaktaysa iptale tâbi kabul edilmelidir. *Umar'ın* çalışmasında Jaeger'e yaptığı atıf dolayısıyla işaret ettiği üzere ödemenin borçlunun iradesiyle yapmış olması veya icra dairesinde yapılan takip sonucunda bunun gerçekleşmesi önem taşımaksızın yapılan borçlu eylemi hukuken önlenmelidir veya sonuçları ortadan kaldırılmalıdır⁵⁹. İcra dairesi vasıtasıyla yapılan müeccel olmayan bir takip dolayısıyla her halde alacaklının iyi niyetli olduğu savunması da düşünülmemelidir.

Sıra cetveline itiraz davasında diğer alacaklıların korunmaya çalışılan menfaati ile İİK m. 279'da diğer alacaklılara sağlanan koruma aynı nitelikte olup, 1999 tarihli Yargıtay kararının vadesi dolmayan alacak dolayısıyla yapılan takipte İİK m. 279 kapsamında bir tasarrufun iptal davası hukuki sebebi bulunduğunu tespit etmemesi ile diğer alacaklıların menfaatinin müeccel bir alacağın sıra cetvelinde yer almasıyla ihlal edildiğini düşünmekteyiz. Alacağın takip başlatıldıktan sonra muaccel hale gelmesi, takip talebi itibarıyla takibe haklılık kazandırmayacaktır ve hacze iştirakteki öncelik şartı ihlalini içerecektir.

SONUÇ

İcra hukuku sahasında da taraflar irade özerkliğine sahip olup, bu amaçla sözleşmeler yapabilmekte veya bazı işlemlere ilişkin hak ve sürelerden feragat edebilmektedir. Ancak icra hukukunun kamu düzenine ilişkin yönleri barındırdığı ve takip yapılan alacakların diğer bazı alacaklıların durumunu ilgilendirdiği hususlarda tarafların tasarrufta bulunabilme olanağı bulunmamakta veya kısıtlanmış kabul edilmektedir. Bu durumda karşımızda Kanunun öngördüğü sınırlar ve şartlar dâhilinde gerçekleşen bir irade özerkliği kurumu bulunacaktır.

İcra iflas hukukunda sürelerin değişik amaçla ihdas edildiği söylenebilecektir. Bunların bir kısmı takip sürecine ilişkin süreler olup, bunlardan tarafların yararlanmasına ayrılan sürelerden vazgeçilebileceğine ilişkin tasarruflarda bulunulabilir. Bu amaçla borçlu, alacaklı ve hatta üçüncü kişinin İcra ve İflâs Kanunu'nda bir sürenin yararlanmasından feragat edeceği kabul edilmelidir.

⁵⁹ **Umar**, Bilge, Türk İcra-İflâs Hukukunda İptal Davası, İstanbul 1963, s. 78.

Takip sürecinin işleyişine ilişkin düzenlenen sürelerden vazgeçmek, icra takip hukuku açısından sonuçlarını doğururken, maddi hukuksal sahaya olan etkisi dikkate alınmalıdır. Bu nedenle İİK m.20 c.2'ye göre bir sürenin yararlanmasından feragat eden borçlu, bunu alacaklının menfaatlerini ihlal etmemekle yapabilecektir. Alacaklının menfaatinin ihlal edilmesi durumunda borçlu o süreden yararlanmamış kabul edilerek meydana gelen sonuçlar dikkate alınmalıdır. Çalışmada özellikle değerlendirilen 1999 tarihli HGK kararı açısından müeccel alacağın takip edilmesi karşısında borçlunun itiraz süresinden vazgeçmesi ve hacze onay vermesi ile diğer alacaklılar bakımından oluşacak olumsuz durum, müeccel alacak olması dolayısıyla tasarrufun iptali davası ile korunmalıdır. İİK m. 20 c.3, sadece icra hukukunda düzenlenen süreler dolayısıyla bir alacaklının öne çıkmasını engelleme görevi görmektedir.

Kaynakça

- Aşık**, İbrahim; İcra Sözleşmeleri, Ankara 2006.
- Arslan**, Ramazan; İcra-İflâs Hukukunda İhale ve İhalenin Feshi, Ankara 1984.
- Atalay**, Oğuz; İlamsız İcra Yargısız İnfaz Olur mu?, Hukuk Perspektifleri Dergisi, 2004, Sayı: 1, (67-69).
- Atalay**, Özcan; İflasta Sıra Cetvelinin Düzenlenmesi ve Yargı Yolu, Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 1980-5 (Yıl:37), (566-570).
- Belgesay**, Mustafa Reşit; İcra ve İflas Kanunu Şerhi I, İstanbul 1948.
- Berkin**, Necmeddin; Tatbikatçılara İcra Hukuku Rehberi, İstanbul 1980.
- Budak**, Ali Cem; Medeni Usul Hukukunda Üçüncü Kişilerin Haklarının Korunması, İstanbul 2000.
- Çiftçi**, Pınar; İcra Hukukunda Menfaat Dengesi, Ankara 2010.
- Deynekli**, Adnan; Sıra Cetveli İle İlgili Sorunlar, Bankacılar Dergisi, Sayı: 67, 2008, (28-69).
- Deynekli**, Adnan/Kısa, Sedat; Hacizde ve İflasta Sıra Cetveli, 3. Bası, Ankara 2005.
- Emmerich**, Volker; Zulaessigkeit und Wirkungweise der Vollstreckungsvertraege, ZZP 82 (1969).
- Eren**, Fikret; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara 2012.
- Gaul**, Hans-Friedhelm; Hukukun Esasları ve Hukuk Dogmatığı Bakımından Hakkın İcra Yoluyla Elde Edilmesi, İcra Hukuku Analizleri, 3. Baskı, İstanbul 2011, (23-86) (Çev. Yıldırım, Nevhis Deren).
- Gürdoğan**, Burhan; İcra Hukuku Dersleri, Ankara 1970.
- Hatemi**, Hüseyin/**Gökyayla**, Emre; Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul 2011.
- Karşlı**, Abdurrahim; İcra Hukuku Ders Kitabı, 1. Bası, İstanbul 2010.

- Kılıçoğlu**, Evren; İcra Sözleşmeleri, İstanbul 2005.
- Kuru**, Baki; İcra ve İflâs Hukukunda Müddetler, Prof. Dr. Hüseyin Cahit Oğuzoğlu'na Armağan, Ankara 1972, (621-638).
- Kuru**, Baki; İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, 2. Baskı, Ankara 2013.
- Kuru**, Baki/**Arslan**, Ramazan/**Yılmaz**, Ejder; İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, 27. Baskı, Ankara 2013.
- Oğuzman**, M. Kemal/**Öz**, M. Turgut; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt-1, İstanbul 2013.
- Onar**, Sıddık Sami; İcra Hukukunda Temel Bilgiler, İstanbul 1968.
- Özekes**, Muhammet; İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler, Ankara 2009.
- Pekcanitez**, Hakan; İcra-İflâs Hukukunda Şikâyet, Ankara 1986, (*Şikâyet*).
- Pekcanitez**, Hakan/**Atalay**, Oğuz/**Sungurtekin Özkan**, Meral/**Özekes**, Muhammet; İcra ve İflâs Hukuku, 11. Bası, Ankara 2013.
- Postacioğlu**, İlhan E.; İcra Hukuku Esasları, İstanbul 1982.
- Reisoğlu**, Seza; Bankalar Açısından İcra ve İflas Kanunundaki Yeni Düzenlemeler, Türkiye Bankalar Birliği Yayını, No: 156, Ankara 1989, (1-39).
- Schiedmair**, Gerhard; Vereinbarungen im Zivilprozess, Bonn 1935.
- Serozan**, Rona; Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul 2014.
- Stamm**, Jürgen; Die Prinzipien und Grundstrukturen des Zwangsvollstreckungsrechts, 2007.
- Stürner**, Rolf; Prinzipien der Einzelzwangsvollstreckung, ZZP 99. Band, Heft: 3, 1986, (291-332).
- Taşpınar**, Sema; Medeni Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri, Ankara 2001.
- Umar**, Bilge; Türk İcra-İflâs Hukukunda İptal Davası, İstanbul 1963.
- Uyar**, Talih; Hacze Âdi Katılma, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 66, 2006, (352-376).

- Uzel, Yelda;** İcra Takiplerinde Borcun Taksitle Ödenmesi, MİHDER 2007/3, Sayı: 8, (697-748).
- Üstündağ, Saim;** İcra ve İflâs Kanunu'nun Dünü ve Bugünü, İstanbul 1990.
- Üstündağ, Saim;** İcra Hukukunun Esasları, 8. Bası, İstanbul 2004.
- Yıldırım, Kamil;** İcra Hukukunun Anayasa İle İlişkisi ve Ölçülülük İlkesi, Hukuk Araştırmaları Dergisi 1989 Ocak- Aralık Sayısı, (98-115).
- Yıldırım, Mehmet Kamil/Yıldırım, Nevhis Deren;** İcra Hukuku, 5. Baskı, İstanbul 2012.
- Yücer, İpek;** Yenileme (Tecdit), Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2007 Cilt: 9, Sayı: 1, (233-259).

^HBİR İŞİN YAPILMASINA VEYA YAPILMAMASINA İLİŞKİN İLÂMLARIN İCRASI

*Yrd. Doç. Dr. Çiğdem YAZICI TIKTIK**

GİRİŞ

Para ve teminat alacaklarından başka alacaklar için borçlu aleyhine icra yoluyla takibe başlanabilmesi kural olarak alacaklının elinde bir ilâm bulunmasına bağlıdır¹. Para ve teminat alacakları da elbette bir ilâma bağlanmış olabilir². Mevzuat İsviçre Federal İcra ve İflas Kanunu para

^H Hakem incelemesinden geçmiştir.

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

¹ Para ve teminat alacakları bakımından öngörülen ilamsız takip yollarına ilişkin eleştiriler için bkz. **Umar**, Bilge: Türk İcra Hukukuna Eleştirel Bir Bakış, Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı-VII, TBB Yayınları 163, s. 244-245; **Özkes**, Muhammet: Türk İcra Hukukunun Sorunları ve Temel Haklar Bakımından Değerlendirme, Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı-VII, TBB Yayınları 163, s. 265 vd. İlamlı icranın Türk cebri icra hukuk sisteminde tamamen tali bir yol haline geldiği ve istatistikler hakkında bkz. **Öztek**, Selçuk: Türk İcra Hukukunun Eleştirisi, Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı-VII, TBB Yayınları 163, s. 201 vd.

² Yargıtay, elinde ilâm bulunan alacaklının, borçluya tanınan icranın geri bırakılması (İİK m. 36) ve icranın iadesi (İİK m. 40) imkânlarını bertaraf edecek şekilde genel haciz yoluyla takibe başvurusu dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edeceğine karar vermiştir. Elinde ilâm bulunan alacaklının ilamlı icra yoluna başvuracakken genel haciz yoluyla takip yoluna başvurusunun nedenlerinin “*ilamlı icra takiplerinde uygulanan İİK.nun 36.maddesinin bir diğer anlatımla borçlunun icranın geri bırakılması kararı alarak takibi durdurmasını bertaraf etmek*” ya da “*ilamın bozulması halinde takibin durmasının ve sonrasında alacağın olmadığı ya da daha az olduğunun ilamla belirlenmesi halinde icranın iadesinin yolunu kapatmak*” olabileceğini dikkate alarak bu durumun dürüstlük

alacaklarına ilişkin ilâmların icrasına ilişkin özel hükümler sevk etmiş bulunmakla birlikte (SchKG m. 80, 81), para ve teminat alacakları dışındaki ilâmların ne şekilde icra edileceğine ilişkin düzenlemeleri kanton hukuklarına bırakmıştır³. Alman Medeni Usûl Kanunu'nda ise para alacakları ile konusu paradan başka bir şey olan ilâmların icrası bakımından ayrıntılı hükümlere yer verilmiştir. Bir işin yapılmasına veya yapılmamasına ilişkin icra yolunda, işin konusu başkası tarafından ifa edilebilecek işlerden ise ZPO § 886, yalnızca borçlu tarafından icra edilebilecek bir iş ise ZPO § 887, bir işin yapılmaması veya kaçınma borcu ise ZPO § 888 hükmüne göre icra edilecektir. İcra ve İflas Kanunumuz ise her iki durumda da ilâmların ne şekilde icra edileceğini İkinci Bap'ta özel olarak düzenlemiş, para ve teminattan başka borçlar hakkındaki ilâmların icrası 24. ile 31. maddeleri arasında, para ve teminat verilmesi hakkındaki ilâmların icrası 32. ile 33/a, müşterek hükümler ise 34 ile 40. maddeleri arasında düzenlenmiştir. İlamın gereğinin hiç ya da süresinde yerine getirilmemesi halinde uygulanacak cezai müeyyideler ise İcra ve İflas Kanunu'muzun son kısmında ayrıca düzenlenmiştir.

Çalışmamızın konusunu İcra İflas Kanunu'muzun 30. maddesi "Bir İşin Yapılmasına veya Yapılmamasına Dair Olan İlâmlar" oluşturmaktadır. İcra takibine konulan ilâmın konusu borçlu tarafından bir işin yapılması veya yapılmaması ise icra müdürü borçluya İcra ve İflâs Kanunu Yönetmeliği'nin 19'uncu maddesi hükmü uyarınca Örnek 4-5 no'lu icra emrini gönderir. Bir işin yapılmasına ilişkin ilâmların icrasında ilâmın konusu bakımından iki ihtimal söz konusudur. Bunlardan birisi borçlunun yerine getirmediği ilâmın konusunun bir başkası tarafından yerine getirilebilmesi diğeri ise borçludan başka kimseye yaptırılmayacak olan hususlara ilişkin bir ilâmın söz konusu

kuralı ile bağdaşmayacağı sonucuna varmıştır. 19. HD., 2013/16405 E, 2013/25098 K. (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası). Yargıtay'ın bu kararı bizim katıldığımız, hak arama yollarının bu şekilde sınırlanmasının Anayasa'ya aykırılık teşkil edeceği, somut olayın özelliklerine göre dürüstlük kuralı bakımından inceleme yapılabileceği ancak ilkesel biçimde başvuruyu engellemenin söz konusu olamayacağı gerekçesiyle eleştirilmiştir. **Pekantez**, Hakan/**Atalay**, Oğuz/**Sungurtekin Özkan**, Meral/**Özekes**, Muhammet: İcra ve İflâs Hukuku, Ankara 2013, s. 456, dn. 458.

³ **Postacıoğlu**, İlhan E.: İcra Hukuku Esasları, İstanbul 1982, s. 622; **Üstündağ**, Saim: İcra Hukukunun Esasları, İstanbul 2004, s. 354; **Umar**, s. 244-245.

olmasıdır⁴. Bir işin yapılmamasına ilişkin ilâmların icrasında ise borçlunun icra emrinin gönderilmesinden sonra ilâmda süre öngörülmüş ise verilen süre içerisinde, süre öngörülmemiş ise icra müdürünün belirleyeceği süre içerisinde ilâmda hüküm altına alınan işi yapmaması aksi takdirde ise İcra ve İflâs Kanunu'nun 343'ncü maddesi hükmü uyarınca cezalandırılacağı borçluya bildirilir. Borçlu geçerli bir mazereti olmadan icra emrine uymazsa alacaklının şikâyeti üzerine cezalandırılır. Biz bu çalışmada bir işin yapılması ve yapılmamasına ilişkin ilâmların ne şekilde icra edileceği ve ilâmın gereğinin yerine getirilmemesinin sonuçları üzerinde duracağız.

I. TAKİBİN DAYANAKLARI

Genel olarak elinde ilâm ya da İcra ve İflâs Kanunumuzun 38. maddesinde sayılan ilâm niteliğindeki belgelerden birisi bulunan alacaklı ilâmların icrası hakkındaki hükümlere başvurarak borçludan alacağının tahsilini isteyebilir⁵. Kural olarak icra kabiliyetini haiz belgeyi ilâmlar teşkil eder ve ilâmların icra edilebilmesi kesinleşmiş olmasına bağlı değildir⁶.

A. İlâmlar

Mahkemelerin nihai kararlarının davanın taraflarından her birine verilen hüküm nüshasına ilâm denir (HMK m. 301). Hüküm“Türk Milleti Adına” verilir ve hükümde hangi hususların yer alması gerektiği Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 297'nci maddesinde açıkça düzenlenmiştir. İlâmın özünü hüküm sonucu oluşturur. İlâmın doğru ve tam icra edilebilmesi için hükmün sonuç kısmında, gerekçeye ait herhangi bir söz tekrar edilmeksizin, taleplerden her biri hakkında verilen hükümle, taraflara yüklenen borç ve tanınan hakların, sıra numarası altında; açık, şüphe ve tereddüt uyandırmayacak şekilde gösterilmesi gereklidir (HMK m. 297/2).

⁴ Bkz. 2004 sayılı kanuna ilişkin hükümet gerekçesi, **Oskay**, Mustafa /**Koçak**, Coşkun/**Deyneli**, Adnan/**Doğan**, Ayhan: İİK Şerhi 1. Cilt, Ankara 2007, s. 460.

⁵ İcra hukukunda alacaklı, borçlar hukuku anlamında borçlu olsun olmasın cebri icra ile alacağını elde etmek çabasında olan kimseyi, borçlu ise diğer tarafı ifade ettiğinden borçlar hukukundan daha geniş bir anlamda kullanılmaktadır. **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özkes**, (İcra-İflâs), s. 53.

⁶ Bu konuda detaylı bilgi için bkz. aşa. I, A, 3.

İcra ve İflâs Kanunu'nun 30'uncu maddesi hükmünde düzenlenen bir işin yapılmasına veya yapılmamasına ilişkin ilâmların icrasında icra takibinin dayanağını oluşturan ilâmın yargılamaya son veren ve taraflar arasındaki uyumsuzluğu esastan çözen esasa ilişkin nihâi kararlar olarak anlaşılması gerekir⁷. Diğer bir deyişle usule ilişkin nihai kararlar cebri icraya elverişli olmadıklarından bir işin yapılmasına veya yapılmamasına ilişkin ilâmların icrasına ilişkin İcra ve İflâs Kanunu'nun 30'uncu maddesine dayanak teşkil edebilecek nitelikte de değildir. Cebri icraya elverişlilik ise her esasa ilişkin nihai karar bakımından varılacak bir sonuç değildir. Dolayısıyla bir ilâmın cebri icraya elverişli olması için hem esasa ilişkin bir nihai karar olması hem de ilâmın verme, yapma, yapmama şeklinde bir eda emrini içermesi gerekir⁸. İlâmın konusu verme borcu ise İcra ve İflas Kanunu'nun 24 vd. hükümleri uyarınca icrası, bir işin yapılması veya yapılmaması borcu ise İcra ve İflas Kanunu'nun 30'uncu maddesi hükmüne göre icrası söz konusu olacaktır.

İlamda davacı ve davalı taraf karşılıklı olarak bazı edimlerin ifasına mahkûm edilmişlerse, her biri kendi lehine olan edimin ifası için ilâmlı icra yoluna başvurabilir⁹. Ancak karşılıklı ve aynı anda edimlerin ifasına ilişkin bir mahkûmiyet kararı verilip verilemeyeceği, verilirse bu hükümlerin ne şekilde icra edileceği konusunda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Karşılıklı ve aynı anda ifaya mahkûmiyet kararı ancak her iki tarafa borç yükleyen akitler bakımından söz konusu olabilecektir. Alman hukukunda karşılıklı ve her iki tarafa borç yükleyen akitlerde edimin ifa edilmediği def'inin ileri sürülmesi halinde dava hemen reddedilmeyip, BGB § 322/I hükmü uyarınca karşılıklı ve aynı anda ifaya mahkûmiyet hükmü verilir (*Zug- um-Zug*) ve bu hükümlerin ne şekilde icra edileceği ZPO § 756'da

⁷ **Tanrıver**, Süha: İlâmlı İcra Takibinin Dayanakları ve İcranın İadesi, Ankara 1996, s. 42. Türk hukuk sisteminde icra edilebilir belgeler kavramı yerine ilâm ve ilâm niteliğinde belge kavramları ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **Özbek**, Mustafa Serdar: Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda İlâmlı İcranın Etkinliği, Ankara 2011, s. 270 vd.

⁸ **Üstündağ**, s. 354. Edaya ilişkin mahkeme kararlarının da icra edilecek kısımları hüküm fıkrasıdır.

⁹ Özellikle uyumsuzluğun sulh yoluyla çözümlenmesi halinde taraflarca sulh sözleşmesinde her iki taraf bakımından da bazı edimlerin kararlaştırılması muhtemeldir.

ayrıca düzenlenmiştir¹⁰. Hukukumuz bakımından aynı anda ve karşılıklı edimleri içeren ilâmlar ve icrası ile ilgili olarak İcra ve İflâs Kanunumuzda özel bir düzenleme bulunmadığından, mahkemece böyle bir hüküm verilemeyeceği sonucuna varılabilirse de Yargıtay'ın aksi yönde içtihatlarına rastlamak mümkündür¹¹. Doktrinde de hükmün icrası bakımından her iki tarafın da ediminin açıkça gösterilmesi halinde eş zamanlı olarak edaya mahkûm edilebilmesinin usul ekonomisi bakımından uygun olacağı ve şarta bağlı hükmün çok geniş yorumlanmaması gerektiği ileri sürülmüştür¹². Aynı anda ve karşılıklı edimleri içeren bir ilâm verilmişse, bu durumda edimlerin her birinin ayrı ayrı icrası mümkün olmak gerekir¹³. Bir işin yapılmasına ilişkin ilâmların icrasına konu olabilecek şekilde karşılıklı edimlerin ifasına karar verilmesi de mümkün olmak gerekir¹⁴.

¹⁰ Her iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, sözleşmenin her iki tarafının da ifada bulunmaması üzerine davada taraflardan birinin Zug-um-Zug talebinde bulunarak kendi ifasını diğerinin ifası şartına bağlamakta ve tarafın elde ettiği ilâm kendisi de edimini yerine getirmediği icra edilememektedir. Bu konuda bkz. **Özkaya-Ferendeci**, Hamide Özden: Kesin Hükmün Objektif Sınırları, İstanbul 2009, s. 125, dn. 453.

¹¹ 15. HD., 27.1.1981, 117/137; 13. HD., 24.4.2002, 2852/4445.

¹² **Pekcanitez**, Hakan/**Atalay**, Oğuz/**Özekes**: Muhammet: Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2013, s. 474.

¹³ **Üstündağ**, s. 360; **Postacıoğlu**, s. 630. Mahkeme huzurunda yapılan sulhler bakımından da taraflar sulh sözleşmesinden doğan karşılıklı edimlerin ifasını sağlamak amacıyla birbirinden bağımsız olarak kendi lehlerine olan kısmın icrasını isteyebilirler. **Tanriver**, Süha: "Mahkeme Huzurunda Yapılan Sulhler", Makalelerim (1985-2005), Ankara 2005, s. 49.

¹⁴ Yargıtay'ın içtihadına konu bir olayda dava, çaplı taşınmaza haksız elatmanın kal suretiyle giderilmesi istemine ilişkindir. Malzeme sahibi olan davalılar birleşen davalarında, Türk Medeni Kanununun 724. maddesine dayanarak iki parselin ayrı ayrı adlarına tescilini, ikinci kademedede ise malzeme bedelinin tahsilini istemiştir. Dava konusu parsellerden birinin kadastro tutanağında taşınmaz üzerindeki evin birleşen davanın davacılarından birine ait olduğuna ilişkin belirtme bulunmaktadır. Birleşen davanın davacıları iyiniyetlidir. Malzeme maliki ve arazi sahibinin iyiniyetli olmaları durumunda, kal talebinde bulunan arazi sahiplerinin malzeme sahiplerine uygun bir tazminat ödemesi gerekir. Esasen, İcra ve İflâs Kanununun 30. maddesi gereğince kal giderlerini tahsil etmek, hükmü infaz edecek icra müdürüne ait bir görevdir. Asıl dava kabul edilerek malzeme maliklerinin elatmalarının önlenmesine karar verildiğinden hüküm ancak birlikte ifa kuralları gereği infaz edilebileceğinden, malzeme bedellerinin hükümden

İhtiyati tedbirlere ilişkin kararlar ilâm niteliğinde olmadığından icrasının da İcra ve İflâs Kanunu'nun 30'uncu maddesine göre yapılması mümkün değildir¹⁵.

1. Bir İşin Yapılmasına İlişkin İlâmlar

a. Genel Olarak

Bir işin yapılmasına ilişkin ilâm ile ifade edilmek istenen alacaklının talebi üzerine mahkemenin borçluyu belirli bir işi yapmaya mahkûm ettiği ilâmdır¹⁶. Bir işin yapılmasına ilişkin ilâmların icrası aynı bir icradır¹⁷. Taşınır teslimine ilişkin ilâmların icrasında olduğu gibi ilâmın konusunu teşkil eden işin aynen yapılması gerekir (İİK m. 24). Ancak taşınır teslimine ilişkin ilâmların icrasındaki aksine bir işin yapılmasına ilişkin ilâmların icrasında borçlu ilâmın gereğini aynen yerine getirmese ilâmdaki alacak para borcuna dönüşmez¹⁸. Bir işin yapılması veya yapılmaması hakkındaki ilâmın gereğinin yerine getirilmemesi durumunda borçlunun ilâmın gereğini zorla yerine getirmesi sağlanmaya çalışılır. Ancak bir işin yapılmasına ilişkin ilâmların icrasında ilâmda gösterilen işin niteliği, diğer bir deyişle borçlu tarafından bizzat ifasının gerekip gerekmemesine göre ilâmın icrası farklılık gösterebilir.

evvel malzeme sahiplerine ödenmek üzere arazi sahiplerince mahkeme veznesine depo edilmesi gerekli görülmüştür. 14. HD., E. 2011/16001 ve K. 2012/4664 T. 29.3.2012 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası).

¹⁵ 7. HD., 14.3.2006, 284/721, YKD 2006/11, s. 1763; **Kuru**, Baki: İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, Ankara 2013, s. 973, dn. 2.

¹⁶ **Kuru**, s. 973. Örneğin işe iade davası sonucunda İş Mahkemesince, "alacaklının işe iadesine, işe başlatılmaması halinde 4 aylık tazminat tutarı ile 4 aya kadar ücret ve haklarının iadesine" karar verilmesi halinde bu kararın ilâmların icrası hakkındaki hükümlere göre icrası mümkün değildir. "Takip dayanağı olan bu ilâmın yargılama giderleri ve avukatlık ücreti dışındaki kısımlarının eda hükmünü içermediği anlaşılmaktadır. İlâm bu hali ile tespit niteliğinde olduğundan ilâmlı icra takibine konu olamaz". YHGK 25.6.2008, 2008/12-451 E. / 2008/453 K.

¹⁷ **Kuru**, Baki/**Arslan**, Ramazan/**Yılmaz**, Ejder: İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2013, s. 414.

¹⁸ **Kuru**, s. 973.

***b. Yapma Borçları Bakımından Özellik Arzeden İrade Beyanında
Bulunma Borcu***

Yapma borçları bakımından özellik arzeden borçlardan birisi irade beyanında bulunma borcudur. İrade beyanında bulunma borcuna aykırı davranan borçlu aleyhine irade beyanında bulunma borcunun ifası bakımından dava açılabilir mi? Örneğin bir ön sözleşmeden kaynaklanan irade beyanında bulunma borcuna aykırılık halinde asıl sözleşmenin kurulabilmesini sağlamak için borçlu aleyhine dava açılabilir mi? Bu soruya olumlu cevap verecek olursak acaba mahkemenin vereceği ilâmın icrası nasıl ve neye göre sağlanabilecektir? Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 105. maddesi hükmü eda davasını düzenlemiş olup, eda davasını tanımlarken davalının bir şeyi yapmaya mahkûm edilebileceğini düzenlemiştir. İrade beyanında bulunma borcu da bir şeyi yapmak olarak nitelendirileceğinden, eda davası yoluyla irade beyanında bulunma borcunun ifası talep edilebilir. Mahkemenin davayı kabul etmesi halinde ise ilâmın icrası bakımından iki olasılık söz konusudur. Bunlardan birisi mahkemenin verdiği edaya mahkûmiyet kararının irade beyanı yerine geçmesi, diğeri ise İcra ve İflâs Kanunu'nun 30'uncu maddesi hükmüne göre icrasıdır. Alman ve İsviçre Medeni Usûl Kanunlarında, davalının bir irade beyanında bulunmaya mahkûm edilmesi halinde mahkeme hükmünün beyan yerine geçeceği açıkça düzenlenmiştir¹⁹. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'muzda bu yönde açık bir düzenleme olmamakla birlikte mahkemenin vereceği edaya mahkûmiyet kararının irade beyanı yerine geçmesi, hükmün cebri icrası ihtiyacı ile karşılaşmamak bakımından daha uygun bir çözüm şekli olurdu. Ancak mahkeme kararının irade beyanı yerine geçeceği kabul edilse bile, irade beyanının sonucu olarak üstlenilen borcun ifası için de bir hukuki işlem yapılması gerekiyorsa, karar işlemin yerine geçmez²⁰. Mahkemenin kararının irade beyanı yerine geçmeyeceği kabul

¹⁹ Alman Medeni Usul Kanunu § 894; İsviçre Federal Usul Kanunu, m. 78.

²⁰ **Oğuzman**, Kemal M./**Öz**, Turgut M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, s. 444. Yargıtay taşınmaz satış vaadinden doğan borcun ihlâli halinde hâkimin MK m. 716 uyarınca mülkiyetin geçmesine de karar verebileceği görüşündedir (İBK 25.10.1971, 1/2). Yargıtay ile aynı yönde bkz. **Tekinay**, Selahattin Sulhi/**Akman**, Servet/**Burcuoğlu**, Haluk/**Altıp**, Atilla: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993, s. 695; **Tandoğan**, Halûk: Özel Borç İlişkileri, C. I/1, s. 246.

edilirse, hükmün icrası yoluna başvurulacak ve borçluya bir icra emri gönderilecektir (İİK m.30). Borçlu icra emrine rağmen ilâmın gereğini yerine getirmese, ilâmın konusu borçlunun şahsen yerine getirmekle yükümlü olduğu bir şey olduğundan, ancak tazyik hapsi ile cezalandırılması talep edilebilecektir (İİK m. 343).

2. Bir İşin Yapılmamasına İlişkin İlâmlar

Kural olarak yapmama borçlarına ilişkin bir borcun yerine getirilmesi halinde borcun imkânsızlaştığı kabul edilmektedir²¹. Kanaatimizce de borçlunun şahsen kaçınma borcu altına girdiği durumlarda yapmama borcuna aykırılık imkânsızlık sonucunu doğurur. Örneğin sır saklama yükümlülüğüne aykırı bir davranış neticesinde sır saklama borcunun imkânsızlaştığı kabul edilirse, alacaklının bir ifa davası açması söz konusu olamayacaktır. Ancak yapmama borcu sürekli bir borç ise, borçlunun her aykırı davranışı ileride de aykırı davranma tehlikesini içerdiğinden alacaklı, borçlunun borcuna uymasını sağlamak adına ifa davası açabilir. Bu ifa davası neticesinde yapmama borcunun ilâm ile hüküm altına alınması halinde de esasen yapmama borcunun cebren icrasının mümkün değildir. Bu durumda söz konusu ilâmın icrası için borçluya bir icra emri gönderilecek ve borçlunun İcra ve İflâs Kanunu'nun 343'ncü maddesinde öngörülen tazyik hapsi hükmüne istinaden borcuna uyması sağlanabilecektir. Ancak borçlu icra emrine ve tazyik hapsine rağmen ilâmın gereğini yerine getirmese, alacaklı tazminat talep edebilecektir. Türk Borçlar Kanunu'nun 113. maddesinin 2. ve 3. fıkralarında yapmama borcuna aykırılık halinde de borçlunun bu aykırı davranışının neden olduğu zararı gidermekle yükümlü olduğu açıkça düzenlenmiştir.

3. Hükmün Kesinleşmesinden Önce İlâmlı İcraya Başvurulması

Kanun yoluna başvurunun temel iki etkisi bilinmektedir. Bunlar erteleme etkisi ve aktarıcı etkidir. Aktarıcı etki kanun yolu incelemesinin bir üst mahkeme tarafından yapılması, davanın ilk derece mahkemesinden üst

²¹ Oğuzman/Öz, C. I, s. 445. Yapmama borçlarına aykırılığın sonuçları hakkında görüşler ve detaylı bilgi için bkz. Gündoğdu, Fatih: Borca Aykırılık Hallerinden Kusurlu İfa İmkânsızlığı ve Hukuki Sonuçları, İstanbul 2014, s. 68-73.

mahkemeye aktarılması ve incelenmesidir²². Erteleyici etki hükmün şekli anlamda kesinleşmesinin ertelenmesi ve icranın ertelenmesidir²³. Kanun yoluna başvuruya kendiliğinden icrayı durdurma etkisi tanınmayıp, talep halinde karar verilerek de hükmün icrasının ertelenmesi mümkündür²⁴. Türk hukuk sistemi bakımından da kural olarak kanun yoluna başvuru kendiliğinden icrayı erteleme sonucunu doğurmamaktadır²⁵. Diğer bir deyişle kural olarak ilâmlı icraya başvurabilmek için hükmün kesinleşmesi şart değildir²⁶.

²² **Üstündağ**, Saim: Medeni Yargılama Hukuku, C. 1-2, İstanbul 2000, s. 816; **Yıldırım**, Kâmil M.: Hukuk Devletin Gereği: İstinaf, İstanbul 2000, s. 35-37; **Pekcantez**, Hakan/**Atalay**, Oğuz/**Özekes**, Muhammet: Medeni Usul Hukuku, Ankara 2013, s. 870; **Alangoya**, Yavuz/**Yıldırım**, Kâmil M./**Deren-Yıldırım**, Deren: Medenî Usul Hukuku Esasları, İstanbul 2009, s. 506.

²³ Hükmün şekli anlamda kesin hüküm teşkil etmesini engellemesini ifade eden erteleyici etkiye sahip olmayan ve kanun yolu başvurusunun bir üst mahkemece incelenip karara bağlanmadığı yani aktarıcı etkiye sahip olmayan hukuki çareler kanun yolu olarak nitelendirilemez. **Deren-Yıldırım**, Nevhis: “Kanunyollarına Dair Bazı Düşünceler”, Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı VI, İzmir/Çeşme 19-20 Ekim 2007, TBB Yayınları, Ankara 2008, s. 8. Erteleyici etki hakkında detaylı bilgi için bkz. **Yıldırım**, s. 35 vd.

²⁴ **Pekcantez/Atalay/Özekes**, (Medeni Usul), s. 870.

²⁵ Kanun yoluna başvurunun icrayı ertelememesi ya da diğer bir deyişle erteleyici etkiye tam anlamıyla sahip olmaması, Türk hukukunun Kıta Avrupası hukuk sistemlerinden ayrılan ve İngiliz hukuk sistemine yaklaşan bir yapıya sahip olduğunu göstermektedir. **Özbek**, s. 666; **Budak**, Ali Cem: Making Foreign People Pay, Dartmouth, 1999, s. 79.

²⁶ Alman Medeni Usul Hukukunda kural olarak ilâmların icraya konulabilmeleri için cebri icraya elverişli olması ve şekli anlamda kesinleşmesi kabul edilmiştir. **Brox**, Hans/**Walker**, Wolf-Dietrich: Zwangsvollstreckungsrecht, 10. Auflage, Münih 2014, § 3, Kn. 48. Bazı ilâmların ise kesinleşmeden icrasına imkân veren geçici icra edilebilirlik kurumu (*Vorläufige Vollstreckbarkeit*) ZPO § 708-§ 710 maddeleri arasında düzenlenmiştir. Buna göre ZPO §708’de 11 bent halinde düzenlenen konulara ilişkin ilâmların dava lehine sonuçlanan tarafa teminat göstermeksizin kesinleşmeden icra yoluna başvurusu olanağı tanınmıştır. ZPO §709’a göre ise dava lehine sonuçlanan tarafın teminat karşılığında geçici icrası yoluna başvurusu mümkündür. Teminatın türü ve miktarı mahkemece belirlenir. Alacaklı tarafından teminat gösterilmesi mümkün değilse veya çok güç ise alacaklı teminat göstermeden de § 710 hükmüne göre geçici icra edilebilirlik kararı verilmesini mahkemeden isteyebilir. Mukayeseli hukukta ilâmların geçici icra edilebilirliği hakkında detaylı bilgi için ayrıca bkz. **Özbek**, s. 627 vd.

Alacaklı lehine getirilen bu düzenleme ile borçlunun sırf icrayı geciktirmek amacıyla hükmü temyiz etmesi keyfiyetinin önüne geçilmek istenmiştir²⁷.

İstisnaî olarak bazı hükümler kesinleşmedikçe icraya konulamaz. Kesinleşmedikçe icra edilemeyecek hükümler, taşınmaza ve taşınmazın aynına ilişkin hükümler (HUMK m. 443, IV; HMK Geçici Madde 3), nafaka hariç olmak üzere kişiler ve aile hukukuna ilişkin hükümler (HUMK m. 443, IV; HMK Geçici Madde 3), bütün gemilere ve bunlarla ilgili aynî haklara ilişkin kararlar (İİK m. 31/a-I), menfi tespit davasına ilişkin ilâmlarda yer alan tazminat ve yargılama giderlerine ilişkin hüküm fıkrası (İİK m. 72, IV, V)²⁸, yabancı mahkeme ilâmlarının tenfizi hakkındaki kararlar (MÖHÜK m. 41, II), Sayıştay ilâmları (Sayıştay Kanunu m. 64), ceza mahkemesi ilâmlarının yargılama giderlerine ilişkin hüküm fıkrası (5275 Sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanununun, m. 4), tescil ve tescile itiraza ilişkin kararlardır (TTK m. 33, 34)²⁹. Kanunlarda sayılan ve kesinleşmedikçe icra edilmeyecek kararlardan başka Yargıtay kararlarıyla kesinleşmeden icra edilmeyecek ilâmlar genişletilmektedir. Yargıtay uygulamasına göre kira bedelinin tespitine ilişkin kararlar³⁰ da kesinleşmedikçe icra edilemezler³¹. Kesinleşmeden icraya konulamayacak olan ilâmların yargılama gideri ve vekâlet ücretlerinin de icraya konulması ilâmın kesinleşmesine bağlıdır³². Bu genel açıklamalardan da tespit edileceği üzere, bir işin yapılmasına veya yapılmamasına ilişkin eda hükmünün konusu, kesinleşmedikçe icraya konulamayacak hususlardan olmadıkça hükmün kesinleşmesini beklemeye gerek yoktur. Uygulamada İcra ve İflas Kanunu'nun 30'uncu

²⁷ Üstündağ, s. 354; Postacıoğlu, s. 630.

²⁸ HGK 05.10.2005, 12/534-554 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası).

²⁹ Yeni Ticaret Kanunu'nda tescil ve tescile itiraz davaları (TTK m. 33-34) sonunda verilen kararların temyizinin icrayı durduracağına ilişkin açık bir düzenleme yer almamakla birlikte, tescil ve tescile itirazın kişiler hukukunu ilgilendiren yönü de bulunduğundan kesinleşmedikçe icra edilmemesi gerekir. Pekcanitez/Atalay/Özkes, (İcra-İflâs), s. 463. Kişiler hukukunun geniş yorumlanması ve tüzel kişilerin kişilik haklarına ilişkin ilâmların kesinleşmedikçe icra edilemeyeceği hakkında bkz. Kuru, s. 924.

³⁰ 12.11.1979 gün ve 1/3 sayılı İBK (RG. 13.1.1980, S. 16868, s. 7-12)

³¹ Özel mülkiyet niteliğindeki suya yapılan müdahalenin önlenmesine ilişkin ilâmların da kesinleşmedikçe icra edilmeyeceğine ilişkin olarak ayrıca bkz. Uyar, s. 18-20.

³² Kuru, s. 926; Pekcanitez/Atalay/Özkes, (İcra-İflâs), s. 462.

maddesi hükmüne başvurularak icrası gerçekleştirilen müdahalenin önlenmesine ilişkin ilâmların kesinleşmesinin gerekip gerekmediğinin tespiti önem taşır. Bu hususun tespitinde Yargıtay'ın da kararlarında isabetle tespit ettiği kriter müdahalenin önlenmesi talebinin taşınmazın aynına ilişkin bir ihtilâfa dayanıp dayanmadığıdır. Taşınmaz üzerindeki şahsi hakka yönelik ilâmların icraya konulması için kesinleşmesi gerekmediğinden, takip konusu ilâm fuzûlî işgal nedenine dayalı elatmanın önlenmesi ve ecrimisile hükmedilmesi ise ilâmın kesinleşmesine gerek yoktur³³. Müdahalenin önlenmesi talebi taşınmazın aynına ilişkin bir ihtilâfa dayanmakta ise, ilâm kesinleşmedikçe bir işin yapılmasına ilişkin ilâmların icrası hükümlerine göre takibe konulamaz³⁴.

4. İcranın Durdurulması

Hükmü temyiz eden borçlunun ilâmın icrasını durdurmak için öncelikle icra dairesine başvurularak icranın durdurulması hakkında bir karar getirinceye kadar kendisine uygun bir süre verilmesini istemesi gerekir (HUMK m. 443, I; HMK Geçici Madde 3; İİK m. 36). İcra ve İflâs Kanunu'nun 36. maddesi hükmüne göre hükmü temyiz eden borçlunun icranın geri bırakılması talebini alan icra müdürü, para veya eşya resmi bir merciye tevdi edilmişse, alacağın tamamı kadar teminat alır ve borçluya Yargıtay'dan icranın durdurulması kararı getirebilmesi için uygun süre verir (İİK m. 36). Bir işin yapılmasına veya yapılmamasına ilişkin ilâmların icrasında ise, ilâmın konusu itibariyle kesinleşmeden icraya konulabilecek olması durumunda, temyiz talebinde bulunan borçlu da Yargıtay'dan takibin durdurulmasını talep edebilecektir. Yargıtay'ca takibin durdurulmasına ilişkin karar verilmeye kadar borçlunun İcra ve İflâs Kanunu'nun 36. maddesi hükmüne göre icranın geri bırakılması yoluna gidip gidemeyeceği konusunda bir açıklık yoktur. Esasen icranın geri bırakılmasına ilişkin 36. madde hükmü, İcra ve İflâs Kanunu'muzun İlâmların İcrasını düzenleyen İkinci Bapının Müşterek Hükümler başlığı altında düzenlenmiştir. Ancak madde hükmü lâfzen ve

³³ 12. HD., 20.06.2012, 2012/4545 E., 2012/21534 K. (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası). Bu yönde başka kararlar için bkz. **Kuru**, s. 913, dn. 5.

³⁴ 14. HD., 7.6.2012, 2012/7337 E., 2012/8111 K.; 14. HD., 20.06.2011, 2011/6914 E., 2011/8013 K. (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası).

kanunun sistematiği içerisinde diğer hükümlerle birlikte yorumlandığında icranın geri bırakılmasına ilişkin 36. maddenin, konusu sadece para ve menkul teslimine ilişkin olan ilâmlar bakımından uygulanacağı sonucuna varılabilir. Kanaatimizce, bu konuda yasal bir düzenleme ile ilgili madde hükmünün değiştirilerek konusu paradan ve eşya tesliminden başka bir şey olan ilâmların icrası bakımından da icranın geri bırakılması yolunun tanınması gerekir. Bu yönde bir yasal düzenleme yapıncaya kadar icranın geri bırakılması yoluna gidilebilmesi, teminat bakımından ise icra müdürünün işin yaptırılması için gerekli gideri bilirkişiye tespit ettirerek bu miktarda veya icra mahkemesince kabul edilecek teminat karşılığında icranın geri bırakılması için süre vermesi uygun olacaktır. Aksinin kabulü halinde Yargıtay’ca takibin durdurulmasına veya ilâmın bozulmasına ilişkin karar verilinceye kadar icra işlemlerine devam edilmesi sonucu doğacaktır. Bu sonuç ise, bozma kararını kesinleşmesi sonucunda icranın iadesi (İİK m. 40) ile telafisi oldukça masraflı bir yola gidilmesi zorunluluğunu doğuracaktır. Örneğin ilâmın konusu bir üst kattaki dairenin banyosunda meydana gelen sızıntılar nedeniyle alt kat daire sahibi alacaklının uğradığı zararın giderilmesi için gerekli tamiratın yaptırılması ise, ilâmın kesinleşmesine gerek olmaksızın icrası mümkün olduğundan, borçluya bir icra emri gönderilecek ve verilen süre içerisinde işi yapması emredilecektir. Borçlu hükmü temyiz ettiğinde, temyiz kendiliğinden icrayı durdurmaz ve ilâmın icrası için gerekli icra işlemleri yapılmaya devam edilecek, hatta belki de tadilat ve tamirat işleri başlatılacaktır. İlâmın Yargıtay’ca bozulması ve kesinleşmesi üzerine, icranın iadesi ile yapılan işlerin geri alınarak eski haline getirilmesi oldukça masraflı bir çözüm şekli olarak karşımıza çıkacaktır. Uygulamada özellikle kat mülkiyetinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda bu türden mahsur- ların önüne geçmek için ilk derece mahkemesi tarafından davanın kabulü ile birlikte ilâmın gereğinin yerine getirilmesi için ilâmın kesinleşmesinden itibaren borçluya süre verildiği tespit edilmiştir³⁵. Ancak mevcut yasal düzenlemeler ve temyiz kendiliğinden icrayı durdurmaya genel

³⁵ “...1.2 ve 3. maddede sayılan hususların yerine getirilmesi için **davalya kararın kesinleşmesini takiben 30 gün süre verilmesine**, aksi halde gideri sonradan davalıdan alınmak kaydıyla cebri icra için davacıya yetki verilmesine...” (Ankara 9. Sulh Hukuk Mahkemesi’nin 25.11.2008 tarih ve 564/2663 sayılı hükmü 18. HD. tarafından 15.06.2009 tarih ve 842/6748 sayısı ile onanmıştır). Karar için bkz. **Özbek**, s. 674, dn. 231.

prensibi birlikte değerlendirildiğinde, ilk derece mahkemesince temyize başvuruya hükmün icrasını erteleyici etki tanıyacak şekilde hüküm vermesi yerine, İcra ve İflâs Kanunu'nun 36. maddesi hükmünün değiştirilerek bir işin yapılması veya yapılmamasına ilişkin ilâmlar bakımından da uygulanmasının sağlanması hukuk sistemimiz açısından daha uygun bir çözüm şekli olacaktır.

Yargıtay, ilâmın bozulması üzerine ilk derece mahkemesinin yapacağı yeniden yargılama sonucunda verilen hüküm bakımından yeniden bir icra emri tebliğine gerek olmadığına karar vermiştir³⁶.

B. İlâm Niteliğindeki Belgeler

İcra ve İflâs Kanunu'nun 38. maddesine göre ilâm niteliğini haiz belgeler mahkeme huzurunda yapılan sulhler, kabuller ve para borcu ikrarını içeren düzenleme şeklindeki noter senetleri ve temyiz kefaletnameleri ile icra dairesindeki kefaletlerdir. Ancak ilâm niteliğindeki belgeler İcra ve İflâs Kanunu'nun 38. maddesinde sayılanlarla sınırlı olmayıp, bazı özel düzenlemelerle de bazı belgelere ilâm niteliği tanınarak ilâmların icrası hakkındaki hükümlere göre icrası kabul edilmiştir. İncelememizin konusu "Bir işin yapılmasına veya yapılmamasına dair olan ilâmların icrası" olduğundan alacaklının elinde öncelikle bir ilâm bulunması gerekir. Her ne kadar madde başlığı lafzen yorumlandığında ilâm niteliğindeki belgelerin değil yalnızca ilâmların ilgili hükme göre icrasının mümkün olabileceği sonucuna varılacaksa da aşağıda inceleneceği üzere kanaatimizce bazı ilâm niteliğindeki belgelerin de İcra ve İflâs Kanunu'nun 30. maddesine göre icrası mümkündür.

1. İcra ve İflâs Kanunu'nun 30'uncu Maddesine Göre İcrası Mümkün Olan İlâm Niteliğindeki Belgeler

a. Mahkeme Huzurunda Yapılan Sulhler ve Kabuller

Mahkeme huzurunda yapılan sulh ve kabullerde de borçlu bir işin yapılması borcu altına girmişse ilgili hükme göre icrası alacaklı tarafından istenebilmelidir. Taraflarca mahkemenin sulh anlaşmasına göre karar veril-

³⁶ 12. HD., 19.09.2003, 2003/13572 E., 2003/17998 K. (Kazancı Bilişim-İçtihat Bankası).

mesi talep edilmemiş ve mahkeme de karar verilmesine yer olmadığına karar vermişse, sulh bir işin yapılmasına ilişkin ilâmlı icra yoluyla infaz edilemeyecektir³⁷. Sulhun şarta bağlanması halinde ise sulhun doğrudan doğruya kendisinin ayrıca bir mahkeme hükmüne gerek olmaksızın davayı sona erdirmesinden dolayı ilâmlı icra yoluyla icranın mümkün olduğu kabul edilmektedir³⁸.

Mahkeme huzurunda yapılan kabuller de içerik itibarıyla cebri icraya elverişli iseler, ilâmların icrasına ilişkin hükümler çerçevesinde yerine getirilirler. Dava konusunun tamamen veya kısmen kabulü ile davalı, bir şeyi yapma ya da yapmama borcu altına girmektedirse, İcra ve İflâs Kanunu'nun 30'uncu maddesi hükmüne göre icra edilecektir.

Feragatlerin de aynen sulh ve kabuller gibi ilâm niteliğindeki belgelerden olup olmadığı konusu doktrinde tartışmalıdır. Her ne kadar ilâm niteliğindeki belgeleri düzenleyen 38. madde hükmü feragati, ilâm niteliğindeki belgelerden saymamış ise de, bir görüşe göre davaya son veren bir taraf işlemi olduğu ve ilâmların icrası hükümlerine göre icrasının mümkün olduğu kabul edilmiştir³⁹. Aksi görüşte olanlar ise, feragatin hakkın özünden feragat anlamına geldiği, maddi varlığı bulunmayan bir hakkın icrasının da söz konusu olmayacağı, feragatin cebri icraya konu olmamasının onun kendine özgün niteliğinden kaynaklandığını ileri sürmüştür⁴⁰. Ancak bir işin yapılması veya yapılamaması hakkındaki ilâmların icrası bakımından feragatlerin bir dayanak oluşturması söz konusu değildir.

b. Avukatlık Kanunu'nun 35/A Maddesine Göre Düzenlenen Uzlaşma Tutanağı

Avukatlık Kanunu'nun 35/A maddesine göre avukatın uzlaşma sağlama yetkisine dayanarak düzenlenmiş bir uzlaşma tutanağı da ilâm niteliğinde

³⁷ **Kuru**, s. 895.

³⁸ Sulhün şarta bağlı olarak yapılmasının icrasını engelleyici bir nitelik olmadığı hakkında bkz. **Tanrıver**, (Sulh), s. 51; **Önen**, Ergun: Medeni Yargılama Hukukunda Sulh, Ankara 1972, s. 159; **Uluslan**, İlhan M.: "Maddi Hukuk ve Usul Hukuku Açısından Sulh Sözleşmesi", MHAD, 1971/7, s. 149-209, s. 198, aksi görüş için bkz. **Kuru**, s. 895.

³⁹ **Kuru**, s. 895; **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes**, s. 445.

⁴⁰ **Tanrıver**, (İlâmlı İcra), s. 116; **Önen**, Ergun: Feragat ve Kabul Kesin Hüküm Teşkil Etmez, ABD, Ankara 1976, S. 1, s. 31, dn. 16.

belge olarak kabul edilmiştir (Av.K. m. 35/A). Uzlaşma tutanakları cebri icraya elverişli ise ilâmların icrasına ilişkin İcra ve İflâs Kanunu'ndaki hükümlere göre icra edilebilirler⁴¹. Usulüne uygun olarak düzenlenmiş bir uzlaşma tutanağında, taraflardan biri bakımından bir işin yapılması veya yapılmamasına ilişkin bir borç yüklenmiş ise, bu durumda borcunu ifa etmemiş taraf aleyhine İcra ve İflas Kanunu'nun 30'uncu maddesine göre icra takibi yapılabilir⁴².

c. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununa Göre İcra Edilebilirlik Şerhi İçeren Anlaşmalar

İlâm niteliğinde belgenin düzenlendiği özel kanunlardan bir diğeri ise Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'dur. Taraflar arabulucu aracılığıyla uyuşmazlık hakkında kendi menfaatlerine en uygun çözüme ulaşarak, anlaşmış oldukları hususu yazılı hale getirmek isteyebilirler⁴³. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 18. maddesi hükmü uyarınca, arabuluculuk süreci sonunda taraflarca anlaşmaya varılması halinde arabulucu tarafından bir anlaşma belgesi düzenlenir. Taraflar, asıl uyuşmazlık bakımından görevli ve yetkili mahkemeye başvurarak bu anlaşma belgesinin icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesini isteyebilirler⁴⁴. İcra edilebilirlik şerhi incelemesi, uyuşmazlığın konusunun arabuluculuğa ve varılan anlaşmanın belirli bir edimin ifasına yönelik olup olmamasına ilişkindir⁴⁵. Bu

⁴¹ **Sarısozen**, Serhat: "Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları Işığında Avukatlık Hukukunda Uzlaştırma", Ankara 2011, s. 243; **Bulur**, Alper: "Avukatlık Kanunu M. 35/A'nın Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları Çerçevesinde İrdelenmesi ve Bir Düzenleme Önerisi", TBB Dergisi, Ankara 2010, S. 89, s. 221, dn. 4.

⁴² **Sarısozen**, s. 218.

⁴³ Bu anlaşmanın hukuki niteliği hakkında görüşler için bkz. **Yazıcı Tıktık**, Çiğdem: Arabuluculukta Gizliliğin Korunması, İstanbul 2013, s. 60-67; **Taşpolat-Tuğsavul**, Melis: Türk Hukukunda Arabuluculuk, Ankara 2012, s. 183-190.

⁴⁴ Alman hukuk sisteminde ilâma icra edilebilirlik şerhinin eklenmesi icra takibinin önemli bir aşaması ve ön koşulu olarak kabul edilmişse de, Türk hukukunda yalnız Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ile "icra edilebilirlik şerhi" öngörülmüştür. Böylece tarafların arabuluculuğa elverişli olmayan konularda anlaşma belgesi düzenlemeleri engellenmiş olacak ve icrası mümkün olmayan belgeye de ilâm niteliği tanınmayacaktır. **Özbek**, s. 281.

⁴⁵ **Taşpolat-Tuğsavul**, s. 195.

şerhi içeren anlaşma belgesi ilâm niteliğinde belge olarak kabul edilmiştir. Bu düzenlemeden hareketle, icra edilebilirlik şerhi içeren anlaşma ile taraflarca bir işin yapılmasına veya yapılmamasına ilişkin bir edimin borçlanılmış olması ve edimin yerine getirilmemesi halinde alacaklı, İcra ve İflâs Kanunu'nun 30. maddesi hükmüne göre icra takibi başlatarak anlaşmanın gereğinin yerine getirilmesini talep edebilir. İcra edilebilirlik şerhi yalnızca anlaşmanın icra yoluyla yerine getirilmesinin talep edilmesi bakımından öngörülmüş bir yol olup, tarafların kendi iradeleri ile serbestçe belirledikleri ve azami menfaatlerini karşılayan anlaşmaya uygun davranacakları varsayıldığından, icra edilebilirlik şerhinin talebi iradi olarak düzenlenmiştir.

2. İcra ve İflâs Kanunu'nun 30'uncu Maddesine Göre İcrası Mümkün Olmayan Belgeler

a. Düzenleme Şeklindeki Noter Senetlerinin Durumu

Düzenleme şeklindeki noter senedi ile bir yapma ya da yapmama borcunun yüklenmesi halinde, noter senedinin İcra ve İflâs Kanunu'nun 30'uncu maddesine göre icrasının mümkün olup olmayacağına ise tereddütle yaklaşmak gerekir. İcra ve İflâs Kanunu düzenleme şeklindeki noter senetlerine ilâm niteliğinde belge olma özelliğini tanıırken bir sınırlama yaparak yalnızca para borcu ikrarını içeren düzenleme şeklindeki noter senetlerine bu özelliği tanımıştır (İİK m. 38)⁴⁶. Kanaatimizce kanun koyucunun düzenleme biçimindeki noter senetlerine ilâm niteliği tanıırken senedin borç ikrarı içeriyor olması ile yetinmeyip, bu borç ikrarının mutlaka bir para borcuna ilişkin olmasını araması gereksiz bir formaliteye yol açmaktadır. Örneğin elinde düzenleme biçimindeki bir noter senedi ile kendisi lehine aynı bir hak tesis edilmiş bulunan kişi önce mahkemeye müracaat ederek mahkemeden bir ilâm elde etmek zorundadır⁴⁷. Oysa bilindiği üzere ilâm niteliğindeki belgeler maddi anlamda kesin hüküm etkisine sahip olmadıkları için borçlu, gerektiğinde itfa ya da zamanaşımı iddiasını menfi tespit davası ile ileri

⁴⁶ Bu sınırlama ve eleştiriler hakkında detaylı bilgi için **Berkin**, Necmeddin: "Senetlerin Tanzimi ve Takip Hukuku Bakımından Ehemmiyeti", İHFM, 1974/2, s. 622-656.

⁴⁷ **Belgesay**, Mustafa Reşit: İcra ve İflas Hukuku C. 1, s. 154.

sürmek imkânını haizdir⁴⁸. Bu nedenle düzenleme biçiminde bir noter senedi ile kendisi lehine bir aynı hak tesis edilmiş kişinin ilâmların icrası hakkındaki hükümlere göre bu hakkın yerine getirilmesini isteyebilmesi gerekir.

Düzenleme şeklindeki noter senedinin ilâm niteliğinde belge sayılabilmesi için sadece para borcu ikrarını içermesi yeterli olmayıp, ayrıca bu borç ikrarının kayıtsız şartsız olması yani tek taraflı olması gerekir. Her iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler düzenleme şeklinde yapılmış olsa bile, tarafların taahhüt ettikleri edimlerin ifası karşılıklı ilişki içinde olduğundan, taraflardan her biri kendi edimini yerine getirmedikçe veya getirmeyi teklif etmedikçe diğer taraftan edimini yerine getirmesini talep edemeyeceğinden, icra müdürünün ise tek tarafın iradesi ile harekete geçmesi mümkün olmayacağından bu tür sözleşmelerin de ilâm niteliğinde belge olarak icrası mümkün değildir⁴⁹. Bu durumda ilgili hükümlerin birlikte ve dar yorumlanması halinde düzenleme şeklinde de olsa yapma ya da yapmama borcu yüklenen noter senetlerinin İcra ve İflas Kanunu'nun 30'uncu maddesi hükmüne göre icrası mümkün olmamak gerekir⁵⁰.

⁴⁸ 19. HD., 2008/24059 E.-2009/5604 K. “Mahkeme ilâmından başka bazı belgeler ilâm niteliğinde kabul edilmiştir. Bu belgeler ya İcra ve İflas Kanununun 38. maddesinde veya özel kanunlarda belirtilmiştir. Kanun koyucu ilâm niteliğindeki belgeleri sadece icra edilebilirlik açısından ilâmlarla aynı hukuki rejime tabi tutmuştur (Süha Tanrıver, *İlamlı İcra Takibinin Dayanakları ve İcranın İadesi* s.83). İlamların ilke olarak maddi anlamda kesin hüküm gücüne sahip olmasına karşılık, ilâm niteliğindeki belgeler bu özellikten yoksundur. İlamlı icra takibinde İİK.nun 33/4 fıkrasında borçlunun sadece istirdat davası açabileceği belirtilmiştir. Bu hükümden ilâmli icrada menfi tespit davası açılmayacağı sonucuna varılamaz. İİK.nun 41. maddesinin yollaması ile İİK.nun 72. maddesi ilâmli icra takiplerinde de uygulama alanı bulur. Ancak, ilâma dayalı ilâmli icra takiplerinde borçlu, ilâmın verildiği tarihten önceki dönemde borcun itfa edilmiş veya zamanaşımına uğramış olduğunu ileri sürerek istirdat veya menfi tespit davası açamaz. Aksi halin kabulü HUMK.nun 237. maddesinde belirtilen maddi anlamda kesin hükme aykırı düşer (Baki Kuru, *İcra ve İflas Hukuku El Kitabı* s. 817 ve 818). Buna karşılık, ilâm niteliğindeki belge, maddi anlamda kesin hüküm gücüne sahip olmadığından bu belge tarihten önceki itfa ve zamanaşımı iddialarına dayalı istirdat veya menfi tespit davaları açılabilir.” (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası).

⁴⁹ **Berkin**, s. 655-656; **Tanrıver**, Süha: “İlamlı İcra Takibinin Dayanağı Olarak Re’sen Düzenleme Biçimindeki Noter Senetleri”, TNBHD, 1994/81, s. 3 vd.

⁵⁰ **Kuru**, s. 896; **Tanrıver**, (Noter Senetleri), s. 4.

Kanaatimizce ilam niteliğindeki belgeleri düzenleyen maddede (İİK m.38) yapılacak yasal bir değişiklik ile kayıtsız şartsız yapma ya da yapmama borcu içeren düzenleme biçimindeki noter senetlerinin de ilâm niteliğindeki belgelerden sayılarak İcra ve İflâs Kanunu'nun 30'uncu maddesi hükmüne göre icrasına imkân tanınmalıdır. Bu yöndeki bir yasal düzenleme ile elinde düzenleme biçiminde noter senedi bulunan alacaklıyı dava açma külfetinden kurtararak usûl ekonomisine de uygun bir çözüme ulaşılmış olacaktır.

b. Temyiz Kefaletnameleri ile İcra Kefaletnameleri

Temyiz kefaletnameleri, İcra ve İflâs Kanunu'nun 36. maddesi ve Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 443. maddesi hükümlerine göre Yargıtay'dan icranın durdurulmasına ilişkin karar getirilmesi ya da İcra ve İflâs Kanunu'nun 33. maddesi hükmüne göre icranın geri bırakılması talebinin reddi üzerine, kararın temyizi için gösterilen kefaletlerdir⁵¹.

İcra kefaletnameleri ise üçüncü kişilerin kefil sıfatıyla icra memuru huzurunda takibe konu borcun kısmen ya da tamamen ödemeyi taahhüt ettikleri şahsi teminatlardır⁵².

Temyiz kefaletnameleri ile icra kefaletnamelerinin para borcuna ilişkin şahsi teminatları ifade ediyor olması dolayısıyla İcra ve İflâs Kanunu'nun 30'uncu maddesi hükmüne göre icrası söz konusu değildir⁵³.

II. TAKİP SÜRECİ

Alman Medeni Usul Kanunu bir işin yapılmasına veya yapılmamasına ilişkin ilâmların icrası bakımından İcra ve İflâs Kanunumuzdan farklı bir sistem öngörmüştür. Buna göre alacaklının öncelikle yargılamayı yapan mahkemeye (*Prozessgericht*) başvurması gerekmektedir⁵⁴. İlk derece mahke-

⁵¹ **Berkin**, s.167; **Tanrıver**, (İlâmlı icra), s. 125.

⁵² **Berkin**, s.167, **Uyar**, s. 91; **Tanrıver**, (İlâmlı icra), s. 128.

⁵³ İcra ve Temyiz Kefaletnameleri hakkında detaylı bilgi için bkz. **Tanrıver**, Süha: "İcra ve Temyiz Kefaletnameleri", ABD, 1989/6, s. 972 vd.

⁵⁴ Hukuk mahkemesi bir şeyin ifası, bir şeyin yapılması veya bir şeyin yapılmasından imtina edilmesi gibi durumlarda istisnai olarak görev yapar. **Karlı**, Abdurrahim: İcra Hukuku Ders Kitabı, İstanbul 2010, s. 86.

melerinden görevli mahkeme bir aile mahkemesi ya da asliye mahkemesi ise avukatla temsil zorunluluğu kabul edilmiştir⁵⁵. Mahkeme, ilâmın icra edilebilirliğine ilişkin bir inceleme yapar. İcra mahkemesinin maddi hukuk bakımından bir inceleme yapma yetkisi olmadığından, borçlu tarafından icra mahkemesi nezdinde borcun ödendiğine ilişkin bir itirazın ileri sürülmesi durumunda, icra mahkemesinin bu itirazı değerlendirme yetkisinin bulunup bulunmadığı konusu doktrinde tartışılmıştır. Bir görüşe göre icra mahkemesi borçlunun bu itirazını dikkate almak zorundadır⁵⁶, diğer görüşe göre ise borçlunun mahkemede icraya karşı bir dava açması (*Vollstreckungsgegenklage*)⁵⁷ açması gerekmektedir⁵⁸. İcraya karşı açılacak bu davada borçlunun yalnız ilk derece yargılama usûlünde sözlü yargılama aşamasından sonra ortaya çıkan itiraz sebeplerini ileri sürebilecek, icraya konu ilâmın kesin hüküm etkisini bu yolla ortadan kaldıramayacaktır⁵⁹.

İcra ve İflâs Kanunu'muz sistemi bakımından ise elinde bir işin yapılmasına veya yapılmamasına ilişkin ilâm bulunan alacaklının öncelikle usulüne uygun şekilde doldurulmuş bir takip talebi ile icra dairesine başvurması gerekli ve yeterli kabul edilmiştir.

⁵⁵ **Brox/Walker**, §35, Kn. 1072-1073; **MüKOZPO/Gruber**, § 887, Kn. 2; **Stein, Friedrich/Jonas**, *Martin/Brehm: Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Bd. 7-9, 22 Auflage, 2002, §891, Kn. 1; **Schuschke**, **Winfried/Walker**, **Wolf-Dietrich/Walker: Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz**, 2008, § 887 Kn. 12.

⁵⁶ **Zöller**, **Richard/Stöber: Zivilprozessordnung**, 30. Auflage, 2014, §887, Kn. 7; **Gaul**, **Hans-Friedhelm/Schilken**, **Eberhard/Becker-Eberhard**, **Ekkehard: Zwangsvollstreckungsrecht**, 2010, ZVR §71, Kn. 34.

⁵⁷ *Vollstreckungsgegenklage* ZPO § 767'de düzenlenmiş olup, "icranın geri bırakılması", "icraya karşı dava" olarak çevrilmiştir. Çeviriler için bkz. **Walker**, **Wolf-Dietrich: "Alman Hukukunda Cebri İcrada Temel Hakların İhlâli ve Korunması"**, Çev. **Erişir**, **Evrin**, **Medeni Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı-VII**, TBB Yayınları 163, s. 160; **Konuralp**, **Cengiz Serhat: İcra ve İflâs Hukukunda İhtiyati Tedbirler**, İstanbul 2013, s. 18.

⁵⁸ **Thomas**, **Heinz/Putzo**, **Hans/Hüsstege: Zivilprozessordnung**, 34. Auflage, 2013, § 887, Kn. 4,17; **Musielak**, **Hans-Joachim/Lackmann: Zivilprozessordnung**, 10. Auflage, 2013, §888, Kn. 19.

⁵⁹ **Walker**, **Wolf-Dietrich**, (*Alman Hukukunda Cebri İcra*), s. 127-181.

A. Takip Talebi

Alacaklı elindeki ilâmın icrasını talep etmek üzere yetkili icra dairesine bir takip talebi ile başvurmalıdır. Bu takip talebinde, genel haciz yoluyla takipten farklı olarak, takibe konulan ilâmın veya ilâm niteliğindeki belgenin tarih ve numarası ile hangi mahkeme veya makamdan verildiğinin belirtilmesi gerekir (İİK Yön. m.20, II).

İlâmların icrası her icra dairesinden talep olunabileceğinden (İİK m. 34) burada bir yetki itirazı söz konusu olmayacaktır. Takip talebinde bulunabilecek olan alacaklı ilâmda hak sahibi olan kişi, borçlu ise ilâmda borçlu olarak gösterilen kişidir. Ancak hüküm verildikten sonra dava konusu bir üçüncü kişiye devredilmiş olabilir ya da taraflardan birisi ölmüş olabilir. Böyle bir durumda acaba cüz'î ve küllî haleflere karşı da takibe devam edilebilecek midir? Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 303. maddesi hükmü uyarınca kesin hüküm küllî halefler hakkında da geçerli olacaktır. Kesin hükmün cüz'î ve küllî taraflar bakımından da geçerli olması bu kişilerin icra takibinin mutlaka ve doğrudan tarafı olacağı anlamına gelir mi?⁶⁰ Bu soruya her zaman olumlu cevap vermek mümkün olmayabilir⁶¹, hatta kesin hükmün üçüncü kişilere olan etkisi ile aynı hükmün bu kişilerin leh veya aleyhinde icra edilebilir olmasının birbirinden tamamen farklı şeyler olduğu ileri sürülmüştür⁶². Temlik muamelesinin geçersizliğinin cüz'î halefler bakımından ileri sürülmesi ilâmın icrasını etkileyecek bir itiraz olduğundan alacaklının mahkemeye müracaat etmesi gerekmektedir. Diğer taraftan, örneğin taşınmaz mülkiyetinin devri halinde, ilâmın mülkiyeti devralan iyiniyetli üçüncü kişilere karşı icra edilmesi için takip başlatılması halinde, 3. kişi iyiniyetle iktisaba dayanarak takibin iptalini talep edebilecek midir? Tapu sicilindeki iyiniyetle aynı hak iktisap edenlerin iyiniyetinin korunacağına ilişkin düzen-

⁶⁰ Kesin hükmün etkisi ile icra kabiliyetinin etkisi ve aralarında nasıl bir bağlantının bulunduğu konusu Alman doktrininde de tartışmalı olup, konu ile ilgili detaylı bilgi için bkz. **Deren-Yıldırım**, Nevhis: Kesin Hükümün Subjektif Sınırları, İstanbul 1996, s. 61-63.

⁶¹ **Postacıoğlu**, s. 657; **Üstündağ**, s. 359.

⁶² **Üstündağ**, Saim: "Kesin Hükümün Hukuki Haleflere Etkisi", İBD, S. 1-2, 1961, s. 228. İcra kabiliyetinin etkisi ile kesin hükmün etkisi hakkında ayrıca bkz. **Deren-Yıldırım**, s. 63.

leme karşısında (MK m. 1023), taşınmazın fiili durumunun tapu siciline uygun olmaması durumunda iyiniyetle iktisabın korunmasından söz edilememesi gerekir. Diğer bir deyişle, örneğin müdahalenin önlenmesi ve kal'e ilişkin mahkeme kararının tapu siciline şerhi öngörülmediğinden, önceki malik aleyhine verilmiş ilâmın, 3. kişiye karşı da iyiniyetle iktisap iddiasına rağmen icrasının mümkün olması gerekir⁶³.

İlâmda taraf olmamakla birlikte Kat Mülkiyeti Yasası gereğince verilmiş ve apartmanın ortak bölümlerine ilişkin ilâmın icrasının kat maliklerinden herhangi birisi tarafından istenebileceği kabul edilmiştir⁶⁴.

B. Borçluya İcra Emri Gönderilmesi

Bir işin yapılmasına ilişkin ilâmların icrasında, takip talebini alan icra dairesi alacaklının dayandığı belgenin ilâm ya da ilâm niteliğinde bir belge olup olmadığını kendiliğinden inceler ve sonuca göre borçluya bir icra emri gönderir⁶⁵.

İcra emrinde yapılacak işin neden ibaret olduğu, ne kadarlık süre içerisinde yapılması gerektiği, yalnız borçlu tarafından yapılacak işlerden ise süresinde işin yapılmamasının sonuçları, ilâm hükmü yerine getirildikten sonra borçlu tarafından ilâm hükmünü ortadan kaldıracak bir eylemde bulunulursa ayrıca hükme gerek olmaksızın takibe konu ilâm hükmünün zorla yerine getirileceğine ilişkin ihtar ve kayıtlar yer alır (İİK Yön. m. 25).

İcraya konu ilâmda borçlunun ilâmın gereğini ne kadarlık süre içerisinde yerine getirmesi gerektiğine ilişkin bir kayıt varsa, ilâmda gösterilen

⁶³ **Muşul**, Timuçin: İcra ve İflas Hukuku, Ankara 2008, s. 822-823. Müdahalenin men'i davasında "...taşınmazın müştekiye satılması ilâmın infazını etkileyen bir durum olmayıp icra müdürlüğüne adı geçen müştekiye muhtura tebliği ile ilâmın infaz edileceğinin bildirilmesinde yasaya ve dosyaya uymayan bir cihet yoktur." 12. HD., 13.06.2002, 11167/12645 (**Oskay/Koçak/Deynekli/Doğan**, C. I, s. 471).

⁶⁴ İlâma konu olan davada borçlu vekil ile takip edilmişse, icra emrinin mutlaka ilâmda yazılı vekile tebliğ edilmesi gerektiği aksi takdirde icra emrinin kesinleşmeyeceği Yargıtay içtihatları ile sabittir. Örnek bir karar için bkz. 12. HD., 01.01.1988, 1988/453 E., 1988/12423 K. (Kazancı Bilişim-İçtihat Bankası).

⁶⁵ HGK 02.07.2003, 12/442-445 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bankası). İcra emrinin borçluya ya da vekiline gönderilebileceği yönündeki aksi görüş için bkz. **Kuru**, s. 136.

süre içerisinde yapılması gerekir. Mahkeme ilâmın gereğinin yerine getirilmesi bakımından bir süre tayin etmişse, ilâmda yalnızca süre belirtilmeli, süresi içerisinde ilâmın gereğinin yerine getirilmemesinin sonuçlarına ilişkin hüküm oluşturulmamalıdır⁶⁶. Ancak ilâmda bir süre gösterilmemişse işin ne kadarlık süre içerisinde yapılması gerektiğini icra müdürü işin mahiyetine uygun olacak şekilde, gerektiğinde bilirkişi yardımıyla tayin eder⁶⁷.

C. İcra Emrinin Kesinleşmesi

Gönderilen icra emrini alan borçlu üç farklı şekilde davranabilir.

a) Bunlardan birincisi ilâmın gereğini kendiliğinden yerine getirir. İlâmın gereğinin borçlu tarafından verilen süre içerisinde yerine getirilmesi durumunda borçlu aleyhine başlatılan icra takibi sona erer. Takibin sona ermesi için borçlunun ilâmda belirtilen borcun tamamını yerine getirmesi ve takip giderlerinin tamamını ödemiş olması gerekir.

b) İkincisi ilâmın gereğini yerine getirmek üzere kendisine verilen süre içerisinde işe başlamaz ya da işi bitirmezse, borçlunun bu davranışının

⁶⁶ “Dava, bağımsız bölümün balkonunun mimari projeye aykırı olarak kapatılması nedeniyle aykırılığın giderilmesi ve eski hale getirme istemine ilişkindir. Bir işin yapılmasına ilişkin mahkeme kararlarında mahkemece projeye aykırılıkların giderilmesine, davalı tarafça eski hale getirilmesine ve bunun için davalıya uygun bir süre verilmesine karar verilmesi ile yetinilmesi gerekirken, infazda tereddüt yaratacak şekilde belirlenen süre zarfında eski hale getirilmediği takdirde masraflar davalıdan alınmak koşulu ile balkonun eski hale getirilmesi için davacı tarafın yetkilendirilmesine karar verilmesi doğru görülmüştür” 18. HD., 11.02.2013, 2013/672 E., 2013/1495 K. (Kazancı Bilişim İçtihat Bankası). Aynı yönde bkz. 14. HD., 12.12.2012, 2012/13201 E., 2012/14383 K., 18. HD., 11.07.2011, 2011/4736, 2011/8449 K., 14. HD., 20.06.2011, 2011/6914 E., 2011/8013 K. (Kazancı Bilişim-İçtihat Bankası).

⁶⁷ “İcra İflas Yasası'nın 30. maddesine göre bir işin yapılmasına dair ilâm İcra dairesine verilince icra müdürü işin mahiyetine göre başlama ve bitirme zamanlarını tayin ederek borçluya işi yapmayı emreder. Borçlu belirli sürede işe başlamaz veya bitirmezse ve iş diğer bir kimse tarafından yapılabilecek şeylerden olur ve alacaklı da isterse yapılması gerekli harcamalar, icra müdürü tarafından bilirkişiye takdir ettirilir. Bu gider ilerde hükme gerek kalmaksızın borçludan tahsil olunup kendisine verilmek üzere alacaklıdan alınıp iş yaptırılır; alacaklı buna muvafakat etmezse ayrıca hükme gerek kalmadan borçlunun yeteri kadar miktarda malı haciz ile paraya çevrilerek o iş yaptırılır” 18. HD., 17.11.2006, 2006/5766 E., 2006/8793K. (Kazancı Bilişim-İçtihat Bankası).

karşısında alacaklının imkânları edimin üçüncü şahıs tarafından yerine getirilebilecek edimlerden olup olmamasına göre farklılık gösterir. İlâmın konusu olan bir işin yapılmasına ilişkin borç, üçüncü şahıs tarafından yerine getirilebilecek işlerden ise, alacaklı ya Türk Borçlar Kanunu'nun 113. maddesine göre tazminat isteme ya da İcra ve İflâs Kanunu'nun 30. maddesinin ikinci fıkrasından yararlanma hakkına sahip olacaktır. Bu husus aşağıda detaylı olarak inceleneceğinden burada daha fazla ayrıntıya girilmeyecektir⁶⁸.

c) Bilindiği üzere ilâmlı icrada, ilâmsız icra takibinde olduğu gibi borçlunun icra emrine itiraz etme imkânı yoktur. İcra emrini alan borçlu ilâmın gereğinin yerine getirildiğini ya da herhangi bir sebeple borcun sona erdiğini ileri sürmek istediğinde bu hususta nasıl bir yola başvurabileceği konusunda İcra ve İflâs Kanunumuzda özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Örneğin ilâmın konusu borçluya ait dairedeki sızıntının giderilmesi ise; takip talebini alan icra dairesi borçluya bir icra emri gönderecektir. Borçlu ilâm konusu yükümlülüğü zaten yerine getirdiği iddiasında ise kendisine karşı başlatılan bu takibe ne şekilde karşı koyabilecektir?

Para alacakları hakkındaki ilâmların icrasında (İİK m. 32) icra emrini alan borçlu ilâmın icrasını durdurabilmek için icra mahkemesinden icranın geri bırakıldığına dair karar getirebilir (İİK m. 33-33/a). Borçlunun icra mahkemesine yaptığı itiraz bir dava olmayıp ilâmın konusu borcun itfa edilmiş, ertelenmiş veya zamanaşımına uğramış olması sebeplerinden birine dayanarak ilâmın icrasının geri bırakılmasını sağlayan bir yoldur⁶⁹. İcra geride bırakılması talebinin ne kadarlık süre içerisinde ileri sürülmesi gerektiğinin tespitinde itfa, imhâl veya zamanaşımının icra emrinin tebliğinden önceki mi yoksa sonraki dönemde mi gerçekleşmiş olduğu önem taşır. İtfa, imhâl veya zamanaşımı iddiasının icra emrinin tebliğinden önceki dönemde gerçekleşmiş olması halinde borçlu, icra emrinin kendisine tebliğinden itibaren yedi gün içerisinde icra mahkemesine başvurarak icranın geri bırakılmasını isteyebilir (İİK m. 33/I). Borçlu icra emrinin tebliğinden sonraki bir

⁶⁸ Bkz. aşa. II, D, 2. a.

⁶⁹ İİK m. 33 "itiraz" terimine yer vermiş olduğundan, doktrinde de uygulama esas alınarak icra emrine itiraz terimi kullanılmaktadır. Bu açıklamalara örnek olarak bkz. **Kuru**, s. 943; **Uyar**, Talih: İcra Hukukunda İlâmlı Takipler, Manisa 1992, s. 422.

dönemde borcun itfa edilmiş, ertelenmiş veya zamanaşımına uğramış olduğu iddiasında ise her zaman (ilâmlı icra takibinin son bulmasına kadar) icra mahkemesinden icranın geri bırakılmasını talep edebilir (İİK m. 33/II). Borçlu icra emrinin tebliğinden önceki bir dönemde borcun itfa edildiğini ancak belli belgeler ile ispat edebilir. Bu belgeler yetkili mercilerce re'sen verilmiş veya usulüne göre tasdik edilmiş olan belgeler ile icra dairesinde, icra mahkemesinde veya mahkeme önünde ikrar olunmuş senetlerdir (İİK m. 33). İcra emrinin tebliğinden sonraki dönemde borcun itfa edilmiş olduğu ise ancak noterlikçe re'sen düzenlenmiş veya onaylanmış bir belge veya icra tutanağı ile ispat edilebilir.

Para ve teminat verilmesi hakkındaki ilamların icrası bakımından öngörülen ve borçluya icra emrine karşı koyma imkânı tanıyan icranın geri bırakılması yolunun konusu paradan başka bir şey olan ilâmların icrası bakımından da uygulama alanı bulup bulamayacağını tespiti gerekir. Her ne kadar icranın geri bırakılmasına ilişkin düzenleme “Para ve Teminat Verilmesi Hakkındaki İlamların İcrası” başlığı altında yer almakta ise de doktrinde bütün ilâmların icrası, özellikle menkul teslimine ilişkin ilâmların icrası bakımından da uygulanacağı ifade edilmiştir⁷⁰. Sistematik ve lafzi yorum yoluyla söz konusu hükmün bir şeyin yapılmasına veya yapılmamasına ilişkin ilâmların icrası bakımından uygulanması zor gözükmele birlikte, burada bir kanun boşluğu olduğu sonucuna varılabilir. Kanun koyucunun bir işin yapılmasına veya yapılmamasına ilişkin ilâmların icrasında icranın geri bırakılmasını bilinçli olarak düzenlemeyerek borçlunun icra emrine karşı koymasını imkânını elinden aldığı kabul edilemeyeceğinden İcra ve İflâs Kanunu'nun 33. maddesinin kıyasen uygulanması mümkün olabilir. Ancak İcra ve İflâs Kanunu'nun 33. maddesi hükmünün bir işin yapılmasına veya yapılmamasına ilişkin ilâmların icrasında icranın geri bırakılması yoluna başvurulması halinde de kıyasen uygulama alanı bulacağı kabul edilse dahi, borcun yerine getirildiği iddiasının nasıl ispat edileceği hususu önem taşımaktadır. İcra mahkemesi, uyuşmazlığın çözümü için kural olarak, keşif yapamaz, tanık dinleyemez, bilirkişi incelemesi yapamaz ise de icra mahkemesinin görevi dahilinde olan bir ihtilâfın çözümü için, sadece ihtilâ-

⁷⁰ **Kuru**, s. 956; **Uyar**, s. 422-423.

fın niteliği ile sınırlı olarak da olsa keşif yapabileceği ileri sürülmektedir⁷¹. Bir işin yapılmasına ilişkin ilâmların infazı esnasında ortaya çıkabilecek uyumsuzlukların da gerektiğinde yerinde keşif ve bilirkişi incelemesi yapmak suretiyle icra mahkemesi tarafından çözümleneceğine ilişkin Yargıtay içtihatlarına rastlamak mümkündür⁷². Borçlunun ilâmın gereğinin yerine getirildiğine ilişkin icranın geri bırakılması talebi bakımından da icra mahkemesinin böyle bir yetkisi bulunup bulunmadığının tespiti gerekir. Nitekim icra mahkemesinin icranın geri bırakılmasına ilişkin inceleme yetkisi ancak İcra ve İflâs Kanunu'nun 33. maddesinde sayılan belgeler ile sınırlandırılmıştır. İcra mahkemesinin keşif ile inceleme yapamayacağının kabulü halinde borçlu menfi tespit davası açmak durumundadır. Açılacak menfi tespit davasında mahkeme ilâma konu hükmü ve sınırlarını da dikkate alarak yalnızca ilâmın verilmesinden sonraki bir dönemde borcun sona erdiğine ilişkin bir inceleme yapabilecektir. Borçlunun, icra takibine konu ilâmdaki borcun itfa edildiğine ilişkin iddiası ilâmın verilmesinden önceki bir döneme ilişkin ise, borcu bu iddiasını menfi tespit davası ile ileri süremez. Aksi halin kabulü, maddi anlamda kesin hükme aykırı düşer (HMK m. 303). Ancak ilâm niteliğindeki belgeler kesin hüküm gücüne sahip olmadığından, bu belge tarihinden önceki itfa ve zamaşaşımı iddiaları menfi tespit davası yoluyla ileri sürülebilecektir⁷³.

Kanaatimizce, bir işin yapılmasına ilişkin ilâmın icrasında icra emrini tebliğ alan borçlunun, borcun itfa edildiğine ilişkin itirazını icra mahkemesi nezdinde ileri sürerek icranın geri bırakılması talebinde bulunabilmesi için bu hususta açık bir düzenlemeye ihtiyaç vardır ve bu düzenleme yapılınca

⁷¹ **Karşlı**, s. 156.

⁷² Bkz. **Uyar**, s. 275 (12. HD., 15.03.1979, 1493/2225). Yargıtay kararına konu olayda, icra memurunun ilâmın icrasına ilişkin muamelesinin şikâyeti üzerine “*işin esasının İİK. ’nun 30. maddesi de nazara alınarak, icabında takip konusu ilâmın dayanağı olan dosya orda bulunan keşif zaptı da nazara alınarak mahallinde tatbikat yapılarak*”, şikâyet konusu işlem hakkında karar verilmesi gerektiğine içtihat etmiştir. Yargıtay’ın ilâmın infazına yönelik şikâyetin mahallinde keşif yapılmak suretiyle incelenmesi gerektiğine ilişkin aynı yönde diğer içtihatları için ayrıca bkz. 12. HD., 13.12.2005, 21217/4809; 12. HD., 08.02.2005, 2004/25084-2095; 12. HD., 26.05.2003, 9588/11937 (**Oskay/Koçak/ Deynekli/Doğan**, C.I, s. 467 vd.).

⁷³ **Kuru**, s. 954; 12. HD., 17.03.2009, 24059/5604.

kadar da icra mahkemesinin ilâmın infazına ilişkin şikâyetle⁷⁴ olduğu gibi keşif ve gerektiğinde bilirkişi marifetiyle bu itirazı inceleme yetkisinin varlığının kabulü gerekir.

D. İlâmın İcrası

1. Genel Olarak

Bir işin yapılmasına veya yapılmamasına ilişkin mahkeme ilâmının icrasında yetkili icra organı icra dairesidir. İcra memurunun ilâmın icrasında tereddüde düşmemesi bakımından ilâmın açık ve anlaşılır olması önem taşır. Bu nedenledir ki, ilâmda taraflara yüklenen borç ve tanınan hakların, sıra numarası altında; açık, şüphe ve tereddüt uyandırmayacak şekilde gösterilmesi gereklidir (HMK m. 297/2).

İlâmın icrasında icra memuru mahkemeden istenen hukuki korumanın konusu sübjektif hakka vaki tecavüzün giderilmesi olduğunda, yalnızca tecavüzün giderilmesini mi sağlamakla yükümlüdür yoksa alacaklının durumunun tecavüzden önceki haline getirilmesini de sağlamakla da yükümlü olduğu sonucuna varılacak mıdır? Örneğin ilâmın konusu duvarın yıkılması ise, icra memuru ilâmı icra ederken yalnızca duvarın yıkılmasını mı gözetmekle yükümlüdür yoksa yıkılan duvarın kalıntılarını da oradan götürmek ve söz konusu alanı duvar yapılmadan önceki haliyle mi alacaklıya teslim etmekle yükümlüdür? İcra müdürünün ilâmda gösterildiği şekilde icrasını gözetme yükümlülüğü olduğunda bir tereddüt yoktur. Örneğin ilâmda projeye aykırı yerin yıkılarak eski hale getirilmesine karar verildiği durumda, icra müdürünün yalnızca yıkımın sağlanmasını değil, yıkım sonucunda ortaya çıkan durumun da düzeltilmesini sağlayacak şekilde infazı gerçekleştirmesi, masrafların hesaplanmasında bu hususu da gözetmesi gerekmektedir. Ancak mahkemece yalnızca müdahalenin men'ine karar verildiği ancak yıkıma ilişkin bir karar verilmediği durumda, icra müdürü ilâmın infazında müdahalenin yıkım yoluyla giderilmesini sağlayabilecek midir? Sağlayabileceği kabul edilirse, yıkım sonucunda ortaya çıkan durumun düzeltilmesini de sağlayabilecek midir? Yargıtay tavzih ya da icra müdürü-

⁷⁴ İnfazın ilama uygun olmadığı hakkındaki şikâyetler süreye tabi değildir. **Karış**, s. 634.

nün yorumu yoluyla infaz şeklinin belirlenemeyeceğine karar vermiştir⁷⁵. Dolayısıyla kanaatimizce icra müdürlüğünce yapılan infaza yönelik işlemlerde, ilâmının lâfzı ile bağlı olduğu kabul edilmelidir. Ancak ilâmda açıkça yıkıma hükmedilmiş ise kanaatimizce bu durumda icra müdürü yalnızca yıkımı gerçekleştirmekle kalmayıp, yıkım sonucunda orada kalan malzemenin de götürülmesini sağlayarak o yeri alacaklının kullanımına hazır hale getirmekle yükümlüdür. İcra müdürlüğünce yalnızca yıkım gerçekleştirilerek, yıkım sonucunda ortaya çıkan durumun düzeltilmesini alacaklıdan beklemek, alacaklıyı bir külfet altına sokacaktır. Alacaklının ilâma konu davayı açmaktaki amacı ihlâlin veya tehlikenin bertaraf edilmesi için mahkemeden hukuki koruma talep etmektir⁷⁶. Bu nedenle icra müdürü mahkemece sağlanan hukuki korumayı yerine getirirken alacaklıyı yeni bir külfet altına sokmayacak şekilde ilâmın infazını gerçekleştirmelidir.

2. Borçlunun Şahsen Yerine Getirmekle Yükümlü Olmadığı İşlere İlişkin İlâmların İcrası

İlâmın konusu bizzat borçlu tarafından yerine getirilmesi gereken işlerden değilse (*Vertretbarkeit*) bu durumda alacaklı işin üçüncü bir şahıs tarafından da yapılmasını sağlayabilir (İİK m. 30/2). Ancak Kanun'daki düzenlemenin uygulanabilmesi için işin borçludan başka üçüncü bir kişi tarafından da yapılabilecek işlerden olması gerekir. Diğer bir deyişle borçlunun kişisel yeteneğinin ya da özelliklerinin edimin gereği gibi ifa edilmesi bakımından önem taşımadığı ya da ifanın niteliği gereği üçüncü bir kişi tarafından yerine getirilmesi durumunda alacaklının herhangi bir zarara uğramayacağını kabul edildiği hallerde ancak ilâmın icrasının İcra ve İflâs Kanunu'nun 30'uncu maddesinin 2 fıkrası hükmü gereğince yerine getirilmesi mümkündür.

⁷⁵ “Tavzih yoluyla yıkım hükme dahil edilemez. Mercî kararının aksine menî müdahale kararı o yerdeki yapının yıkılmasını kapsamaz”. 12. HD., 08.03.2002, 2902/4783 (Oskay/Koçak/Deynekli/Doğan, C. I, s. 472). “...yorum tahmin, takdir yoluyla infaz kabiliyeti olmayan ilâm hükmünün infazı sağlanamaz” HGK, 22.03.2003, 12-92/85 (MİHDER 2006/3, s. 1450). Aynı yönde başka bir karar için bkz. 12. HD., 25.05.2006, 2006/7896 E., 2006/11117 K. (MİHDER 2006/3, s. 1416).

⁷⁶ Pekcanitez/Atalay/Özekes, (Medenî Usûl), s. 411.

Bir işin yapılmasına ilişkin ilâmların icrasını düzenleyen İcra ve İflâs Kanunu'nun 30. maddesine ilişkin Yargıtay kararları incelendiğinde, çoğunlukla el atmanın önlenmesi⁷⁷, Kat Mülkiyeti Kanunu'na aykırılıkların giderilmesi⁷⁸, kura çekiminin yapılması⁷⁹ gibi ilâmların icrası bakımından ilgili hükme başvurulduğu tespit edilmiştir. Ancak şirketler hukuku bakımından da şirket ortaklarının ortaklıktan kaynaklanan haklarını icra kabiliyetini haiz bir mahkeme ilâmı ile hüküm altına aldıkları halinde bir işin yapılmasına ilişkin ilâmların icrasına ilişkin usule göre icra ettirmeleri mümkündür. Örneğin azınlık hissedarların, elde ettikleri ilâma istinaden İcra ve İflâs Kanunu'nun 30'uncu maddesi hükmü gereği genel kurul gündemine madde eklettirebilecek ve olağanüstü genel kurulun toplanmasını sağlayabileceklerdir⁸⁰.

a. Alacaklının Hükümün İcrasında Sahip Olduğu Seçim Hakkı

İlâmın konusu yalnız borçlu tarafından yerine getirilebilecek bir iş olmayıp, diğer bir kimse tarafından da yapılabilecek bir iş ise alacaklı gerek İcra ve İflâs Kanunu'nun 30'uncu maddesi hükmü uyarınca gerekse Türk Borçlar Kanunu'nun 113. maddesi hükmünden yararlanarak ilâmın icrasını sağlama imkânına sahiptir.

İcra ve İflâs Kanunu'nun 30'uncu hükmüne göre alacaklı yukarıda anlatıldığı üzere öncelikle borçluya karşı takip talebi ile bir takip başlatacak ve icra dairesi borçluya bir icra emri gönderecektir. İcra emrini alan borçlu belirtilen süre içerisinde ilâmın gereğini yerine getirmese alacaklının talebi üzerine icra emrinde gösterilen işin yapılması için lazım gelen masraf icra müdürü tarafından bilirkişiye takdir ettirilir. Bu masrafın ilerde hükme hacet kalmaksızın borçludan tahsil olunup kendisine verilmek üzere ifasına alacaklı muvafakat ederse alınıp hükmolunan iş yaptırılır. Muvafakat etmezse

⁷⁷ 12. HD., 30.1.2003, 28342/1571; 12. HD., 23.1.2003, 37376/831 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası).

⁷⁸ 12. HD., 22.3.1999, 3424/3562; 12. HD., 24.1.1994, 453/756 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası).

⁷⁹ 12. HD., 9.12.1996, 5006/15473 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası).

⁸⁰ 12. HD., 12.09.2005, 2005/13525 E., 2055/16820 K (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası).

ayrıca hükme hacet kalmadan borçlunun kâfi miktarda malı haciz ile paraya çevrilerek o iş yaptırılır.

Türk Borçlar Kanunu'nun 113. maddesine göre ise alacaklı masrafi borçluya ait olmak üzere edimin kendisi veya başkası tarafından ifasına izin verilmesini isteyebilir⁸¹. Yapma borcuna aykırı davranan borçlu, bu aykırı davranışının doğurduğu zararı gidermekle yükümlüdür (TBK m. 113/II). Alacaklı borca aykırı durumun ortadan kaldırılmasını veya bu konuda masrafi borçluya ait olmak üzere kendisinin yetkili kılınmasını isteyebilir (TBK m. 113/III). Türk Borçlar Kanunu'nun 113. maddenin ikinci fıkrasında nakdi bir tazminat öngörülmesine karşın, 3. fıkrada borca aykırılığın ortaya çıkardığı zararın fiilen bertaraf edilmesi düzenlenmiştir. Bu hüküm İcra ve İflâs Kanunu'nun 30'uncu maddesi ile birlikte değerlendirildiğinde bir görüşe göre⁸² yapma borcunun aynen icrasının cebri icrayla sağlanması diğer bir görüşe göre ise yapma borcuna aykırı davranıştan doğan zararın tazmininin özel şeklini düzenlemektedir⁸³. Bu iki görüş arasındaki en temel farkın borçlunun kusurlu olup olmamasında ortaya çıkacağı ifade edilmiştir. TBK m. 113 hükmünün yapma borçlarının cebri icrası olarak nitelendirilmesi halinde borca aykırılıkta borçlunun kusursuz olduğu durumda da borçlunun başkasına yaptırılacak ifa masraflarından sorumlu olması sonucunu doğuracağı ve özellikle tek taraflı yüklenilmiş yapma borçları bakımından adaletsiz bir sonuç olduğu ifade edilmiştir⁸⁴. Bu görüş, yapma borçları bakı-

⁸¹ Alacaklı icra dairesinden ya da icra mahkemesinden kendisinin yetkilendirilmesi hususunda izin istemelidir. **Ansay**, Sabri Şakir, Hukuk İcra ve İflâs Usulleri, Ankara 1960; s. 192; **Üstündağ**, (İcra), s. 376; **Yıldırım**, Kâmil M./**Deren-Yıldırım**, Nevhis: İcra Hukuku, İstanbul 2009, s. 317, **Uyar**, s. 271. Kararı veren mahkemeden izin istenmesi gerektiği yönünde görüş için bkz. **Kılıçoğlu**, Ahmet M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2008, s. 247. TBK m. 113'deki bu düzenlemenin usul hukuku bakımından bir icra hükmü mü olduğu yoksa maddi hukuk bakımından bir ifa hükmü mü olduğu hususunda görüşler için bkz. **Gündoğdu**, s. 317-318.

⁸² Doktrinde çoğunluk tarafından bu hüküm yapma borcunun aynen ifasının cebri icra yoluyla sağlanması olarak nitelendirilmektedir. Bu görüşte olanlar için bkz. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 921; **Eren**, Fikret: Borçlar Hukuku, C. III, Ankara 1991, s. 196; **Serozan**, Rona: İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, İstanbul 1994, § 17, Kn. 5.

⁸³ **Oğuzman/Öz**, C. I, s. 495.

⁸⁴ **Oğuzman/Öz**, C. I, s. 498.

mından cebri icranın mümkün olmadığını ileri sürmektedir⁸⁵. Yapma borcunun mutlaka borçlu tarafından ifası gerekli değilse masrafi borçluya ait olmak üzere işin başkasına yaptırılmasının sonucunda (İİK m. 30, TBK m. 113) alacaklıya borcun ifa edilmiş olması halinde elde edeceği sonuç sağlanmakta ancak bu sonuca borcun cebren icrası suretiyle değil de alacaklının zararının tazmininin özel şekli olarak ulaşılmaktadır.

İcra ve İflas Kanunu'nun 30. maddesi ile Türk Borçlar Kanunu'nun 113. maddesi birlikte incelendiğinde, her iki hükümde de masrafi borçludan alınmak üzere edimin ifasının başkası tarafından yerine getirilmesi ve bu suretle alacaklının tatmin edilmesi öngörülmüştür. İcra ve İflâs Kanunu'nun 30. maddesine göre iş icra dairesi tarafından başkasına yaptırılmakta iken, Türk Borçlar Kanunu'nun 113. maddesi alacaklının masrafi borçluya ait olmak üzere işi başkasına yaptırmasını düzenlemektedir⁸⁶. Türk Borçlar Kanunu'nun 113. maddesi alacaklıya ilave bir imkân tanıyarak edimin ifasının bizzat alacaklı tarafından mümkün olması halinde alacaklının ifaya yetkili kılınabileceğini düzenlemiştir.

Sonuç olarak bir işin yapılmasına ilişkin ilâmların icrası da menkul teslimine ilişkin ilâmların yerine getirilmesi tarzında aynî bir icradır. Kural, işin aynen yaptırılmasıdır. İlâmın konusu yalnız borçlu tarafından yapılabilir bir iş olmayıp, diğer bir kimse tarafından yapılması gereken bir iş ise, alacaklı seçim hakkına sahiptir (TBK m. 113). Alacaklı seçimlik hakkını aşağıdaki şekilde kullanabilir:

1- Örnek 53 icra emrini borçluya tebliğ ettirmek suretiyle, ilâmda süre belirtilmiş ise ilâmda belirtilen süre içerisinde, ilâmda süre belirtilmemiş ise icra müdürünün işin niteliğine göre belirleyeceği süre içinde, borçlunun işe başlamasını ve bitirmesini isteyebilir.

2- Belirlenen süre içerisinde borçlu ilâmın gereğini yerine getirmezse, İcra ve İflâs Kanunu'nun 30'uncu maddesinin 2'nci fıkrası uyarınca alacaklının talebi üzerine, işin yapılması için gereken masrafları icra müdürünce hesaplatılır. Alacaklı dilerse bu gider ayrıca hükme gerek kalmadan ilerde borçludan alınmak üzere, kendisi tarafından ödenerek ilâm icra ettirilir.

⁸⁵ Oğuzman/Öz, C.I, s. 442-443.

⁸⁶ Tandoğan, Halûk: Türk Mes'uliyet Hukuku, Ankara 2010, s. 409.

3- Alacaklı ileride borçludan alınmak üzere kendisi karşılamayı kabul etmezse, icra müdürü ilâmın icrası için gerekli, hesaplanan gideri, hükme hacet olmaksızın, borçlunun yeterli malını haczettirmek suretiyle işi yaptırır.

4- Borçlu aleyhine verilmiş ilâmın varlığı ve borçluya ilâmın icrası için gereğini yapmasına olanak tanınması koşuluyla, gideri borçluya ait olmak üzere işin bizzat alacaklı tarafından yapılması için izin isteme hakkı vardır.

b. İlâmın Gereğinin Başkasına Yaptırılması

İlâmın konusu borç niteliği itibarıyla yalnızca borçlu tarafından yerine getirilebilecek edimlerden değil ise, ilâma konu borcun başkası tarafından yerine getirilmesi sağlanarak alacaklı tatmin edilir. Bu durumda ilâmdaki borcun başkası tarafından yerine getirilebilecek edimlerden olduğunun tespiti kim tarafından yapılacaktır? Alman Medeni Usul Kanunu'nda başkası tarafından yerine getirilebilecek borca ilişkin icra takibindeki usul § 887'de düzenlenmiştir. Buna göre alacaklı tarafından öncelikle yargılamayı yapan mahkemeye (*Prozessgericht*) başvurulur ve mahkeme icra edilebilirliğe ilişkin bir inceleme yapar. Mahkemece yapılan icra edilebilirlik inceleminde ilâmdaki borcun başkası tarafından yerine getirilebilecek işlerden olup olmadığı incelenir⁸⁷. Başkası tarafından yerine getirilebilecek bir iş ise (mahkemenin üçüncü kişinin belirli bir kimse mi olacağı yoksa alacaklı tarafından seçilecek herhangi bir üçüncü kişi m olacağını belirlemesine gerek yoktur) masrafları ileride borçluya yükletilmek kaydıyla işin üçüncü kişiye yaptırılmasına karar verilir (*Beschluss*)⁸⁸. Mahkeme başkasına yaptırılan işin masraflarının borçlu tarafından ödenmesine karar verir. Örneğin alacaklı işin yapılması için bir üçüncü kişiyle sözleşme yapmışsa, sözleşmede kararlaştırılan bedel borçlunun malvarlığından karşılanır⁸⁹. Alacaklı talep ederse, masrafların ileride borçludan tahsil edilmek kaydıyla alacaklı tarafından peşin ödenmesine de karar verilebilir. Bu durumda mahkeme alacaklının peşin ödeyeceği makul ölçüdeki miktarı bilirkişi incelemesi yaptırarak belirler⁹⁰.

⁸⁷ **Schuschke/Walker/Walker**, § 887, Kn. 14.

⁸⁸ **Brox/Walker**, § 35, Kn. 1074.

⁸⁹ **Zöller/Stöber**, § 887, Kn. 9.

⁹⁰ **Stein/Jonas/Brehm**, §887, Kn. 45; **Brox/Walker**, § 35, Kn. 1074.

İcra ve İflâs Kanunu'na göre ise elinde bir işin yapılmasına ilişkin ilâm veya ilâm niteliğindeki belgelerden biri bulunan alacaklı icra dairesine başvurduğunda icra müdürü, icra emri göndermeden önce belgenin ilâm ya da ilâm niteliğindeki belgelerden biri olup olmadığını dikkate alarak borçluya bir icra emri gönderir. Borçlu icra emrine rağmen süresi içinde işe başlamaz veya işi bitirmezse, alacaklının talebi üzerine işin yapılması için gerekli gider icra müdürlüğüne bilirkişiye hesaplatılır ve borçluya tebliğ edilir. Borçlu işin yapılması için bilirkişi tarafından hesaplanan gider miktarına şikâyet yoluyla icra mahkemesi nezdinde itirazda bulunabilir⁹¹. Şikâyet sonucunda icra mahkemesi takibin durdurulmasına karar verebilir⁹². Bilirkişi tarafından hesaplanan gider ileride borçludan tahsil edilmek üzere alacaklı tarafından icra dairesinde yatırılabilir. Alacaklı bu gideri ödemeyi kabul etmezse, ayrıca hükme gerek olmaksızın borçlunun yeter miktarda malı haczedilerek satılır ve bu suretle işin başkasına yaptırılması sağlanır.

Sonuç olarak ilâmın veya ilâm niteliğindeki belgenin gereğinin başkası tarafından yerine getirilebilecek işlerden olduğu icra müdürünce tespit edildikten sonra, alacaklının da talebi üzerine iş bir başkasına yaptırılabilir (İİK m. 30).

3. Borçlunun Şahsen Yerine Getirmesi Gereken İşlere İlişkin İlamların İcrası

İlamda yer alan edimin ifası ancak borçlunun şahsi niteliklerine veya yeteneğine bağlı ise örneğin bir sanat eserinin vücuda getirilmesi borcu, borçlunun bir irade beyanında bulunmak borcu gibi, borçlu mahkeme kararında süre belirtilmişse kararda belirtilen süre içerisinde, şayet mahkeme kararında süre belirtilmemişse icra müdürünce icra emrinde belirtilen süre içerisinde ilâmın gereğini yerine getirmezse, aynen ifayı sağlamak üzere

⁹¹ "...işin ne miktar ücretle ve kaç günde yapılabileceği konusunda bilirkişiden alınan rapora karşı şikâyet süresi raporun tebliğinden itibaren 7 gündür" 12. HD., 23.01.2007, 2006/23333-763 (Oskay/Koçak/Deyneki/Doğan, s. 465).

⁹² Kanun koyucu şikâyet sonucunda hangi hallerde takibin durdurulmasına karar verilebileceği hakkında bir ölçüt koymayıp, bu hususta icra mahkemesine takdir yetkisi tanımıştır. İşlemin icrasının durdurulması, borçlunun korunması amacıyla konulmuş bir hükümdür. Pekcantez, Hakan: Şikâyet, Ankara 1986, s.133-134.

lehine hüküm verilmiş kimsenin şikâyeti üzerine üç aya kadar tazyik hapsi ile cezalandırılır (İİK m. 343).

Bir eserin vücuda getirilmesi borcunda Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu kapsamında bir eserin cebri icra işlemlerine konu olabilmesi bakımından, sinema eserleri dışında, eserin alenileşmesi koşulu getirilmiştir (FSEK m. 61). Ancak eserlerin alenileşmeden cebri icraya konu olamayacağı bakımından getirilen sınırlamada İcra ve İflâs Kanunu'nun 24. ve 30. maddeleri saklı tutulduğundan, örneğin bir eserin meydana getirilmesi bakımından taraflar bir eser sözleşmesi yapmış iseler, bu durumda eserin teslim edilme-
mesi sebebiyle İcra ve İflâs Kanunu'nun 30'uncu maddesi hükmüne göre icrası mümkün olabilecektir⁹³.

III. İLAMIN GEREĞİNİN YERİNE GETİRİLMEMESİ VE SONUÇLARI

İcra ve İflâs Kanunu'muz bir işin yapılması veya yapılmamasına ilişkim ilâmın gereğinin borçlu tarafından yerine getirilmemesi halinde 343. madde hükmü uyarınca alacaklının şikâyeti üzerine borçlunun hapisle tazyik olunacağını düzenlemiştir⁹⁴. Şikâyet icra takibinin yapıldığı yer icra dairesinin bağlı olduğu icra mahkemesine veya suçun işlendiği yer icra mahkemesine yapılır. Şikâyet süresi 3 ay olup, süre suçun işlendiği tarihten itibaren işlemeye başlar. İcra mahkemesinin tazyik hapsine ilişkin kararına karşı tefhim veya tebliğden itibaren yedi gün içinde yargı çevresinde bulunan Ağır Ceza Mahkemesi nezdinde itiraz edilebilir⁹⁵. İtiraz üzerine verilen kararlar kesindir. Tazyik hapsi bir kimseyi bir işi yapmaya zorlamak için öngörülen bir yaptırımdır. Alman Medeni Usul Kanunu borçlunun işe başlamaması halinde bir günden 6 aya kadar tazyik hapsi ya da 5 Euro ile 25.000 Euro arasında idari para cezasına çarptırılması (*Zwangsmittel*) bakımından hâkime

⁹³ Uyar, s. 271.

⁹⁴ 31.05.2005 tarih ve 5358 sayılı İcra ve İflâs Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 14. maddesi ile hapis cezası tazyik hapsine dönüştürülmüştür. İİK m. 343 hükmü uyarınca ilâmın elde edilememesi halinde borçlunun üç ay tazyik hapsi ile cezalandırılacağına ilişkin düzenlemenin iş görme edimlerinde ifa etmeme bildiriminin borcu imkânsızlaştırdığına kanıt sayılmaktadır. Oğuzman/Öz, C. I, s. 410.

⁹⁵ Kaçak, Nazif: İcra ve İflâs Suçları, Ankara 2006, s. 287.

bir takdir yetkisi tanımıştır⁹⁶. Hâkim hem tazyik hapsine hem de idari para cezasına aynı anda hükmedemez ancak borçlu cezaya rağmen işe başlamazsa yeniden idari para cezasına ya da hapisle tazyikine karar verilebilir⁹⁷. Şahsa sıkı sıkıya bağlı bazı borçlar bakımından; örneğin bir eserin meydana getirilmesi borcu gibi, mahkemece bu türden zorlayıcı tedbirlere hükmedilemez⁹⁸. İcra ve İflâs Kanunumuz bakımından icra mahkemesi hâkiminin bu yönde bir takdir yetkisi bulunmadığı gibi, öngörülen yaptırım tazyik hapsi olduğundan niteliği itibarıyla Türk Ceza Kanunu'nda öngörülen paraya, diğer seçenek yaptırımlara çevrilemeyeceği gibi önödeme hükümleri de uygulanamaz⁹⁹.

İcra ve İflâs Kanunu'nda 4949 sayılı İcra ve İflâs Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun¹⁰⁰ ile Kanun'un 30. maddesine yapılan ilave ile ilâm hükmüne tekrar muhalefet eden veya ilâm hükmünü ortadan kaldıracak bir eylemde bulunan borçluya karşı yeni bir hükme gerek olmaksızın ilâm hükmünün tekrar zorla yerine getireceği hüküm altına alınmıştır. Diğer taraftan bir görüşe göre Alman Medeni Usul Kanunu'nda olduğu gibi (ZPO § 890/I), borçlunun ilâm hükmüne her aykırı muhalefetinin ceza gerektirdiği ifade edilmektedir¹⁰¹. Bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre ise yapma borcu ile yapmama borcu arasında bir ayırım yapılmalıdır. İlâmın konusu borçlunun şahsına sıkı sıkıya bağlı haklardan ise ve borçlu icra emrine rağmen borcunu yerine getirmemekte direnirse, hukuk devletinin bir gereği olan ve ceza hukukuna hâkim bulunan *bir kişi aynı eylem nedeniyle birden fazla yargılanamaz ve cezalandırılmaz* ilkesi gereğince borcu tazminata mahkûm edilebilir ancak tekrar cezalandırılmaz¹⁰². Yapmama borçlarına aykırılık halinde ise her ihlâl nedeniyle borçlunun yeniden hapisle tazyikine karar verilebilir.

⁹⁶ Brox/Walker, § 35, Kn. 1087.

⁹⁷ Zöllner/Stöber, § 8, Kn. 8; Brox/Walker, § 35, Kn. 1087.

⁹⁸ Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 7.

⁹⁹ Kaçak, s. 288.

¹⁰⁰ RG 30.07.2013, S. 25184.

¹⁰¹ Üstündağ, (İcra), s. 377.

¹⁰² Uyar, Talih: İcra ve İflâs Hukukunda Suç Sayılan Fiiller, Manisa 1987, s. 411, Özbek, s. 579-580.

SONUÇ

İcra ve İflâs Kanunu'muzda ilâmların icrası; I. Para ve Teminattan Başka Borçlar Hakkında İlâmların İcrası, II. Para ve Teminat Verilmesi Hakkındaki İlâmların İcrası ve III. Müşterek Hükümler sistematığı ile İkinci Bap'da 24-41. maddeleri arasında düzenlemiştir. Bu çalışmamızda İcra ve İflâs Kanunu'nun 30'uncu maddesinde düzenlenen bir işin yapılmasına veya yapılmamasına ilişkin ilâmların icrası usulü incelenmiştir. Takibin dayanağının ya bir işin yapılması veya yapılmaması hakkında bir ilâm olduğu, veyahut gerek İcra ve İflâs Kanunu'nun 38'nci maddesinde sayılan gerekse özel kanunlarda düzenlenen ilâm niteliğindeki belgelerin bir işin yapılmasına veya yapılmamasına ilişkin edimleri içermesi halinde 30'uncu madde hükmüne göre icra edilebileceği tespit edilmiştir. Düzenleme biçimindeki noter senetlerinin kayıtsız şartsız para borcunu içermesi halinde ilâm niteliğinde belge sayılmasına ilişkin düzenleme karşısında, bir işin yapılmasına veya yapılmamasına ilişkin bir edimi içerse dahi düzenleme biçimindeki noter senetlerinin ilâmların icrası hükümlerine göre icrası mümkün değildir. Bu sonuç gereksiz bir formaliteye yol açtığından yasal bir değişiklik ile düzenleme biçiminde noter senedinin bir yapma ya da yapmama borcunu içermesi durumunda ilâmların icrası hakkındaki hükümlere göre icra edilmesi usûl ekonomisine uygun olacaktır.

Yapma ya da yapmama borcu içeren ilâm ya da ilâm niteliğindeki belgeye dayanan alacaklının bir takip talebinde bulunması, takip talebini alan icra dairesinin ise borçluya bir icra emri göndermesi gerekmektedir. Doktrinde borçlunun kendisine gönderilen icra emrine para ve teminat alacaklarına ilişkin ilâmların icrasında olduğu gibi borcun itfası, ertelenmesi veya zamanaşımına uğraması sebebiyle karşı koyabileceği ifade edilmekte ise de Kanun'un itfa, erteleme veya zamanaşımı iddiasının ispatı bakımından getirdiği belge ile ispat sınırlamasına karşın (İİK m. 33, 33/a), ilâmın gereğinin yerine getirildiği iddiası ile sınırlı olmak kaydıyla icra mahkemesinin bilirkişi ya da keşif yoluyla inceleme yetkisinin olduğu sonucuna varılmıştır.

İcra emrini alan borçlu, kendisine verilen süre içerisinde işi yapmaz veya işe başlamazsa nasıl bir yol izleneceği, ilâmın konusunun başkası tarafından yerine getirilebilecek işlerden olup olmamasına göre değişir. İlâmın konusu yalnızca borçlu tarafından yerine getirilecek işlerden değilse, icra

müdürü, alacaklının talebi üzerine işin başkasına yaptırılması için gerekli giderleri bilirkişi yardımıyla hesaplattırılır. Hesaplanan giderler, alacaklı kabul ederse, ileride borçludan tahsil edilmek kaydıyla alacaklı tarafından karşılanır ve sonunda başkaca bir hükme gerek olmaksızın borçlunun malvarlığından tahsil edilir. Alacaklı hesaplanan gideri kendisi peşin ödemeyi kabul etmezse, icra müdürü borçludan tahsili için gerekli icra işlemlerini yapar. Borçlar Kanunu'nun 113. maddesindeki ilave imkân ile alacaklı işin yapılması için kendisine yetki verilmesini de isteyerek, işin bizzat yapılmasını sağlayabilir. İlâmın konusu yalnız borçlu tarafından yerine getirilecek işlerden ise, borçlu verilen süre içerisinde işe başlamaması veya işi bitirmemesi halinde tazyik hapsi ile cezalandırılır. İlâmın konusu kaçınma borcu ise, bu durumda da yapmama borcuna aykırı davranan borçlu, İcra ve İflâs Kanunu'nun 343. maddesi hükmüne göre tazyik hapsi ile cezalandırılır. Yapmama borcuna aykırı davranan borçlu, Borçlar Kanunu'nun 113. maddesi hükmüne göre sebep olduğu zararı da gidermekle yükümlüdür.

Bir işin yapılmasına veya yapılmamasına ilişkin ilâmın takibe konu olabilmesi için kural olarak kesinleşmesi gerekmez. Ancak bu konuda kesin bir kanaate ulaşmak için ilâmın konusuna bakmak gerekir. Örneğin gayrimenkulün aynına ilişkin bir müdahalenin önlenmesi talebinde, ilâm kesinleşmedikçe icra edilemez. Ancak şahsi hakka dayalı fuzuli işgal ve müdahalenin önlenmesine ilişkin ilâmın icra edilebilmesi için kesinleşmesi gerekmez. İcra takibine konu olabilmesi için kesinleşmesi gerekmeyen ve konusu bir işin yapılmasına veya yapılmamasına olan ilâmlarda hükmün temyizi ile birlikte Yargıtay'dan takibin durdurulması talebinde bulunabilmesine bir engel yoktur. Ancak Yargıtay'dan takibin durdurulmasına ilişkin bir karar getirilinceye kadar İcra ve İflâs Kanunu'nun 36. maddesi hükmüne göre borçlu tarafından icra dairesinden icranın geri bırakılmasının istenip istenemeyeceği konusunda bir açıklık yoktur. Madde hükmünün düzenlendiği yer ve Kanun sistematigi içerisinde bakıldığında, para ve teminat alacakları ile konusu para ve teminat alacağından başka bir şey olan ilâmların icrasına ilişkin müşterek hükümler kısmında düzenlendiğinden, bu yola başvurulabileceği sonucuna varılabilir. Ancak madde hükmü lâfzen yorumlandığında, icra dairesinden icranın geri bırakılması talebi, konusu ancak para veya menkul teslimine ilişkin ilâmlar bakımından kabul edilmiştir. Kanaatimizce icranın geri bırakılması yoluna gidilebilmesi, teminat bakımından ise icra

müdürlüğünün işin yaptırılması için gerekli gideri bilirkişiyeye tespit ettirerek bu miktarda veya icra mahkemesince kabul edilecek bir teminat karşılığında icranın geri bırakılması için süre vermesi uygun olacaktır. Aksinin kabulü halinde Yargıtay'ca takibin durdurulmasına ilişkin karar verilinceye kadar icra işlemlerine devam edilmesi sonucu doğacaktır. Bu sonuç ise, kararın kesinleşmesi sonucunda icranın iadesi (İİK m. 40) ile telafisi oldukça masraflı bir yola gidilmesi zorunluluğunu doğuracaktır.

Kaynakça

- Alangoya, Yavuz/Yıldırım, Kâmil M./Deren-Yıldırım**, Deren: Medenî Usul Hukuku Esasları, İstanbul 2009.
- Ansay, Sabri Şakir**: Hukuk İcra ve İflâs Usulleri, Ankara 1960.
- Belgesay, Mustafa Reşit**: İcra ve İflas Hukuku Cilt 1.
- Berkin, Necmeddin M.**: “Senetlerin Tanzimi ve Takip Hukuku Bakımından Ehemmiyeti”, İHFM., 1974/2, s. 622-656.
- Brox, Hans/Walker, Wolf-Dietrich**: Zwangsvollstreckungsrecht, 10. Auflage, Münih 2014.
- Budak, Ali Cem**: Making Foreign People Pay, Darmouth, 1999.
- Bulur, Alper**: “Avukatlık Kanunu m.35/A’nın Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları Çerçevesinde İrdelenmesi ve Bir Düzenleme Önerisi”, TBB Dergisi, Ankara 2010, S. 89.
- Deren-Yıldırım, Nevhis**: Kesin Hükümün Subjektif Sınırları, İstanbul 1996, (Kesin Hüküm).
- Deren-Yıldırım, Nevhis**: “Kanunyollarına Dair Bazı Düşünceler”, Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı VI, İzmir/Çeşme 19-20 Ekim 2007, TBB Yayınları, Ankara 2008, s. 3-19.
- Eren, Fikret**: Borçlar Hukuku, C. III, Ankara 1991.
- Gaul, Hans-Friedhelm/Schilken, Eberhard/Becker-Eberhard, Ekkehard**: Zwangsvollstreckungsrecht, 2010.
- Gündoğdu, Fatih**: Borca Aykırılık Hallerinden Kusurlu İfa İmkânsızlığı ve Hukuki Sonuçları, İstanbul 2014.
- Ulusan, İlhan, M.**: “Maddi Hukuk ve Usul Hukuku Açısından Sulh Sözleşmesi”, MHAD, 1971/7, s. 149-209.
- Kaçak, Nazif**: İcra ve İflas Suçları, Ankara 2006,
- Karlı, Abdurrahim**: İcra Hukuku Ders Kitabı, İstanbul 2010.
- Kılıçoğlu, Ahmet M.**: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2008.

- Konuralp**, Cengiz Serhat: İcra ve İflâs Hukukunda İhtiyati Tedbirler, İstanbul 2013.
- Kuru**, Baki: İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, Ankara 2013.
- Kuru**, Baki/**Arslan**, Ramazan/**Yılmaz**, Ejder: İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2013.
- Musiellak**, Hans-Joachim: Zivilprozessordnung, 10. Auflage, 2013.
- Muşul**, Timuçin: İcra ve İflas Hukuku, Ankara 2008.
- Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung**, Bd.2., 4. Auflage, 2012.
- Oğuzman**, Kemal/**Öz**, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, İstanbul 2011.
- Oskay**, Mustafa/**Koçak**, Coşkun/**Deynekli**, Adnan/**Doğan**, Ayhan: İİK Şerhi 1. Cilt, Ankara 2007.
- Önen**, Ergun: Medeni Yargılama Hukukunda Sulh, Ankara 1972.
- Önen**, Ergun: Feragat ve Kabul Kesin Hüküm Teşkil Etmez, ABD, Ankara 1976, S. 1, s. 26 vd.
- Özbek**, Mustafa Serdar: Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda İlamlı İcranın Etkinliği, Ankara 2011.
- Özkes**, Muhammet: Türk İcra Hukukunun Sorunları ve Temel Haklar Bakımından Değerlendirme, Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı-VII, TBB Yayınları 163, s. 265 vd.
- Özkaya-Ferendeci**, Hamide Özden: Kesin Hükümün Objektif Sınırları, İstanbul 2009.
- Öztek**, Selçuk: Türk İcra Hukukunun Eleştirisi, Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı-VII, TBB Yayınları 163, s. 201 vd.
- Pekcanitez**, Hakan: Şikayet, Ankara 1986.
- Pekcanitez**, Hakan/**Atalay**, Oğuz/**Özkes**, Muhammet: Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2013, (Medeni Usul Ders Kitabı).

- Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet:** Medeni Usul Hukuku, Ankara 2013, (Medeni Usul).
- Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Sungurtekin-Özkan, Meral/Özekes, Muhammet:** İcra ve İflâs Hukuku, Ankara 2013, (İcra-İflâs).
- Postacıoğlu, İlhan E.:** İcra Hukuku Esasları, İstanbul 1982.
- Sarısözen, Serhat:** Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları Işığında Avukatlık Hukukunda Uzlaştırma, Ankara 2011.
- Serozan, Rona:** İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, İstanbul 1994.
- Schuschke, Winfried/Walker, Wolf-Dietrich:** Vollstreckungund Vorläufiger Rechtsschutz, 2008.
- Stein, Friedrich/Jonas, Martin:** Kommentar zur Zivilprozessordnung, Bd.7-9, 22 Auflage, 2002.
- Tandoğan, Halûk:** Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.I/1, İstanbul 2008.
- Tandoğan, Halûk:** Türk Mes'uliyet Hukuku, Ankara 2010.
- Tanrıver, Süha:** İlamlı İcra Takibinin Dayanakları ve İcranın İadesi, Ankara 1996, ("İlamlı İcra").
- Tanrıver, Süha:** "Mahkeme Huzurunda Yapılan Sulhler", Makalelerim (1985-2005), Ankara 2005, s. 35-52.
- Tanrıver, Süha:** "İlamlı İcra Takibinin Dayanağı Olarak Re'sen Düzenleme Biçimindeki Noter Senetleri", TNBHD, 1994/81, s.3 vd., (Noter Senetleri).
- Tanrıver, Süha:** İcra ve Temyiz Kefaletnameleri, Ankara Barosu Dergisi, 1989/6.
- Taşpolat-Tuğsavul, Melis:** Türk Hukukunda Arabuluculuk, Ankara 2012.
- Tekinay, Selahattin Sulhi/Akman, Servet/Burcuoğlu, Haluk/Alttop, Atilla:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993.
- Thomas, Heinz/Putzo, Hans :**Zivilprozessordnung, 34. Auflage, 2013.

- Umar**, Bilge: Türk İcra Hukukuna Eleştirel Bir Bakış, Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı-VII, TBB Yayınları 163, s. 244 vd.
- Uyar**, Talih: İcra Hukukunda İlamlı Takipler, Manisa 1991.
- Uyar**, Talih: İcra ve İflâs Hukukunda Suç Sayılan Fiiller, Manisa 1987.
- Üstündağ**, Saim: İcra Hukukunun Esasları, İstanbul 2004, (İcra).
- Üstündağ**, Saim: Medeni Yargılama Hukuku, C. 1-2, İstanbul 2000, (Medeni Yargılama).
- Üstündağ**, Saim: “Kesin Hükümün Hukuki Haleflere Etkisi”, İBD, S. 1-2, 1961.
- Yıldırım**, Kâmil M.: Hukuk Devletinin Gereği: İstinaf, İstanbul 2000.
- Yıldırım**, Kâmil M./**Deren-Yıldırım**, Nevhis: İcra Hukuku, İstanbul 2009.
- Yazıcı Tıktık**, Çiğdem: Arabuluculukta Gizliliğin Korunması, İstanbul 2013.
- Walker**, Wolf-Dietrich: “Alman Hukukunda Cebri İcrada Temel Hakların İhlâli ve Korunması”, Çev. **Erişir**, Evrim, Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı-VII, TBB Yayınları 163, s. 156.
- Zöller**, Richard: Zivilprozessordnung, 30. Auflage, 2014.

Kısaltmalar Cetveli

ABD	: Ankara Barosu Dergisi
aşa.	: aşağıda
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Medeni Kanunu)
bkz.	: bakınız
C.	: Cilt
dn.	: Dipnot
E.	: Esas
HD	: Hukuk Dairesi
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İİK	: İcra ve İflâs Kanunu
İİK Yön.	: İcra ve İflâs Kanunu Yönetmeliği
K.	: Karar
Kn.	: Kenar Numarası
MHAD	: Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi
MİHDER	: LEGAL Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi
MüKOZPO	: Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung
s.	: sayfa
S.	: Sayı
SchKG	: Schuldbetreibungs-und Konkursrecht (İsviçre Federal İcra İflâs Kanunu)
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TNBHD	: Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi
ZPO	: Zivilprozessordnung (Alman Hukuk Muhakemeleri Kanunu)

^HKARAR İNCELEMESİ
İCRA VE İFLÂS KANUNU'NUN 337. MADDESİNİN
[İKİNCİ FIKRASININ (?)] ANAYASAYA UYGUNLUĞU SORUNU
(16. HD., 14.02.2010, 580/1202)

Değerli Hocam Sayın Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ'e
sağlık dolu, mutlu ve uzun bir ömür dileğiyle...

Yrd. Doç. Dr. Bilgehan YEŞİLOVA*

GİRİŞ YERİNE

İcra ve İflâs Kanunu'nun 337. maddesi hükmünün son hâli, 2005 yılında 5358 s. K¹'nin 7. maddesiyle yürürlük kazandı. Gerçi düzenleme, 1980 sonrası, gerek 3222² ve gerekse 4949 sayılı Kanunlar³ ile değişikliğe uğramışsa da 2005 değişikliği ile birlikte kanun metni, madde [kenar] başlığı da dâhil olmak üzere yeniden kaleme alınmış ve hükmün ikinci fıkrasına, son bir cümle daha eklenmişti.

Kanunun Anayasa Mahkemesince ilk fıkrası iptal edilinceye⁴ kadar ki hâli,

“Yükümlülüklerin yerine getirilmemesi:

Madde 337 - (Değişik: 31/5/2005 - 5358/7 md.)

Müddeti içinde beyanda bulunmak üzere mazereti olmaksızın icra dairesine gelmeyen veya yazılı beyanda bulunmayan borçlu, alacaklının

H Hakem incelemesinden geçmiştir.

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

¹ RG. 1.6.2005, S. 25832 (1. Mükerrer).

² RG. 15.6.1985, S. 18785.

³ RG. 30.7.2003, S. 25184.

⁴ AYM, 28.2.2008, 2006/71-69, (RG. 16.4.2008, S. 26849).

şikayeti üzerine, *on gün disiplin hapsi ile cezalandırılır*. Alacaklının alacağını karşılayacak miktarda malın haczedilmesi veya borcun ödenmesi halinde, bu ceza düşer.

162, 209 ve 216 ncı maddeler hükümlerine muhalefet edenler hakkında da iflas idaresinin vereceği müzekkere üzerine, *aynı ceza verilir*. Bu maddelerde belirtilen yükümlülüklerin yerine getirilmesi halinde, verilen ceza düşer.”[vurgu eklenmiştir]

şeklindeyken AYM’nin sözü edilen iptal kararının ardından hüküm, mevzuatta aşağıdaki gibi yer almıştır⁵:

“Yükümlülüklerin yerine getirilmemesi:

Madde 337- (Değişik: 31/5/2005 - 5358/7 md.)

(İptal birinci fıkra: Anayasa Mahkemesi’nin 28/2/2008 tarihli E. 2006/71, K. 2008/69 sayılı Kararı ile.)

162, 209 ve 216 ncı maddeler hükümlerine muhalefet edenler hakkında da iflas idaresinin vereceği müzekkere üzerine, *aynı ceza verilir*. Bu maddelerde belirtilen yükümlülüklerin yerine getirilmesi halinde, verilen ceza düşer.” [vurgu eklenmiştir]

Şu hâlde, içtihadı konu maddi vakıya uygulanan ve çalışma konumuz olan hükmün, lafız/metin ve sistematik olarak hâlâ İİK’nın 337. maddesinin *ikinci* fıkrası mı olduğuna dönük -aşağıda özellikle değinilecek- tartışma bir yana; inceleme konusu içtihat, iptal kararının ardından geriye, elde kalan ve iflâs hâlinde uygulanacak; anılan düzenlemenin mer’i, tek hükmüyle ilgilidir.

Kazai içtihat, iki paragraftan ibarettir ve aşağıda tam metnine yer verilecektir. Kararın kısalığına karşın her iki paragrafıyla da ayrı ayrı pek çok soruya ve soruna yol açtığı görülmektedir. Bununla birlikte çalışmanın amacı, özellikle içtihadın ikinci paragrafında geçen; başta Anayasa yargısı olmak üzere bir ölçüde (*icra*) ceza hukukuyla bağlantılı meselelerin öncelikle tartışmaya açılıp olabildiğince de yanıtlanmasıdır. Hükmün bu kez ilk paragrafında yazılı hususlarla alâkalı ve temelde birer iflâs ve ceza hukuku

⁵ www.mevzuat.gov.tr/Metin1.aspx?MevzuatKod=1.3.2004&MevzuatIliski=0&sourceXmlSearch=&Tur=1&Tertip=3&No=2004.

problemi olarak beliren sorunlara ise çalışma içerisinde, yine değinilecek olmakla birlikte maddi vakıanın gerçekte nasıl olduğuna dair içtihatteki bilgi eksikliği, şimdilik sadece *-ve yine olabildiğince-* doğru soruların sorulmasıyla yetinilmesine neden olmuştur.

Kısacası, çalışma, karar metninin ikinci paragrafında geçen gerekçeye bağlı olarak verilen hükmün tartışmaya açılmasıyla sınırlıdır.

I. MADDİ VAKIA-MERCİ KARARLARI VE ÇÖZÜMÜ GEREKEN HUKUKİ MESELE

A. Maddi Vakıa-Merci Kararları

İçtihadada konu maddi vakıa, sanık A.S.A'nın İİK'nın 209 ve 216. maddelerine muhalefet ettiği iddiasıyla ilgili olup nihayetinde icra mahkemesince İİK. m. 337/II hükmüne uygun olarak 10 gün disiplin hapsine mahkûm edilmesiyle sonuçlanmıştır. Karar metninde⁶ bu durum, ilk paragrafta şöyle açıklanmıştır:

“B...l. İcra ve İflas Müdürlüğünün 2008/12 iflas sayılı dosyasında muhtıra tebliğine rağmen [Y.N. Niz. m. 36, 39, 46] üç gün içinde sanığın *daireye* müracaat etmemesi nedeniyle 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 162, 209 ve 216. maddeleri hükümlerine muhalefet ettiği *belirtilerek*, aynı Kanunun 337. maddesinin ikinci fıkrası ile cezalandırılmasının talep edilmesi nedeniyle ... İcra Ceza Mahkemesince yapılan yargılama sonunda, ...sayılı karar ile ... *Kanununun 209 ve 216. maddelerine* muhalefet etmekten sanık A. S. A.. ın, anılan Kanunun 337. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca 10 gün disiplin hapsi ile cezalandırılmasına karar verildiği anlaşılmaktadır.” [vurgu eklenmiştir]

Kararda, adı geçen *sanık/gerçek* kişi A.S.A'nın, hakkında iflâs kararı verilen kişi [müflis] mi yoksa aleyhinde iflâs kararı verilen tüzel kişi tacirin İİK m. 345 hükmünde geçtiği şekliyle “...*müdürlerinden, mümessil ve vekillerinden, tasfiye memurlarından, idare meclisi reis ve azasından veya murakıp ve müfettişlerinden fiili yapmış olan...*” kimse mi olduğu hakkında bir açıklık yoktur.

⁶ 16. HD., 14.02.2012, 580/1202 (E-Uyar).

Bununla birlikte iflâs kararının ardından, iflâs dairesince tutulan iflâs dosyasından (İİK m. 208; Niz. m. 36/I, 39, 46) gönderilen muhtıraya, yazıldığı şekliyle sanığın, 3 gün içinde “...daireye müracaat...” ederek yanıt vermemesi; eş deyişle muhtıranın gereğini yerine getirmemesi nedeniyle cezalandırılması [*kim tarafından?*] istenmiştir. Sanığın, İİK’nın 337/II. maddesinde geçen aynı Kanunun bu kez 209 ve 216. maddelerine muhalefetten “suçlu” görülerek “cezalandırılması” uygun bulunmuştur. Bu yazım şekline göre maddi vakıanın, en azından İİK’nın 337/II. maddesinin içerdiği, yine aynı Kanunun 162. maddesinde geçen eylemle bir bağı görülmemiş ki olacak ki, [ceza tayini sırasında] anılan düzenlemeye bir atıfta bulunulmamıştır. Şu hâlde, biz de çalışma içerisinde, ilgili hüküm hakkında artık bir değerlendirme yapmayacağız.

Öte yandan aşağıda da denileceği üzere, İİK’nın 209 ve 216. maddesi hükümlerine, ceza tayini sırasında aynı anda göndermede bulunulması, özellikle maddi vakıanın ne şekilde cereyan ettiği konusunda, oldukça karmaşık ve yadırgatıcı bir görünüme yol açmıştır. Zira İİK m. 209 hükmü, İİK m. 208 hükmüne göre iflâsın açılmasından sonra *iflâs dairesince* masanın defteri tutulurken müflisin yapması gerekenleri düzenlemekteyken (Niz. m. 39, 40, 47); İİK m. 216, yine müflisin lâkin bu kez *iflâs idaresine* karşı olan yükümlülüğünü, hüküm altına almaktadır. Eş deyişle somut olayda sanığın, gerçekte kime karşı; hangi mükellefiyetinden imtina ettiğini aydınlığa kavuşturmak, mümkün olamamıştır.

Kararda geçtiği şekliyle ilgili iflâs dosyasından gönderilen muhtıraya karşın, sanığın 3 gün (?) içinde “...daireye müracaat etmemesi nedeniyle...” cezalandırılması istenmiştir. Eldeki bu kısıtlı/dolaylı bilgiden hareketle maddi vakıanın *-muhtırada yazılı işin içeriği ve nerede icra edileceği de dikkate alındığında-* İİK m. 209 hükmüyle *daha* (!) alâkalı olduğu düşünülebilir. Şayet öyle ise bu kez de ceza tayini sırasında, neden hâlâ İİK’nın 216. maddesi hükmüne gönderme yapıldığı dikkat çekmekte ve izaha muhtaç kalmaktadır.

Kısacası anılan şartlar altında ve en azından ceza verilirken İİK’nın 162. maddesi hükmüne herhangi bir gönderme yapılmamasından hareketle; somut olay hakkında varılabilecek ilk sonuç, her hâlükârda iflâsın açılmasından (İİK m. 165; 166; 184) sonraki döneme dair *müflis/sanıkla* alâkalı yükümlülüklerde bir imtinan yaşandığıdır. Bu arada, sözü geçen süreyle

alâkalı herhangi bir kanuni dayanak yoksa da tanınan mehilin muhtıraya konu işle *ölçülülük ilkesi* bağlamında⁷ (karş. İİK m. 310/I b. 7; TCK m. 162) ne derece örtüştüğü (*gereklilik/elverişlilik ve oranlılık unsurları yönünden*), nihayetinde *ceza* (?) tayini⁸ yoluna gidilecek olması nedeniyle tartışmaya açık bir başka meseledir.

Yargıtay 16. HD'sinin temyiz incelemesi neticesinde, tebliğnamedeki ilk derece mahkemesi hükmünün bozulmasına ilişkin talebi reddederken dayandığı gerekçe ise *-ki asıl çalışma konumuzdur-* içtihadın ikinci paragrafında yer almaktadır:

“Sanığın üzerine atılı bulunan suçun düzenlendiği 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 337. maddesinin ikinci fıkrasındaki, “...” şeklindeki hükümde, *atıf yapılan* birinci fıkranın Anayasa Mahkemesinin 28.02.2008 tarihli ve 2006/71 esas, 2008/69 sayılı kararı ile iptal edilmesi karşısında, ikinci fıkradaki eylemin yaptırımı kalıp kalmadığı hususunun çözümlenmesi gerekmektedir. Anayasa Mahkemesi anılan kararıyla İİK'nun 337. maddesinin birinci fıkrasını iptal etmiş olup, aynı maddenin *ikinci fıkrasının* halen yürürlükte olması nedeniyle *atıfta bulunulduğu* birinci fıkradaki yaptırımın yürürlükte olduğu, *ikinci fıkra hükümlerinin birinci fıkradaki yaptırımı hayatiyet verdiği ve kendisine mal ettiği*nin, böylelikle iptal edilen kanun hükmünün kendisine atıfta bulunulan hükümlerinin, bu yollama sınırı dahilinde yürürlükte kaldığının kabulü zorunludur. Hal böyle olunca itirazın reddine karar verilmesinde yasaya aykırılık bulunmadığından...” [vurgu eklenmiştir]

Yargıtay, İİK'nın 337. maddesinin birinci fıkrasının iptalinin ardından, bu şekliyle *-geriye kalan-* [eski] ikinci fıkra hükmüne göre ceza tayininin hâlâ mümkün olup olmadığı soruna değinmiş ve özetle AYM'nin *-itiraz başvurusunun/somut norm denetiminin ardından verdiği-* iptal kararının (AY m. 152, 153) ilk fıkrayla sınırlı bir sonuç doğurduğu; ikinci fıkrada geçen “...aynı ceza verilir.” ibaresinin ise ilk fıkrada yazılı yaptırımı -hukuken-

⁷ Ayrıntısı için bkz. Yıldırım, s. 98 vd; Sungurtekin Özkan, s. 197 vd; Özekes, s. 205 vd; Çiftçi, s. 124 vd; Özçelik, s. 225 vd. Ayrıca bkz. Aslan, s. 277 vd.

⁸ Karş. Muşul, s. 1843, dn. 2. Ayrıca bkz. Uysal, s. 1024.

yaşatmak ve mer'i kılmak bakımından yeterli olduğu, sonucuna ulaşmıştır⁹. Bu soru, özde, eklenecek başkaca soru ve sorunlarla birlikte çalışmanın da ana ögesini oluşturmaktadır.

B. Çözümü Gereken Hukuki Mesele

Yargıtay, içtihadın ikinci paragrafında, somut olay özelinde çözümü gereken meseleyi, İİK'nın 337. maddesinin ikinci fıkrasından "...atıf yapılan birinci fıkranın Anayasa Mahkemesinin ... kararı ile iptal edilmesi karşısında, ikinci fıkradaki eylemin yaptırımsız kalıp kalmadığı..." [vurgu eklenmiştir] şeklinde belirlemiştir ki bu, farklı şekillerde ifade edilebilecek ve hatta detaylandırılabilir olmakla birlikte, özde yanıt bekleyen doğru soru ve sorundur. Zira Kanun maddesinin *-bir zamanlar-* ikinci fıkrasında, *-bu kez gerçektende atıf yoluyla- belirtilen yükümlülükleri ihlâl edenler hakkında, yazıldığı gibi "... aynı ceza verilir."* şeklinde bir hükme yer verilmişse de bu cezanın somut olarak ne olduğunu, düzenlemenin *-o zamanki-* birinci fıkrasına bakıp okumadan belirlemek mümkün değildi. Anılan hükmün iki fıkrası arasında, içtihat da ifade edildiği şekliyle *-uygulanacak cezaya yönelik-* [lafzen de] bir atfın bulunup bulunmadığı; bu bağlamda belki de yanıtlanması gereken ilk sorudur.

Bununla birlikte doğrudan söz konusu kazai içtihatla ilgili olarak suçta ve *-somut olay özelinde- cezada* kanunilik ilkesi karşısında (AY m. 38/I, TCK m. 2/I; İHAS m. 7/I), anayasaya aykırı bulunduğu için iptal edilen hükmün bir kısmının *-en azından cezaya ilişkin parçacığının-* hâlâ yürürlükte olup olmadığıyla (*i*) aksi hâlde düzenlemenin kalan kısmının da yani eski ikinci fıkranın da artık Anayasaya aykırı kalıp kalmadığı (*ii*) sorunları, çalışma içerisinde, AY m. 38/I; 152/IV, 153/I, *1. cümle*; 6216 s. K. m. 43/III, *2. cümle*; IV; TCK m. 2/I hükümleri bağlamında, asıl olarak yanıtlanmaya çalışılacak meselelerdir.

İçtihat özelinde, yine anayasa ve bu kez daha ziyade iflâs ve (icra) ceza hukukları bağlamında tartışmaya açılması mümkün; *kanımızca* ilki kadar mühim başkaca sorunlardan da bahsedilebilir. Bunlar, görüldüğü kadarıyla kararda, yanıtız kalmıştır. Ne var ki, söz konusu diğer soru ve sorunların

⁹ Aynı yönde bkz. Coşkun, s. 194; Kürtül, s. 196.

Anayasa'nın 38/I. maddesi hükmü yanında, genel olarak Anayasa yargısı; özelde ise somut norm denetimi ve sonuçlarıyla (AY m. 152/IV, 153/I) alâkalı meselelerle bağı hayli zayıftır. Çalışmaya konu içtihadta ortaya atılan somut problemin hayli dışında kalmaları nedeniyle bu türden meselelerin, çalışma içerisinde, şimdilik sadece birer çalışma konusu/*çözüm bekleyen hukukî ihtilâf noktası* olarak vasıflandırılmasıyla yetinilecektir:

Bu bağlamda, derhâl şu aşikâr hususa temas etmek, kaçınılmaz olmuştur. Anayasa Mahkemesi, daha önce 2002 yılında, Kanunun 337/I. maddesinin anayasaya aykırı olmadığına -işin esasına da girerek- hükmetmişken¹⁰ yukarıda, Yargıtay kararına da konu, 2008 tarihli içtihadıyla aynı düzenlemeyi, bu kez anayasaya aykırı bulmuştur. Gerçi, hemen ifade etmek gerekir ki, *Anayasa Mahkemesince* denetimi yapılan mesele, anılan düzenlemenin, ilkinde (İİK m. 337/I) AY'nin 38/VIII. maddesine göre geçerli olup olmadığıyken; ikincisinde, AY m. 2/hükmü karşısında hukuki akıbeti olmuştur (*karş.* 6216 s. K m. 43/III, IV). Bununla birlikte 2002/2008 yıllarında yaşanan bu çarpıcı; 2008 tarihli kararda da yanıtız kalmış, *esastan* değişime, bir kez de AY m. 152/IV'le bağlantılı olarak hiç olmazsa temas edilmesi, kanımızca zorunluydu. Zira söz konusu hükmün apaçık içeriği, işin esasına girilerek verilen red kararının Resmi Gazetede yayımlanmasının ardından, 10 yıl geçmedikçe aynı hükmün bir kez daha Anayasaya aykırılığının somut norm denetimiyle/itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesince incelenemeyeceğini düzenlemektedir. Oysa 2002 yılındaki esastan red kararından sadece 6 yıl sonra, söz konusu hükmün *aslında* AY m. 2'ye aykırı olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Bu fiili durumun (*iii*) hâlen de yürürlükte olan 6216 s. K'nın 43/III-IV. maddesi hükümlerine göre Anayasaya aykırılık *iddiası*/talebi ve bunun *gerekçesi* kavramları ışığında incelenmesi gerektiği açıktır (aynı yönde *bkz.* *Mülga* 2949 s. K m. 29/I, II). Lâkin varılacak sonuç, her ne yönde olursa olsun, AY m. 152/IV hükmünün nasıl aşıldığına, önce AYM'nin, 2008 tarihli kararında bir yanıt vermesi beklenirdi.

İçtihadın birinci paragrafında, iflâs hukukuyla alâkalı gerçekleşmiş kimi maddi vakıalar, peşi sıra ve pek de detay içermeden yazılmıştır. Kararda geçenlerin özellikle ve bu kez icra- ceza hukukuyla (İİK m. 331-

¹⁰ AYM, 21.11.2002, 2001/415-166, (RG. 28.02.2003, S. 25034).

314) bir bağı kurulmak istenirse bunun yazıldığı kadar kolay ve sorunsuz olmadığına; en azından bir değerlendirmeyi fazlasıyla hak ettiğine -*şimdilik*- dikkat çekmek gerekir:

Söz gelimi, (iv) İİK'nın 346. maddesine de uygun olarak somut uyuşmazlıkta “ceza” kararını görevli icra mahkemesi vermiştir. Bu konuda kural olarak bir çekişme yoktur; olması da mümkün gözükmemektedir. Gelgelelim, 5358 s. K ile değişik İİK m. 346/I, III hükümleri arasındaki uyumun nasıl sağlandığına da bir yanıt bulmak; en azından bu konuda biraz daha açıklayıcı olmak gerekir. Zira anılan hükmün ilk fıkrasında “[b]u Kanun hükümlerine göre *disiplin veya tazyik hapsine* icra mahkemesi karar verir.” [vurgu eklenmiştir] denildiği hâlde; bu kez üçüncü fıkrasında, “[b]u Bapta yer alan *suçlarla* ilgili davalara, icra mahkemesinde...” [vurgu eklenmiştir] bakılacağı düzenlenmiştir. Bu şartlar altında, (α) hükmün üçüncü fıkrasındaki düzenlemeye rağmen birinci fıkrasındaki açıklığın, yersiz ve gereksiz bir tekrar olarak görülmemesi, ancak birinci fıkradaki yaptırımları gerektiren eylemlerin birer “suç” ve söz konusu yaptırımların da teknik ifadesiyle “*hapis cezası*” olarak vasıflandırılmamasıyla (karş. TCK m. 45, 46) mümkündür¹¹. Yine aynı şekilde, (β) birinci fıkrada geçen “*disiplin hapsi*” tabirinin CMK m. 2/I, I bendi hükmünde bir tanımı olmakla birlikte (karş. *Mülga* İİK m. 337/I; 339/I) “*tazyik hapsi*” için (karş. İİK m. 338/II, 340, 341, 343, 344) aynı durum geçerli değildir (karş. TCK m. 46)¹². Anılan türden hapisliklerin farklı şekillerde ifade edilmelerini gerektiren kendi içlerindeki -*varsa*- farklar bir yana¹³; bunu gerektiren eylemlerin şayet

¹¹ Ayrıntısı için bkz. **Muşul**, s. 1843; **Uysal**, s. 1024; **Özgenç**, s. 729-731; 16. HD., 20.11.2007, 1384/4598 (KazancıBB). Ayrıca bkz. İçBK. 11.12.1957, 16/28, (RG. 14.2.1958, S. 9834).

¹² Kanunlarda *disiplin hapsi* yerine, kimi hâllerde, *tazyik* (İİK m. 338/II, 340, 341, 343; 344/I) veya *zorlama hapsi* (6284 s. K m. 13; bu konuda ayrıca bkz. AYM 28.11.2013, 119/141, RG. 27.03.2014, S. 28954) tabirlerinin de kullanılabilmesine (ayrıca bkz. 5326 s. K. m. 40/III) ilişkin bkz. **Özgenç**, s. 731. Ayrıca bkz. 16. HD., 29.5.2007, 1378/2027, (KazancıBB); 11. CD., 3.10.2013, 17785/14246 (E-Uyar).

¹³ *Karş.* “Tazyik hapsi bir yükümlülüğün yerine getirilmemesinden dolayı verilir ve bu yükümlülüğün yerine getirilmesiyle son bulur. Buna karşılık, disiplin hapsi bir yükümlülüğün yerine getirilmemesinden dolayı değil, kısmî bir düzeni korumak amacıyla yaptırım altına alınmış bir fiilin işlenmesi dolayısıyla verilir. Bu nedenle, o işin yapıl-

bir suç olarak da vasıflandırılmayacaksa niteliği¹⁴, açıklanmaya muhtaç konulardandır.

İcra ceza hukuku yönünden *şikâyetin* özel bir yeri ve önemi vardır. İİK m. 347'de şikâyetin süresi, düzenlendiği gibi örneğin İİK m. 349/VI veya 351'de şikâyetçiyle alâkalı özel bir takım sonuçlar daha öngörülmüştür. Gerçi, Kanunun 16. Babında “Cezai Hükümler” başlığı altında düzenlenen ve yaptırıma tabi tutulan *her* eylem için ilgili hükümde, şikâyet şartından bahsedilmemişse de (*karş.* İİK m. 335; 336; 337/II; 338/II; 342; 345/b)¹⁵ şikâyet şartına bağlananlar için de örneğin sürenin özel olarak düzenlendiği görülmektedir (*karş.* TCK m. 73/II). Hâl böyleyken (v) -içtihadada konu olaya da uygulanan- İİK m. 337/II'de, mahkemeye verilecek bir “*müzekkere*” den söz edilmiştir (*karş.* 5411 s. K. m. 162; TCK m. 12/I). Hâlihazırdaki *ihbar/şikâyet/talep* (CMK m. 158; TCK m. 11/II; 12/I, 13/II; 73) kavramları karşısında, *müzekkerenin -soruşturma/kovuşturma koşulu olmak bağlamında-* neye delâlet ettiği, *kanımızca* değinilmeyi bekleyen bir başka sorundur¹⁶. Kanunun 331-345b maddeleri arasındaki hükümlerden sadece 337/II. maddesinde, “*müzekkere*” tabiri geçmekle (*karş.* İİK m. 331/V; 332/III; 333/a; 334; *mülga* 337/I; 337/a, 338/I; 339; 340; 341; 343; 344; 345/a) bunda, (α) acaba söz konusu müzekkerenin *iflâs idaresince* tanzim edileceğinin düzenlenmesinin bir etkisinin olup olmadığı, çalışılmaya değerdir. Eş deyişle iflâs idaresinin hukuki mahiyetine ilişkin tartışmaların bir sonucu olarak mı (*karş.* İİK m. 227) söz konusu *organın* (?)¹⁷ şikâyette bulunamayacağına kanaat getirildiğinin, yanıtlanması gerekir. Şayet böyle ise (β)

ması, yerine getirilmesi disiplin hapsini sona erdirmez. Ancak, ... yasa koyucu ... borcun ödenmesini disiplin hapsinin düşmesi için yeterli saymıştır [Y.N. *karş.* İİK m. 354/I]” (Coşkun, s. 198).

¹⁴ Muşul, s. 1843. *Karş.* Uysal, s. 1024.

¹⁵ *Karş.* Muşul, s. 1845.

¹⁶ Resmî makamın şikâyeti için kullanılacak “*talep*” tabirinin ayrıntısı için bkz. Özgenç, s. 614; 619 vd; Center/Zafer/Çakmut, s. 213. *Karş.* Artuç/Bıkmaz, s. 548. *Yazarlar*, İİK m. 337/II hükmü için iflâs idaresine “*muhbir*” sıfatını yükledikten sonra düzenlenen, takibi şikâyete bağlı suç olarak vasıflandırmışlardır. *Karş.* Kürtül, s. 197.

¹⁷ Ayrıntısı için bkz. Umar, s. 260 vd; Postacıoğlu, s. 56; Yılmaz, s. 45 vd; Deren-Yıldırım, s. 106-114; Üstündağ, s. 131. *Karş.* Lepa, s. 230 vd; BVerwG, ZIP 2006, 530 vd; Werres, s. 32.

başlatılacak ceza muhakemesi bakımından; örneğin şikâyet hakkının *-sürenin geçmesi nedeniyle-* düşmesi gibi bir sonucun (İİK m 347) bu hâlde *de* gerçekleşip gerçekleşmeyeceği¹⁸, açıklama bekleyen bir diğer mesele olmaktadır.

Sözü edilen müzekkerenin hukuki niteliği yanında, kimin tarafından mahkemesine verileceğine yönelik, hükümde geçen belirleme de izaha muhtaçtır (*vi*). İİK'nın 337/II. maddesine göre müzekkere, *iflâs idaresince* verilecektir. Bu açık görevlendirme, aynı işi gören bir başkasınca söz konusu müzekkerenin tanzimine ne ölçüde manidir? İİK m. 218 hükmüne göre basit tasfiye sırasında, adi tasfiyedeki iflâs idaresine ait tüm işler, iflâs dairesince görülür¹⁹. Böyle bir durumda, (α) örneğin İİK m. 216'daki yükümlülüğün ifası artık gerekli mi değildir? Yoksa cezası mı bulunmamaktadır? Basit tasfiyenin yürütüldüğü bir sırada, İİK m. 216'da düzenlenen ihtiyacın yahut korunan menfaatin geçerli olmadığı, söylenebilir mi? İflâs tasfiyesinde geçerli ve aralarında sadece masanın büyüklüğüne bağlı olarak basitlik, kolaylık ve ucuzluk yönlerinden fark bulunan iki alt *-tasfiye-* metodun(un), İİK m. 216'da düzenlenen ihtiyaç ve bu nedenle getirilen yükümlülük özelinde de bir fark taşıdığını düşünmek, ne ölçüde mümkündür? Oysa bu kez İİK'nın 337/II. maddesi hükmünde "*iflâs idaresine*" yapılan *-dar fakat-* açık gönderme ve görevlendirme, basit tasfiyede ve aslında en genel anlamıyla iflâs idaresinin teşekkül etmediği her hâlde, söz konusu eylemin nasıl yaptırma bağlanacağı konusunda soruna yol açmaktadır.

Yine bir başka açıdan meseleye bakıldığında; İİK m. 209 hükmünde sayılı yükümlülükler yönünden müflis, tasfiyenin şekli de henüz bu aşamada

¹⁸ Karş. Kürtül, s. 197. Ayrıca bkz. Özgenç, s. 729. Yazar, İİK'yla ilgili olarak *disiplin* hapsine karar verebilmek bakımından disiplin hapsi süresi göz önünde bulundurularak bir *-dava-* zamanaşımı süresinin öngörülmediğini; sadece *yerine getirme zamanaşımı süresinin* (İİK m. 354/II) düzenlendiğini belirtmiştir. Ne var ki, *disiplin* ve *tazyik* hapsine tabi tutulan eylemler için yani İİK'nın 339/I, 340, 341, 343, 344. maddesi hükümlerinde, şikâyet şartı getirilmiş olup süresi de İİK m. 347'de ayrıca düzenlenmiştir. Bu kapsamda, ayrışık durum yaratan hükümlerden ilki, bu çalışmanın da konusunu oluşturan İİK m. 337/II; diğeri ise şikâyet şartı konusunda hiçbir açıklık içermeyen ve ilk fıkrasından bağımsız bir eylemi haiz İİK m. 338/II hükmüdür.

¹⁹ Postacıoğlu, s. 51; Üstündağ, s. 190; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 605; Muşul, s. 1618, 1619; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 726.

belli olmadığından; sadece iflâs dairesiyle karşı karşıyadır. Dolayısıyla müflis, yazılı yükümlülükleri -*şahsen*²⁰ hazır bulunma; [mallarını] *gösterme* ve [yine mallarını] *emre hazır tutma*- ihlâl edecek olsa bunları sadece *iflâs dairesine* karşı ifadan kaçınır. Oysa anılan ihlâl ile ilintili olarak tanzim edilecek müzekkere için -*adi tasfiye metodu da icra edilecekse*- iflâs idaresinin teşekkül etmesi mi beklenecektir (İİK m. 221-223)? Bu bağlamda, (β) *ya* adi tasfiye metodu icra edilmezse (ayrıca bkz. İİK m. 256) veya iflâs idaresi teşekkül edemezse (İİK m. 222) yahut da teşekkül edene kadar -*şayet geçerliyse*²¹- İİK m. 347'deki süre kaçırılırsa (ayrıca *karş.* İİK m. 162²²)? İİK m. 209'da yazılı yükümlülüklerin iflâs dairesine karşı ifası gerektiği hâlde neden *müzekkerenin* iflâs idaresince hazırlanacağı ve -*öyle ise*- bu ana kadar beklenmesinin gerekçesinin ne olabileceği, hayli tartışmaya açıktır. Şayet iflâs *dairesi* özelinde bir kural içi boşluğun olduğu kabul edilecekse o zaman da *kıyas* yoluyla kovuşturma şartının ihdas edilip edilemeyeceğini tetkik etmek uygun olur ki, bu da çalışmanın konusunu yine fazlasıyla aşan bir mesele olmaktadır.

Son bir tartışmanın da öngörülen yükümlülüklerin *içeriği* hakkında (vii) yapılması mümkündür: Söz gelimi, İİK m. 216'ya göre müflis, iflâs idaresinin “*emri altında bulunmakla*” mükelleftir. Aynı yükümlülük, masanın defteri tutulurken iflâs dairesine de karşı geçerlidir ve bu hâlde ayrıca mallarını göstermeye ve hatta hazır bulundurmaya da mecburdur (İİK m. 209; *karş.* İİK m. 74; 76; 80/II, III; 85/II). Son hükümde geçen “*mallar*” tabirinden, Nizamname'nin 40/II. maddesine göre kısaca malvarlığın *aktifini* anlamak mümkündür (ayrıca bkz. Niz. m. 47). Oysa müflisin, -emri altında- *bulunmak*; *göstermek* şeklindeki yükümlülüklerinin cebren nasıl icra edilebileceği meselesini, bir kez de müflisin sahip olduğu temel haklar bağlamında ve özellikle ölçülülük ilkesine göre değerlendirmek uygun olur. İflâs hukukunda, hangi metodun -*tasfiye yahut yeniden yapılandırma*- takip edileceğinden bağımsız olarak alacaklıların, masanın durumu hakkında, *acilen*; *doğru* ve *eksiksiz* bilgiye ihtiyaç duyduğu açıktır (ayrıca bkz. İİK m.

²⁰ Muşul, *İflâs Suçları*, s. 138.

²¹ *Karş. Muşul*, s. 1845. Ayrıca bkz. Kürtül, s. 197.

²² Üstündağ, s. 30, 31; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 481; Muşul, *İflâs Suçları*, s. 137.

215; 251/I; Niz. m. 47. *Karş.* InsO § 97/I-II, 98/I; KO § 100, 101; 1978 BC § 521; IA 1986 § 291; 333; 354/III)²³. Buna karşın sahip olunan [yargısal] temel haklar, müflisin *söz gelimi* şahsı üzerinde, gereğinde cebren tatbik edilecek tedbirlere (*karş.* İİK m. 216) bir sınır getirmektedir. Eş deyişle müflisin *örneğin* kişi hürriyetinden (AY m. 19/I); yerleşme ve seyahat özgürlüğünden (AY m.23/I) alı konmasına yol açabilecek yükümlüklerin/tedbirlerin cebren icrası ihtimâli, -yatay ilişkide- bir temel hak çatışmasını da beraberinde getirmektedir²⁴.

Çalışmanın konusu, söz konusu yükümlülüklerin özellikle mukayeseli hukuktaki hükümlerle birlikte incelenmesi olmadığı için bu hâlde, müflis özelinde gerçekleşmesi olası temel hak ihlâllerine, ölçülülük ilkesi yoluyla nasıl mani olunabileceğine de girilmeyecektir²⁵. Gerçi müflis bakımından temel hak ihlâline yol açması kuvvetle muhtemel durumlar, bunlarla (İİK m. 209/I, 216) sınırlı olmayıp *örneğin* İİK m. 184/II; 210/I veya 215/I-II hükümlerinin de²⁶ (*karş.* 1986 IA §371) haberleşme hürriyeti (AY m. 22/I), özel hayatın gizliliği (AY m. 20/I); konut dokunulmazlığı (AY m. 21) veya susma hakkı gibi temel hakları zedeleyip zedelediğini tartışmak gerekebilecektir²⁷.

²³ *Karş.* BVerfGE 56, 48 vd. Bu kararda geçen *müflisin*, alacaklılarına karşı borçlu olup onların temel hakkını bu suretle zaten ihlâl ettiği gerekçesiyle olağan koşullarda sahip olması beklenen kimi temel haklarından artık mahrum kaldığı (kalmaması gerektiği) görüşü, öğretide, tasvip gördüğü gibi (Stürner, s. 1760) özellikle işbirliği/beyan yükümlülüğüyle alâkalı olarak kişinin kendini suçlayıcı beyanda bulunmaya zorlanamaması yönündeki (AY m. 38/V) temel hak karşısında şüpheyle de karşılanabilmiştir (Wolf, s. 125). Bu tartışmalar altında nihayetinde, InsO § 97/I hükmüyle varılan sonuç, bir anlamda ölçülülük ilkesine uygun netice, *yani kişinin bu yükümlülük altında verdiği bilgilerden ötürü suçlanamaması*, öğretide daha tercihkar bulunmuştur (şimdilik bkz. HK/Eickmann, § 97, Rn. 13; ayrıca bkz. Lepa, s. 197).

²⁴ Lepa, s. 29, 30, 52. Oysa *karş.* BT-Drucks. 12/2443, 78.

²⁵ Şimdilik bkz. Lepa, s. 102, 197 -202; Werres, s. 90 vd.

²⁶ Örneğin bkz. Üstündağ, s. 113.

²⁷ Ayrıca bkz. ECHR, *Luordo v. Italy*, 17.10.2003, App. no. 32190/96, § 70, 71; ECHR, *Foxley v. UK*, 20.09.2000, App. no. 33274/96, § 37.

II. DEĞERLENDİRME- KANAAT

A. Anayasa Mahkemesi'nin 2002 ve 2008 Yıllarındaki İİK m. 337/I ile İlgili Kararlarının AY m. 152/IV Hükümü Yönünden Değerlendirilmesi

Anayasa Mahkemesi'nin İİK'nın 337/I. maddesi hükmünü iptal ettiği kararı, aynı hükmün iptali hakkında somut norm denetimi/*itiraz* yoluyla işin esasına girip talebi bu kez reddettiği, 2002 tarihli kararından sadece 6 - Resmi Gazetede yayınlanmasından ardından ise 5- yıl sonraki bir tarihe denk gelmektedir. Aradan geçen dönem içinde, *ne* İİK'nın 337. maddesi hükmünde *ne de* Anayasa'da herhangi bir değişikliğinin olduğu dikkate alındığında²⁸; 2008 tarihli kararda, bu konuda hiçbir açıklayıcı ibarenin geçmemesi²⁹, AY m. 152/IV hükmü karşısında (aynı yönde *bkz.* 61216 s. K m. 41), düşündürücüdür.

AYM'nin 2008 tarihli kararı, özellikle İİK'nın 337/II maddesi hükmüyle ilgili *yapmadıkları* üzerinden zaten çalışmamızın odağında olmakla birlikte salt bu yönüyle dahi değinilmeyi fazlasıyla hak etmektedir. Dikkat edileceği üzere, 2008 tarihli kararda, ilk derece mahkemesince İİK'nın 337. maddesinin -tüm fıkralarıyla- anayasaya aykırılığı ileri sürülmüşse de AYM, hükmün ikinci fıkrasının davada uygulanacak kural olmaması nedeniyle (AY m. 152/I) esas hakkında bir inceleme yapmamış; -esastan- anayasaya uygunluk denetimini, sadece ilk fıkrayla sınırlı tutmuş-tur.

Mahkemenin sözü edilen iki kararı arasındaki farklardan ilki, öncekinin -sadece- AY m. 38/VIII hükmü özelinde bir denetimle yetinmesine karşın sonrakinin Anayasanın 2. maddesiyle alâkalı -*aynı eylem nedeniyle birden fazla kez yargılanamama ve cezalandırılmama ilkesine göre-* bir gerekçeyi içermesidir. Somut norm denetimiyle/*itiraz yoluyla* ilgili olarak 6216 s. K'nın 40/I, *a*; Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 46/I, *a* maddesi hükümlerinde, söz konusu mahkeme kararlarının *gerekçeli* olması, *yani* iptali istenen hükümlerin Anayasanın hangi maddelerine hangi nedenlerle aykırı olduklarının açıklanması gerektiğinden söz edilmiş olmasına karşın; bu kez

²⁸ Ayrıntısı için bkz. **Öden**, s. 69; **Ülgen**, s. 235 vd, 240, 241.

²⁹ Aynı yöndeki "*usul*" için bkz. AYM, 11.3.2003, 2002/55-8, (RG. 16.12.2003, S. 25318); AYM, 31.1.2007, 2004/31-11, (RG. 18.5.2007, S. 26526). Ayrıca bkz. **Ülgen**, s. 242.

aynı Kanununun 43/III. maddesi hükmüne göre (aynı yönde bkz. 2949 s. K m. 29/I) “Mahkemenin ... Anayasaya aykırılığı hususunda ileri sürülen gerekçelere dayanma zorunluluğu yoktur. Mahkeme, taleple bağlı kalmak şartıyla başka gerekçeyle de Anayasa aykırılık kararı verebilir.” [vurgu eklenmiştir]. Bu bağlamda, sözü geçen taleple bağlılıktan kasıt -Mahkemece itiraz başvurusu üzerine işin esası hakkında sadece iptal kararı verilebileceği dikkate alındığında³⁰-, daha ziyade iptali istenen örneğin kanun hükmüyle [yani bir anlamda sebeple, karış. HMK m. 119/I, e] bağlılık olup gerekçeden murat edilen ise esasen dayanılan hukuki sebep (karış. HMK m. 119/I, g) yani ilgili Anayasa hükmüdür³¹. Bu durum, AYM’nin bir kararında³², “...Diğer taraftan, Anayasa Mahkemesinin anayasal denetimde, itiraz yoluna başvuran mahkemenin Anayasa’ya aykırılık hususunda ileri sürdüğü gerekçelere dayanma zorunluluğu bulunmadığı gibi Mahkeme taleple bağlı kalmak şartıyla başka gerekçeyle de Anayasa’ya aykırılık kararı verebilmektedir. Başka bir deyişle Anayasa Mahkemesince kurala ilişkin olarak yapılan anayasal denetim, başvuran mahkemenin ileri sürdüğü gerekçelerle sınırlı olarak yapılmamakta, yapılan denetim ilgili görülen tüm Anayasa kurallarını kapsamaktadır...” şeklinde açıklanmıştır³³.

Ne var ki, içtihatteki kesinliğin aksine anılan kanun metninin en azından lafzı dikkate alındığında; AYM bakımından sanki bir yükümlülüğün de yaratılmadığı izlenimine kapılmak, kolaylıkla mümkündür. Bu bağlamda, 6216 s. K m. 43/III hükmünde yazılı anlayışın *iura novit curia* ilkesiyle de uyumlu olduğu görülmektedir (karış. HMK m. 33/I). Bununla birlikte taleple -daha ziyade sebebi olan örneğin ilgili kanun hükmüyle- bağlılığın, aynı kanun hükmünün Anayasa’nın hangi normuyla çatıştığı konusunda, itiraz başvurusunda dile getirilen hukuki sebep/gerekçe üzerindeki etkilerinin, bir kez de AY m. 152/IV’deki kısıt üzerinden sorgulanması gerekir³⁴. Anayasa

³⁰ Ayrıca bkz. Tanör/Yüzbaşıoğlu, s. 502, 503.

³¹ Ülgen, s. 107-110. Ayrıca bkz. Boyacıoğlu, s. 170 vd.

³² AYM, 28.5.2013, 55/67, (RG. 27.03.2014, S. 28954).

³³ Aynı yöndeki Danışma Meclisi ve Milli Güvenlik Konseyi Anayasa Komisyonu Gerekçeleri için bkz. Akad/Dinçkol, s. 597-598.

³⁴ İİK’nın 352/a maddesi hükmüyle ilgili olarak bkz. AYM, 11.3.1986, 1985/32-9; (RG. 9.5.1986, S. 19102); AYM, 12.4.1991, 12/9, (RG. 2.5.1991, S. 20859); AYM, 26.5.1992,

Mahkemesinin -itiraz başvurusundaki- *gerekçeyle* bağlı olmaması ilkesinin, anılan süre şartının kabul edilerek düzenlenmesinde -uzunluğuna yönelik tartışmalar saklı kalmak kaydıyla- önemli bir yeri olduğu ifade edilmektedir³⁵. Buna karşın kararlarda, *Mahkemece* Anayasanın hangi maddeleri üzerinden bir değerlendirme yapıldığının açıkça belirtildiği; dolayısıyla farklı bir gerekçeyle süre şartına artık takınılmaması gerektiği de öğretilmiş savunulmuştur³⁶. Oysa bir yandan *Mahkemenin* gerekçeyle bağlı olmaması yönündeki örneğin 6216 s. K m. 43/III hükmüyle genel ilkeye üstünlük verip öte yandan mer'i AY m. 152/IV'deki kısıtın sadece ilgili -*kararda geçen*- gerekçeyle sınırlı olacağını savunmanın da tutarlı olmayacağı, ileri sürülmüştür³⁷. Gerek anılan içtihadı gerekse hükmün yasalaşmasına hakim olan tereddütsüz irade esas alındığında; 2003 tarihli kararla itiraz başvurusu esastan reddedilirken ilgili normun yani İİK m. 337/I'in, her hâlde sadece itiraz sırasında, ilk derece mahkemelerince gösterilen gerekçe olan AY m. 38/VIII hükmüyle sınırlı olmaksızın -kararın gerekçesinde de geçtiğinin aksine- *tüm* Anayasa hükümleri bağlamında Anayasaya uygunluğunun incelenmiş ve irdelenmiş *olması beklenir*. Bir başka anlatımla *Mahkeme'nin* yine aynı İİK m. 337/I hükmüyle ilgili olarak bu kez 2008'de -hükmü iptal ederken- dayandığı hukuki sebep/*gerekçe* (AY m. 2), o tarihte de -2002'de geçerli ve yürür-lükteyken aksi yöndeki düşüncenin 6216 s. K m. 43/III'de geçen "*verebilir*" şeklindeki -*zorunlu ve vazgeçilmez olarak görülen*³⁸ *lâkin nihayetinde bir-* yetkiye dayanılarak ileri sürülmesi, acaba bu son kanun hükmünün de hiyerarşik olarak üstünde yer alan AY m. 152/IV ile ne ölçüde örtüşmektedir³⁹?

31/37, (RG. 22.6.1992, S. 21262) ve son olarak AYM, 4.2.1997, 1996/65-31, (RG. 19.09.1997, S. 23115).

³⁵ **Öden**, s. 70; **Ülgen**, s. 240. Ayrıca bkz. **Aliefendioğlu**, s. 233-234; **Kaboğlu**, s. 92.

³⁶ **Öden**, s. 69; **Ülgen**, s. 240; **Kaya**, s. 174.

³⁷ **Soysal**, s. 260; **Kuzu**, s. 191.

³⁸ **Öden**, s. 70, *dn.* 42.

³⁹ AYM'nin itiraz başvurusunun esastan reddine karar verirken yaptığı denetim sırasında, dayandığı ölçünün -ilgili Anayasa normunun- yerine; aynı hükümle alâkalı yeni bir itiraz başvurusunda, bu kez bir başka ölçüye dayanıldığında; AY m. 152/IV ve 153/I hükümleri karşısında, özellikle de AYM kararlarının "*kesin*" olduğundan hareketle yeniden bir denetimin yapılıp yapılmayacağına yönelik tartışma, 1982 Anayasası'nın ve

onun 152/IV. maddesi hükmünün bir sonucudur (**Tanör/Yüzbaşıoğlu**, s. 481; **Ülgen**, s. 236-238). Anılan kısıtın bir istisna -ve tabiatı gereği anayasal denetime mani- olduğu; dolayısıyla da dar yorumlanması gerektiği ileri sürülebilir. Bununla birlikte, somut norm denetiminde/itiraz yolunda, “kesinliğin” kapsamına, *hukuki gerekçelerin/sebebin* girmediğinin HMK m. 303’de olduğu gibi tereddütsüz bir biçimde dile getirilmesi, ne ölçüde mümkündür? Zira *Mahkeme* önündeki işte(?), medeni usul hukukundaki taraf/sebeplere konu üçlemesi, tipik olarak görülmez. O hâlde, kanunların anayasaya uygunluğunun denetlenebilmesi adına AY m. 153/1’deki *kesinlikten* derhâl -yine bilinen şekliyle- *kesin hükmün* mü anlaşılması gerektiği, tartışılmaya değerdir (*Karş. Kaboğlu, Genel Esaslar*, s. 329). [İptal edilen örneğin kanun hükmünün tekrardan *Mahkemenin* önüne gelmesi, mümkün olmadığından; bu hâlde *kesin hüküm* ihtiyacından zaten bahsedilemez]. AY m. 152/IV’deki kısıtın kapsamıyla ilgili olarak -*elbette ki iptal talebi esastan reddedilen örneğin kanun hükmü bağlamında-*; önceden de var olan bir *hukuki sebebin* yani Anayasa hükmünün, yeni bir itiraz başvurusuyla bu kez -ilk defa- hükme esas alınıp alınmayacağı gibi bir sorunun, örneğin medeni usul hukukunda bir yerinin ve değerinin olamayacağı açıktır. Zira hâkim, hukuku re’sen uygular ve tarafların göstereceği/ daya-nacağı hukuki sebeple de bağlı değildir (HMK m. 33/1). Nihayetinde ortaya çıkan kesin hüküm etkisiyle de artık aynı ihtilâfın -*ıpkı tartışma konusu meselede olduğu gibi-* var olup da gözetilmemiş bir başka hukuki sebep üzerinden yeniden görülmesi mümkün değildir. Oysa Anayasa yargısında, somut norm denetimiyle ilgili olarak bu sorun, *Anayasa düzeyinde* acaba nasıl düzenlenmiştir? Aslında hukuki sebebin bir üst norma yani Anayasaya uygunluğunun çözülmeye çalışıldığı bir ihtilâfta, AYM, hukuku re’sen mi uygulamaktadır? 6216 s.K’nın 40/I, a maddesinde, usulî bir şart getirilmişse de (*karş. AY m. 141/III*) mahkeme, nihayetinde bununla bağlı mıdır? Gerçi yine kanun düzeyinde, 6216 s. K’nın 43/III. maddesinde *Mahkemenin* hukuki sebeple bağlı olmadığı, düzenlenmiştir. Oysa bu noktada, tartışmaya açmak istediğimiz *öncelikli* konu, *Anayasa yargısına* ait yargılamaya hakim olan ilkelerin *kanun* düzeyinde ele alınıp alınmaya-cağıdır. Örneğin 6216 s. K’nın bu kez 43/IV. maddesinde, taleple bağlılık ilkesine istisna getirilmiş; talep edilenin yanında, yazılı şartla bir başka kanun hükmünün de re’sen iptaline cevaz verilmiştir. Oysaki başta görevi olmak üzere AYM ile ilgili meseleler, doğrudan Anayasa’da düzenlendiği hâlde AY m. 148/I ve 152/I hükümleri, *Mahkemeye*, -ne kadar mantıklı ve tabii olursa olsun- *re’sen* iptal özelinde bir yetki vermemiştir (*karş. Boyacıoğlu*, s. 172). İlginçtir, AY m. 148/V’deki gibi bir yetki devri de somut norm denetimiyle ilgili hükümler arasında bulunmamaktadır. Şu duruma göre *Mahkemenin* yargılama usulüyle ilgili ve dolayısıyla görevini etkileyen böylesine ilkesel bir tercihin kanunla düzenlenmesi, ne ölçüde mümkündür (Ayrıca bkz. **Boyacıoğlu**, s. 169 vd)? Aynı şekilde, AY m. 152/IV’deki kısıta rağmen; *Mahkemeye* somut norm denetimi sırasında, gösterilen hukuki sebeple bağlı olmama şeklindeki bir yetki, kanunla nasıl verilmiş olabilir? Şayet böyle bir yetki veriliyorsa kesinliğin de *Mahkemenin* kararında dayandığı Anayasa hükmüyle sınırlı olduğu, nasıl söylenebilir?

Hâkimin bir yandan hukuki bildiği ve fakat o işte göz ardı ettiği/unutmuş olabileceği, ne gerekçeyle savunulabilir? Bütün bunlara karşın AY m. 152/IV hükmüne, *itiraz* yolunda geçerli yargılamaya hâkim olan ilke belirlenmeden anlam kazandırmak olası mıdır? Zira her iki şekilde de meselenin değerlendirilmesi mümkündür. Örneğin: *i*) AY m. 152/I hükmü, mahkemenin uygulanacak kanun hükmünü "...Anayasaya..." aykırı görmesinden söz etmiş; belli bir madde atfına yahut gerekliliğine yer vermemiş; aynı şekilde söz konusu kısım da toptan "...Anayasaya..." aykırılıktan bahsetmekle yetinmiştir; *ii*) öte yandan kesinliğin sonucu olan böyle bir kısıttan -tekrar- söz edilmiş gibi görünse de anılan hükmün, AY m. 153/I karşısındaki özelliği, hükme esas maddi vakıalardan farklı olarak *Mahkeme* hükmüne dayanak Anayasa hükümlerinin yani *hukukun* zaman içinde farklı yorumlanmasının mümkün olmasıdır; bu nedenle de anılan kesinliğin sadece 10 yılla sınırlı olması amaçlanmıştır. Karşıt bir görüş olarak *i*) ise aslında Anayasa hükmü gereği gerekçeli olması gereken mahkeme kararında (AY m. 141/III) gösterilen sebeple bağlı inceleme yapılmaktadır; çünkü taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının *ciddi* bulunması gerektiğinden; bu *ciddiyetin* ancak doğrudan ilgili Anayasa hükümleri bağlamında değerlendirilmesi mümkündür; *ii*) *hukuka hukukun uygulanmasından* ibaret bu yargılamaya faaliyetinde, Anayasa hükümlerinin zaman içinde kazanacağı farklı anlamların söz konusu hükmün Anayasal geçerliliğini *artık* şüpheli hâle getirmesi mümkün-dür; *iii*) Anayasa Mahkemesinin vakıalarla/maddi gerçekle bir işi olamaz; lâkin uygulama-nacak normun Anayasaya uygunluğu ise her bir ihtilâf için (tarafa-sebebe-konuya göre) Anayasanın farklı normlarının kullanılmasını gerektirebilir; şu hâlde maddi gerçeğin bulunmasından ziyade ve ondan bağımsız olarak *hukukun ne olması gerektiğine* karar verilirken gerek eldeki ölçütün -tüm bir Anayasanın- *anlamının* zaman içindeki değişkenliği gerekse her bir -kanun- hükmün(ün) her bir maddi vakiaya göre kazanacağı farklı anlam; o sırada kullanılmayan *somut* ölçütün (Anayasa normunun) yeni bir itiraz başvurusunda tüketilmesini haklı ve zorunlu kılabilir; aynı kanun hükmü de uygulama-nacak olsa, her bir somut ihtilâfın Anayasa'nın farklı farklı maddelerini ilgilendirmesi [maddi vakiayla bağı kopuk Anayasa Mahkemesi özelinde, *karş. Ülgen*, s. 255-260] pekâlâ olasıdır; *iv*) AY m. 153/I'de geçen kesinlik sonucu, bu kez AY m. 152/IV hükmüyle hem süre hem de ilgili kanun maddesi yönünden sınırlandırıldığı gibi red kararının Resmi Gazetede yayımıyla yasağın başlamasına yapılan vurgu nedeniyle *gerekçe* içerisinde geçen Anayasa hükümleri özelinde de bir değerlendirmeyi haklı kılmaktadır; zira AY m. 153/VI hükmü, söz konusu kararların zaten Resmi Gazetede yayınlanacağını amirdir; bu hâlde gereksiz bir tekrar da yapılmış olamayacağından; red kararının gerekçesinin ve orada yazılı ölçütlerin özel bir yeri ve önemi olmalıdır. Bütün bu anılan ve farklı yönlerdeki ihtimâller ışığında temeldeki mesele, *kanımızca, kuruluşu, görevi, kararlarının etkisi ve sonucu* doğrudan Anayasa'da düzenlenmiş bir mahkemenin yargılama usulüne hâkim olan ilklerinin kanunla düzenlenmesinin mümkün olup olmadığıdır.

Kısacası AYM'nin 2008 tarihli kararı, içeriğinin meşruluğundan bağımsız olarak AY m. 152/IV hükmü özelinde, bir izahı, fazlasıyla gerektirmektedir.

B. Anayasa Mahkemesi'nin 2008 tarihli İptal Kararında -bu kez- İİK'nın 337/II maddesi Hükmüyle İlgili Verdiği -Usulî- Kararın Etkisi ve Sonucu

6216 s. K'nın 43/IV. maddesine göre ise *Mahkeme* (aynı yönde bkz. *Mülga* 2949 s. K m. 29/II), itiraz yoluyla iptali talep edilen örneğin kanun hükmü yanında şayet “[b]aşvuru ... kanunun, ... sadece belirli madde veya hükümleri aleyhine yapılmış olup da, bu madde veya hükümlerin iptali kanunun, ...diğer bazı hükümlerinin veya tamamının uygulanamaması sonucunu doğuruyorsa, keyfiyeti gerekçesinde belirtmek şartıyla ..., uygulama kabiliyeti kalmayan kanunun, ... bahis konusu öteki hükümlerinin veya tümünün iptaline karar verebilir.”[vurgu eklenmiştir]. Eş deyişle sözü edilen taleple bağılılık, bu hâlde bozulmakta ve talep edilmeyen ilgili [kanun] hükmün(ün) de re'sen iptali söz konusu olabilmektedir⁴⁰. Lâkin anılan düzenlemede geçen ve taleple bağılılık ilkesine getirilen istisna, kullanılması için talebi de gerektirmeyen bir yetki olup *Anayasa Mahkemesine herhangi bir yükümlülük yüklememektedir*⁴¹.

Somut norm denetimiyle/itiraz yoluyla *Mahkemenin* önüne İİK'nın 337. maddesi hükmü gelmişse de AYM, AY. m. 152/I ve -o zamanki- 2949 s. K'nın 28. maddesine göre (6216 s. K. m. 40/I) İİK'nın 337 maddesinin 2. fıkrası hükmünü, mahkemenin bakmakta olduğu davada uygulayacağı kural olarak görmemiş ve iptal talebini *-mahkemenin yetkisizliği nedeniyle*⁴²- reddetmiştir. Oysa anılan hükmün, -aşağıdaki değerlendirmeler doğrultusunda- pekâlâ üstte sözü edilen yetki de kullanılmak suretiyle iptali mümkün olabilirdi. Bu, yapılmamıştır. Buna karşın, anılan yetkinin kullanılmamasından; söz konusu hükmün zımnem de olsa anayasa uygun bulunduğu sonucunu çıkartmaya olanak bulunmamaktadır. Zira taleple bağılılık ilkesine

⁴⁰ Bu hâlde AY m. 152/IV hükmünün de olumsuz bir etkisi söz konusu olmamaktadır (Ülgen, s. 245-246; Kaya, s. 174, 175).

⁴¹ Ülgen, s. 108, 109.

⁴² Gerek/Aydın, s. 343.

getirilen *istisna*, *Mahkemeye* sadece bir yetki vermekte ve fakat yükümlülük yüklememektedir. Kaldı ki, kararda, *Mahkemenin* anılan hükmün esas hakkında yapmış olduğu hiçbir muhakeme; varmış olduğu menfi/müspet hiçbir kanaat yazılı değildir. Eş deyişle hâli hazırda mer'i hükmün anayasaya uygunluk denetimi, davada uygulanacak norm olmaması nedeniyle yapılmamıştır. Şu hâlde AY m. 153/I özelinde bir *kesinlik* söz konusu ise dahi bu, ancak anılan usulî kararın içerdiği -usulî- eksiklikle ilgili olabilir⁴³. Sözü geçen yetkinin tam da bu sırada kullanılabileceğine ilişkin kanaatimiz bir yana *Mahkemece* iptal sonrası geriye kalan hükmün, sadece söz konusu yetki kullanılmadığı gerekçesiyle Anayasaya uygun görüldüğünü düşünmek, mümkün olmasa gerektir. Oysa gerçekten de kalan hüküm parçacığında müeyyidelendirilen eylemin somut yaptırımının uygulanma imkânı, iptal sonrası *kanımızca* belirsiz hâle gelip kalmadığı gibi, salt bu nedenle AY m. 38/I hükmüyle [özellikle normun konusu, anayasanın öngördüğü esaslarla uyumlu olmaktan⁴⁴ *çıktığından*] çelişir bir görünüm arz etmiştir. Bütün bunlara rağmen yapılmayan esastan denetim neticesinde, söz konusu hükmün -kararda yazıldığı gibi- "...halen yürürlükte olması [Y.N. bırakılması] nedeniyle...", Anayasa Mahkemesince de anayasa uygun bulunduğu, bu şartlar altında iddia edilememelidir.

C. İİK m. 337, (II, ?) Hükmünün AY m. 38/I ve İHAS m. 7/I Hükümleri Karşısında "Belirlilik/Öngörülebilirlik" İlkesi Yönünden Değerlendirilmesi

Anayasanın 38/I. maddesine göre ve en genel ifadesiyle kanunsuz suç ve ceza olmaz (İHAS m. 7/I). Suçta ve cezada kanunilik ilkesi, bir yargısal temel hak olarak güvence altına alınmışsa da bunun uygulanması, özellikli bir hâl almıştır. Örneğin Yargıtay, karara konu somut olay özelinde, İİK m. 337/II'den hükmün ilk fıkrasına bir *atıf* yapıldığı; ilk fıkranın iptaline karşın ikinci fıkranın yürürlükte olduğu [hatta bırakıldığı]; bu hâlde yapılan *-cezaya ilişkin-* atıf üzerinden de -içinde yer aldığı hüküm iptal edilmiş olsa da- ilk

⁴³ Böyle bir durumda, *ilk inceleme* sırasında varılan sonuçla *esastan* da karar verilmediğinden; AY m. 152/IV'deki kısıtın işlerlik kazanması beklenmemelidir (**Gerek/Aydın**, s. 344; **Kaya**, s. 173.).

⁴⁴ **Tanör/Yüzbaşıoğlu**, s. 500.

fıkra da geçen cezanın ikinci fıkra içinde hâlâ mer'i olduğu, sonucuna ulaşabilmiştir⁴⁵. Bu görüş karşısında, elde gerçekten bir atfin olup olmadığı ve kanunilik ilkesinin bu yolla sağlanıp sağlanmadığına önce lafzen ve sistematik olarak bakmak gerekir:

İptal kararından önce İİK m. 337 hükmü, iki fıkra hâlinde ve ilkinde *cüz'i*; ikincisinde ise *külli* icraya ait meselelere ilişkin olarak düzenlenmişken; somut olarak "*on gün disiplin hapsi*" şeklindeki yaptırım, sadece ilk fıkra da açıkça yazılmış; ikinci fıkra da ise "...*aynı ceza verilir.*" ibaresine yer verilmekle yetinilmişti. Görüldüğü gibi burada, aslında ne lafzen ne de açıkça bir gönderme/atf vardır. Yani ikinci fıkranın metninde, birinci fıkra hükmünden [açıkça] söz edilmemiş; sadece "...*aynı ceza verilir.*" denilerek okuyucunun/uygulayıcının/sanığın kaçınılmaz olarak [belki de gayri ihtiyari] gerideki; üstteki tek fıkra ya bakıp cezayı tespit etmesi beklenmiştir. İki fıkra dan ibaret; kısa sayılabilecek hükümde geçerli, -bu koşulda aslında yadırgatıcı da görülmeyebilecek- böyle bir yasa yapma tekniği, ilk fıkranın iptalinden sonra da acaba aynı [lafzi] etkiyi, sonucu ve beklentiyi sağlamaya yetmekte midir?

İptal kararının ardından hükmün mevzuattaki hâli, yukarıda verilmiştir. Kanun metninde, birinci fıkranın yerinde, eskiden ilk fıkra olan hükmün AYM'ce iptal edildiğine ilişkin bir "*bilgi notu*" yer almaktadır. Bunun sadece açıklayıcı ve okuyucuya yardımcı bir işlevi olup yoksa kanun metnine dâhil ve basılı "*tüm*" metinlerde olması gerektiğini kabul etmek mümkün değildir. Aksi, kanun yapma ve içeriğini belirleme yetkisini münhasıran elinde bulunduran TBMM'nin anayasal yetkisinin gaspı anlamına gelir. Şu hâle göre İİK m. 337 hükmü, aslında bugün lafzen ve sistematik olarak sadece tek fıkra dan ibarettir. Söz konusu hükmün, 2005/9986 sayılı Yönetmelikte⁴⁶ geçen usulle hazırlanmadığı ve bu nedenle de fıkra numarasını haiz olmadığı hatırlandığında; aslında, geçmişte bir fıkrasının daha olduğunu ve onun da mer'i hükmün üstünde yer aldığını, ayrıca bir araştırma yapmadan bilmek, anlamak ve bulmak -*ilk bakışta*- mümkün değildir. Elde kalan hüküm [fıkrası], *ne*[ceza yönünden] lafzen -diğer bir hükme- göndermenin/atfin varlığına delâlet etmektedir *ne de* sistematik konumu itibariyle

⁴⁵ Aynı yönde bkz. **Kürtül**, s. 196.

⁴⁶ *RG. 17.2.2006, S. 26083.*

hükümün muhatabına, düzenlemenin bir zamanlar bir başka hükme/fıkraya daha sahip olduğuna dair aydınlatıcı ipucu vermektedir. Kısacası bugün için tek fıkradan ibaret hükümün gerçekten de atıf yoluyla düzenlediği eylemler için mahkemesince uygulanmasını emrettiği yaptırım, tam olarak şu içeriktedir: “*aynı ceza verilir*”.

Hâl böyle iken kanun metninin içtihatla varılan sonucun aksine aslında içermediği bir atıf yerine,-yazılı ibare sebebiyle- yine de 10 günlük disiplin hapsini *çağrıştırdığı* düşünülebilir mi? Zaten hükümün ilk fıkrasının iptalinden önce de ikinci fıkradaki ceza, aslında ilk fıkra görülüp okunduktan sonra yani *çağrışım* yoluyla belirlenmemekte miydi? Yoksa ikinci fıkra hükümünden ilk fıkra hükmüne kurulan akli bağlantının, sözdizimi içinde geçen; yapılmış bir atfın sonucu olmadığı açıktır. Şayet öyle ise çağrışım yoluyla/ arayıp bularak/yorumlayarak suçta ve cezada kanunilik ilkesi, karşılanmış olur mu?

Kararda da yazıldığı gibi “... *ikinci fıkra hükümlerinin birinci fıkradaki yaptırıma hayatiyet verdiği ve kendisine mal ettiği için, böylelikle ... atıfta bulunulan hükümlerin bu yollama sınırı dahilinde yürürlükte kaldığının*” savunulması, *kanımızca* birinci fıkra hükmünün *mer*'i olduğu dönemde, daha kolayken; anılan fıkralar arasında gerçekte bir atfın olmadığı, yine *kanımızca* bu ilk fıkranın iptalinin ardından gün ışığına çıkmıştır. Zira bugün için ne sistematik olarak ne de lafzen, kanun maddesinin zamanında bir başka hükmünün daha olduğuna dair ipucu, metinde yer almaktadır. Ancak ilk fıkrayla birlikte görülüp okunduğunda, on günlük disiplin hapsinin varlığından haberdar olunabilirken şimdi söz konusu yaptırım, sadece “*aynı*” tabirinden ibaret kalmıştır.

Söz konusu “*aynı*” ibaresinin [önceden olduğu gibi] üst fıkrayla kurduğu akli ve mantıki bağ nedeniyle esasen bir atıf olduğunu düşünmek, zordur; daha doğrusu güç bir hâle gelmiştir. Zira mesele, sadece ikinci fıkra hükmünün -o zamanlar *mer*'i ilk fıkra hükmüne- bağlanması veya onunla arasında hukuki bir bağı içermesi değildir; nereyle bağlantı kurulduğu; hangi hükme atıfta bulunulduğu/gönderme yapıldığı da önemlidir. Bugün *mer*'i hükümün, içerdiği “*aynı*” ibaresinden hareketle bir göndermeyi/atfı haiz olduğu kabul edilse dahi bu yolla hangi hükme gönderme yapılmıştır? Söz konusu kanun maddesinin -bir zamanlar- içindeki; lâkin iptal edildiğinden

artık *görünmeyen* fıkra hükmüne mi yoksa -"aynı" ibaresi nedeniyle ve mantıken yine üstteki- örneğin Kanunun mer'i bir başka maddesi hükmüne mi? Düzenlemenin muhatabı, kanun metninde yer almayan [bilgi notu şeklinde dahi yazılması zorunlu olmayan; her hâlde yazılması da beklenmeyen] AYM'nin iptal kararına ilişkin bilgiyi, bu şartlar altında bilmek ve bulmak zorunda mıdır? *Kanımızca* cezalarda kanunilik ilkesinin öngördüğü açıklığın, belirliliğin eldeki lafzi ve sistematik durum karşısında sağlandığını düşünmek, hayli tartışmalıdır. Yani içtihatla geçtiği ve görüldüğü gibi artık tek fıkradan ibaret hükümde, bir zamanlar mer'i ilk fıkra hükmünde geçen cezaya yönelik bahsin, muhatap için hâlâ geçerli olduğunu düşünmek, oldukça güçtür.

Kalan hükmün şayet bu hâliyle AY m. 38/I nedeniyle Anayasaya aykırı olduğu iddia edilecekse meseleye bir kez de "*belirlilik ilkesi (lex certa)*"⁴⁷ üzerinden bakmak uygun olur (*karş.* 765 s. K m. 507, 507; TCK m. 161, 162)⁴⁸. Bu bağlamda, öğretide geçen görüş aynen, "[h]angi insan davranışlarının suç teşkil ettiğini belirleyen kanun metinlerinin *çok açık ve herkes tarafından anlaşılabilir bir şekilde ifade edilmesi lazımdır*. Bu bakımdan, *belirli bir kanuna yollamada bulunmak suretiyle* soyut olarak bu kanuna aykırı davranışların ceza yaptırımına bağlanması, suçta kanunilik ilkesiyle bağdaşmamaktadır." [vurgu eklenmiştir] şeklinde olup⁴⁹ bu sonucun, suçun unsurlarına karşın *cezası* için geçerli olmadığı, herhâlde düşünülemez⁵⁰. Hâlihazırdaki düzenlemede, ne yürütme organınca, idari işlemle suç ihdas edilmekte ne de suçun unsurunun belirlenmesi idareye bırakılmaktaysa da⁵¹ *kanımızca* ondan da ağır biçimde, hangi cezanın/yaptırımın geçerli olduğu konusunda, bir belirsizlik durumu söz konusu olmaktadır.

Bir sorun olarak gördüğümüz bu hususun *İHAS'ın* 7/I. maddesine göre de değerlendirilmesi, mümkündür. Buna göre *öngörülebilirlik*, ilgili metnin içeriği, kapsadığı alan ve yöneldiği kişilerin sayısı ve niteliğine göre

⁴⁷ Ayrıntısı için bkz. *Centel/Zafer/Çakmut*, s. 55 vd.; *Özgenç*, s. 107 vd.

⁴⁸ *Özgenç*, s. 113-114.

⁴⁹ *Özgenç*, s. 113. Ayrıca bkz. *Can*, s. 90 vd.

⁵⁰ *Centel/Zafer/Çakmut*, s. 55; *Öztürk/Erdem*, s. 39.

⁵¹ "*Beyaz hüküm*" ve "*çerçeve kanun*" kavramlarının ayrıntısı için bkz. *Centel/Zafer/Çakmut*, s. 55 vd.; *Özgenç*, s. 108 vd.

belirlenmektedir. Bu hâlde ilginç olan, ilgili metnin, muhatabının gereğinde bir uzmanın/danışmanın yardımını almasını yahut ancak yapılacak yorumla içeriğinin aydınlatılmasını⁵² haklı ve zorunlu kılmasının, *öngörülebilirlik* adına bir eksiklik olarak görülmemesidir⁵³. Belli bir mesleği icra eden profesyonellerin işlerinin gereği olan bilgiyi, *-yükümlendikleri özen karşılığında-* gerekiyorsa uzmanından temin etmesi gerekeceğinden; düzenleme içerisindeki kimi belirsizliklerin, şüphe yahut soruların derhâl *öngörülebilirliği* zedelediği iddia edilemez. Şu hâlde, örneğin belli mesleklerin icrasında, yüksek derecedeki özeni göstermesi beklenenlerin *öngörülebilirlik* adına diğerleriyle aynı açıklığa, şeffaflığa tabi tutulması, gerekmez⁵⁴.

Anayasa Mahkemesi, “belirlilik ilkesini”, AY m. 2 anlamında hukuk devletinin gereği sayarken “...Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden biri “*belirlilik*”tir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin *hem kişiler* hem de idare yönünden *herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır*, uygulanabilir ve nesnel olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi de gereklidir.” [vurgu eklenmiştir] şeklinde bir sonuca ulaşmıştır⁵⁵.

Benzer sonuç, AYM'nin 2012 tarihli kararında da geçerli görülmüştür⁵⁶. Kararın konusu 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu'nun *-o zamanki-* 117. maddesinde geçen, “*Bu Kanunun dördüncü kısmında yazılı yasak fiilleri işleyenler*” şeklindeki hükmünün, belirlilik; öngörülebilirlik ilkeleri bağlamında Anayasal geçerliliğidir. AYM, kararında, “...Ceza yaptırımına bağlanan fiilin kanunun ‘açıkça’ suç sayması şartına bağlanmış olmasıyla, *suç ve cezalara dair düzenlemelerin şekli bakımından kanun biçiminde*

⁵² ECHR, *Kokkinakis v. Greece*, 25.5.1993, App. no. 14307/88, § 52. Aynı yönde bkz. ECHR *Grigoriades v. Greece*, 25.11.1997, App no. 24348/94, § 38.

⁵³ Esas olan, hükümde, muğlak, müphem, karmaşık ve çelişkili ifade ve ibarelerin yer almamasıdır; tabiatı gereği soyut kavramların yorumlanmasının dahi gerekmemesi değildir (**Merrills/Robertson**, s. 135).

⁵⁴ ECHR, *Cantoni v. France*, 11.11.1996, App. no. 17862/91, § 35. Ayrıca ve özellikle bkz. ECHR, *Groppera Radio AG and Others v. Switzerland*, 28.03.1990, App no. 10890/84, § 68.

⁵⁵ AYM, 13.01.2011, 2009/21-16, (RG. 2.4.2011, S. 27893).

⁵⁶ AYM, 12.01.2012, 2011/62-2, (RG. 5.7.2012, S. 28344).

çıkarılmasının yeterli olmadığı, bunların içerik bakımından da belli amacı gerçekleştirmeye elverişli olmaları gerektiği vurgulanmaktadır. Bu açıdan kanunun metni, bireylerin, gerektiğinde hukuki yardım almak suretiyle, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını belli bir açıklık ve kesinlikte öngörebilmelerine imkân verecek düzeyde kaleme alınmış olmalıdır. Dolayısıyla, uygulanması öncesinde kanun muhtemel etki ve sonuçlarına dair yeterli derecede öngörülebilir olmalıdır. Bununla birlikte, kanun metninin tüm sonuç ve etkileri göstermesi her zaman beklenemeyeceğinden, aranan açıklığın ölçüsü, söz konusu metnin içeriği, düzenlemeyi hedeflediği alan ile hitap ettiği kitlenin statü ve büyüklüğü gibi faktörler dikkate alınarak belirlenebilir. Bu özelliklere sahip kanunun aynı zamanda kolaylıkla erişilebilir olması da gerekir. İtiraz konusu kural Siyasî Partiler Kanunu'nda yer alıp, Kanun'un Dördüncü Kısmı'ndaki yasak fiilleri kişiler yönünden ceza kapsamına almaktadır. Esasen siyasi partiler için birçok yasak öngören bu Kısımdaki maddelerde yer alan fiillerin hangi hallerde suç teşkil edeceğinin gerçek kişilerce yeterli açıklıkta öngörülebilir oldukları söylenemez. Çünkü doğrudan siyasi parti tüzel kişiliğini muhatap alan bu yasaklar, itiraz konusu kuralla, kişiler hakkında yaptırım öngören düzenlemelere dönüştürülmüştür. Bu yapılırken anılan kısımda sayılan fiillerin ağırlıklarıyla bunları işleyenlerin siyasi partideki sıfat ve konumları da dikkate alınmamıştır. Bu durumda, siyasi faaliyette bulunan geniş bir kitleyi hiçbir ayırım gözetmeksizin ceza tehdidi altında bırakan düzenleme gerçek şahıslarca yeterli derecede öngörülebilir değildir..." [vurgu eklenmiştir] sonucuna ulaşmıştır. Kanunların öngörülebilirlik adına, tüm sonuç ve etkileri eksiksiz bir biçimde gösteremeyebileceği; göstermesinin de beklenemeyeceği kabul edilmiş⁵⁷; ne var ki, bu hâlde hiç olmazsa ilgili ceza hükmüne kolaylıkla erişilebilmesi⁵⁸ ve somut olay bakımından atıf suretiyle yapılan düzenlemenin kendisine tatbiki sırasında, muhatabın, eylemle kendi özel konumu arasındaki hukuki bağı kurabilmesi gerektiğine karar verilmiştir⁵⁹. Aynı şekilde "[b]elirli bir kesinlik içinde yasada hangi eyleme hangi hukuksal yaptırımın bağlandığının

⁵⁷ Aynı yönde bkz. vanDijk/vanHoof, s. 481.

⁵⁸ ECHR, *G v. France*, 27.9.1995, App no. 15312/89, § 25.

⁵⁹ AYM, 12.01.2012, 2011/62-2, (RG. 5.7.2012, S. 28344).

bireyler tarafından bilinmesi ve eylemlerin sonuçlarının öngörülebilmesi...⁶⁰ de söz konusu belirlilik ilkesi yönünden zorunlu kabul edilmiştir.

İİK'nın 337/II. maddesi hükmünde, gerçekte bir atfın/göndermenin lafzen dahi bulunduğunu, özellikle iptal kararının ardından düşünmek güçtür. Zira kanun metninde, hükmün ikinci fıkrasında geçen yaptırım, ancak aynı madde içerisinde, bir üst fıkranın veya -olsaydı- önceki bir cümlenin mer'i/yazılı olmasıyla anlaşılabilir, belirlenebilecek şekilde kaleme alınmıştır. Böyle bir "birinci fıkra hükmü" olmadığı sürece yani AYM'nin iptal kararının ardından; artık "aynı cezanın" ne olduğunun tespiti, örneğin kolaylıkla erişilebilir olmaktan *kanımızca* çıkmaktadır. Hüküm -yine lafzen-, kanun metninin bir zamanlar iki fıkradan ibaret olup bunlardan ilkinin AYM'ce iptal edilerek ilga edildiğinden şüphelenmek için dahi herhangi bir veriyi içermemektedir. AYM'nin söz konusu ikinci fıkra hükmü hakkında, yetkisi olduğu hâlde *esastan* hiçbir değerlendirme yapmadığı; dolayısıyla düzenlemeyi hâlâ *mer'i* bıraktığını kabul etmekle birlikte; buradan aynı normun anayasa uygunluğu konusunda *ne* müspet bir sonuca ulaşmak *ne de* cezalarda kanunilik/belirlilik ilkesine uygun bir hükmün hâlâ geride kaldığı sonuca varmak mümkündür.

Hangi hükümdeki/kanun maddesindeki cezayla *aynı* cezanın İİK m. 337, (II)'de geçen eylemler için geçerli olduğunu ararken burada, müflise -*basiretli tacire* (TTK m. 18/I, II)- gereğinde yardım almasını şart koşabilirsek de alınacak yardımın içeriği, İHAS içtihatlarında da görüldüğü gibi⁶¹ örneğin suçun unsurlarında geçen *kavram* yahut *durumların* kapsam ve mahiyetleriyle alâkalı değil; doğrudan söz konusu eyleme uygun düşecek cezanın belirlenmesine yönelik olacaktır.

AYM'nin 2008 tarihli iptal kararında, hükmün ikinci fıkrasıyla ilgili esasa dair hiçbir kanaat geliştirmedeği; dolayısıyla [salt] kanun koyucunun söz konusu eylemleri yaptırıma tabi tutmak şeklindeki iradesinin hâlâ geçerli ve yürürlükte olduğu gerçeğinden hareketle *-ki iptal kararından arda kalan hükmün -II. fıkranın- yetkisi de olduğu hâlde Mahkemece iptal edilmemiş olmasını, yine AY m. 38/I ve İHAS m. 7/I bağlamında anlamak güçtür-* eldeki

⁶⁰ AYM, 20.05.2010, 2009/51-73, (RG, 2.12.2010, S. 27773).

⁶¹ ECHR, *Kokkinakis v. Greece*, 25.5.1993, App. no. 14307/88, § 52. Aynı yönde bkz. ECHR *Grigoriades v. Greece*, 25.11.1997, App no. 24348/94, § 38.

ceza normunun her hâlde AY m. 38/I’de geçen ölçütleri de karşıladığı iddia edilemez. Başlangıçta -iptal kararı öncesinde- karşılanmış *gibi* gözüксе de kullanılan ibare nedeniyle iptal kararı sonrası, gereken açıklık/ belirlilik, *kanımızca* yitirilmiştir. Mesele, artık, bir önceki fıkrada geçen ve sadece 6 kelimeden ibaret iradenin tekrar yazılmasından “*üşengeçlik*” olarak da görülebilecek bu -lafzi- tercihin, bir kez de AY m. 38/I hükmü karşısındaki yeri ve değeridir.

Çalışma içerisinde, hiçbir şekilde, İİK m. 337, (II)’de geçen eylemlerin cezası/yaptırimsız kalması savunulmuş değildir; tam aksine iflâsta alacaklıların haklı menfaatlerinin etkin bir biçimde korunabilmesi, *müflisin* takip edilecek metoda -her ne ise- katılımını ve vereceği doğru/eksiksiz bilgiyi zorunlu kılmaktadır⁶². Ne var ki, bugün için yaptırımın muhatabından -basi-retli tacirden- beklenen, kanun metninde yazılı “...*aynı ceza verilir.*” İbaresinden, söz konusu cezanın hâlen mer’i hükümlerden herhangi birinde geçen değil; çok önce 2008 yılında, AYM’ce somut norm denetimi yoluyla iptal

⁶² AYM’nin 2008 tarihli kararıyla İİK’nın 377. maddesinin o zamanki II. fıkrasıyla ilgili esasa dair hiçbir inceleme, -*davada uygulanacak kural olmadığı için* AY m. 152/I-yapmadığı gerçeği bir yana iptal edilen I. fıkra hükmünü özü; düzenlendiği mesele itibarıyla de Anayasaya aykırı bulunduğu söylenemez. Zira, iptal gerekçesi, böyle bir eylemin nasıl olur da cezalandırıldığı değil -*ki bu husus, AYM’nin 2002 tarihli kararının konusuydu-* İİK’nın 76. maddesinin varlığı karşısında aynı eylemin bir kez de 337/I. maddesi yoluyla yani ikinci kez cezalandırılmış (!) olmasıydı. Gerçi, sözü edilen hükümlerden birinde *disiplin* diğeriinde *tazyik* hapsi düzenlenmişti ki bu ikisinin özellikle infazıyla ilgili fark, ilgili kararda göz ardı edilmiştir. Oysa salt bu husus dahi 2008 tarihli kararın incelenmesi ve hatta giderek eleştirilmesi için başlı başına bir nedendir. Şu hâlde, AYM, *ne* İİK m. 337/I *ne* 337/II *ne* de 76’da düzenlenen *beyanda bulunma, verme; gösterme, hazır bulundurma, emri altında olma* şeklindeki eylemlerden ötürü borçlunun yahut müflisin cezalandırılmayacağına ilişkin Anayasal temelli bir çekinceyi haizdir. En azından 2002 tarihli kararıyla AYM, *cüz’i icrada* İİK m. 337/I ve dolayısıyla 76’daki eylemler için ceza tayinini -*nasıl ceza tayin edilmesi gerektiği meselesi bir yana-* anayasaya aykırı bulmamıştır. Benzer bir sonucun, bu şartlar altında, iflâs hâli için de geçerli olduğu düşünülmelidir. Ne var ki, yazılı yükümlülüklerin bu kez özellikle müflisin temel haklarıyla uyumlu olarak/ölçülülük ilkesine uygun düşecek şekilde nasıl icra edileceği/edilmesi gerektiği, bir başka meseledir. Zira yazılı yükümlülüklerin gereğinde cebren icrası sırasında, bir temel hak ihlâlinin artık asla yaşanamayacağı sonucuna da her hâlde varılamaz.

edilmiş ve aslında bir zamanlar hükmün içerdiği birinci fıkrada geçen ceza olduğunu, araştırması, bulması ve buna göre davranmasıdır.

Şu hâlde, nihayetinde yanıtı aranan soru, aynı zamanda basiretli (!) sayılan müflisin *-kendisinden beklemeye de hakkımız olduğunu düşünerek-* kanun metninde göremediği cezanın *aynısını* bulmak için mer'i hükümlere bakmak ve onları yorumlamak yerine acaba AYM'ce iptal edilmiş bir fıkranın olup olmadığından şüphelenerek onu arayıp bulacak mahiyette bir *ilmi* çalışma yapmaya mecbur bırakılmasının *cezada kanunilik/belirlilik ve öngörülebilirlik* ilkelerinin sınırları içinde kalıp kalmadığıdır.

Bu şartlar altında, kararda varılan sonuca *-söz konusu eylemlerin yaptırımsız kalmaması gerektiğini düşünmekle birlikte-* katılamıyor, hâlihazırdaki tek fıkradan ibaret kanun hükmünü de *-mer'i olmakla birlikte-* AY m. 38/I karşısında, Anayasaya aykırı görüyoruz.

SONUÇ

1. Anayasa Mahkemesi'nin son olarak 2008 tarihli kararıyla İİK'nın 337. maddesi hükmünün sadece birinci fıkrası iptal edilmemiş; ikinci fıkrası hükmünün de Anayasal geçerliliği (AY m. 38/I), tartışmalı bir hâl almıştır.
2. Anılan karar, İİK m. 337, (II) hükmüyle ilgili olarak *esastan* hiçbir değerlendirmeyi içermemektedir. Gerçi, çalışma içerisinde *Mahkemenin* 6216 s. K'nın 43/IV. maddesinden kaynaklanan yetkisini kullanmak suretiyle davaya uygulanacak norm olmasa dahi anılan düzenlemeyi iptal edebileceği görüşünü dile getirmişsek de yapılmamış olmasından hareketle aksi bir sonuca ulaşmak; *yani* hükmün zımnen Anayasaya uygun bulunduğunu söylemek, mümkün değildir.
3. İİK'nın 337. maddesinin *-aslında bir zamanlar ikinci fıkrası olan-* şimdi elde kalan tek hükmünün, gerek iflâs gerek *-icra-* ceza gerekse son iptal kararının ardından anayasa hukukları bağlamında değerlendirilmesi mümkündür. Çalışmanın ana konusu, bunlardan sonuncusuyla sınırlıdır. Diğer iki alanla alâkalı soru ve sorunların şimdilik sadece zikredilmesiyle yetinilmiştir. Esasen bu yönde, kararın ilk paragrafında yazıldığı şekliyle maddi vakıya ait yeterli detay yahut açıklığın olmaması, ne

mevcut sorular üzerinde derinleşilmesini ne de yeni başka meselelerin tartışmaya açılmasını mümkün kılmıştır. Ne var ki, eldeki hüküm özelinde, gerçekte bir *suçun* mu düzenlenmiş olduğu *veya -varsa-* söz konusu yaptırımın aynı zamanda bir *ceza* olarak görülmesinin mümkün bulunup bulunmadığı *yahut* da söz konusu eylemlerin kovuşturulması bakımından getirilen şartın iflâs hukuku içerisindeki yeri hakkında, uzun uzadıya değerlendirme yapılması gerektiği açıktır. Buna karşın, çözümü öncelikle/acilen beklenen ihtilâf, Yargıtay 16. HD'si tarafından da kararın ikinci paragrafında yazıldığı gibi İİK'nın 337, (II). maddesi hükmünün öncelikle *içerdiği ceza yönünden* hâlâ mer'i olup olmadığıyla bunun nasıl yorumlanması gerektiği hakkındadır.

4. Lafzen ve sistematik şekilde, İİK m. 337 hükmü, mevzuatta nasıl kaleme alındığından bağımsız olarak bugün tek fıkradan ve içerdiği iki cümleden ibarettir. Düzenlemenin ilk cümlesinde, gerçekten de atıf yoluyla belirlenen eylemler (İİK m. 162, 209, 216) için getirilen *yaptırım*, yine lafzen "*aynı ceza verilir.*" şeklindedir.
5. AY m. 38/I, İHAS m. 7/I hükümleri karşısında ve bir yargısal temel hak olarak cezada kanunilik/belirlilik/öngörülebilirlik ilkelerinin somut olaya /norma uygulanması sırasında, gerek İHAS gerekse AYM'nin içtihatlarında geçen ölçütlerin karşılandığını söylemek, tarafımızca mümkün olamamıştır. Hükmün muhatabından *-müstakbel-* sanıktan beklenen husus, kanunda "*aynı*" olarak belirlenmiş cezanın *eşini/ikizini* ararken mer'i hükümler yerine hâlihazırda kanun metninde olmayan/görülmeyen bir başka *fıkranın*/hükmün daha olabileceğinden şüphelenip nasıl ilga edilmiş olabileceğini de öngörerek bunu aramak ve bulmaktır. Hükmün muhatabına yönelik *özel* durumlar dikkate de alınsa -suçun unsurlarında geçen kavram/ibare ve durumların yerine- doğrudan bir cezanın belirlenmesi sırasında, böylesine bir özen yükümü, şart koşulabilir mi? Kanun metninde yazılı kavram ve durumların yorumu yerine ancak anılan türden bir araştırmanın yapılmasıyla belirlenebilecek cezanın, belirlilik niteliğini *artık* kaybettiği düşünülmelidir. Gerçekten de 2008 tarihli iptal kararının öncesinde, aynı kanun maddesinin iki fıkrasının birlikte okunmasıyla ancak elde edilen açıklığın mazur ve meşru görülmesi *kanımızca* mümkünken; tercih edilen *lafız*, iptal kararının ardından bu özelliğini artık yitirmektedir. Yine normun lafzı, açık bir atfi haiz

olmadığı gibi nereye gönderme yapıldığı konusunda da şeffaf değildir. Yani şayet kararda da benimsendiği gibi bir göndermenin olduğu kabul edilecekse de bunun hangi hukuk metnine olduğu meşkûttür.

6. Bu vesileyle çalışma içerisinde, İİK'nın 337. maddesiyle alâkalı AYM'nin 2002-2008 tarihli kararları arasında, AY m. 152/IV hükmü üzerinden bir bağ kurulmuş ve son hükümde geçen kısıt karşısında, 2008 tarihli kararın nasıl verilmiş olabileceğine değinilmiştir. Gerçi, *Mahkemenin* 2008 tarihli kararı, İİK'nın 337. maddesinin ikinci değil; birinci fıkrasıyla ilgili, esastan bir denetimi haiz ise de AY m. 152/IV hükmüyle alâkalı olarak tesadüf edilen bu sonuca, kayıtsız kalınmamıştır.
7. Çalışmada, iflâs hukuku bağlamında, *ne* müflisin İİK m. 337, (II)'de geçen eylemlerinin cezasız kalması gerektiği *ne de* kanun koyucunun bu yöndeki iradesinin 2008 tarihli kararının ardından geçerliliğini yitirdiği savunulmuştur. Tam aksine mukayeseli hukukta da -sadece kanun maddelerine gönderme yapılmışsa da- müflisin bilhassa masanın durumuyla ilgili fiili katılımını sağlamaya yönelik tedbirlerin alındığı görülmüştür. Müflisin, menfaatler dengesi içinde alacaklılarına karşı olan yargısal temel haklarının içerik ve sınırları, hayli tartışmalıdır ve hiç de söz konusu temel hakların yazıldığı gibi yorumlanmasına ve uygulanmasına artık elvermemektedir. Ne var ki, bu sonuç, mer'i kanunlar bakımından, yargısal temel hak düzeyindeki kimi kalite standartlarından müflis aleyhinde vazgeçilebileceği anlamına gelmemektedir. İİK m. 337, (II)'deki eylemler için düzenlenen yaptırımların, meşruluğuna karşın hâlihazırdaki düzenleniş/kalem alınış şeklinin AY m. 38/I, İHAS m. 7/I hükümlerine göre gereken belirliliği/öngörülebilirliği sağlamaktan uzak olduğu görüşünderiz. Anılan nedenlerle de emsal içtihatla varılan sonuca ve gerekçesine katılamıyoruz.

Bibliyografya

- Akad, M./Dinçkol, A.;** 1982 Anayasası Madde Gerekçeleri, İstanbul 1998.
- Aliefendioğlu, Y.;** Anayasa Yargısı, Ankara 1997.
- Artuç, M./Bıkmaz, R.;** İcra-İflas Suçları ve Yargılama Usulü, Ankara, 2005.
- Aslan, K.;** Hacizde Sıra, AÜHFD, 2005/2.
- Boyacıoğlu, H. A.;** Anayasa Mahkemesinin Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Denetiminde İstemin Konusu ile Bağlı Tutulma, Onar Armağanı, İstanbul 1977.
- Boyar, O.;** Suçta ve Cezada Yasallık İlkesi, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa*, ed. Prof. Dr. Sibel İnceoğlu, İstanbul 2013.
- Can, O.;** Belirlilik İlkesine Anayasal Bakış, AÜEHFD, 2005/1-2.
- Centel, N./Zafer, H./Çakmut, Ö.;** Türk Ceza Hukukuna Giriş, 8. Bası, İstanbul 2014.
- Coşkun, M.;** İcra İflas Suçları, Disiplinsizlik Eylemleri ve Yargılama Usulü, Ankara 2014.
- Çiftçi, P.;** İcra Hukukunda Menfaatler Dengesi, Ankara 2010.
- Gerek, Ş./Aydın, R. A.;** İptal Davaları ve İtiraz Başvurularında Usulün Anayasal Denetime Etkisi, Anayasa Yargısı İncelemeleri 1, Ankara 2006.
- Heidelberger Kommentar zur Insolvenzordnung**, Heidelberg, 2. Auflage, Heidelberg 2001. (HK/Eickmann)
- Kaboğlu, Ö. İ.;** Anayasa Yargısı, 4. Baskı, Ankara 2007.
- Kaboğlu, Ö. İ.;** Anayasa Hukuk Dersleri, Genel Esaslar, 9. Bası, İstanbul 2014. (Kaboğlu, Genel Esaslar)
- Kaya, M.;** Anayasa Yargısında İtiraz Yolunda İlk İnceleme, Ankara 2008.
- Kuru, B./Arsalan, R./Yılmaz, E.;** İcra ve İflâs Hukuku, Ders Kitabı, 27. Baskı, Ankara 2013.

- Kuzu, B.;** 1982 Anayasasının Temel Nitelikleri ve Getirdiği Yenilikler, İstanbul 1990.
- Kürtül, M.;** İcra ve İflâs Suçları, 2. Baskı, Ankara 2014.
- Leppa, B.;** Insolvenzordnung und Verfassungsrecht, Berlin 2002.
- Merrills, G. J./Robertson, H. A.;** Human Rights in Europe, 4 th Edition, 2001.
- Muşul, T.;** İcra ve İflâs Hukuku, C. II, 6. Baskı, Ankara 2013.
- Muşul, T.;** İflâs Suçları, Taksiratlı ve Hileli İflâs Suçları ile Diğer İflâs Suçları, İstanbul 1998. (**Muşul, İflâs Suçları**)
- Öden, M.;** Türk Anayasa Yargısında On Yıl Süreli Denetim Yasağı, 55 AÜSBFD 2000/4.
- Özçelik, V.;** İcra Müdürünün Takdir Yetkisi, Ankara 2014.
- Özekes, M.;** İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler, Ankara 2009.
- Özgenç, İ.;** Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, 10. Bası, Ankara 2014.
- Öztürk, B./Erdem, R. M.;** Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 14. Bası, Ankara 2014.
- Pekcanitez, H./Atalay, O./Sungurtekin Özkan, M./Özekes, M.;** İcra ve İflâs Hukuku, 10. Bası, Ankara 2012.
- Postacıoğlu, E. İ.;** İflâs Hukuku İlkeleri, C. I İflâs, İstanbul 1978.
- Soysal, M.;** 100 Soruda Anayasanın Anlamı, 12. Bası, İstanbul 1999.
- Strüner, R.;** Strafrechtliche Selbstbelastung und verfahrensförmige Wahrheitsermittlung, NJW 1981.
- Sungurtekin Özkan, M.;** İcra Hukukunda Oranlılık İlkesi, Prof. Dr. Turan Tufan Yüce'ye Armağan, İzmir 2001.
- Tanör, B./Yüzbaşıoğlu, N.;** 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 6 Bası, İstanbul 2004.
- Umar, B.;** İcra ve İflas Hukukunun Tarihi Gelişmesi ve Genel Teorisi, İzmir 1973.

Ülgen, Ö.; İptal ve İtiraz Başvuruları Bakımından Anayasa Yargısında İlk İnceleme, İstanbul 2013.

Üstündağ, S.; İflâs Hukuku (İflâs-Konkordato-İptal Dâvaları), 6. Bası, İstanbul 2002.

vanDijk, P./vanHoof, G. J. H.; Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, 3 rd edition, 1998.

Werres, S.; Grundrechtsschutz in der Insolvenz, Berlin 2007.

Wolf, M.; Allgemeine Wirkungen der Insolvenzeröffnung, Dieter Leipold, (Hrsg.) Insolvenzrecht im Umbruch, 1991.

Yıldırım Deren, N.; Kesin Hükümün Objektif Sınırları, İstanbul 1996.

Yılmaz, E.; İflâs İdaresi, Ankara 1976.

Kısaltmalar Cetveli

AÜEHFD	: Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBFD	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
AY	: Anayasa
AYM	: Anayasa Mahkemesi
BC	: 1978 (11 U.S.C) Bankruptcy Code
bkz.	: Bakınız
BT-Drucks.	: Verhandlungen des Deutschen Bundestages- Drucksachen
BVerfGE	: Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	: Bundesverwaltungsgericht
CD	: Ceza Dairesi
CMK	: Ceza Muhakemeleri Kanunu
dn.	: Dipnot
E.	: Esas
ECHR	: European Court of Human Rights
E-Uyar	: E-Uyar.com Online Hukuk Yayıncılığı
HD	: Hukuk Dairesi
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
IA	: 1986 <i>Insolvency Act</i>
InsO	: Insolvenzordnung
İçBk	: İçtihadı Birleştirme Kararı
İHAS	: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi
İİK	: İcra ve İflâs Kanunu
K.	: Karar

karş.	: Karşılaştırınız
KazancıBB	: Kazancı İçtihat Mevzuat Bilgi Bankası
KO	: Konkursordnung
m(d).	: Madde
Niz.	: İcra ve İflâs Kanunu Nizamnamesi
NJW	: Neue Juristische Wochenschrift
RG.	: Resmi Gazete
Rn.	: Randnummer
s.	: sayfa
s. K	: Sayılı Kanun
S.	: Sayı
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
vd.	: ve devamı
ZIP	: Zeitschrift für Wirtschaftsrecht

HİNANÇLI İŞLEMDE İŞLEMİN TARAFLARININ İFLÂSİ VE İFLÂSIN İNANÇLI İŞLEME ETKİSİ

Öğr. Gör. Dr. İdil TUNCER KAZANCI*

GİRİŞ VE KONUNUN SINIRLANDIRILMASI

İnançlı işlemlerin farklı şekillerde ve alanlarda ortaya çıkmaları, kimi zaman bu işlemlere uygulanacak kuralların tespitinde tereddüt yaratabilmektedir. Bu tür işlemlere uygulanacak maddi hukuk kuralları, işlemin taraflarından birinin iflâsı halinde önem kazanır. Zira hem İcra ve İflâs Kanunumuzda hem de Türk Borçlar Kanunumuzda farklı tiplerde sözleşmelere iflâs halinde uygulanacak hükümler yer almaktadır. Somut olayda inanca işlemin türüne göre uygulanacak hükümlerin tespiti, taraflardan birinin iflâsı halinde işleme konu olan ve el değiştiren değerlerin iflâs masasına dahil edilip edilmeyeceği, dahil edilirse işlemin diğer tarafının bunun masadan çıkartılmasını talep hakkının bulunup bulunmadığının tespitine de yarayacaktır. Zira teminat sağlamak amacıyla yapılan karma inanca işlemler, klasik teminat araçlarının aksine, işlem konusunun mülkiyetinin inanılana geçmesi sonucunu doğurur. Böyle bir durumda inananın iflâsı halinde aslen inananın ait olması gereken bir malvarlığı inananın mülkiyetinde olacaktır. Aksi durumda da yani inananın iflâsı halinde, inanılana sadece teminat sağlamak amacıyla temlik edilen bir malvarlığı, inananın iflâs masasına dahil olacaktır.

Çalışmamızda inanca işlemler ve iflâsın müflisin taraf olduğu sözleşmelere etkisini genel hatlarıyla ortaya koyduktan sonra, inanca işlemin tarafların iflâsı halinde izlenmesi gereken yolu açıklamaya çalışacağız.

H Hakem incelemesinden geçmiştir.

* İzmir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı

Ş1. İNANÇLI İŞLEMLER

A. Genel Olarak

İnançlı işlem tarafların aralarında güvene dayalı olarak yaptıkları; öngörülen koşulların gerçekleşmesi halinde de taraflara sözleşmeye uygun davranma yükümlülüğü yükleyen bir işlemdir. İnançlı işlem ile taraflar üçüncü kişiyle bir işlem yapılması konusunda anlaşmakta, öngörülen koşulların ileride gerçekleşmesi halinde istenen asıl işlemin yapılmasını karşılıklı olarak taahhüt etmektedirler¹. İnançlı işlemde, muvazaada olduğu gibi, tarafların gerçek iradesini yansıtan bir gizli işlem yoktur. Tarafların yaptıkları inanca işlem gerçek iradeleri ile uyumlu olup, onları bağlar. Bunun yanında üçüncü kişiyle taraflardan biri arasında yapılan sözleşme de gerçek iradeleri yansıttığından geçerlidir². İnananın alacaklıları, hem inananın hem de inanılanın iptale tabi işlemleri aleyhine iptal davası açabilir³. İnançlı işlem, muvazaalı işleme nazaran, borçlunun malvarlığından mal kaçırmaya amacına daha iyi hizmet eden bir kurumdur⁴. Zira inanca işlem aslen tarafların gerçek iradelerini yansıttığından batıl değildir, dolayısıyla borçlunun alacaklılarının bu işlemin butlanına hükmettirerek çıkartılan malvarlığı

¹ **Kılıçoğlu**, Ahmet; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Genişletilmiş 15. Bası, Ankara 2012, s. 126; **Oğuzman**, M. Kemal/Öz, M. Turgut; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 10. Baskı, C. I, İstanbul 2012, s. 135; **Tekinay**, Selahattin Sulhi/**Akman**, Sermet/**Burcuoğlu**, Haluk/**Altıp**, Atilla; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 1993, s. 413-414; **Aydoğdu**, Murat/**Kahveci**, Nalan; Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, İzmir 2013, s. 257; **Ayanoğlu Moralı**, Ahu; Mülkiyet Hakkının Teminat Amaçlı Devrine Yönelik İnançlı İşlemler, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2006, s. 13 vd.; **Aydıncık**, Şirin; Bir İnançlı İşlem Türü Olarak Alacağın Teminat Amacıyla Temlik, İÜHFDC. LXIV, S. 1, s. 131.

² **Kılıçoğlu**, s. 128; tahsil amacıyla yapılan alacak temlikleri incelemesi için bkz., s. 418.

³ **Thévenoz**, Luc; La Fiducie, Cendrillon du Droit Suisse, RDS (ZSR) 1995/II, s. 275; **Oğuz**, Arzu; Roma ve Türk Hukukunda İnançlı İşlem ve Vekâlet Sözleşmelerinin Karşılaştırılması, AÜHFD, C. 41, S. 1-4, 1991, s. 250.

⁴ **Umar**, Bilge; Türk İcra İflas Hukukunda İptal Davası, İstanbul 1963, İptal Davası, s. 18; **Yung**, Walter; Simulation, Fiducie et Fraude à La Loi, Mélanges Georges Sauser-Hall, Neuchâtel 1952, s. 158; **Akkaya**, Tolga; “Alacaklıdan Mal Kaçırmaya Yönelik Muvazaalı Tasarrufların İcra ve İflas Kanunu’nda Düzenlenen İptal Davasına Konu Olup Olamayacağı Sorunu”, MİHDER, 2006/3, s. 668.

değerini yeniden borçlunun malvarlığına dâhil etme imkânları bulunmamaktadır.

İnançlı işlemler, amaçları bakımından saf inanca işlemler ve karma inanca işlemler olmak üzere ikiye ayrılır⁵.

B. İnançlı İşlemlerin Türleri

1. Saf İnançlı İşlemler

Saf inanca işlemlerde inanılan inanca konusunu münhasıran inananın veya inanan tarafından belirlenen bir faydalananın yararına olmak üzere elinde bulundurur. İnanılan, inanca konusunu doğrudan inananın talimatlarına uygun biçimde kullanır. Saf inanca işlemler çoğunlukla vekâlet veya vekâlet benzeri bir hukuki ilişki tesis eder⁶.

Saf inanca işlemler, bir alacağın veya ticari senedin tahsil veya mahsup amacıyla devrine⁷ yönelik olabilir. Benzer biçimde idare amacıyla yapılan inanca devirlere de rastlamak mümkündür. İptal davası bakımından saf inanca işlemlerden özellikle alacağın tahsil veya mahsup amacıyla devri ile tahsil amacıyla yapılan inanca cirolar önem taşır.

2. Karma İnançlı İşlemler

Karma inanca işlemler, alacağın veya genel olarak bir şeyin teminat amacıyla devri şeklinde olabileceği gibi, teminat maksadıyla inanca ciro olarak da ortaya çıkabilir⁸.

⁵ İnançlı işlemler ile ilgili kapsamlı bir inceleme için bkz. **Özsunay**, Ergun; Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta İnançlı Muameleler, İstanbul 1968.

⁶ **Reymond**, Claude; Essai sur La nature et Les Limites de l'Acte Fiduciaire, Montreux 1948, s. 43; **Özsunay**, s. 45 vd.; **Thévenoz**, La Fiducie, s. 275 vd.; **Yung**, s. 146.

⁷ Yung tahsil amacıyla yapılan inanca temlikleri de karma inanca işlemler kapsamında değerlendirmiştir, **Yung**, s. 146.

⁸ **Özsunay**, s. 56 vd.; **Oktay Özdemir**, Saibe; Teminat Amaçlı Mülkiyet Devri Sözleşmeleri; MÖHUK Bülteni, Prof. Dr. Aysel Çelikel'e Armağan, İstanbul 1999-2000, s. 657 vd.; **Ayanoglu Moralı**, s. 66; **Şafak**, s. 50; **Uygur**, Atiye B.; Teminat Amaçlı İnançlı İşlemler, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.X, S. 1, 2 Y. 2006, s. 177 vd.

Karma inançlı işlemlerde çok defa bir kredi alacaklısı olan inanılan inanç konusunu doğrudan doğruya kendi yararına elinde bulundurur. Ancak inanılan inanç konusu üzerinde her zaman doğrudan tasarrufta bulunamayabilir. Örneğin bir alacağın bir diğer alacağa teminat teşkil etmesi amacıyla devri durumunda inanılan teminat alacağı üzerinde serbestçe tasarruf edebilir, ancak, bu tasarruflarında teminat verenin de menfaatlerini gözetmek durumundadır⁹.

Karma inançlı işlemlerin klasik görünümü, mülkiyetin veya alacağın teminat amacıyla devridir¹⁰. Benzer biçimde teminat amacıyla yapılan cirolar da karma inançlı işlemlerdendir.

Hukukun tanıdığı teminat araçları olan taşınır ve taşınmaz rehni yanında, mülkiyetin veya alacağın teminat amacıyla temlik de uygulamada sıklıkla rastlanan inançlı işlemlerdendir. Bu işlemle kredi alacaklısı yerine bir rehin kurmak yerine alacaklıya işlemin konusu şeyin mülkiyeti devredilmektedir. Bu işlem ile birlikte ayrıca bir borçlandırıcı işlem yapılmakta, borç ödendiği takdirde teminat konusu şeyin eski malike iade edileceği kararlaştırılmaktadır¹¹. Bu işlemlere uygulanacak hükümlerin tespiti, işlemin teminat amacı güttüğü göz önüne yapılarak tespit edilmelidir. Tarafların borcun ödenmemesi halinde rehinli malın alacaklının mülkiyetine geçeceğine ilişkin anlaşmaları mümkün değildir. Lex Commisoria¹² yasağı olarak adlandırılan bu kurum, teminat amacıyla yapılan inançlı temlikler bakımından da uygulama alanı bulmalıdır. Aksi kabul, yani lex commissoria yasağının

⁹ Özsunay, s. 56-57; Aydoğdu/Kahveci, s. 258.

¹⁰ Özsunay, s. 57;

¹¹ Helvacı, İlhan; Eski Medeni Kanunumuzla Karşılaştırmalı Olarak Türk Medeni Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan İpotek Hakkı, İstanbul 2008, s. 280; Aydınçık, s. 135; Kurt, Fatma; Lex Commisoria (Mülküne Geçirme Yasağı) -Amacı, Kapsamı ve Alacaklıya Rehinli Malı Özel Yollardan Paraya Çevirme Yetkisi Verilmesi ile İlişkisi-Yasakların Sorgulanması ve Sınırlandırılması Önerisi, İBD, C. 82, S. 1, Yıl: 2008, s. 138; alacağın teminat amacıyla temlik için bkz. Eigenmann, Antoine; L'Effectivité des Suretés Mobilières, Arbeiten aus dem Juristischen Seminar der Universität Freiburg Schweiz/Travaux de la Faculté de Droit de l'Université de Fribourg (AISUF) Band/Nr. 206, § 39.

¹² Bu kavramın ayrıntılı incelemesi için bkz. Kurt, s. 130 vd.; Kuntalp, Erden; Lex Commisoria Yasağı Kavramı, Koşulları ve Uygulama Alanı, İnan Kıraç'a Armağan, İstanbul 1995, s. 153.

sadece kanunun tanımladığı teminat türleri bakımından uygulanabileceğini kabul etmek¹³, teminat amacıyla yapılan inanca temliklerin diğer rehin türlerine ilişkin kuralları dolanmak amacıyla başvurulmuş bir kurum olması sonucunu doğurur¹⁴.

C. İnançlı İşlemlere Uygulanacak Hükümler

1. Genel Olarak

İnançlı işlem ile inananın, inanılana devrettiği malvarlığı değerinin akıbeti doğurabileceği hak kayıpları nedeniyle İsviçre Hukukunda farklı görüşlerin ortaya atılmasına neden olmuştur¹⁵. İsviçre Federal Mahkemesi özellikle muvazaalı işlem ile inanca işlemin birbirinden ayrılması aşamasında Alman hukukunun da etkisiyle inanca işlemin doğurduğu ilişkileri iç ilişki ve dış ilişki olarak ikiye ayırmıştır. Bu görüşe göre inanılan (mutemet) inanca işlemle kendisine geçirilen malvarlığı değerlerinin *-erga omnes-* malikidir. İnana ise ancak taraflar arasındaki iç ilişkide *-inter partes-* malvarlığı değeri üzerinde hak sahibidir. Federal Mahkeme daha sonra

¹³ Kuntalp, *lex commisoriana*'nın mülkiyetin teminat amacıyla temlikinde de uygulama alanı bulabileceği görüşüne katılmakla beraber, teminata konu malvarlığı değeri ile alacak arasındaki farkın teminat verene iadesinin kararlaştırıldığı ihtimali de gözönünde bulundurmak gerektiğini ileri sürmüştür. Yazara göre borç ödenmediği takdirde alacaklı mülkiyeti kendisinde tutabilecek, ancak malvarlığı değerinin alacağı aşan kısmını devreden/inanana iade etmek zorunda kalacaktır. Bu işlem ile *lex commisoriana* arasındaki fark, inanca temliklerde mülkiyetin baştan devredilmesi olarak karşımıza çıkmaktadır, **Kuntalp**, s. 155,160.

¹⁴ **Kurt**, s. 140; bu kapsamda TMK m. 766 hükmü de önem taşır. TMK 766 maddesi rehlin kurulmasına karşın taşınırın zilyetliğinin yine rehin verende kaldığı durumları düzenlemektedir. Bu durumda kanuna karşı hileden bahsedilir. Hâkimin hükmen teslimin dayandığı hukuki sebebi doğru tespit etmesi gerekir. Teslim rehin hükümlerini bertaraf etmek veya üçüncü kişileri zarara sokmak amacıyla yapıldıysa, bu teslim ve rehin kurma işlemi üçüncü kişilere karşı hüküm ifade etmez. Bu hüküm taşınır rehlinin hükmen teslim yoluyla kurulmasına mani bir hüküm olmayıp, sadece bu işlemin üçüncü kişilere zarar verme amacıyla gerçekleştirilmesine mani olmayı amaçlamaktadır, **Eren**, **Fikret**; Mülkiyet Hukuku, Ankara 2011, s. 486; **Esener**, *Temliki Tasarruflar*, s. 381; **Helvacı**, s. 283.

¹⁵ Bu görüşlerin ayrıntılı ve kronolojik incelemesi için bkz. **Thévenoz**, *La Fiducie*, s. 257-363

Regelsberger'in görüşünü¹⁶ benimseyerek inançlı işlemi malvarlığı değerinin temlik yanında, inanılana kendisine teslim edilen değerleri koruma ve idare etme yükümlülüğü yükleyen bir işlem olarak kabul etmiştir¹⁷. İnançlı işlemin özellikle teminat amaçlı bir temlik niteliği kazanması, inançlı işlemin tanımına ilişkin teorilerin gelişimini de etkilemiştir. İşlemin inananın alacaklılarına etkisi; inananın alacaklılarının, inanılanın malvarlığına alacaklarını tahsil etmek amacıyla el atıp atamayacakları sorunu da doktrinde tartışılmıştır. Bu kapsamda, inanılanın herkese karşı ileri sürülebilen hak sahipliği ile inançlı işlemin tarafları arasında hüküm ifade eden yükümlülükleri, işlemin amacıyla çelişir hale gelmiştir. Doktrinde, malvarlığı değerinin temlikinin gerçekten tarafların gerçek iradesini yansıtmayı yansıtmadığı dolayısıyla muvazaalı edip etmediği sorusu sorulmuştur. **Yung**, her iki kurum arasındaki farklılığı ortaya koyarak kanuna karşı hilenin, inançlı işlem ile değil, muvazaalı işlem vasıtası ile daha mümkün olduğunu belirtmiştir. Yazara göre malvarlığı değerinin veya alacağın temlik edildiği kişi, gerçekten hak sahibi değilse veya kendisine temlik edilen şeyi kendi özgür iradesi ile idare etmiyorsa, inançlı işlemde değil, muvazaadan bahsetmek gerekir. İşte inanılanın malvarlığı veya alacağı idare ederken sahip olduğu bu özgürlük, işlemin muvazaalı mı yoksa inançlı işlem mi olduğu konusunda yol göstericidir¹⁸. **Jaggi** tarafından geliştirilen muvazaalı teorilerine göre ise, inanılan kimden aldığı belli olmaksızın kendisine temlik edilen malları idare ve gözetme yetkisini istemekte, fakat ekonomik etkileri istememektedir. Nitekim bu etkiler, yani zarar ve kazançlar da inananın aittir. Bu teori uyarınca inanılan, temlik edilen şeyin mülkiyet hakkını değil, üçüncü kişiler nezdinde tasarruf yetkisini haizdir. İnançlı işlemler aslında nispi muvazaalıdır. Bu nedenle inanan temlik ettiği şeyin mülkiyetini kaybetmez¹⁹.

¹⁶ **Regelsberger**, Ferdinand; Pandekten, 1st vol. Leipzig, 1893, s. 518-519. (**Thévenoz**, La Fiducie, s. 265'ten naklen)

¹⁷ **Reymond**, Claude; Essai sur La nature et Les Limites de l'Acte Fiduciaire, Montreux 1948; s. 9 vd.; **Thévenoz**, La Fiducie, s. 265. İnançlı işlemin özellikle teminat amaçlı bir temlik niteliği kazanması, inançlı işlemin tanımına ilişkin teorilerin gelişimini de etkilemiştir.

¹⁸ **Yung**, s. 159-160.

¹⁹ **Jaggi**, Peter/**Gauch**, Peter; Zürcher Kommentar, t. V.1.b; Kommentar zu Art. 18 OR, 3^e Edition, Zurich 1980, NN. 201-212 (**Thévenoz**, La Fiducie, s. 271-272'den naklen).

İsviçre Federal Mahkemesi yerleşik içtihatlarına göre bugün, inaçlı işlem ile işleme konu hakların kül olarak geçtiğini kabul etmektedir. Buna göre, inanılan kendisine temlik edilen şey üzerinde, inananın aleyhine olsa dahi rehin tesis edebilir; inanılanın kimliğini belirtmeksizin iflâs masasına alacak kaydettirebilir²⁰.

2. İnançlı İşlem Türlerine Göre Uygulanacak Hükümler

Kural olarak inaçlı işlemler, tarafların gerçek iradelerini yansıtmaları nedeniyle geçerli işlemler olarak kabul edilir. Bu işlemler kimi zaman bir satım sözleşmesi özelliği gösterebileceği gibi, ödünç veya vekâlet sözleşmelerine ilişkin ya da taşınır/taşınmaz rehnine ilişkin hükümlerin de uygulama alanı bulabilmesi mümkündür.

Türk Borçlar Kanunu'nda her bir sözleşme türü bakımından alacaklı veya borçlunun iflâsına ilişkin düzenlemelere yer verildiği gözlemlenebilir. Örneğin bağışlama sözleşmesinde bağışlama sözü verenin iflâsına ilişkin

Türk doktrininde Kılıçoğlu bir borcun teminatı olarak taşınmaz üzerinde alacaklı lehine ipotek tesisi yerine borçluya ait bu taşınmazın mülkiyetinin alacaklıya geçirilmesi; borç ödendiğinde taşınmazın tapusunun borçluya iadesi yönündeki anlaşmaların aslen muvazaalı işlemler olarak değerlendirilmesi gerektiği görüşündedir. Yazara göre tarafların iradesi taşınmazın borca karşılık ipotek edilmesi yönündedir. Gizli işlem de budur. Ancak taraflar görünürde taşınmazın mülkiyetini alacaklıya devri işlemini gerçekleştirmişlerdir, **Kılıçoğlu**, s. 126-127.

²⁰ ATF 91 III 104; anılan kararda, inaçlı işlemin taraflar arasında vekâlet sözleşmesinin etkilerini doğurduğu, üçüncü kişiler nezdinde inanılanın malik olduğu şey üzerinde tasarruf yetkisinin bulunduğu belirtilmiştir. Bununla birlikte inanılan, inanan ile aralarındaki ilişkiye (İnaçlı işlem) aykırı davranışları nedeniyle tazminat yükümlülüğü altındadır. Yargıtay da inaçlı işlemin vekâlet benzeri kendine özgü yapısı olan sözleşme olduğuna hükmetmiştir: "...İnaçlı işlemler, bir kimsenin menfaatinin başkası tarafından korunması veya teminat sağlamak amacıyla ona bazı hakları ciddi olarak devrettiği, ancak hakları iktisap edenin bunlardan doğan bazı yetkileri hiç kullanmaması, bazılarını da ancak önceden hak ve halen menfaat sahibi olanın gösterdiği biçimde kullanmak zorunda olması hususunda tarafların anlaştığı işlemlerdir. Bu tür işlemler vekalet veya vekalet hükümlerinin uygulanacağı vekalet benzeri kendisine özgü yapısı olan bir sözleşme olarak nitelendirilebilir. (BK. mad.386/II)...", HGK E. 2000/2-888, K. 2000/885, T. 17.05.2000 (Erişim tarihi: 27.09.2012). Türk Doktrininde aynı yönde yani tam hak teorisi yönünde görüş için bkz. **Özsunay**, s. 1; **Aydıncık**, s. 132.

TBK m. 296/II; kira sözleşmesinde kiracının iflâsına ilişkin TBK m. 332; yayım sözleşmesinde yayımcının iflâsına ilişkin TBK m. 499/II; havale edenin iflâsına ilişkin TBK m. 559/III; kefalet sözleşmesinde asıl borçlunun iflâsına ilişkin TBK m. 590-593; ömür boyu gelir borçlunun iflâsına ilişkin TBK m. 609/III ve ömür boyu bakım borçlunun iflâsına ilişkin TBK m. 618 bu şekilde Türk Borçlar Kanununun sevkettiği hükümlerdendir²¹. İnançlı işleme uygulanacak hükümler iflâs halinde izlenecek yol bakımından önem taşır.

İnanç anlaşmasının kendine özgü bir sözleşme olarak ortaya çıkması, bu sözleşmeye uygulanacak hükümlerin belirlenmesini güçleştirebilir. Bu bağlamda her somut olay bakımından ayrıca değerlendirilme yapıp, inanç anlaşmasına en yakın sözleşmeye ilişkin hükümler kıyasen uygulanmalıdır²².

Saf inançlı işlemlere çoğunlukla vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümler uygulanır. Farklı bir ifade ile, saf inançlı işlemler genel olarak vekalet veya vekalet benzeri bir ilişki kurar²³.

Karma inançlı işlemler ise çoğunlukla mülkiyetin nakline yönelik olarak satım veya rehin sözleşmesi şeklinde ortaya çıkabilir²⁴.

İnançlı işlem türleri bakımından yaptığımız bu ayrım ışığında idare amacıyla yapılan saf inançlı işlemlerde inanılanın iflâsı halinde doğrudan vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulama alanı bulacağını söylemek mümkündür. Buna karşın yine saf inançlı işlemlerden “*tahsil veya mahsup amacıyla yapılan temlikler*” ve çoğunlukla teminat tesisi amacına yönelik karma inançlı işlemler bakımından aynı sonuca ulaşmak mümkün değildir. Farklı inançlı işlem türleri bakımından bu işlemlerin inanılanın malvarlığına etkilerinin ve iflâs tasfiyesi kapsamında bu etkilerin ortaya çıkması, özellikle

²¹ Kimi sözleşmeler, taraflardan birinin iflâsı ile kanun gereği sona erer, **İnal**, Tamer; İflâs ile Ipso Jure Son Bulmayan Sözleşmeler, İnan Kıraç’a Armağan, İstanbul 1995, s. 95.

²² **Özsunay**, s. 134; **Oğuz**, s. 252.

²³ **Reymond**, s. 32 vd.; **Yung**, s. 173; **Oğuz**, s. 251-252; **Özsunay**, s. 121-122, yazara göre saf inançlı işlemlerde çoğu kez bir vekalet sözleşmesinin, hizmet, eser, yayım sözleşmesinin ya da üçüncü kişi yararına bir sözleşmenin kazandırma nedeni olarak ortaya çıkması mümkündür, s. 130.

²⁴ **Özsunay**, s. 134; **Oğuz**, s. 253; **Oğuzman**, M. Kemal/**Seliçi**, **Özer/Oktay-Özdemir**, Saibe; Eşya Hukuku, 13. Bası, İstanbul 2011, s. 312-313.

inançlı işlemlere/temliklere karşı iflâs idaresinin iptal davası ikame etmesini gerektirebilir. Karma inançlı işlemlerden teminat amacıyla bir alacağın veya mülkiyetin devri ya da teminat maksadıyla yapılan ciolar ile saf inançlı işlemlerden tahsil amacıyla yapılan inançlı cioların iptal davasına konu edilebilmesi de mümkündür (İİK m. 277 vd.).

Ş2. İNANÇLI İŞLEMİN TARAFLARININ İFLÂSI

A. Genel Olarak İflâsın Müflisin Tasarruf Yetkisine Etkisi

İcra İflâs Kanunumuzun 191. Maddesi hükmüne göre iflâsın açılması ile müflisin malları üzerinde yaptığı her türlü tasarrufu alacaklılarına karşı hükümsüzdür²⁵. Bu hükümsüzlük alacaklılar bakımından geçerli olmakla birlikte, müflis işlem yaptığı üçüncü kişiye karşı sorumlu olmaya devam eder²⁶. Müflisin sadece malvarlığını azaltıcı işlem yapamayacağına değinmek gerekir. Farklı bir ifade ile müflis borçlandırıcı işlemler yapabilir, ancak malvarlığında azalma meydana getirecek tasarruf işlemlerini yapması mümkün değildir²⁷.

²⁵ Karş İsvİİK m. 204.

²⁶ **Üstündağ**, Saim; İflâs Hukuku (İflâs, Konkordato, İptal Davaları), Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 8. Bası, İstanbul 2009, s. 86; **Jäger**, Charles; Commentaire de la Loi Fédérale sur la Poursuite pour Dettes et la Faillite, Tome I-II-III, Edition Française par Robert Petitmermet et Henry Bovay, 1920, Art. 204, §7; **Belgesay**, M. Reşit; İcra ve İflas Hukuku I, Sentetik Bölüm, İkinci Cilt, Konkordato-İflas-İptal Davası-Tahliye, İkinci Basım, İstanbul 1953, s. 81; **Berkin**, Necmettin M.; İflas Hukuku, 4. Bası, İstanbul 1972, s. 239, 244; **Kuru**, Baki; İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, 2. Baskı, Ankara 2013, s. 1218-1219; **Brustlein A./Rambert P.**; Commentaire de la Loi Fédérale sur la Poursuite pour Dettes et la Faillite, Lausanne, 1892, Art. 204, N. 1; **Favre**, Antoine; Droit des Poursuites, 2^e Edition, Fribourg 1967, s. 297; **Sandoz**, Claude; De L'Effet De La Faillite Sur Les Procès Du Débiteur, Thèse de Licence et de Doctorat Présentée a la Faculté de Droit de l'Université de Lausanne, Lausanne 1938, s. 23. Sözleşmenin iflâsın açılmasıyla hükümsüz olacağını kabul etmek, iflâs masasının da bu sözleşme ile elde edilmesi amaçlanan edimin ifasını talep etmesinin önüne geçer. İflas hukukuna ilişkin bu genel kural yanında maddi hukuk kurallarıyla müflis ile üçüncü kişi arasındaki sözleşmenin türüne göre farklı çözümler öngörülmüş olabilir, **Dallèves**, Louis; Faillite et Concordat, La LP Révisée, CEDIDAC 35, Lausanne 1997, s. 128.

²⁷ **Pekcantez**, Hakan/**Atalay**, Oğuz/**Sungurtekin Özkan**, Meral/**Özekes**, Muhammet; İcra ve İflas Hukuku, 11. Baskı, Ankara 2013, s. 709; **Brustlein/Rambert**, Art. 204, N.

İflâsın açılmasından sonra müflise ödeme de yapılamaz (İİK m. 192), müflis bu ödemeyi kabul edemez. Alacaklı durumunda bulunan müflisin borçlusu borcunu iflâs masasına ödemelidir. Müflisin borçlusu olan kimse yaptığı ödemeden iflâs masasına aktarılan kısım oranında müflisin alacaklılarına karşı borcundan kurtulmuş olur²⁸.

İflâsın açılmasının müflis bakımından ortaya çıkan bu sonucuna önemli bir istisna getirilmiştir. Bu istisna iflâsın açılmasından önce müflis tarafından düzenlenmiş emre yazılı senet veya müflis üzerine keşide edilmiş poliçelere ilişkindir. İİK m. 191 hükmü uyarınca emre yazılı senet veya poliçenin iflâsın açılmasından sonra, fakat ilanından önceki süreçte ve vadesinde ödemesi bazı koşulların gerçekleşmesi halinde muteberdir. İlk koşul hamilin iyiniyetli olmasıdır. Farklı bir ifade ile senet hamili iflâsın açıldığını bilmeli veya bilebilecek durumda olmamalıdır. Yine senet hamili dışında kambyo hukukuna göre sorumlu olan diğer kişilere hamilin yaptığı ödemeye güvenilerek ödememe protestosu çekilmemiş olması nedeniyle hamil bu kişilere rücu hakkını kaybetmiş olmalıdır²⁹.

İflâsın açılmasının müflisin devam eden ilişkilerine de etkisi olur. Biz çalışmamız kapsamında müflisin inançlı işlem şeklinde kurduğu ilişkilerinin iflâstan nasıl etkileneceğini incelemekle yetineceğiz. Bu kapsamda İcra İflâs Kanunumuzda ve diğer kanunlarda yer alan hükümlere de değinmek gerekir.

İİK m. 188 (İsvİİK m. 201) uyarınca sadece tahsil veya ilerideki tediye karşılık müflise verilen hâmiline veya emre muharrer senetleri devredenler geriye isteyebilir. Bu hüküm özellikle tahsil veya mahsup amacıyla temlik biçiminde ortaya çıkan inançlı işlemler bakımından önem taşır.

TBK m. 509 hükmü uyarınca vekâlet sözleşmelerinde inanılanın durumunda olan vekilin iflâsı halinde vekâlet verenin; vekilin kendi adına ve

5; **Jäger**, Art. 204, §5; **Gilliéron**, Pierre-Robert; Poursuite pour Dettes, Faillite et Concordat, 4^e Edition, 2005, § 1658, yazar müflisin pasifini artırıcı işlemleri de yapamayacağına değinmiş, örneğin iflâsın açılmasından sonra müflisin borç ikrarında bulunamayacağını savunmuştur, § 1665, aynı yönde **Postacioğlu**, İlhan E.; İflâs Hukuku İlkeleri, C. I: İflâs, İstanbul 1978, s. 89.

²⁸ **Berkin**, s. 248; **Belgesay**, s. 83; **Muşul**, C. II, s. 1330; **Kuru**, s. 1221; **Favre**, s. 298; **Jäger**, Art. 205, § 4.

²⁹ **Berkin**, s. 247-248; **Belgesay**, s. 83-84; **Üstündağ**, s. 87-88; **Muşul**, C. II, s. 1327-1328; **Brustlein/Rambert**, Art. 204, N. 8; **Favre**, s. 297.

vekâlet veren hesabına gördüğü işlerden doğan üçüncü kişilerdeki alacağının kendisine geçtiğini iflâs masasına karşı ileri sürebilir.

İnançlı işlemlere hâkim olan tam hak teorisi sebebiyle inanılanın kendisine temlik edilen değer üzerinde mülkiyet hakkına sahip olduğunun kabulü, inanca işlemleri dolaylı temsilden ayırır. Dolaylı temsilde temsilci mülkiyeti temsil ettiği kişiye geçirmekle yükümlüdür. Oysa inanca işlemde inanılan kendisine temlik edilen taşınır mülkiyeti veya alacak hakkını tam olarak kazanır³⁰. Temsilci ve inanılanın iflâsında uygulanacak hükümler de bu bakımdan farklılaşır. Özellikle idare amaçlı inanca işlemler bakımından gözlemlenebilecek olan bu durum, iflâsın müflisin tasarruf yetkisine etkisi incelenirken, yukarıda kısaca değindiğimiz maddi hukukta öngörülen istisnai halleri de dikkate almayı gerektirir.

Bu genel açıklamalar ışığında inananın ve inanılanın iflâsını ayrı ayrı ve her bir inanca işlem özelinde incelememizde fayda vardır.

B. İnananın İflâsı ve Bu Durumun İnanç Sözleşmesine Etkisi

İnanca işlemin taraflarının iflâsını ve bu durumun inanca işleme etkilerini de yine işleme uygulanacak kanun hükümleri dikkate alınarak açıklamak gerekir. İnananın iflâsı halinde alacaklılarının inanca işleme konu edilen malvarlığı değerini iflâs masasına dahil etmek istemeleri mümkündür. Farklı bir ifade ile inanca işlem ile inananın malvarlığından çıkan değer, iflâs masasına dahil edilerek inananın alacaklılarının tatminine yönlendirilmelidir.

İnananın alacaklılarının el atabileceği malvarlığı değeri, inanca işleminin doğan iade borcu ile sınırlıdır. Yani inananın alacaklılarının haciz koydurabileceği kısım, inanca sözleşmesinin sona ermesi sonucunu doğuracak iadenin konusu olan kısımdır. Farklı bir ifade ile inanılana geçirilen ve inanca sözleşmesinin sona ermesi halinde iade edilecek malvarlığı değerlerine, inananın alacakları tarafından doğrudan başvurulabilir. Dikkat edilirse inananın iflâsında, inananın alacaklısı doğrudan işlemin diğer tarafı inanılanın malvarlığına el atabilme imkânına sahiptir. Bu yaklaşım en net haliyle 1973 tarihli bir Federal mahkeme kararında tezahür etmiştir. Anılan karara

³⁰ Özsunay, s. 1; Aydınçık, s. 132; Gilliéron, § 1647. Ayrıca bkz. yukarıda dn. 17-18 civarı.

inanılanın iflâsının halinde inançlı işleme etkilerine ilişkin bölümde değineceğiz³¹. Burada özellikle inançlı işlemin türüne göre inananın iflâsı halinde uygulanacak hükümlerin değişkenlik göstereceğine değinmek istiyoruz.

Kanaatimizce iade yükümlülüğüne ilişkin olarak inançlı işlem türleri bakımından bir ayırım yapmak³² sorunu aydınlatmada faydalı olacaktır. İdare amaçlı saf inançlı işlemler ile temlik edilen malvarlığı değerleri üzerinde inanılanın tasarruf yetkisinin olduğu kabul edilebilir. TBK m. 513/I uyarınca vekâlet verenin iflâsı vekâlet sözleşmesini sona erdiren hallerdendir. Bu halde vekilin inanç konusunu iade etmesi gerekir³³. Bu tespitten hareketle, müflis inananın alacaklılarının, inanılanın malvarlığından çıkartılan bu değere doğrudan el atabileceği sonucuna ulaşılabilir.

Mülkiyetin veya alacağın teminat amacıyla temlik şeklinde sıklıkla ortaya çıkan karma inançlı işlemler bakımından ise durum farklıdır. Bu şekilde ortaya çıkan karma inançlı işlemlerde alacak müeccel ise iflâsın açılması ile muaccel hale gelir (İİK m. 195). Teminat amacıyla yapılan taşınırların inançlı temlikinde³⁴, diğer rehinli alacaklara uygulanacak hükümlerin uygulama alanı bulması gerekir. **Özsunay**, teminat alacaklısının (İnanılanın) teminat konusunu kendisinin paraya çevirebileceğini; elde edilen

³¹ Bkz. §2, B.

³² Yavuz, inançlı işlemler arasında bir ayırım yapmaksızın, iptale tabi olacak işlemlerin inançlı değil, muvazaalı kabul edilmesi gerektiği görüşündedir, **Yavuz**, Nihat; Alacaklılardan Mal Kaçırma Amacı ile Yapılan İşlemlerin Hukuken Nitelendirilmesi Sorunu, YD, Ocak-Nisan 1986, C. 12, S. 1-2, s. 106. Biz bu görüşe katılmıyoruz. Kanaatimizce inançlı işlemler arasındaki farklılıklar, iptale tabi işlemin inançlı veya muvazaalı olarak nitelendirilmesi bakımında önem taşır. Özellikle inançlı temliklerin iptal davasının konusunu oluşturmaları kuvvetle muhtemeldir.

³³ **Özsunay**, s. 212; şüphesiz vekalet sözleşmesinde iflâsa rağmen sözleşmenin devam edeceğine dair bir hüküm de bulunmamalıdır, **İnal**, s. 95; **Dallèves**, Louis; Les Effets de la Faillite sur les Contrats, FJS, 1003a, Genève 1987, s. 15, yazar iflâsın sona erdireceği vekalet sözleşmelerinin, vekile temsil yetkisi tanıyan sözleşmeler olduğu yönünde görüşlere yer vermiştir; vekilin ediminin ifaya yönelik olduğu vekalet sözleşmeleri vekilin iflâsıyla sona ermez. Nitekim yazara göre müflisin temsilci/vekil aracılığıyla gerçekleştirdiği işlemler de İsvİİK m. 204 (İİK m. 191) uyarınca alacaklılara karşı geçersiz olmalıdır, s. 16.

³⁴ Taşınmaz rehni ile temin edilmiş alacaklar İİK m. 195 gereğince iflâsın açılmasıyla muaccel hale gelmez.

miktar alacaktan fazla ise artan kısmın masaya iade edilmesi gerektiği görüşündedir³⁵. İsviçre Federal Mahkemesi de eski tarihli bir kararı da inanca işlemlerden kaynaklanan alacakların şarta bağlı olacak şekilde sıra cetveline katılması; bu alacakların rehinli alacaklar ile aynı sırada sıra cetveline kaydedilmemesi gerektiğine hükmetmiştir³⁶. Biz bu görüşe katılmıyoruz. Temlik edilen taşınırın iflâs masasına, inanılanın rüçhan hakkı baki kalmak üzere verilmesi ve paraya çevirme işlemlerinin iflâs idaresi tarafından gerçekleştirilmesi gerekir. Aksi halde inanca temlik şeklinde gerçekleştirilen taşınır rehinleri, diğer rehinlere göre haksız biçimde avantajlı hale gelir. Hatta kanaatimizce bu görüş, lex commissoria yasağına da aykırılık teşkil eder³⁷.

İnanca temlik ile sağlanan teminata teminat borçlusunun (İnananı) işlemi yaparken işlem konusunun mülkiyetini teminat alacaklısına (İnanılan) geçirdiğinin bilincinde olduğu; bu nedenle temlik konusunu kendisinin paraya çevirebileceği akla gelebilirse de, inanca temlik ile ulaşılmak istenen asıl amaç teminattır. İnanca temliklerde mülkiyetin inanılana geçtiği, inanılanın da teminat konusu taşınır üzerinde tasarruf yetkisi bulunduğu dikkate alındığında, teminat konusunun iflâs idaresince paraya çevrilmesi gereği daha net ortaya çıkar. İnanılanın inanca devir konusunu paraya çevirmesine cevaz vermek, taşınır rehni ile temin edilmiş bir alacağın alacaklısına (inanandan alacaklı olan bir diğer rehinli alacaklıya) nazaran inanılanın daha hızlı biçimde alacağına kavuşmasına imkân verir. Lex commissoria yasağının, teminat konusunu paraya çevirmeyi kapsamadığı görüşü doktrinde ileri sürülmüşse de, İcra İflâs Kanunumuz’ da rehlin paraya çevrilmesini ancak icra dairesinin gerçekleştirebileceği göz önüne alındığında, bu tür inanca temliklere ilişkin sözleşmelerin, rehlin özel olarak paraya çevrilmesini kapsamadığı sonucuna ulaşılabileceği görüşü doktrinde savunulmuştur³⁸. Baskın

³⁵ **Özsunay**, s. 212; aynı yönde **Reymond**, s. 58; **Eigenmann**, § 446 vd.; **Helvacı**, s. 283. İnanca temliklerin hem taşınır hem de taşınmazlar bakımından söz konusu olabileceğine ilişkin olarak bkz. **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 314-315.

³⁶ **Reymond**, s. 58.

³⁷ Yukarıda Lex commissoria yasağının inanca temlikler bakımından da uygulanması gerektiğine değinmiştik (bkz. dn. 10 civarı).

³⁸ **Kurt**, s. 149, 151; **Sarı**, Suat; Alacaklıya Rehni Paraya Çevirme Yetkisi Verilmesi, Legal HD, Şubat 2007, Y. 5, S. 50, s. 407 vd. Lex Commissoria yasağının, borç

görüşe göre ise rehnin paraya çevrilmesine ilişkin hükümler emredici değildir, rehnin paraya çevrilme yöntemi taraflarca belirlenebilir. Bu noktada, İcra İflâs Kanunumuz' da yer alan rehnin paraya çevrilmesine ilişkin hükümlerin emredici olmadığı kabul edilirse, rehinli malın mülkiyetinin alacaklıya geçeceği şeklinde olmamak üzere, malın satış şeklinin taraflarca belirlenebileceği sonucuna ulaşılır³⁹. Bu görüşe ihtiyatlı yaklaşılması gerektiği kanaatindeyiz. Zira teminat borçlusunun birden fazla teminat alacaklısı olduğu ve bunlardan bir kısmının alacaklarının rehin, bir kısmının alacaklarının ise inanca temliklerle sağlandığı durumlarda, rehnin paraya çevrilmesi yönteminin bazı alacaklılar bakımından daha hızlı ve kolay olması, alacaklılar arasında bir eşitsizliğe sebep olacaktır. Cüz'i icrada alacaklılar arasında bir eşitsizliğin oluşması somut olaya göre mümkün olabilirse de, külli icra bakımından alacaklıların eşitliği prensibi nedeniyle böyle bir eşitsizliğin tarafların iradesi ile doğması mümkün olmamalıdır. Nitekim iflâs yoluyla takiplerde iflâs masasına dahil olan malların ne şekilde paraya çevrileceği ikinci alacaklılar toplantısında karara bağlanır (İİK m. 241). Yani ancak ikinci alacaklılar toplanmasında inanca temlike konu malın ne şekilde paraya çevrileceği belirlenecektir. Bu sebeple, kanaatimizce iflâsta tarafların malın ne şekilde satılacağına ilişkin olarak yaptıkları anlaşmalar da lex commissoria yasağı kapsamında değerlendirilebilecektir. İnançlı işlemin de rehin tesisi amacına yöneldiği göz önüne alındığında diğer rehinli alacaklıların tabi olduğu kuralların inanılan bakımından da uygulanması gerektiği kanaatindeyiz.

İnançlı işlem ile tesis edilen teminat rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takibe konu olmayacağından, İİK m. 185/I hükmünün burada uygulama alanı bulabileceğini düşünüyoruz. Buna göre üzerinde rehin bulunan mallar rehin sahibi alacaklının rüçhan hakkı mahfuz kalmak suretiyle masaya girer ve iflâs idaresi tarafından en yakın ve münasip zamanda paraya çevrilip muhafaza ve satış masrafları çıkarıldıktan sonra rehinli alacaklıya hakkı verilir.

ödenmediği takdirde alacaklıya rehin konusunu bizzat paraya çevirme yetkisi verilmesini kapsamadığı yönünde **Kuntalp**, s. 156.

³⁹ **Postacioğlu**, İlhan E.; İcra Hukuku Esasları, Güncelleştirilmiş Genişletilmiş 5. Bası (5. Basıya Hazırlayan Av. Sümer Altay) İstanbul 2010, §479; **Kuru**, s. 1025; **Jaeger**, Art. 151, §2; **Gürdoğan**, Burhan; İcra Hukuku Dersleri, Ankara 1970, s. 163; **Sarı**, s. 410-411.

Alacağın veya mülkiyetin inanca temlikinde alacaklı/inanılanın bu hükümle bağlı olmaksızın elindeki malı paraya çevireceğini kabul etmek, alacaklılar arasındaki eşitliğe aykırı olacaktır.

Temlik edilen mülkiyet bir taşınmaza aitse, inananın alacaklılarının, inanılanın malvarlığına doğrudan el atması, vekâlet hükümleri kapsamında mümkün olmayacaktır. Bu noktada tasarrufun iptali davası fonksiyon gösterir. İİK m. 279'de yer alan iptal sebebine dayanılarak bu temlikin iptal edilmesi ve taşınmazın iflâs masasına dahil edilmesi mümkün olmalıdır.

C. İnanılanın İflâsı ve Bu Durumun İnanç Sözleşmesine Etkisi

Kural olarak inanılanın işlem konusunu bir bütün olarak iktisap etmesi sebebiyle inanan, inanılanın iflâsı halinde bir çıkarma hakkına sahip değildir⁴⁰. Farklı bir ifade ile inanılanın iflâsı halinde inanca işleme konu mal da inanılanın iflâs masasına girer. Bu nedenle inanan, inanca olarak devrettiği mal varlığı değeri veya alacağı iflâs masasından ancak bir iflâs alacaklısı olarak alabilir. İnanan dilerse inanılana olan borcunu masaya ödeyebilir; dilerse inanca işlem konusu malvarlığı değerinin iflâs idaresi tarafından paraya çevrilmesini bekleyebilir.

İnanca işlem konusunun iflâs idaresi tarafından paraya çevrilmesi, inananı diğer iflâs alacaklıları ile aynı duruma getirir. Yani diğer iflâs alacaklıları da inanca işlem konusunun paraya çevrilmesi neticesinde bu malvarlığı değerinden faydalanabilir⁴¹. Buna karşın iflâs tasfiyesi bakımından inanılanın iflâsı özellikle mülkiyetin veya alacağın devri şeklinde ortaya çıkan karma inanca işlemler bakımından farklı sonuçlar doğurmaya elverişlidir. Az önce de değindiğimiz üzere tam hak kazanımı teorisi gereğince inanca temlike konu şey, bir bütün olarak inanılanın malvarlığına dahil olur. Bu kabul, inananın inanca işleme konu şeyin masadan çıkarılmasını talep edebilmesinin önüne geçer. Bununla birlikte inanca işlemin sebebe bağlı olup olmaması, inananın işlem konusunu geri alabilmesi yönteminin farklılaşmasına sebep olur⁴².

⁴⁰ Özsunay, s. 201; Aydoğdu/Kahveci, s. 261.

⁴¹ Özsunay, s. 202-203.

⁴² Özsunay, s. 202-203.

Karma inançlı işlemlerde alacağın veya mülkiyetin teminat amacıyla temliki söz konusu olduğundan, inanan inanılana olan ve inançlı işlemin sebebini oluşturan borcunu iflâs masasına ödeyebilir. Eğer inançlı devir mücerret ise inanan bu yaptığı ödeme ile iflâs masasına dahil olan şeyin iadesini talep edebilir. Doktrinde mücerret inançlı işlemin bozucu şarta bağlı olarak gerçekleştirilmesi durumu, inançlı işlem konusunun inanana geçmesi bakımından ayrıca incelenmiş ve bu halde inananın çıkarma yetkisi olduğu savunulmuştur. Bu görüşe göre inananın borcu ödemesi bozucu şartın gerçekleşmesi sonucunu doğuracağından bu ihtimalde inananın işlem konusunun iflâs masasından çıkarma yetkisi doğar. İnançlı işlem bozucu şarta bağlı olarak gerçekleştirilmediyse, inanan alacağını ödemekle ancak iadeyi talep hakkına sahip olur. Ancak iflâsın açılması ile konusu para olmayan alacaklar para alacağına dönüşeceğinden (İİK m. 198) inançlı işlemin mülkiyet temlikine ilişkin olması halinde inanan, devredilen şeyin değerine denk bir para alacağını talep edebilir⁴³.

İnançlı işlem sebebe bağlı ise iflâs masasına ödeme yapıldığında borcun sebebi de ortadan kalkacağından mülkiyet yine inanana döner. İnanan dilerse borcu ödemediği teminat konusunun paraya çevrilmesini bekleyebilir⁴⁴.

Hukukumuzda taşınır ve taşınmazların devren kazanılmasında sebebe bağlılık ilkesi kabul edilmiştir⁴⁵. Bu bakımdan inançlı işlemin konusu bir taşınmaza ilişkin ise, inanan bu işlemin sebebini oluşturan borcunu iflâs idaresine ödediği takdirde, taşınmazın mülkiyeti kendisine dönecektir. Alacağın veya bir taşınırın inançlı işlemle temlik edilmesi durumunda da kanaatimizce inançlı işlemle teminat altına alınmış borcun ödenmesi halinde alacağın/taşınırın iflâs masasından çıkartılması gerekir. Farklı bir ifade ile inançlı işlemin temin ettiği borcun ödenmesi, işlem konusu taşınırın iflâs masasına dahil edilmesine engel olur.

⁴³ **Oftinger**, Systematischer Teil. N. 243; **Keller**, § 4 V 1 (**Özsunay**, s. 203'ten naklen).

⁴⁴ **Reymond**, s. 54; **Özsunay**, s. 202-203.

⁴⁵ Örneğin TMK m. 1015/I: "*Tescil, terkin ve değişiklik gibi tasarruf işlemlerinin yapılabilmesi, istemde bulunanın, tasarruf yetkisini ve hukuki sebebi belgelemiş olmasına bağlıdır...*"; TMK m. 716/I: "*Mülkiyetin kazanılmasına esas olacak bir hukuki sebebe dayanarak malikten mülkiyetin kendi adına tescilini istemek hususunda kişisel hakka sahip olan kimse, malikin kaçınması halinde hakimden, mülkiyetin hükmen geçirilmesini isteyebilir...*". Ayrıca bkz. **Akıpek/Akıntürk**, s. 98.

Bu genel açıklamalardan sonra iki önemli istisnaya da değinmek gerekir. Tahsil veya mahsup amacıyla yapılan cirolar bakımından İİK m. 188 doğrudan uygulama alanı bulur. İnanılan durumundaki müflise tahsil veya mahsup amacıyla ciro edilmiş emre veya hamiline yazılı senetlerin iflâs masasına dahil edilmeksizin, senedi tevdi eden “inanana” verilmesi mümkündür⁴⁶. Anılan hükmü TTK m. 688 ve 689’da yer alan düzenlemelerden ayırmak gerekir. Tahsil veya mahsup amacıyla verilmiş fakat TTK m. 688-689’da yer alan ibareleri (“bedeli tahsil içindir”, “vekâleten”, “bedeli teminatı”, “bedeli rehindir” vb.) taşımayan hamiline veya emre yazılı senetlerin de İİK m. 188 kapsamında inanana iadesi istenebilmelidir. Aksi kabul, İİK m.188 ile TTK m. 688-689’u birbirinin tekrarı haline getirir⁴⁷. Nitekim İİK m. 188’in uygulama alanı bulabilmesi için devreden inananın senedin sadece tahsil veya mahsup amacıyla verildiğini ispat etmesi gerekir⁴⁸.

İnançlı işlem konusunun inananın malvarlığından çıkarılmasına imkân tanıyan diğer istisna ise yukarıda da değindiğimiz vekâlet akdine ilişkin TBK m. 509 hükmünde yer almaktadır. Vekâlet ve vekâlet benzeri akdi ilişkiler kuran saf inanca işlemlerde TBK m. 509 hükmü, inananın iflâsı halinde inanana işlem konusunu masadan çıkarma imkanı tanıyan bir hükümdür⁴⁹. İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında anılan hükmün net bir uygulamasına yer vermiştir. Bu karara konu işlem hukuki nitelik olarak idare amacıyla yapılan bir inanca devir özelliği göstermektedir. Anılan kararda (JdT 1974 I s. 588-595) malvarlığının terki suretiyle konkordato talep eden banka inanan olarak nitelendirilmiş, mevduat sahibi inananın durumu da buna göre çözümlenmiştir. Davacı-inanan, V. Bankasına, banka adına fakat kendi hesabına bir hesap açmış; bu hesaba 50000 Amerikan Doları yatırmıştır. Taraflar arasındaki inanca sözleşmesine göre V. Bankası bu mevduatı

⁴⁶ CR LP- Romy, Art. 201 LP §1; **Brustlein/Rambert**, Art. 201, N. 3; **Kuru**, s. 1214-1215; **Belgesay**, s. 77-78; **Berkin**, s. 220.

⁴⁷ **Reymond**, s. 55. Benzer şekilde Postacıoğlu da tahsil cirosunun senet metninden anlaşılmasının zorunlu olmadığı görüşündedir, **Postacıoğlu**, s. 139; **Berkin**, s. 223.

⁴⁸ **Postacıoğlu**, s. 139; **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, s. 706; **Kuru**, s. 1214; **Üstündağ**, s. 84; **Jäger**; Art. 201, §4; **Brustlein/Rambert**, Art. 201, N. 5; **Özsunay**, s. 205.

⁴⁹ **Özsunay**, s. 206-207; aksi görüş için bkz. **Reymond**, s. 57.

yurtdışında bulunan bazı kişi ve kurumlar nezdinde işletecektir. Elde edilen faiz gelirleri, üç aylık dönem sonunda davacı-inananın V. Bankası nezdindeki hesabına yatacaktır. Banka, davacı-inanandan talimat almaktadır. Bankanın konkordato talep etmesi üzerine, hesap sahipleri kendi hesaplarının konkordato aktifinden çıkartılması için mahkemeye başvurmuşlardır. Federal Mahkeme, İİK m. 184 (İsv. İİK m. 197) uyarınca iflâs açıldığı zamanda müflisin haczi kabil bütün mallarının nerede bulunursa bulunsun bir masa teşkil edeceğini, İİK m. 188’de (İsv. İİK m. 201) buna bir istisna getirildiğini belirtmiştir. Bu istisna uyarınca “*Sırf bedelini tahsil etmek için yahut tayin edilen ilerideki bir tediye karşılık olarak müflise devredilmiş olan hâmiline veya emre muharrer senetleri devredenler geriye isteyebilir*”. Mahkeme, maddi hukuk anlamında bir diğer istisnanın da vekâlete ilişkin TBK m. 509/III’te (İsvBK m. 401) öngörüldüğünü; anılan hükme göre de vekâlet verenin, vekilin kendi adına ve vekâlet veren hesabına edinmiş olduğu **taşınır** eşyanın iflâs masasından ayrılarak kendisine verilmesini isteyebileceğini belirtmiştir. BK m. 509 daki iflâsa ilişkin bu hükmün konkordatoya da uygulanabileceğini savunan Yüksek Mahkeme, inançlı işlemin de vekâlet sözleşmesine ilişkin bazı karakteristik özellikleri taşıdığını, bu hükümlerin inançlı işleme uygulanmaması için pozitif hukuk bakımından bir engel olmadığını dile getirmiştir. Bununla beraber bankanın bilançosunda inançlı işlem sonucu kendisine tevdi edilen mevduatlara yer vermemesi, bunları kendi hesaplarından ayrı muhasebeleştirilmesi de, davacı -inanan ile V. Bankası arasındaki ilişkiyi net biçimde ortaya koymuş, üçüncü kişilerin bu şekilde davacı ile banka arasındaki ilişki hakkında yanlış kanaat edinmelerinin önüne geçilmiştir. Bu gerekçelerle Mahkeme, inançlı temliklerin konkordato masasından ayrılmasına karar vermiştir⁵⁰.

Anılan bu karara karşın Federal Mahkemenin, vekile inançlı işlemle devredilen taşınır veya alacağın İsvBK m. 401’e göre iflâs masasından

⁵⁰ JdT 1982 II 80; aynı yönde ATF 112 III 96; taşınırların İsvBK m. 401 hükmüne dayanılarak iflâs masasından ayrılabilmesi yönünde bkz. CR LP- **Romy**, Art. 197 LP §18, 21; **Jäger**, Art. 201, §4. Reymond da Federal Mahkemenin aynı yöndeki kararlarına yer vermiştir. Yazar idare amaçlı inançlı işlemler bakımından özellikle taşınır ve taşınmaz mallar bakımından bir ayırım yapmış, inananın sadece taşınır mallar yönünden talep hakkı olduğuna değinmiştir, **Reymond**, s. 55.

ayrılmayacağı yönünde kararlarına da rastlanmaktadır⁵¹. Nitekim İsviçre doktrininde de, inanılan/vekilin ancak kendi adına, vekalet veren hesabına edindiği taşınır veya alacak üzerinde vekilin iade talep edebileceği de savunulmaktadır. Farklı bir ifade ile inanan/vekalet veren ile inanılan/vekil arasındaki ilişkiye göre üçüncü kişi konumunda bulunan kişiden inanılanın/vekilin kendi adına fakat inanan/vekalet veren hesabına edindikleri, iflâs halinde inanılanın iflâs masasına dahil edilmez. İsvBK m. 401'in özellikle alacaklar bakımından uygulama alanı bulabilmesi, bu alacağın inanılanın/vekilin malvarlığından ayrılması, ayrı tutulması ve değerlendirilmesi halinde söz konusu olur⁵².

Kanaatimizce inanca ilişkin işlemlerin türü bakımından yapılacak ayırım, bu tartışmalara da ışık tutabilir. İdare amaçlı saf inanca ilişkin işlemlere vekâlet hükümlerinin uygulanması, TBK m. 509 (İsvBK m. 401/III) hükmünün uygulanmasını mümkün kılar. Nitekim değindiğimiz kararlarda da görüldüğü üzere iflâs halindeki inanılan/vekil (somut örnekte banka) inanılanın kendisine verdiği alacağı diğer alacaklardan ayırmış, kendi malvarlığına karıştırmamıştır. Her ne kadar inanca ilişkin işlemler bakımından tam hak teorisi kabul görse de, inanca ilişkin işlemin idare amacına yönelmesi halinde, kanaatimizce ortaya çıkan durum TBK m. 509 (İsvBK m. 401/III) uygulamasını mümkün kılmaktadır⁵³.

⁵¹ JdT II 1994, s. 5 (anılan kararda özellikle teminat amacıyla yapılan temlikler bakımından İsvBK m. 401'in uygulama alanı bulamayacağına ilişkin görüşlere de yer verilmiştir.).

⁵² **Gilliéron**, §1645; **Dallèves**, Effets, s. 17. Engel ise inanılan ve üçüncü kişinin inananın ayırma hakkını ortadan kaldıran sözleşmeler yapmalarına bir engel bulunmadığını belirtmişse de; inanca ilişkin işlemler bakımından İsvBK m. 401/III'ün uygulama alanı bulabileceği görüşüne daha yakındır, **Engel**, Pierre; Contrats de Droit Suisse, Traité des Contrats de la Partie Spéciale du Code des Obligations, de la Vente au Contrat de Société Simple, Articles 184 à 551 CO, Ainsi que Quelques Contrats Innommés, 2e Edition, Stämpfli Verlag AG, Bern 2000, s. 506-507.

⁵³ İşlem konusunun inanılanın malvarlığından ayrı olarak, örneğin inanan adına açılmış bir banka hesabında, tutulması nedeniyle TBK m. 509 (İsvBK m. 401/III)'un uygulanabileceği hususunda bkz. JdT 1975 II özellikle s. 127-128, bu yönde **Dallèves**, Effets, s. 17; aksi görüş için bkz. CR CO I- **Werro**, Art. 401, § 12.

D. İnançlı İşlemin İspatı

Yargıtay 05.02.1947 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı⁵⁴,nda inanca işlemlerin ancak yazılı delille ispat edilebileceğini hükme bağlamış, 14. Hukuk Dairesi⁵⁵ ise daha yeni tarihli bir kararında yazılı delil olmasa dahi, inanca işlemlerin yemin gibi kesin delillerle de ispat edilebileceğine hükmetmiştir.

Genel kural kesin delille ispat olmakla beraber, inanca işlemlerin konu edildiği dava türü bakımından kanunda farklı bir ispat rejimi de benimsenmiş olabilir. Örneğin inanca işlemlerin sıklıkla konu edildiği tasarrufun iptali bakımından durum böyledir.

İnanca temliklerin iptal davası kapsamında ispatında her türlü delilden faydalanılabilir. Bu durum İİK m. 281/1’de düzenlenmesini bulan ve iptal davasında geçerli olan delillerin serbestçe değerlendirilmesi kuralının bir sonucudur. İnanca temliklerin iptal davasına konu edilmesi durumunda yürütülecek ispat faaliyeti, inanca işlemlerin ancak kesin delille ispat edilmesi kuralı ile çelişki de oluşturmaz. Yargıtay’ın az önce değindiğimiz bu kararları ile iptal davası bakımından hâkim olan delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesi, iptal davasının konusu dikkate alınarak değerlendirilmelidir. Zira iptal davası, inanca işlemin hükümsüzlüğünü konu edinmez. İptal davasında inanca işlem ile alınanın iadesi talep edilemez. Bu dava inanca işlem ile üçüncü kişiye devredilen malvarlığı değeri üzerinde cebri icra hakkı tanınması talebinden ibarettir. Bu bakımdan ispata konu vakia, borçlu ile üçüncü kişi arasında inanca işlem ilişkisinin bulunduğu değil; bu işlemin kanunda tanımlandığı biçimde iptale tabi olduğudur.

İflâs masasına dahil olan bir malvarlığı değerinin inanca işlemin konusunu oluşturduğu da YİBK ışığında ispata muhtaç olacaktır. Özellikle TBK m. 509/III veya İİK m. 188’de düzenlenmesini bulan ihtimallerde inanca işlemin diğer tarafı, müflis taraf elinde bulunan değer inanca işlem ile müflise geçtiğini kesin delille ispatlamalıdır.

⁵⁴ YİBGK, E. 1945/20, K. 1947/6, T. 05.02.1947.

⁵⁵ 14. HD, E. 2009/7747, K. 2009/9880, T. 28.09.2009.

SONUÇ

Çalışmamızda değindiğimiz ve kanunda yer verilen istisnalar dışında inaçlı işlemin iflâs halinde akıbetine ilişkin olarak vardığımız sonuçları, şu şekilde belirleyebiliriz:

1. Vekâlet hükümlerinin uygulama alanı bulacağı saf inaçlı işlemlerde İnananın iflâsı halinde, inananın alacaklılarının inanılanın malvarlığına el atıp atamayacakları önem taşır. İnananın alacaklılarının el atabileceği inanılanın malvarlığı değeri, inaç işleminden doğan iade borcu ile sınırlıdır. Buna bağlı olarak inaçlı işlem ile inanın malvarlığından çıkan değer, iflâs masasına dahil edilerek inananın alacaklılarının tatminine yönlendirilmelidir. İflâs masasına dahil edilmesi gereken kısım inaç sözleşmesinin sona ermesi sonucunu doğuracak iadenin konusu olan kısımdır. İnanılana geçirilen malvarlığı değerlerine, inananın alacakları tarafından doğrudan başvurulabilir.
2. Çoğunlukla teminat sağlama amacıyla yapılan karma inaçlı işlemlerde ise inananın iflâsı halinde temlik edilen taşınırın iflâs masasına, inanılanın rüçhan hakkı baki kalmak üzere verilmesi ve paraya çevirme işlemlerinin iflâs idaresi tarafından gerçekleştirilmesi gerekir. Aksi halde inaçlı temlik şeklinde gerçekleştirilen taşınır rehinleri, diğer rehinlere göre haksız biçimde avantajlı hale gelir. Temlik edilen mülkiyet bir taşınmaza aitse, inananın alacaklılarının, inanılanın malvarlığına doğrudan el atması, vekâlet hükümleri kapsamında mümkün olmayacaktır. Bu noktada tasarrufun iptali davası fonksiyon gösterir.
3. İnanılanın iflâsı halinde karma inaçlı işlemlerde, inaçlı işlemin konusu bir taşınmaza ilişkin ise, inanan bu işlemin sebebinin oluşturduğu borcunu iflâs idaresine ödediği takdirde, taşınmazın mülkiyeti kendisine dönecektir. Alacağın veya bir taşınırın inaçlı işlemle temlik edilmesi durumunda da kanaatimizce inaçlı işlemle teminat altına alınmış borcun ödenmesi halinde alacağın/taşınırın iflâs masasından çıkartılması gerekir.
4. İdare amaçlı saf inaçlı işlemlerde taşınırlar ve alacaklar bakımından TBK m. 509/III hükmü gereğince inaçlı işlem konusu iflâs masasından ayrılabilir.

Kaynakça

- Akipek**, Jale G./**Akıntürk**, Turgut; Eşya Hukuku, İstanbul 2009.
- Akkaya**, Tolga; “Alacaklıdan Mal Kaçırmaya Yönelik Muvazaalı Tasarrufların İcra ve İflâs Kanunu’nda Düzenlenen İptal Davasına Konu Olup Olamayacağı Sorunu”, MİHDER, 2006/3, s. 661-684.
- Ayanoğlu Morali**, Ahu; Mülkiyet Hakkının Teminat Amaçlı Devrine Yönelik İnançlı İşlemler, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2006.
- Aydıncık**, Şirin; Bir İnançlı İşlem Türü Olarak Alacağın Teminat Amacıyla Temliki, İÜHFD C. LXIV, S. 1, s. 131-194.
- Aydoğdu**, Murat/**Kahveci**, Nalan; Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, İzmir 2013.
- Belgesay**, M. Reşit; İcra ve İflâs Hukuku I, Sentetik Bölüm, İkinci Cilt, Konkordato-İflâs-İptal Davası-Tahliye, İkinci Basım, İstanbul 1953.
- Berkin**, Necmettin M.; İflâs Hukuku, 4. Bası, İstanbul 1972.
- Brustlein A./Rambert P.**; Commentaire de la Loi Fédérale sur la Poursuite pour Dettes et la Faillite, Lausanne 1892.
- Commentaire Romande**, Poursuite et Faillite, Commentaire de la Loi Fédérale sur la Poursuite Pour Dettes et la Faillite ainsi que des Articles 166 à 175 de la Loi Fédérale sur le Droit International Privé, Helbing&Lichtenhahn, 2005.
- Commentaire Romande**, Code des Obligations I, 2003 (CR CO I).
- Dallèves**, Louis; Faillite et Concordat, La LP Révisée, CEDIDAC 35, Lausanne 1997, s. 117-145.
- Dallèves**, Louis; Les Effets de la Faillite sur les Contrats, FJS, 1003a, Genève 1987. (Anılış: «Effets»)
- Eigenmann**, Antoine; L’Effectivité des Suretés Mobilières, Arbeiten aus dem Juristischen Seminar der Universität Freiburg Schweiz/Travaux de la Faculté de Droit de l’Université de Fribourg (AISUF) Band/Nr. 206.
- Engel**, Pierre; Contrats de Droit Suisse, Traité des Contrats de la Partie Spéciale du Code des Obligations, de la Vente au Contrat de Société Simple, Articles 184 à 551 CO, Ainsi que Quelques Contrats Innommés, 2e Edition, Stämpfli Verlag AG, Bern 2000

- Eren**, Fikret; Mülkiyet Hukuku, Ankara 2011.
- Esener**, Turhan; Teminatı İstihdaf Eden Temlik Tasarruflar, AÜHFD, Yıl: 1952, C.9, S. 3-4, s. 376-383.
- Favre**, Antoine; Droit des Poursuites, 2^e Edition, Fribourg 1967.
- Gilliéron**, Pierre-Robert; Poursuite pour Dettes, Faillite et Concordat, 4^e Edition, 2005.
- Gürdoğan**, Burhan; İcra Hukuku Dersleri, Ankara 1970.
- Helvacı**, İlhan; Eski Medeni Kanunumuzla Karşılaştırmalı Olarak Türk Medeni Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan İpotek Hakkı, İstanbul 2008.
- İnal**, Tamer; İflâs ile Ipso Jure Son Bulmayan Sözleşmeler, İnan Kırış'a Armağan, İstanbul 1995, s. 95-105.
- Jäger**, Charles; Commentaire de la Loi Fédérale sur la Poursuite pour Dettes et la Faillite, Tome I-II-III, Edition Française par Robert Petitmermet et Henry Bovay, 1920.
- Kılıçoğlu**, Ahmet; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Genişletilmiş 15. Bası, Ankara 2012.
- Kuntalp**, Erden; Lex Commisoria Yasağı Kavramı, Koşulları ve Uygulama Alanı, İnan Kırış'a Armağan, İstanbul 1995, s. 151-162.
- Kurt**, Fatma; Lex Commisoria (Mülküne Geçirme Yasağı) -Amacı, Kapsamı ve Alacaklıya Rehinli Malı Özel Yollardan Paraya Çevirme Yetkisi Verilmesi ile İlişkisi- Yasakların Sorgulanması ve Sınırlandırılması Önerisi, İBD, C. 82, S. 1, Yıl: 2008, s. 129-154.
- Kuru**, Baki; İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, 2. Baskı, Ankara 2013.
- Oğuz**, Arzu; Roma ve Türk Hukukunda İnançlı İşlem ve Vekâlet Sözleşmelerinin Karşılaştırılması, AÜHFD, C. 41, S. 1-4, 1989-1990, s. 225-284.
- Oğuzman**, M. Kemal/Öz, M. Turgut; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 10. Baskı, C. I, İstanbul 2012.
- Oğuzman**, M. Kemal/Seliçi, Özer/Oktay-Özdemir, Saibe; Eşya Hukuku, 13. Bası, İstanbul 2011.

- Oktay Özdemir**, Saibe; Teminat Amaçlı Mülkiyet Devri Sözleşmeleri; MÖHUK Bülteni, Prof. Dr. Aysel Çelikel'e Armağan, İstanbul 1999-2000, s. 657-683.
- Özsunay**, Ergun; Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta İnançlı Muameleler, İstanbul 1968.
- Pekcanitez**, Hakan/**Atalay**, Oğuz/**Sungurtekin Özkan**, Meral/**Özekes**, Muhammet; İcra ve İflâs Hukuku, 11. Baskı, Ankara 2013.
- Postacıoğlu İlhan E.**; İflâs Hukuku İlkeleri, C. I: İflâs, İstanbul 1978.
- Postacıoğlu**, İlhan E.; İcra Hukuku Esasları, Güncelleştirilmiş Genişletilmiş 5. Bası (5. Basıya Hazırlayan Av. Sümer Altay) İstanbul 2010. (Anılış: "İcra")
- Reymond**, Claude; Essai sur La nature et Les Limites de l'Acte Fiduciaire, Montreux 1948.
- Sandoz**, Claude; De L'Effet De La Faillite Sur Les Procès Du Débiteur, Thèse de Licence et de Doctorat Présentée a la Faculté de Droit de l'Université de Lausanne, Lausanne 1938.
- Sarı**, Suat; Alacaklıya Rehni Paraya Çevirme Yetkisi Verilmesi, Legal HD, Şubat 2007, Y. 5, S. 50, s. 405-425.
- Şafak**, Ali; Teminat Amaçlı Alacağın Temliki, İstanbul 2011.
- Tekinay**, Selahattin Sulhi/**Akman**, Sermet/**Burcuoğlu**, Haluk/**Altop**, Atilla; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 1993.
- Thévenoz**, Luc; La Fiducie, Cendrillon du Droit Suisse, RDS (ZSR) 1995/II, s. 275.
- Umar**, Bilge; Türk İcra İflâs Hukukunda İptal Davası, İstanbul 1963.
- Uygur**, Atiye B.; Teminat Amaçlı İnançlı İşlemler, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.X, S. 1, 2 Y. 2006, s. 171-195.
- Üstündağ**, Saim; İflâs Hukuku (İflâs, Konkordato, İptal Davaları), Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 8. Bası, İstanbul 2009.
- Yavuz**, Nihat; Alacaklılardan Mal Kaçırma Amacı ile Yapılan İşlemlerin Hukuken Nitelendirilmesi Sorunu, YD, Ocak-Nisan 1986, C. 12, S. 1-2, s. 101-107.
- Yung**, Walter; Simulation, Fiducie et Fraude à La Loi, Mélanges Georges Sauser-Hall, Neuchâtel 1952, s. 139-161.

AKILLI TELEFONLARIN HACZİ

*Arş. Gör. Erdem AKYAZILI**

I. GİRİŞ

Uygulamada cep telefonlarının¹ ve akıllı telefonların haczine ilişkin bir sıkıntı yaşanmamaktadır, en azından böyle bir sıkıntı varsa bile henüz Yargıtay kararlarına yansımış bir durum söz konusu değildir. Buna karşılık naçizane kanımız, hemen herkesin cep telefonunun olduğu, akıllı telefon kullanımının arttığı bir dönemde, akla gelebilecek bazı sorunların incelenmesi ileride farklı kapılar açabileceği yönündedir. Nitekim cep telefonlarının sürekli olarak daha “yetenekli” ve “akıllı” hale gelmekle kalmayacağı, bilgisayar ve tüketici elektroniğine ilişkin diğer cihazların birleşeceği öngörülmektedir². Başka deyişle bugün cep telefonu için söylediklerimizin daha çoğunu ileride söylemek zorunda kalacağız.

Cep telefonları, Türkiye’de 1990 yılların ikinci yarısından itibaren günlük hayatta yerini almaya başladı. Önceleri bir lüks olarak algılanan cep telefonları sonra vazgeçilmez olarak görülmeye başlandı ve kısa zamanda pek çok kişinin en az bir adet cep telefonu numarası oldu. Haziran 2014 itibarıyla cep telefonu sektöründe 70 milyonun üzerinde abonelikte penetrasyon %90’nın üzerine çıkmıştır^{3,4}. Bu yüksek yayılma oranı, kanımızca bir ihtiyaca işaret etmekte ve bu ihtiyacın özünde temel bazı haklar yatmaktadır.

* İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı

¹ Bilişim teknolojileri terminolojisinde “mobil telefon” ifadesi kullanılsa da, çalışmamızda günlük dile yerleşmiş olan “cep telefonu” ifadesini tercih ettik.

² Pei **Zheng**/Ni **Lionel**, Smart Phone and Next Generation Mobile Computing, 2006, s. 6-7.

³ Bilişim Teknolojileri ve İletişim Kurumu, Sektörel Araştırma ve Stratejik Geliştirme Dairesi Başkanlığı, Üç Aylık Pazar Verileri, 2014 Yılı 2. Çeyrek, Ağustos 2014, s. 35

Modern çağın getirdiği alışkanlıklardan biri “aynı anda birden fazla iş yapmak” (İn. *multitasking*). Günümüzde aynı anda yapılan işlerden bir tanesi genellikle elimizdeki cep telefonu ile ilgili oluyor. Otomobil kullanırken telefonla konuşmak veya mesajlaşmak, bir toplantıdayken telefonla epostaları denetlemek, yürürken sosyal medyayı takip etmek veya oyun oynamak gibi. Otomobil kullanırken kazaya yol açtığı için cep telefonuyla konuşulması Karayolları Trafik Kanunu m. 73’e 1996’da eklenen⁵ bir madde ile yasaklandı. Ancak cep telefonu ile uğraşırken yürümek bile, büyük bir sosyal sorun olarak algılanmaya başlanmış durumda. Cep telefonuyla birlikte yürünmemesi yönünde kampanyalar yapılmış⁶, Wahington’da ve Çin’in Chongking kentinde cep telefonu kullanılırken yürünmesi için kaldırırda bir şerit ayrılmış^{7,8}, bazı kentlerde cep telefonu ile yürüyen kişilere ceza yazıl-

(http://www.tk.gov.tr/kutuphane_ve_veribankasi/pazar_verileri/ucaylik14_2.pdf adresinden ulaşılabilir).

- ⁴ Penetrasyon TDK Bilişim Terimleri Sözlüğünde “girim” olarak karşlanmıştır (<http://www.tbd.org.tr/index.php?sayfa=sozluk&mi1&tipi=entr&harf=P>, çevrimiçi, 15.12.2014). Nüfusa yayılma oranı olarak açıklanabilir. Bu yüksek oranın sebeplerinden birinin, birden fazla abonelik olduğu da dikkate alınmalıdır. Nitekim ABD’de de penetrasyon oranının 2013’te %103 olması, nüfustan daha fazla cep telefonu olduğunu göstermektedir (“U.S. and World Population Clocks-POPClocks”, www.census.gov, çevrimiçi, 15.12.2014).
- ⁵ 4199 Sayılı “Karayolları Trafik Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi ve Ek Maddeler Eklenmesi; Emniyet Teşkilatı Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi ve Ek Maddeler Eklenmesi; 190 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Eki Cetvellerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”, RG: 27.10.1996, S. 22800.
- ⁶ Erik **Slavin**, “Tokyo commuters asked not to walk and text”, <http://www.stripes.com/news/tokyo-commuters-asked-not-to-walk-and-text-1.225420> (14.11.2014); http://www.washingtonpost.com/local/trafficandcommuting/montgomery-students-are-warned-about-distracted-crossing-with-cellphones/2014/09/17/b92e0754-3e89-11e4-b0ea-8141703bbf6f_story.html (14.11.2014); <http://improveverywhere.com/2013/04/30/seeing-eye-people/> (14.11.2014).
- ⁷ <http://www.dailymail.co.uk/news/article-2696568/TV-puts-fast-slow-lanes-DC-sidewalk.html> (14.11.2014).
- ⁸ <http://www.theguardian.com/world/shortcuts/2014/sep/15/china-mobile-phone-lane-distracted-walking-pedestrians> (14.11.2014).

ması bile öngörülmüştür⁹. Tüm bu gelişmeler cep telefonunun hayatımızın vazgeçilmez bir parçası olduğunu göstermektedir.

Hızla gelişen bilişim teknolojileri, hukuk uygulamasıyla kaçınılmaz olarak temas etmiş, bu durum kanunların değiştirilmesini gerektirmiştir. Önce 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu'na maddeler eklenmiştir (eTCK 525/a vd.). Sonradan yeni kanunda bu konular daha geniş olarak düzenlenmiştir. Bu değişiklikler hem klasik suçların yeni teknolojilerle işlenmesini kapsamak hem de yeni suç türlerini tanımayı gerektirmiştir. Mesela dolandırıcılık suçunun bilişim sistemleri bakımından özellik arzeden bir yönü TCK 158/f'de düzenlenmiş, bilişim sistemlerine has suçlar ise TCK 243-246 arasında ele alınmıştır¹⁰.

Ceza hukuku yanında özel hukuk bakımından e-posta, kısa mesajlar (SMS), sosyal medyadaki bazı veriler davalarda kullanılmaya başlanmış¹¹, bu nedenle de delil değerleri tartışılmıştır. Doktrinde e-postanın özel hüküm sebebi (hususî esbabı hüküm, HUMK 367) sayılabileceği ifade ediliyordu¹². Buna karşılık yazılılık unsuru bulunmadığı için yazılı delil başlangıcı (*tahriri*

⁹ <http://www.cbsnews.com/news/texting-while-walking-banned-in-nj-town/> (14.11.2014); <http://usatoday30.usatoday.com/news/nation/story/2012-05-15/texting-while-walking-illegal/54979480/1> (14.11.2014).

¹⁰ 5237 sayılı TCK'da, bilişim suçları "Onuncu Bölüm: Bilişim Suçlarına Karşı Suçlar" başlığı altında düzenlenmiştir. Diğer madde başlıklarından bağımsız düşünüldüğünde, bilişim sistemlerinin kişiden bağımsız bir hukuki varlık olarak kabul edildiği bile düşünülebilir. Ancak bu suçların düzenlendiği Üçüncü Kısım "Topluma Karşı Suçlar" başlığını taşımaktadır. Bu başlıktan hareket ederek, kanun koyucunun açıkça olmasa da önsezi ile, toplumsal bir hakka gönderme yaptığı kabul edilebilir.

¹¹ "Somut olayda davacı 16.09.2009 tarihinde davalı işverenden aldığı izin ile yıllık izne ayrıldığını, ancak 21.09.2009 tarihinde işverenin "artık hiç işe gelme, ne halin varsa gör" şeklindeki cep telefonu mesajı ile işine son verdiğini belirtmiş, davalı işveren ise davacının 15.09.2009 tarihinden 07.10.2009 tarihine kadar işe gelmediğini işten kendi isteği ile ayrıldığını belirtmiş olduğuna göre mahkemece davacının iddia ettiği mesajın ilgili GSM operatörlerinden sorularak çekildiği tarih ve içeriği tespit edilmeden eksik incelemeye dayalı olarak hüküm kurulması isabetsiz olup bu husus bozmayı gerektirmektedir." (22. HD, E:2012/6962 K:2012/26785 T:29.11.2012, İstanbul Barosu Dergisi, S. 88, s. 651-653).

¹² Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Muhammet Özkes, Medeni Usûl Hukuku, 8. Bası, Ankara 2009, s. 489.

mukaddimeyi beyyine, HUMK 292) olmadığı kabul ediliyordu¹³. Nihayetinde 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda belge kavramı tanımlanmış, bu belgenin elektronik ortamdaki verileri kapsadığı düzenlenmiştir (HMK 199). Böylece elektronik delillerin adı konulmuş, bunların delil başlangıcı olarak kullanılabilmesinin önü de açılmıştır¹⁴.

Benzer bir gelişme hukukun teorik alanı bakımından da yaşanmıştır. Önce hukuk uygulamasına daha yakın alanlardaki sorunlara odaklanılmıştır: İfade özgürlüğü, sitelere erişimin yasaklanması gibi. Ancak neticede bilişimin sağladığı bazı ayrıcalıkların artık insan haklarına katkı sağladığı, bazılarının ise ancak bilişim sayesinde varolabileceği yönünde görüşler ortaya çıkmıştır¹⁵. Bilişime dair hakların iki önemli kriteri yerine getirdiği gözlemlenmektedir: Önemli temel haklara katkıda bulunmak ve sosyal anlamda etkili olmak (örneğin çoğulculuğa katkıda bulunmak). İnternete erişim hakkı, internetle birlikte doğmuş bir haktır. Ancak bu hak insanlara müthiş bir temas, öğrenme ve paylaşma imkanı tanımaktadır. Aynı zamanda demokratik olarak kişinin kendini daha iyi temsilinin önünü açmaktadır. Bu bakımdan internete erişim hakkını temel bir insan hakkı olarak nitelendirilmesi gerektiği yönündeki görüşlere katılıyoruz¹⁶.

Bu noktada yakın tarihte ABD'de verilmiş bir Federal Yüksek Mahkeme kararına da değinmek gerekir. Riley v. California1 davasında mahkeme, cep telefonlarındaki verilerin, mahkeme kararı olmadan incelenemeyeceğine hükmetti. Federal Yüksek Mahkeme'ye göre, yargılamanın cep telefonunun fiziksel olarak teşkil ettiği tehlike bertaraf edildikten sonra, içindeki verilerin incelenmesi mahkeme kararına bağlıdır. Bu verilerin doğrudan bir tehlike arzlemeyeceği dikkate alındığında, kolluk kuvvetinin bu verileri inceleme yetkisi yoktur¹⁷. Daha da önemlisi Mahkeme, cep telefonunun artık

¹³ Pekcanitez/Atalay/Özekes, 8. Baskı, s. 292.

¹⁴ Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Muhammet Özekes, Medeni Usûl Hukuku, 14. Bası, Ankara 2013, s. 723, 751.

¹⁵ Giovanni Sartor, "Human Rights in the Information Society: Utopias, Dystopias and Human Values", New Technologies and Human Rights: Challenges to Regulation, Ed. Mario Viola de Azevedo Cunha et. al., yy, 2013, s. 24.

¹⁶ Sartor, s. 24-25.

¹⁷ Riley v. California, s. 10-11.

bir kolaylık sağlayan teknolojik bir icat olmadığını, kişilerin özel hayatlarının bir parçası olduğunu ifade etmiş ve eklemiştir: “Teknolojinin böyle [mahremiyetle ilgili] bilgileri kişinin elinde taşımaya imkan vermesi, onların Kurucu Babaların uğruna dövüştüğü korumaya daha az layık olduğu anlamına gelmez.”¹⁸.

Bu karar ceza hukukuna ilişkin olsa da, aslında bir zihniyet değişimini işaret etmektedir. Bu zihniyet değişimini, kararın arkasındaki Yüksek Mahkeme Başkanı *John Glover Roberts, Jr.*’ın bir röportajındaki nüktedan ifadeler göstermektedir: “Cep telefonları şu anda günlük hayatın o kadar yaygın ve zorlayıcı bir parçası ki, Mars’tan gelen misali bir ziyaretçi onların (cep telefonlarının) insan anatomisinin önemli bir parçası olduğunu sonucuna varabilecektir¹⁹.” Muhafazakar siyaseti ve söylemi herkesin malumu olan George W. Bush tarafından atanan²⁰ ve muhafazakar bir hukuk felsefesi görüşünü savunduğu bilinen²¹ ama aynı zamanda iyi bir hukukçu olan Roberts’in²², toplumdaki yüzeysel dalgaları değil, derindeki akıntıları takip edip bunları kararlarına yansıttığını düşünüyoruz. Bu nedenle, söz konusu yaklaşımın genel kabul gördüğünü söyleyebileceğimiz kanısındayız.

Kanımızca, akıllı telefonlar artık kişinin manevi varlığının bir uzantısı haline gelmiş, bu niteliğiyle haciz konusu bir malvarlığı değeri olarak görülmemesi gerekir. Ancak maddi hukukta destekleyecek açık bir düzenleme olmadığı için, bu görüşümüzü temel kişi haklarının korunması bakı-

¹⁸ Riley v. California, s. 28. Bu korumadan bahsedilen ABD Anayasası’na yapılan Dördüncü Değişiklik’tir (*Fourth Amendment*). Dördüncü Değişiklik, kişilerin haksız aranmaya karşı korunmaya alan anayasal metindir. Federal Mahkemenin kararıyla, korumanın kapsamı genişlemektedir.

¹⁹ <http://www.msnbc.com/msnbc/supreme-court-cell-phone-privacy-searches>, çevrimiçi, 15.12.2014.

²⁰ http://www.supremecourt.gov/about/members_text.aspx, çevrimiçi, 15.12.2014.

²¹ <http://aclj.org/aclj/aclj-senate-judiciary-committee-vote-for-john-roberts-shows-conservative-judicial-philosophy-represents-mainstream-america>, çevrimiçi, 15.12.2014.

²² Hakim Roberts’in iyi bir hukukçu olduğunu *prima facie* kabul etme sebebimiz, Federal Mahkeme Başkanı olmasının yanında lisans eğitimini (BA) ve hukuk diplomasını (JD) Harvard Üniversite’sinden almış (<http://www.justice.gov/archive/olp/robertsresume.htm>, çevrimiçi, 15.12.2014), ikisini de onur öğrencisi olarak tamamlamış olmasıdır (http://en.wikipedia.org/wiki/John_Roberts, çevrimiçi, 15.12.2014).

mından bir temenni olarak dile getireceğiz. Bu konuda açık bir düzenlemeye olan ihtiyaca dikkat çekmeye çalışacağız. Buna karşılık akıllı telefonların İİK m. 82'deki "şahsi eşya kavramı" içinde mütalaa edilmesinde her hangi bir sıkıntı yok gibi görünmektedir. Ancak burada kıymeti fazla olan şahsi eşyanın satılabileceği yönündeki İİK m. 82/IV hükmünün özel hayatın gizliliği ilkesi uyarınca uygulanamayacağı kanısındayız. Son olarak bir akıllı telefonun nasıl haczedilmesi gerektiğini ifade etmeye çalışacağız.

II. AKILLI TELEFONUN TANIMI VE TAŞIDIĞI VERİLER

Akıllı telefonlar, cep telefonlarının bir alt türüdür. Kavram ilk defa, diğer cep telefonlarından daha gelişmiş bazı özelliklere sahip yeni bir tür cep telefonunu pazarlama stratejisi olarak kullanılmıştır. Yaygın kullanılmaya başlanan ilk cep telefonları sesle iletişim ve mesaj gönderme dışında, çok temel bazı fonksiyonları içeriyordu. Zamanla bu fonksiyonlara yenileri eklendi, bu daha yüksek bir işlemci ihtiyacına yol açtı, daha yüksek işlemciyle birlikte daha kişisel veri yönetimi (*personal information management*) ve kablosuz ağlara bağlantı imkanı da geldi. Bu imkanlara zamanla daha gelişmiş ekranlar, daha iyi işlemciler, daha yüksek kapasiteli bellek eklendi. Neticede bugün kullanmakta olduğumuz takvim, rehber, ajanda yanında pek çok mobil programı içeren telefonlara ulaşıldı. Teknik olarak akıllı telefon, ses iletişimi yanında kablosuz veri aktarımı yapmayı sağlayan telefonlar olarak tanımlanmakla birlikte, bugün akıllı telefon ile gelişmiş bir işlemcisi olan ve pek çok mobil uygulama çalıştıran olan telefonlar anlaşılmaktadır²³. Bu akıllı telefonların bilişim hukuku bakımından tanımı olmakla birlikte sosyolojik olarak çok daha farklı değerlendirilebileceği ifade edilmektedir: Cep telefonu, "sürekli, hafif siklet sıradan bir iletişimi destekleyen, üste oturan, mahrem sosyo-teknolojik bir bağdır, bir kişisel cihaz" olarak tanımlanabilmektedir²⁴. İlk bakışta karmaşık gibi görünse de, bu tanımda, cep telefonunun esas amacının kuvvetli bir iletişim kanalı olmak değil, orta seviyede bir iletişimi daimi sürdürmeye yönelik bir cihaz olduğu, bunun yanında

²³ Zheng/Lionel, s. 3-5.

²⁴ Mizuko Ito, Personal, Portable, Pedestrian Mobile Phones in Japanese Life; Ed. Mizuko Ito/Daisuke Okabe/Misa Matsuda, Londra, 2005, s. 1.

kişiyle de çok sıkı bir bağ içerisinde olduğudur. Kanımızca “orta sıklet” ibaresi ile kastedilen, derinlemesine bir bilgi transferi amacını gütmeyen bir iletişim aracı olmasıdır. Bu tanımlaya paralel olarak, araştırmalarda cep telefonların iletişimin sürekliliği, taşınabilirlik, bireysel kontrol ve mahremiyet gibi sebeplerle tercih edildiği ortaya çıkmıştır²⁵.

Akıllı telefonların özelliklerini gruplandırarak şöyle sayabiliriz: Arama ve ilgili servisler (telesekreter vs.), mesajlaşma ve ilgili servisler (MMS ve EMS gibi), küresel konumlama sistemi (GPS), navigasyon ve trafik bilgileri, anında mesajlaşma uygulamaları (IM, WhatsUp gibi,) kişisel bilgi yönetimi uygulamaları (eposta, takvim, ajanda, notlar, rehber), internette dolaşma, başka bir mobil cihaz veya bilgisayarla veri senkronizasyonu, ses veya görüntü yayınıyla ilgili işlemler (streaming gibi), *voice over IP*, mobil ticaret, kurumsal mobil uygulamalar (bankalar, taşıma ve nakliye şirketleri, kolluk kuvvetleri, hayvan denetçileri gibi), mobil oyunlar, müzik, uzaktan erişim imkanları, mobil cüzdan, sosyal medya uygulamaları ve mobil kimlik (bir mobil cihazın kişi tanımlama amacıyla kullanılması)²⁶. Bunların yanında fotoğraf ve mobil imza uygulamalarını da unutmamak gerekir. Akıllı telefonların fotoğraf çekme özelliği kişilerin, eşi veya sevgilisine müstehcen mesajlar ile yine müstehcen içerikli kendi fotoğraf ve videolarını göndermesine izin vermektedir. “Sexting²⁷” olarak adlandırılan bu mesajlaşma tipinde paylaşılanların son derece özel nitelikte olduğu aşikardır. Arada sırada medyaya yansıyan ünlülerin özel görüntüler, güvenlik açıklarının olduğu kadar silinen verilerin geri getirilmesinin mümkün olmasının²⁸ da bir sonucudur.

²⁵ Heather **Horst**/Daniel **Miller**, *The Cell Phone: An Anthropology of Communication*, New York, 2006, s. 79.

²⁶ **Zheng/Lionel**, s. 51-54.

²⁷ İngilizce “*sex*” ve “*texting*” (telefon üzerinden yazılı mesaj gönderme) kelimelerinin kaynaştırılmasıyla elde edilmiş ve günlük dile geçmiş bir kelimedir.

²⁸ Leyla Keser, *Adli Bilişim (Computer Forensic)*, Ankara, 2004, s. 143. Müellif, elektronik verileri silmenin yeterli olmadığını, bazen disk temizleme ve silme programlarının çalıştırılmasından sonra bile verilerin geri getirilebileceğini, hatta en güvenli yollardan birinin matkapla diskte delikler açmak olacağını ifade etmektedir (s. 144).

III. HACZEDİLEMİYEN MAL OLARAK AKILLI TELEFON

A. Haczedilmezlik

Kural olarak, borçlunun malvarlığı değeri taşıyan şeyleri haczedilebilir. Buna karşılık malvarlığı değeri taşımayan malları haczedilemez. Kural bu olmakla birlikte bir takım insani düşüncelerle ve kamu düzeni mülahazasıyla bazı malvarlığı haklarının da haczedilemeyeceği kabul edilmiştir²⁹. Haczedilemezlik, maddi hukuktan veya İcra Hukukundan kaynaklanıyor olabilir. Maddi hukuktan kaynaklanan haczedilemezliğin temeli, hakkın başkasına devredilememesi ile ortaya çıkmaktadır³⁰. Devri yasak olan bu haklar incelendiği zaman, bu durumun kanun tarafından belirlendiği görülmektedir (MK 23, 25/III, 121, 354, 391, 823, 838/II, BK 56, 58, 619 gibi). Bu noktada maddi hukukta akıllı telefonların haczinin engellenmesi konusunda bir dayanak bulmak zordur. Ancak Elektronik Haberleşme Kanunu m. 34'te "*Elektronik haberleşme hizmetleri ile ilgili olarak abone veya kullanıcılara tahsis edilen frekans, numara ve hat kullanımı ile internet alan adları gibi intifa ve kullanım hakları ile işletmecilerin yetkilendirmeleri hiçbir şekilde haczedilemez.*" hükmü öngörülmüştür. Benzer bir düzenlemenin akıllı telefonlar bakımından da öngörülmesi çok daha pratik bir çözüm olduğu ileri sürülebilir. Kanunun gerekçesi hemen hemen hükmü tekrarlamakla yetinmiş, sadece hizmetin devamlılığının amaçlandığı ifade edilmiştir³¹.

B. Temel Haklarla Sıkı Bağlantı Nedeniyle Akıllı Telefonların Kullanım Süresince Haczedilememesi

Akıllı telefonların haczedilmemesi için ilk düşünülebilecek yol, akıllı telefonun kullanım süresi boyunca eşya sayılmamasıdır. İnsan vücudu eşya sayılmadığı için, mülkiyet veya başka bir ayni hakka konu teşkil etmez. Bu sadece insan bedeni için değil, insan bedeni ile ayrılmayacak şekilde birleşen

²⁹ Baki **Kuru**, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, İkinci Baskı, Ankara 2013, s. 501 (**Kuru** - El Kitabı), Baki **Kuru**, Makaleler, İstanbul, 2006, s. 717-718, Hakan **Pekcanitez**/Oğuz **Atalay**/Meral **SungurtekinÖzkan**/Muhammet **Özekes**, İcra ve İflas Hukuku, 11. Bası, Ankara 2013, s. 278 (**Pekcanitez et al** - İcra).

³⁰ **Kuru** - El Kitabı, s. 502.

³¹ Hükümet gerekçesinden.

yapay uzuvlar için de geçerlidir. Bu konuda doktrinde genel kabul gören görüş, insan bedeniyle birleşen, insan bedeniyle kaynaşan yapay uzuvların eşya olarak kabul edilmeyeceği yönündedir. Buna karşılık insan bedeni ile bağlılığı bu kadar kaynaşmamış olan uzuvların eşya niteliğini koruyacağı görüşü hakimdir. Bu durumda diş implantları gibi sabit diş protezleri, dolgular, takma göz eşya sayılmamakta, sabit olmayan diş protezi, peruk ve diğer uzuvların eşya olduğu kabul edilmektedir³². Reisoğlu ise, yapay uzuvlar üzerinde açıkça durmamakla birlikte, insan bedeniyle ilişki devam ettikçe mülkiyete konu olmayacağını, vücuttan ayrıldığı zaman mülkiyet hakkının ortaya çıkacağını ifade etmektedir³³. Tekinay ise, bu uzuvların eşya olmayacağını ifade etmiş, bunların haczinin mümkün olmamasını da eşya olmamasının bir gerekçesi olarak ileri sürmüştür³⁴.

Akıllı telefonların yukarıdaki kriterleri taşımadığı ortadadır. Kişinin ayırlamayacak bir parçası olması anatomik değil, psikolojik bir durumdur. Bu bakımdan bir nevi implant olarak düşünülüp kıyas yapılması mümkün değildir. Bu bakımdan evcil hayvanlar açısından öngörülen çözüm akıllı telefonlar için de önerilebilir. Ticarî amaç güdülmeyen bilhassa ev ve bahçesi içerisinde bakılan ev ve süs hayvanları sahiplerinin borcundan dolayı haczedilemezler (Hayvanları Koruma Kanunu m. 5). Bu hükme göre ev ve süs hayvanlarının hacze konu olması yasaklanmıştır, ancak bu hayvanların eşya olmadıkları sonucuna varmak güçtür. Ancak İsviçre Medeni Kanunu'na eklenen m. 641/a ile ev ve süs hayvanlarının eşya olmadıkları düzenlenmiş, bizde de bu şekilde bir hükme ihtiyaç olduğu ifade edilmiştir³⁵. Ancak bu hayvanların eşya benzeri olarak adlandırılabilmesi görüşü de dile getiril-

³² Kemal **Oğuzman**/Özer **Seliçi**/Saibe **Oktay Özdemir**, Eşya Hukuku, 17. Baskı, İstanbul, 2014, s. 6; Hasan **Erman**, Eşya Hukuku Dersleri, 4. Baskı, İstanbul, 2013, s. 6-7, Şeref **Ertaş**, Eşya Hukuku, 11. Baskı, İzmir, 2014, s. 6-7.

³³ Safa **Reisoğlu**, Türk Eşya Hukuku, Cilt 1, 6. Baskı, Ankara, 1980, s. 8. Müellif, burada özellikle saçları örnek vermiş, kesildikten sonra eşya olarak kabul edilebileceğini ifade etmiştir.

³⁴ Selahattin Sulhi **Tekinay**/Sermet **Akman**/Haluk **Burcuoğlu**/Atilla **Altop**, Eşya Hukuku, Cilt 1, 5. Bası, İstanbul, 1989, s. 16. Buna karşılık **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, haczedilemeyen eşyalar bulunduğunu, takma dişin eşya olduğunu ancak İİK m. 82 uyarınca haczedilemeyeceğini söylemiştir.

³⁵ **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, s. 10.

miştir³⁶. Başka bir deyişle aslında hukukumuz bakımından eşya olan bir unsur, kişilerin onlarla kurduğu yakın ilişki dikkate alınarak haczedilemeyecek bir mal olarak düzenlenmiştir. Normalde eşya kabul edilen ve alım-satım ve haciz konusu olarak öngörülen hayvanlar, insanların onlarla kurdukları ilişki ve verdikleri değer neticesinde haczedilemez olarak değerlendirilmiştir. Her ne kadar kanun gerekçesinde bir açıklık bulunmazsa da, bu düzenlemenin esbabı mücibesi, evcil hayvanların canlı olarak değerlendirilmesinden ziyade insanlar tarafından onlara verilen değerdir. Aksi takdirde, diğer hayvanların da haczedilemezlikten faydalanması gerekirdi.

Ancak bu çözüm, ancak kanuni bir düzenleme ile mümkündür³⁷. Bu konuda açık bir hüküm bulunmadan, yalnızca akıllı telefonla kurulan bağ, onu haczedilemeyecek mal konumuna getirmeyecektir. Ancak bu diğer temel haklarla ilgisi bakımından değerlendirilemeyeceği anlamına gelmez. Haczi gerçekleştirecek olan icra müdürü, alacaklı ile borçlunun menfaatlerini bağdaştırmak zorundadır (İİK m. 85/son). Dolayısıyla bir yanda malvarlığına ilişkin bir alacak hakkı varken, diğer yanda özel hayatın gizliliği ve haberleşme hürriyeti ilkeleri gibi, kişi varlığı hakları içinde değerlendirilen haklar söz konusudur. Bu iki menfaat karşı karşıya geldiğinde, icra müdürünün ikincisi seçerek malı haczetmekten imtina etmesi gerekeceği kanısındayız.

³⁶ Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s. 10, dn. 33.

³⁷ Bugün “etki değerlendirmesi” kamu yönetiminin sık duymaya başladığımız kavramlarından birisidir. “Bütçe etki değerlendirmesi, sağlık etki değerlendirmesi, çevresel etki değerlendirmesi (ÇED), sosyal etki değerlendirmesi, tümleşik etki değerlendirmesi gibi kamu yönetimi alanında ortaya atılan sistemler, bilişim sistemlerinin ortaya çıkmasıyla birlikte mahremiyet etki değerlendirmesi yapılmasını da gerekli hale getirmiştir. Mahremiyet Etki Değerlendirmesi kurumdan kuruma farklılıklar gösterse de, bireyin Mahremiyeti üzerinde gerçek veya olası etkileri olacak olan eylem, öneri, teknoloji, sistem uyarlaması gibi süreçleri incelemek, sorunları tespit etmek ve sorunları giderici veya önleyici yolları belirleme sürecidir. Bu şekilde çevresel etki değerlendirme yöntemiyle baraj veya otoyolların çevresel etkilerinin belirlenmesi gibi kamu kurumları tarafından teklif edilen yasa önerileri, veri toplama ve bilgisayar projelerinin mahremiyet etkilerinin değerlendirilmesi mümkün olur.” (Muhittin Tataroğlu, Mahremiyet Sorunlarının Önlenmesinde Mahremiyet Etki Değerlendirilmesi (MED), Yönetim ve Ekonomi Dergisi, C. 20, S. 1, 2013, s. 279). Kanımızca mahremiyet etki değerlendirilmesi özellikle bilişimle ilgili hükümler bakımından büyük önem taşımaktadır. Böyle bir değerlendirme akıllı telefonların haczinin kanunen engellenmesini sağlayabilir.

Bu söylediğimiz açıklamak gerekirse, özel hayatın gizliliği ile haberleşme özgürlüğü ve gizliliği anayasal güvence altındadır: 1982 Anayasası'nın 20. maddesinde "Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz." hükmü; 22. maddesinde ise "*Herkes, haberleşme hürriyetine sahiptir. Haberleşmenin gizliliği esastır.*" hükmü öngörülmüştür.

Mahremiyet hukuk ve sosyolojinin çok iç içe geçtiği bir kavramdır. Mahremiyet başkalarını dışlamak, toplumla tüm ilişkiyi kesmek anlamına gelmemekte, bir kimsenin kendi hayatını başkalarıyla ne ölçüde paylaşacağını belirlemesi anlamına gelmektedir. Mahremiyetin temelde üç alandan oluştuğu kabul edilmektedir. Birinci alan kişinin yalnız kalma, tek başına olma şeklinde yansıyan gizli alandır. İkincisi kişinin ailesi, arkadaşları ve diğer sevdikleriyle müdahale ve gözetimden uzak şekilde kurduğu ilişkileri içermektedir. Üçüncü alan ise kişinin ve bahsedilen yakın çevresinin toplumsal faaliyete tanınmadan veya dikkatleri üzerine çekmeden katılma, anonim olarak sosyalleşme talebini olarak yansıtmaktadır³⁸. Mahremiyetin gelişimi birey kavramının gelişimi ile paralellik göstermektedir. Başka deyişle toplumun ön planda olduğu kültürlerde mahremiyet kavramı da gelişmemekte, bireyin önplana çıkmaya başlamasıyla birlikte mahremiyet talebi de başlamaktadır³⁹. Günümüzde insanlar etkinliklerinin bilinmesi ile bilinmemesi arasında çok ince bir sınır çizerek yaşamaktadır. Bir yandan en basit sosyal faaliyetler bile sosyal medya aracılığı ile paylaşılırken, diğer yandan bu paylaşımın sadece belli bir kitleyle sınırlı kalması talep edilmektedir (en azından belli bir çevreyle sınırlı kalacağı umularak paylaşım yapılmaktadır).

İletişim ise, modern çağın diğer bir vazgeçilmez kavramıdır, hatta modern düşüncenin doğuşunun bir unsurunun iletişim hakkı olduğu rahatlıklar söylenebilir. Henüz modern devlet tanımının ve hak kuramının yeni yeni oluşmaya başladığı bir dönemde, en önemli üç ve temel üç haktan birisinin iletişim hakkı olduğunu kabul eden düşünürler vardır⁴⁰. Vitoria'daki

³⁸ Mehmet **Yüksel**, "Mahremiyet Hakkı ve Sosyo-Tarihsel Gelişimi", Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, C. 58, S. 1, s. 182.

³⁹ **Yüksel**, s. 183.

⁴⁰ Francisco de Vitoria (15. yy) üç temel hakkın varlığından bahsetmiştir: Özgürce göç edebilme hakkı (*ius peregrinandi*), ticaret yapma hakkı (*ius commercii*) ve iletişim

iletişim hakkının Anayasa'nın 22. maddesinde ifadesini bulan haberleşme hürriyetine nasıl dönüştüğü bu çalışmanın kapsamı dışındadır. Ancak haberleşme özgürlüğünün kapsamının Anayasa'nın kaleme alındığı zamandan şimdiye geçen 30 yılda bile çok değiştiğini ifade etmek gerekir. Ancak telefon haczi konusunda 1972 yılında düzenlenen Birinci Türk Hukuk Kongresinde, telefon üzerindeki intifa hakkının haczinin ilgili idareye (PTT İdaresi) bildirilmesiyle yetinilmesi gerektiği ancak muhafaza tedbiri olarak telefonun konuşulmaya kapatılmaması gerektiği sonucuna varılmıştır⁴¹. Bu sonuçtan açıkça anlaşılacakla birlikte, malvarlığı borcu nedeniyle borçlunun iletişiminin engellenmemesinin amaçlandığı kanısındayız. Bugün iletişim özgürlüğü, internet siteleri, bloglar ve şüphesiz cep telefonlarını içermektedir. 1972'de öngörülebilir bir çözümün günümüzde genişletilerek yorumlanmasının mümkün olduğunu düşünüyoruz.

Günümüzde özel hayatın ve iletişimin gizliliğine yönelik tehlikeler yatay veya dikey olabilir: Bu müdahaleler devletten kaynaklanabileceği gibi diğer bireylerden de kaynaklanabilir. Hatta yatay ihlallerin gittikçe daha fazla arttığı ifade edilmektedir⁴². Bu noktada, akıllı telefonların haczedilerek satılması, yatay ihlallere imkan tanıyacak bir düzenlemedir. Özel bir program yardımı olmadan silinen doysa ve verilerin geri getirilmesi kolaydır. İhalede cep telefonunu edinen bir kimse, kişisel bilgilere, silinmiş olsalar dahi erişebilecektir.

Cep telefonları, özellikle akıllı telefonlar inanılmaz oranda bilgi kaydetmektedir. Bu telefonlar GPS bilgisini, başka deyişle sahibinin bulunduğu yerleri kaydetmektedir. Bu kayıt, cep telefonunun yakınındaki baz istasyon-

hakkı (ius communicationis), tabii ki kişilerin dinlerini zorlamadan yayabilmeleri için (Cemal Bali **Akal**, *Modern Düşüncenin Doğuşu: İspanyol Altın Çağı*, İkinci Baskı, Ankara, 1997, s. 66 vd., Cemal Bali **Akal**, *Varolma Direnci ve Özerklik: Bir Hak Kuramı için Spinoza'yla*, Ankara, 2004, s. 260 vd.). Bu üç hakkın kapsamı bakımından esaslı değişikliklere uğradığı muhakkaktır ancak evrensel ihtiyaçlara işaret ettikleri ölçüde evrensel haklardan bahsedilebilir.

⁴¹ İcra ve İflas Komisyonu Sonuç Raporu, Birinci Türk Hukuk Kongresine Sunulan Tebliğler, Türkiye Barolar Birliği, Ankara, 1972, s. 109.

⁴² Russel **Weaver**/David F. **Partlett**/Mark D. **Cole**, "Protecting Privacy In A Digital Age", *The Right to Privacy in the Light of Media Convergence : Perspectives From Three Continents*, Ed. Russell **Weaver**/Dieter **Dörr**, Göttingen, 2012, s. 3, 6.

ları ile haberleşmesi ile gerçekleşmektedir. Kişinin mesaj göndermesi, arama yapması, internete bağlanması ve hatta kişiye mesaj veya arama gelmesi bu kaydın gerçekleşmesi için yeterlidir⁴³. Kullanıcı tarafından bu sistem kapatılmış olsa bile cep telefonu bu bilgiyi kaydetmeye ettiği gibi, telefon kapalıyken bile şebeke tarafından cihazın yerinin belirlenmesi için sinyal gönderilmesi ve cihazın buna cevap vermesi mümkündür⁴⁴. GPS yanında bazı başka yer belirleme imkanları vardır: Şebeke üzerinden (en yakındaki üç baz istasyonunun sinyal gücü vasıtasıyla), kablosuz ağ bağlantısı ile (kablosuz ağdaki verilerin yardımıyla), cep telefonundaki uygulamaların tuttukları bilgilerin derlenmesi ile kişinin tam olarak yerinin belirlenmesi mümkündür⁴⁵. Bu noktada internet üzerinden yapıldığı takdirde, ayrı ayrı araçlarla sağlanan iletişim imkanlarının tek araç üzerinde yoğunlaştırılması (*technological convergence*), cep telefonlarının önemini arttırmakta, ve mahremiyet ihlallerini daha tehlikeli hale getirmektedir⁴⁶.

Kaydedilen bilgilerin çokluğu ve kişi mahremiyetine olan etkisi nedeniyle akıllı telefonların genel malvarlığının bir parçasından farklı düşünülmesi gerektiği yönünde bazı ilginç teklifler de vardır. Bu konuda bir görüş, cep telefonunun evle kıyaslanması gerektiğini ileri sürmektedir⁴⁷. Bu görüş, hukukun kıyas üzerine kurulduğunu, ortak zemin bulunarak yapılan kıyasın, insan ilişkileri bakımından belli bir öngörülebilirlik sağladığı yönündedir.

⁴³ Andrew **McNichol**, Privacy in the Age of Smartphones: A Better Standard for GPS Tracking, 45 Arizona State Law Journal, C. 45, S. 3, 2013, s. 1279. Bu kayıtlar sonra farkında olmadan üçüncü kişilerle paylaşılabilir, çünkü bu bilgi bazı telefonlar fotoğraflara metadata şeklinde eklemektedir. Mesela, GPS bilgisi Google Maps'ten aratıldığında kişilerin çektikleri fotoğraflara ulaşmak mümkündür.

⁴⁴ Joan Catherine **Bohl**, "My iPhone is My Castle: One Aspect of Protecting Privacy in a Digital Age", John Marshall Journal of Information Technology and Privacy Law, C. 30, S. 1, s. 6.

⁴⁵ Christian **Levis**, Smartphone, "Dumb Regulations: Mixed Signals in Mobile Privacy", Fordham Intellectual Property Media & Entertainment Law Journal, C. 22, (2011-2012), s. 198-204.

⁴⁶ Tekin **Akıllıoğlu**, "Telekommünikasyon ve İnsan Hakları", Yıldırım Uler'e Armağan, Lefkoşa, 2014, s. 139.

⁴⁷ **Bohl**, s. 1.

Buna göre bir çadır ile bir malikane arasında ciddi bir fark vardır ancak, ikisinin de konut dokunulmazlığı ilkesinden faydalanması gerekir⁴⁸.

Yine aynı görüşe göre, cep telefonunun kıyasla konut dokunulmazlığı kapsamında değerlendirilmesi, ilk bakışta uygunsuz görünse de, bu analoginin kullanılabilir, yararlı ve hatta mecburi olduğu ifade edilmiştir⁴⁹. Akıllı telefonların sadece bir çağrı cihazı, GPS veya telefona kıyasla değerlendirilmesi, bunların nitelikleri ile uyum sağlamamaktadır⁵⁰. Diğerleri bakımından açık olan bu hususu telefon bakımından açıklamak gerekebilir. Cep telefonları sıradan bir telefonun tutmadığı kayıtları içermektedir. Bu kayıtlar yalnızca kişinin kendisi ile ilgili olmayıp üçüncü kişilerin özel ve hatta hassas verilerini içerebilir. Nihayet, telefon bir eve aitken, akıllı telefon bir kişiye özeldir⁵¹. Bunlara ek olarak, cep telefonu, kişisel bilgisayarlarla da özdeşleştirilemez. İçerilen kayıtlar bakımından bu özdeşleştirme haklı görünse bile, özellikler daha fazla incelendiğinde farklar ortaya çıkacaktır. Öncelikle bilgisayarlar tek kişinin kullanımına hasredilmiş değildir. Evlerde, taşınabilir bilgisayarlar bile ev fertlerince paylaşılmaktadır. Bilgisayarın yapısı da buna imkan tanımaktadır⁵². Farklı kullanıcı adı ve şifre ile giriş yapmak mümkündür, bu kişilerin birbirlerinin dosya ve kayıtlarını görmemelerini sağlamak da mümkündür. Buna karşılık cep telefonları paylaşılmakta, sadece bir kullanıcı ile işler şekilde tasarlanmaktadır. Bu nedenle Amerikan hukuk sistemi içinde, en uygun çözümün cep telefonunun konutla kıyaslanması olduğunu ileri sürülmüştür⁵³.

Bu noktada son olarak belki değinilmesi gereken bir konu da, akıllı telefonların ticari sır teşkil edebilecek bilgiler içerebilmesidir. Hukukumuzda bu konuda yeterli düzenleme olmadığı ifade edilmiştir⁵⁴. Ancak, ticari sır

⁴⁸ **Bohl**, s. 1.

⁴⁹ **Bohl**, s. 2.

⁵⁰ **Bohl**, s. 6.

⁵¹ **Bohl**, s. 6-8.

⁵² **Bohl**, s. 8.

⁵³ **Bohl**, s. 12. Müellif konut kavramının fiziksel sınırlar içermesi gerektiğini itiraf etmektedir. Bu zorluğu aşmak için, cep telefonunu dijital alandaki yaşam alanı ile ilişkilendirmektedir.

⁵⁴ Güray **Erdönmez**, Medeni Usul Hukukunda Belgelerin İbrazı Mecburiyeti, İkinci Baskı, İstanbul, 2014, s. 351-352.

nedeniyle tanıklıktan çekinmek mümkündür (HMK m. 250/c bendi). Aynı şekilde ticari sır kabul edilebilir bir mazeret sayılarak yargılama sırasında belgelerin ibrazından kaçınmak için geçerli bir neden teşkil edebilir⁵⁵. Burada korunmak istenen menfaatin, haciz sırasında gözetilmemesi için herhangi bir sebep olmadığı kanısındayız.

Biz bu görüşün Türk Hukuku bakımından, özellikle haciz konusunda doğrudan uygulanabilir olduğunu düşünmüyoruz. Buna karşılık icra hakim, müdür ve memurları bu tarz bir muhakemeyi yapabilirlerse, akıllı telefonların ayrıcalıklı yeri daha rahat anlaşılabilir. Bu ise, icra müdürünün takdir yetkisini kullanırken alacaklı ve borçlunun menfaatini gözetmesi zorunluluğuyla değerlendirilirse, akıllı telefonların haczi 7 günlük süreye tabi bir şikayet sebebi olarak değerlendirilebilir (İİK m. 16).

C. Lüzumlu Eşya Olarak Akıllı Telefonlar

Kanun, borçlunun ve ailesinin sosyal ve ekonomik hayatlarını devam ettirebilmeleri mülahazasıyla, bazı malların haczedilemeyeceğini hükme bağlamıştır. Buradaki temel amacın insanlık düşüncesi ve toplumsal denge- nin gözetilmesi olduğu ifade edilmiştir⁵⁶.

Lüzumlu eşyasının haczedilemeyeceği İİK m. 82/b. 3'te "*Para, kıymetli evrak, altın, gümüş, değerli taş, antika veya süs eşyası gibi kıymetli şeyler hariç olmak üzere, borçlu veya aynı çatı altında yaşayan aile bireyleri için lüzumlu eşya; aynı amaçla kullanılan eşyanın birden fazla olması durumunda bunlardan biri haczedilemez.*" şeklinde düzenlenmiştir⁵⁷. Burada hangi eşyaların zorunlu olduğu konusundaki takdir yetkisi aynı maddenin "*İcra memuru, haczi talep edilen mal veya hakların haczinin caiz olup olmadığını değerlendirir ve talebin kabulüne veya reddine karar verir.*" şeklindeki son fıkrası hükmüyle icra müdürüne bırakılmıştır.

⁵⁵ Erdönmez, s. 356 vd.

⁵⁶ Kuru - El Kitabı, s. 502, Pekcanitez et al, s. 278-279.

⁵⁷ 6352 sayılı Kanunla değişmeden önceki metinde borçlu için pek lüzumlu "ev eşyasının" haczedilemeyeceği öngörülüyordu. Değişiklikten sonra "ev eşyası" ifadesi çıkarılmış ve zorunlu eşyaya dönüştürülmüştür. Bu değişiklik olmasaydı, cep telefonlarının bu hüküm altında değerlendirilmesi eleştirilere açık olabilirdi.

Bu noktada iki sorunun yanıtlanması gerekir: Birincisi cep telefonu zorunlu bir eşya addedilebilir mi? Günlük hayat için ne kadar zorunlu olduğunu yukarıda ifade etmekle birlikte, bir ev eşyası olduğu kabul edilecek midir? Zorunlu eşya kabul edilirse, o zaman haline münasiplik aranması uygun mudur? İİK 82/IV’te, “*Birinci fıkranın (2), (4), (7) ve (12) numaralı bentlerinde sayılan malların kıymetinin fazla olması durumunda, bedelinden haline münasip bir kısmı, ihtiyacını karşılayabilmesi amacıyla borçluya bırakılmak üzere haczedilerek satılır.*” hükmünü içermektedir. Zorunlu eşyalarının haczedilemeyeceğini öngören 3. bent burada sayılmamıştır. Bu noktada kanun koyucunun, zorunlu eşyanın değerini sahibinin sosyal statüsü ile uyumlu olacağı düşüncesinden hareket ettiğini düşünebiliriz.

Doktrinde zorunlu eşyanın haciz anındaki sosyal durum dikkate alınarak değerlendirileceği ifade edilmiştir⁵⁸. Ancak zorunlu eşyanın ne olduğunun belirlenmesi Yargıtay içtihatlarına kalmış gibi görünmektedir. Yargıtay’ın ise önceki duruşunun alacaklıdan yana olduğu söylenebilir. Nitekim buzdolabı, televizyon, çamaşır ve bulaşık makineleri, hatta radyonun bile lüks eşya olduğu (zorunlu olmadığı), dolayısıyla haczedilebileceği ileri sürülüyordu. Bu durum doktrin tarafından haklı olarak eleştiriliyordu⁵⁹.

Yargıtay, son zamanlarda verdiği kararlarında evdeki bilgisayarın zorunlu eşya olduğu, birden fazla bilgisayar bulunması halinde bunlardan değeri yüksek olanın haczedileceğini, değeri düşük olanın borçluya bırakılacağını kabul etmektedir:

“... Mütevazi bir hayat standardının sürdürülebilmesi ve içinde bulunulan sosyal statünün asgari koşullarının muhafazasını temine yarayan, borçlunun yaşamını sürdürebilmesi için gerekli olan her türlü eşya lüzumlu eşya olarak kabul edilmelidir. Lüzumlu eşyanın değeri ise pek fahiş olmadığı sürece haczedilmezlik şikayetinin dinlenmesine engel oluşturmayacaktır.

Somut olayda haczedilmezlik şikayetine konu edilen bilgisayar günümüz koşullarında lüzumlu ev eşyası olup; bir adet olduğu ve

⁵⁸ Kuru - El Kitabı, s. 506.

⁵⁹ Pekcantez et al, s. 287-288.

değeri de pek fahiş olmadığına göre yukarıda açıklanan ilkeler ve yasal düzenlemeler karşısında haczedilemeyeceğinin kabulü gerekir.

O halde, mahkemece bilgisayar yönünden şikayetin kabulü ile haczin kaldırılmasına karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile istemin reddi yönünde hüküm tesisi isabetsizdir⁶⁰.

“Haciz tutanağının incelenmesinde haczedilen “Show” marka tüplü televizyonun borçluya bırakılıp aynı amaca hizmet eden değeri daha yüksek olup satışı kolay olacak olan “Vestel” marka LCD televizyonun haczedilmesi, yine aynı gerekçe ile “Casper” marka tüplü bilgisayarın ve kasasının borçluya bırakılıp “Exper” marka bilgisayar kasası ve LCD bilgisayar monitörü ile “Mobee” marka tablet bilgisayarın ve “HP” marka dizüstü bilgisayarın haczi gereklidir. Ayrıca yukarıda belirtilen ilkeler uyarınca lüzumlu eşya sayılmayan “Goodmen” marka koşu bandı, “HP” marka yazıcı, “Canon” marka fotokopi makinesinin haczi isabetlidir⁶¹.

Yargıtay’ın görüşü, yeni ortaya çıkan bu konu bakımından şüphesiz olumludur, kanunun lafzı ile de uyumlu görünmektedir. Ancak Yargıtay’ın yukarıdaki görüşü konusunda küçük bir çekincemiz bulunmaktadır. Lüzumlu ev eşyası İİK m. 82/b. 3’te düzenlenmiştir. Bu bentte, aynı amaçla kullanılan eşyanın birden fazla olması durumunda bunlardan birinin haczedileceği öngörülmüş, buna karşılık İİK m. 82/son’da ise bu madde bakımından takdir yetkisi icra müdürüne bırakılmıştır. Yargıtay bedel üzerinden belki de haklı olarak objektif bir kriter getirmekte ve böylece borçlu ile alacaklının menfaatini bağdaştırmaya çalışmaktadır. Ancak bu konuda tek belirleyici kriterin bedel olarak belirlenmemesi gerektiği kanısındayız. Bu konuda gerekirse borçluyu beyanlarını dikkate alarak icra müdürü bir karar verebilmelidir. Nitekim malın, borçlunun haline münasipliğini arayan İİK m. 82/III hükmünde 3. bentteki malların sayılmaması da bedelin tek kriter olarak alınmaması bakımından geçerli bir gerekçedir.

⁶⁰ 12 HD, 9.12.2013, 32782/39098, Hukuktürk. Doğrudan bilgisayar veya cep telefonu ile ilgili olmamakla birlikte lüzumlu eşya haczinde benzer prensipleri öngören kararlar için bkz. 12 HD, 4.11.2013, 25514/34469, Kazancı; 12 HD, 9.12.2013, Kazancı.

⁶¹ 12 HD, 26.3.2013, 27279/11536, Hukuktürk

IV. AKILLI TELEFON HACZİNDE YAPILMASI GEREKEN İŞLEMLER

Akıllı telefonların haczedilmesi halinde muhafaza tedbiri nasıl uygulanmalıdır? Ceza yargılamasında, elektronik delil elde etmek amacıyla bilişim sistemlerinin nasıl bir sürece tabi tutulması gerektiği gösterilmiştir (Ceza Muhakemesi Kanunu m. 134, Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği m. 17). Buna karşılık haczedilen bilişim sistemlerinin (bilgisayar, akıllı telefon, tablet vb.) tabi olacağı muhafaza tedbirleri öngörülmemiştir. 2007 yılında bir siber-güvenlik uzmanı, daha önceden bir kredi kurumu tarafından kullanılmış olan ve çok ucuza aldığı bilgisayarlardan, yalnızca basit bir yazılım aracılığıyla üçyüz kadar tüketicinin kredi raporlarına ulaşmayı başarmıştır. Bunun da ötesinde şirket çalışanlarının hesap ve şifre bilgilerine ulaşmıştır⁶².

Bu tür tehlikelerin önüne geçilebilmesi, kişisel verilerin güvenliğinin sağlanması için şu üç adımın takip edilmesi gerekir: Verilerin arşivlenmesi, arşivlenen verilerin başka bir ortama transfer edilmesi ve veri temizliği. Veri temizliği ise üç şekilde yapılabilir: Fiziksel olarak diskin yok edilmesi, diskin kuvvetli bir elektromanyetik alana tabi tutularak silinmesi ve mevcut verilerin üzerine anlamsız veriler yazarak kaybolmasını sağlayan programlar kullanılması⁶³. Bu teknik bir süreç olup uzman bir kişi tarafından gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Akıllı telefonlarda adres defteri, arama kaydı, *voicemail*, e-postalar, özellikle indirilenler başta olmak üzere kullanıcının oluşturduğu klasör ve dosyalar, internet ve arama kaydı ile fotoğrafların bu işleme tabi tutulması gerekmektedir. Ayrıca kullanılan mobil uygulamaların kaldırılması ve bunlara ilişkin kayıtların silinmesi gerekmektedir. SIM kartın alınması gerekmekte ve sonradan eklenen hafıza kartları varsa bunların iade edilmesi iade edilmeyecekse yukarıdaki işleme tabi tutulması gerekecektir⁶⁴.

⁶² http://www.paretologic.com/resources/newsletter/your_shiny_new_computer.aspx, çevrimiçi, 15.12.2014. Benzer olaylar için bkz. Dale L. **Lunsford**/Walter A. **Robbins**/Pascal A. **Bizarro**, "Protecting Information Privacy When Retiring Old Computers", <http://www.nysscpa.org/cpapjournal/2004/704/essentials/p60.htm>, çevrimiçi, 15.12.2014.

⁶³ **Keser**, s. 143-144; **Lunsford/Robbins/Bizarro**, bkz. dn. 56.

⁶⁴ <http://www.consumer.ftc.gov/articles/0200-disposing-your-mobile-device>, çevrimiçi, 15.12.2014.

V. SONUÇ

Akıllı telefonlar, günlük hayatın vazgeçilmez bir parçası haline gelmiştir. Akıllı telefonların her geçen gün daha fazla işlev kazanması, bir yandan hayatı kolaylaştırmakta, diğer yandan telefonlarca kaydedilen ve işlenen verilerin sayısını arttırmaktadır. İşlenen verilerin büyük bölümü kişi mahremiyetiyle ilgili olup hassas veriler dahi içermektedir. Bunun yanında, akıllı telefonlar temel iletişim aracı olarak da büyük bir önem taşımaktadır. Tüm bunlar dikkate alındığında, akıllı telefonlar malvarlığının klasik bir unsuru olarak düşünülmemesi gerektiği ve bu nedenle de hacze konu olmaması gerektiği kanısındayız.

Evcil hayvanlarda veya telefon numaralarında olduğu gibi, açık kanuni bir düzenleme öngörülmediği sürece akıllı telefonlar hacze konu malvarlığı unsuru olarak değerlendirilmelidir. Buna karşılık akıllı telefonun hacze konu edilebilmesi, hiç bir itiraza mahal vermeden haczedilebilecekleri anlamına gelmemelidir. Akıllı telefonların haczi alacaklının malvarlığı hakkı ile borçlunun temel hakları karşı karşıya getirmektedir. İcra müdürünün hacze karar vermesinin bu bağlamda bir hatalı takdir olduğu kanısındayız. Bu haciz kararı, İİK m. 16 uyarınca yedi günlük süreye tabi olarak şikayete konu edilmesi gerekir.

Yargıtay, bilgisayarlar hakkındaki kriterleri, aynı kategoride gördüğü cep telefonları bakımından da uygulayacağına şüphe yoktur. Ancak lüzumlu eşya sayılan cep telefonun birden fazla olması halinde haczedilebilecek olması durumunda bazı çekincelerimiz olmakla birlikte, Yargıtay'ın bu görüşünün bir ilk adım olarak olumlu olduğu kanısındayız.

^HALACAKLIYA REHNİ ÖZEL YOLDAN PARAYA ÇEVİRME YETKİSİ VERİLMESİ

*Arş. Gör. Orhan Emre KONURALP, LL.M.**

GİRİŞ

Tarih içinde hukukun gelişimi medeniyetin gelişimini takip etmiş ve hukuk düzenleri insanların ihtiyaçlarını karşılayacak şekilde şekil ve içerik değişikliğine uğramıştır. Hukukumuzda Roma Hukuku kaynaklı olarak giren ayni teminatlar da buna örnektir. Zaman içinde esasında icra ve iflâs hukukuyla bütünlük arz edecek biçimde gelişen teminat hukuku da diğer bütün hukuk dallarında olduğu gibi gelişmektedir.

Esas itibarıyla teminatın amacının alacaklının alacağına kavuşmaması halinde teminatın paraya çevrilip satış bedelinden alacaklıya alacağının ödenmesi olduğu söylenebilir. Ancak söz konusu bu satımın icra organları vasıtasıyla yapılması özellikle taraflar açısından pek çok soruna neden olmaktadır. Bu nedendir ki taraflar teminatın paraya çevrilmesi amacıyla icra organlarına başvurmadan imtina edebilmekte, bu işlemin alacaklı tarafından yapılmasını kararlaştırabilmektedirler. Ancak doktrinde bu işlemin yapılamayacağı savunulmakta, hukukumuzda sözleşme özgürlüğünü kısıtlayıcı nitelikte bulunan muhtelif emredici kuralların bu yönde bir sözleşmenin önünde de engel teşkil edeceği savunulmaktadır.

Bu çalışmanın amacı mevcut mevzuat hükümlerinin amaçsal yorumu yoluyla bunun mümkün olup olmadığının tespitinin yapılmasıdır.

I. GENEL OLARAK ÖZEL YOLDAN PARAYA ÇEVİRME

Bir ayni teminat türü olan rehin hakkı, lehine kurulan kimseye teminat altına aldığı alacak ödenmediği takdirde, merhunun paraya çevrilmesi

^H Hakem incelemesinden geçmiştir.

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

yoluyla elde edilecek gelirden, borçlunun diğer alacaklılarına karşı rüçhanlı olan alacağına kavuşma imkânı vermektedir¹. Bu noktadan bakıldığı takdirde rehin hakkı irtifak haklarından farklı olarak rehin verenin merhunun üzerindeki kullanma ve yararlanma yetkileri lehine rehin hakkı tesis edilen kişiye geçmemekte, yalnızca rehin veren kimse muaccel olan borcunu ifa edemediği takdirde, rehin alacaklısına merhunu paraya çevirmek suretiyle alacağını tahsil etme yetkisi vermektedir.

A. Rehin Hakkı Kavramı ve Paraya Çevirme Yetkisi

Rehin sözleşmesiyle borçlu yahut üçüncü bir kişi alacaklı lehine, alacağı teminat altına almak için eşyası üzerinde rehin hakkı tanımaktadır². Rehin hakkının tanınmasıyla birlikte alacaklı, alacağına kavuşmadığı takdirde rehin konusu malın satılması suretiyle elde edilecek gelirden alacağı oranında tatmin edilmektedir. İşte bu noktada bu incelemenin konusu, tarafların anlaşmak suretiyle, İcra ve İflâs Kanunu hükümleri dışında rehin konusu malın alacaklı tarafından satılmasını kararlaştırıp kararlaştıramayacakları hususudur.

1. İcra ve İflâs Kanunu'ndaki Rehinin Paraya Çevrilmesine İlişkin Hükümler

İcra ve İflâs Kanunu'nun rehinin paraya çevrilmesi yoluyla takibe ilişkin öngördüğü takip usulleri incelendiği takdirde kanunun, bilhassa bir kısmı kredi kurumları için öngörmüş olduğu³ pek çok takip usulü düzenlemiş olduğu söylenebilir. İcra ve İflâs Kanunu'nda düzenlenmiş olan rehinin paraya çevrilmesine ilişkin takip yollarını sıralamak gerekirse⁴:

¹ Kaneti/Köprülü, s. 179; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 887; Sirmen, s. 640; Ayan, s. 154; Şener, s. 11; Kaçak, s. 59.

² Kaneti/Köprülü, s. 179; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 887; Sirmen, s. 641; Ayan, s. 161.

³ Tunç Yücel, s. 3; söz konusu düzenlemelere yönelik eleştirel bir bakış için bkz. Özokes, Temel Haklar, s. 17.

⁴ İİK'da düzenlenmiş bulunan takip türlerini açıklamak çalışmanın amacını aşacağı için yalnızca takip yollarının belirtilmesiyle yetinilecektir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Kuru, s. 984 vd.; Postacioğlu/Altay, s. 641 vd.; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 420 vd.; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özokes s. 470 vd.; Muşul, s. 963 vd.; Karşlı, s. 427 vd.

- Menkul rehninin paraya çevrilmesi için ilamsız takip (İİK m. 145-147)
- Menkul rehninin paraya çevrilmesi için ilamlı takip (İİK m. 150h)
- İpoteğin paraya çevrilmesi için ilamsız takip (İİK m. 148, 149b-150d)
- İpoteğin paraya çevrilmesi için ilamlı takip. Bu takip yolu kapsamında ise üç farklı usul öngörülmüştür:
 - İlam ya da ilam niteliğinde bir belgeyle tespit edilmiş bulunan ipoteklerin paraya çevrilmesi usulü (İİK m. 150h)
 - Kayıtsız şartsız borç itirafını ihtiva eden ipotek akit tablosu ile kurulmuş olan ipoteklerin paraya çevrilmesi usulü (İİK m.149-149a)
 - Cari hesap veya kısa, orta, uzun vadeli kredi şeklinde işleyen kredileri teminen alınan ipoteklerin paraya çevrilmesi usulü (İİK m. 150ı)

2. İcra ve İflâs Kanunu'na Başvurma Zorunluluğu

Kanunda bulunan hükümlerden yapılacak bu tasniften anlaşılabilirdiği üzere, İcra ve İflâs Kanunu rehni paraya çevrilmesine mahsus pek çok düzenlemeyi ihtiva etmektedir. Acaba rehin hakkı sahibi alacaklı, alacağına kavuşmak için İcra ve İflâs Kanun'da düzenlenmiş bulunan rehni paraya çevrilmesi yollarına başvurmak zorunda mıdır? Bu sorunun cevabını doğru bir şekilde tespit edebilmek için evvela İcra ve İflâs Kanunu hükümlerine başvurmanın emredici olup olmadığının tespitinin yapılması mecburiyeti bulunmaktadır. Zira söz konusu hükümlere başvurmanın hukuken zorunlu olduğu kabul edildiği takdirde, kanunun emredici hükümlerine aykırı olduğu için bu konuya ilişkin bir sözleşmenin hükümsüz olacağı şüphesizdir⁵.

İcra ve İflâs Kanunu hükümlerine göre başlatılmış olan bir takip açısından, İcra ve İflâs Kanunu hükümlerinin emredici bir nitelik arz ettiği açıktır⁶. Ezcümle, bir takipte gerek borçlunun, gerek alacaklının, gerek icra dairesinin

⁵ Oğuzman/Öz, s. 83 vd.

⁶ Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 87; Muşul, s. 145

uyması gereken sürelerin, tarafların İcra ve İflâs Kanunu'nun 20. maddesi çerçevesinde feragat etmeleri mümkün olmakla birlikte, sözleşmeyle değiştirmelerine imkân bulunmamaktadır. Bu süreler hem icra dairesince hem de icra mahkemesince resen gözetilmektedir⁷. Buna mukabil doktrinde İcra ve İflâs Kanunu hükümlerine başvurma hususunda, yani İcra ve İflâs Kanun'a başvurmanın emredici olmadığı konusunda tam anlamıyla görüş birliği bulunmamaktadır. Doktrinde savunulan görüşlerden ilki merhunun paraya çevrilebilmesi için İcra ve İflâs Kanunu hükümleri çerçevesinde icra takibine başvurusunun zorunlu olduğudur⁸. Bununla birlikte doktrindeki genel kanaat borcun tahsili amacıyla İcra ve İflâs Kanunu hükümlerine başvurusunun zorunlu olmadığıdır⁹. Bizce de hukukumuzda rehlin paraya çevrilmesi işleminin icra dairesince yapılmasının zorunlu olduğunu söylemek güçtür. Zira Türk Hukuku açısından egemen olan sözleşme özgürlüğü çerçevesinde devletin yargı organlarına başvurulması açısından da tarafların özgür olduğunun kabulü mümkündür. Ancak belirtmek gerekir ki bu noktada İcra ve İflâs Kanunu hükümlerine başvurusunun zorunlu olmamasından kasıt alacaklının ihkak-ı hak yasağını ihlâl etmek suretiyle yani borçluya karşı zor kullanarak alacağını tahsil etmesi değil, örneğin rehlin paraya çevrilmesi hususunda icra takibine başvurmamak hususunda anlaşarak alacaklının söz konusu işlemi gerçekleştirmesidir. Söz konusu bu işlemin ise ihkak-ı hak niteliği taşıyıp taşımadığı ileride incelenecektir. Öte yandan alacaklının, borçlunun rızası hilafına bu yönde bir satış işlemi yapması hukuken mümkün değildir. Nitekim borçlu tarafından bu anlamda bir rıza gösterilmemiş olma-

⁷ Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 132; Muşul, s. 145

⁸ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 889; Ertaş, s. 525; Ayan, s. 156; Nar, s. 138. Bu konuda doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre alacaklının İİK hükümlerine başvurmadan, taşınmaz satma yetkisinin olmadığı ve paraya çevrilmesinin ancak resmi makamlar aracılığıyla yapılabileceği savunulmaktadır. İlerideki bölümlerde belirtilecek özel hükümler haricinde, mevzuatta bu doğrultuda açık bir hüküm bulunmamaktadır, bu itibarla sözleşme özgürlüğünün esas alındığı hukukumuzda, kanunda düzenlenmemiş bir durumun tarafların iradelerini dikkate alarak değerlendirilmesi daha uygun olur. Anılan görüş için bkz. Şeker, s.171.

⁹ Genel itibarıyla doktrinde bu yönde bir zorunluluk olmadığına dair olarak bkz. Kuru, s.1025; Postacıoğlu, Armağan, s. 536 vd.; Postacıoğlu/Altay, s. 654; Üstündağ, s. 394; Gürdoğan, s. 18; Deyneklî, s. 78; Ögütçü/Doğrusöz, s. 235; Helvacı, s. 259 vd.; Tunc Yücel, s. 87-94; Tek, s. 99; Makaracı Başak, s. 290.

sına rağmen alacaklının bu yönde bir işlem yapması ihkak-ı hak yasağını ihlâl eder niteliktedir.

B. Özel Yoldan Paraya Çevirme İhtiyacı

Her ne kadar İcra ve İflâs Kanunu rehlin paraya çevrilmesi yoluna ilişkin olarak muhtelif takip tarzları benimsemiş olsa da, bu çeşitlilik kanundaki takip yollarının herkes için uygun olduğu anlamına gelmemektedir¹⁰. Zira mevcut takip sistemimiz¹¹ gerek alacaklı gerek borçlu açısından muhtelif olumsuzluklar içermektedir¹². Bu nedendir ki taraflar, bir anlamda devletin sağladığı imkândan faydalanmayı istemek yerine, tarafların kendileri paraya çevirme işlemini gerçekleştirmek isteyebilmektedirler. Bu bölümde rehin sözleşmesinin taraflarının neden İcra ve İflâs Kanunu hükümlerine tâbi olmak istememelerinin muhtemel nedenleri ifade edilecektir.

1. İcra Prosedürünün Uzunluğu

Bir takip talebiyle başlatılan icra takibi süresince takibin tarafları olan alacaklı ve borçlunun uyması gereken süreler olduğu gibi, örneğin borca itiraz süresi, icra dairesince de uyulması gereken süreler vardır. İcra dairesince uyulması gereken sürelerin bir kısmı, örneğin satış işlemini gerçekleştirme, icra dairesince uyulması gereken azami bir müddet öngörmektedir. Bu tip sürelerin konuluş amacının, takibin hızlı bir şekilde sonuçlandırılması olduğu söylenebilir¹³. Bunun haricinde İcra ve İflâs Kanunu kapsamında belli bir süre geçmeden yapılamayacak işlemler, örneğin arttırma düzenlenmiştir. Bu nitelikteki süreler takibin belli bir süre geçmeden önce sonuçlanmasına neden olmakla birlikte, örneğin satışın sağlıklı bir şekilde yapılması açısından önem arz etmektedir¹⁴ ve bu nedenle de varlıkları gereklidir.

¹⁰ Kurt, s. 145.

¹¹ Mevcut sistemin esasında bir sistem olarak adlandırılmasının dahi mümkün olmadığına ilişkin görüş için bkz. Özekes, Temel Haklar, s. 16; Görüşe ilişkin olarak mevcut sistemin geldiği noktanın kapsamlı bir özeti için bkz. Özekes, Kredi Kurumları, s. 106 vd.

¹² Postacıoğlu, Armağan, s. 537.

¹³ Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 92.

¹⁴ Özekes, Temel Haklar, s. 97.

İkinci olarak icra prosedürünü yürütmekle görevli organlar olan icra daireleri, görevlerini ifa etmeleri esnasında gerek ihmal gerek iş yoğunluğundan dolayı bir kısım hatalar yapabilmektedir¹⁵. Kanun koyucu bu durumu göz önünde bulundurmuş ve icra dairelerinin işlemlerini denetlemekle görevli olan icra mahkemelerini ve icra-ıflâs hukukuna özgü bir hukuki çare¹⁶ olan şikâyet müessesesini ihdas etmiştir. Her ne kadar, pek çok durumda taraflar açısından şikâyet müessesesine başvurmak taraflar açısından yedi günlük hak düşürücü süreye bağlanmışsa da, icra mahkemesine yönelik olarak İcra ve İflâs Kanunu m. 18'de belirtilen karar verme süresi düzenleyici bir süredir. Uygulamada icra mahkemelerindeki iş yoğunluğu da dikkate alındığı takdirde, şikâyet talebinin sonuçlandırılması uzun zaman almakta, bunun haricinde icra mahkemesinin kararına karşı kanun yoluna gidildiği takdirde Yargıtay'ın da iş yoğunluğundan dolayı bu süre daha da uzamaktadır. Bu sırada takip kendiliğinden durmamakta, ancak talep halinde mahkeme takibin durdurulmasına karar verebilmektedir¹⁷. Bu durumda takibin devamına da imkân kalmamakta ve netice itibariyle rehlin paraya çevrilmesi yoluna başvuran alacaklının alacağına kavuşması bir hayli süre almaktadır¹⁸.

İcra takiplerinin kısa sürede sonuçlandırılmasının önündeki bir diğer engelin ise, ülkemizde tebligat hizmetlerinde yaşanan aksamalar olduğu söylenebilir¹⁹. İcra takibi, hangi yol seçilmiş olursa olsun, değişik aşamalardan oluşur ve söz konusu bu aşamalar birbirine bağlı olup, biri tamamlanmadan diğerine geçilememektedir. Örneğin bir takibin kesinleşebilmesi için öncelikle, ödeme emrinin borçluya usulüne uygun bir şekilde tebliğ edilmesi gerekmektedir. Bu husus gerçekleşmediği sürece takip kesinleşmez, genel haciz yoluyla takipte hacizli malın, yahut rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takipte merhunun paraya çevrilmesi istenemez. Tebligat usulü ise tüm adlı

¹⁵ Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 123 vd.

¹⁶ Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 67; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 124.

¹⁷ Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 75.

¹⁸ Çeşitli sebeplerle alacaklının alacağına kavuşmasının gecikmesine ilişkin olarak bkz. Üstündağ, s. 393; Kuntalp, s. 151; Özekes, Temel Haklar, s. 15; Makaracı Başak, s. 288.

¹⁹ Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 148.

işlemlerde olduğu gibi önem arz etmektedir. Ülkemizde sıklıkla yaşanan tebligat sorunları göz önünde bulundurulduğu takdirde, salt tebligata dair sorunların dahi alacaklının alacağına kavuşmasının önünde bir engel teşkil ettiği savunulabilir. Örneğin satış aşaması geçilmiş genel haciz yoluyla takipte, eğer borçlu ödeme emrinin kendisine usulüne uygun olarak tebliğ edilmediğini ispatlayabilirse, Tebligat Kanunu'nun 32. maddesi uyarınca takip en başına geri dönecek ve ödeme emri borçluya, borçlunun tebellüğ ettiğini beyan ettiği tarihte tebliğ edilmiş sayılacaktır. Bu sayede borçlu ödeme emrine süresi içinde itiraz edebilecek ve satış aşamasına gelinceye kadar yapılmış olan tüm işlemlerin tekrarlanması mecburiyeti doğacaktır.

Görüleceği üzere muhtelif sebeplerden dolayı uzayan takip prosedürü, alacaklı açısından İcra ve İflâs Kanunu hükümleri kapsamında takibe başvurmaya bir engel olarak mütalaa edilebilir. Zira uzayan bu süre zarfında alacaklı alacağına kavuşmamakta, borçlu ise söz konusu bu süre boyunca işleyecek olan faize katlanmak durumunda kalmaktadır.

2. İcra ve İflâs Kanunu Hükümlerine Göre Satışın Verimsizliği

Rehni paraya çevrilmesi yoluyla takipte, icra dairesi takibin kesinleşmesini müteakip kıymet takdiri yapar. Yapılan bu kıymet takdirinin, diğer takip yollarında yapılan kıymet takdirinden teknik anlamda farkı olmamakla birlikte, yalnızca rehin konusu eşyayı kapsamaktadır. İcra dairesince yapılan kıymet takdiri esnasında bilirkişiye başvurulabilir, ancak bu husus takip sürecini uzatan bir işlem niteliği taşımaktadır. Zira icra dairesince yapılacak her işlemde olduğu gibi, bilirkişiye başvurma durumunda da tarafların itirazları olabilecek, bu da şikâyet yoluna başvurulmasını gerektirebilecektir. Bunun haricinde her ne kadar kanun koyucu paraya çevrilecek eşyanın kıymetinin takdirinde, bilirkişiye başvurma olanağı sağlamak suretiyle eşyanın gerçek değerinden satılmasını sağlamak istemiş olsa da, icra dairesince yapılan kıymet takdirinin her zaman gerçek değere yakın bir değerden yapıldığını söylemek zordur²⁰. Buna karşılık olarak, alacaklı da borçlu da şikâyet yoluna başvurabilirse de yine bu durum takip sürecinin uzamasına neden olmaktadır.

²⁰ Özkes, Temel Haklar, s. 97.

Rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takipte, merhunun paraya çevrilmesi esnasında, icra müdürünün gözetmesi gereken iki kıstas bulunmaktadır: Bunların ilki ihalede satım konusu mal için teklif edilen bedelin, satış isteyen alacaklının yani rehin hakkı sahibinin alacağına rüçhanı olan alacakların toplamı ve ikincisi ise, eşyanın yani inceleme konusu takipte merhunun takdir edilen kıymetinin %50'sidir. Bu şartlar alternatif olarak değil kümülatif olarak gözetilmesi gereken şartlardır. Yani satış sonunda ulaşılan miktarın satış isteyen alacaklının alacağına rüçhanı olan tüm alacakları kapması gerekeceği gibi, takdir edilen kıymetin de %50'sine ulaşması şart olup aksi takdirde satış yapılamaz, yapılmışsa da bu husus ihalenin feshi sebebi teşkil eder²¹.

Bu noktada göz önünde bulundurulması gereken husus, satış isteyen alacaklının alacağına rüçhanı olan alacaklılar söz konusu rüçhan haklarını satış icra marifetiyle satılmasa dahi kullanabilecekleri için, icra müdürünün gözetmesi gereken %50 sınırır. Takip esnasında takdir edilen kıymetin her zaman gerçek kıymeti olmayacağından ve bunun denetiminin ise zaman alabilecek bir süreç olduğundan daha evvel söz etmiştik. Bu nedenle miktarın tespitinin dahi sağlıklı bir şekilde yapıldığının tam olarak savunulamayacağı bir sistemde, bir de bu değer yarısına denk gelen bir teklifle rehin konusu malın satılabileceği göz önüne alınırsa, takip sonucunda hem rehin alacaklısının hem de borçlunun zararlı çıkabileceği açıktır²². Takdir edilen kıymete göre ileride yapılacak satış işlemi sonucunda, alacaklının alacağını tam olarak elde edemeyeceği anlaşıldığı takdirde, alacaklı verilecek olan geçici rehin açığı belgesiyle borçlunun diğer mallarına haciz konulmasını ve satılması suretiyle alacağının tahsilini isteyebilir. Ancak borçlunun diğer mallarının hacedilmesi durumunda rehin alacaklısı, rehin hakkından doğan rüçhanı hakkını kullanamayacağı gibi yeniden hacze çıkılması ve satış için gereken prosedürün yeni baştan işletilmesi alacaklı açısından sakıncalı olabilir. Yahut yapılan satış işlemi sonucunda gerçek değerine satılmayan rehin konusu eşyanın satımından sonra alacağına kavuşamayan alacaklıya, bir rehin açığı belgesi verilir ve bu belgeyle alacaklı, borçlunun diğer mallarının

²¹ Postacioğlu/Altay, s. 610; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 384; Muşul, s. 867; Karşlı, s. 356-357.

²² Özekes, Temel Haklar, s. 97.

paraya çevrilmesi için borçluya karşı yeni bir takip başlatabilir. Öte yandan aslında değeri borcu karşılayacak miktarda olan eşyasını rehnemiş olan borçlu, rehin konusu malının gerçek değerinden daha düşük bir değerde satılması sonucunda, diğer malvarlığı unsurlarına haciz konması tehlikesiyle karşı karşıya kalacaktır.

İzah edilen bu sebeplerin, hem alacaklı hem de borçlu açısından özel yoldan paraya çevirme anlaşması yapılması için anlamlı bir gerekçe teşkil ettiği söylenebilir.

3. Takip Masrafları

Devlet sunduğu pek çok hizmette olduğu gibi, yargı hizmetlerinde de hukuki himaye talep edenlerden Harçlar Kanunu'na göre belli oranlarda harç almaktadır. Verilen hizmetin ve hizmeti vermek için hazır tutulan yargı örgütünün nitelikleri göz önüne alındığı takdirde, bunun karşılığında, bu hizmetten yararlanmak isteyenlerden harç talep edilmesi tabiidir. Ancak alınan harcın nispi olması sebebiyle özellikle ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takip başlatıldığı takdirde, alacaklı yüksek miktarlarda harç ödemek zorunda kalmaktadır²³. Öte yandan önceki iki başlıkta ifade edilen sakıncalar da göz önüne alındığı takdirde, tarafların aralarında özel yoldan paraya çevirme anlaşması yapmaları durumunda, söz konusu takip giderlerine katlanmak zorunda kalmayacak olmaları, tarafları bu yola başvurmaya iten bir neden olarak görülebilir.

Sonuç itibarıyla, İcra ve İflâs Kanunu hükümlerine göre rehlin paraya çevrilmesi yoluna başvurma, alacaklı ve borçlu açısından hem zaman hem de ekonomik maliyeti vardır. Bu nedendir ki, taraflar bu maliyetlere katlanmamak adına İcra ve İflâs Kanunu hükümlerine başvurmadan merhunun satışı konusunda anlaşmak isteyebilirler.

C. Mevzuatta Özel Yoldan Paraya Çevirme

Rehin sözleşmesiyle birlikte alacaklıya merhunu özel yoldan paraya çevirme yetkisi verilmesi, yani alacaklının doğrudan kendisinin merhunu satmak suretiyle alacağına kavuşma imkânına sahip olması hususunu, meri

²³ Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özkes, s. 142 vd.

Türk Hukuku'nda genel hükümler içinde açıkça düzenlemiş bulunan herhangi bir hüküm bulunmamaktadır²⁴. Türk Medeni Kanunu'nun rehnin paraya çevrilmesini düzenleyen 873. maddesinde, lehine rehin tesis edilmiş alacaklının, alacağını merhunun satışından elde edilecek gelirden alabileceği hükme bağlanmıştır. Ancak ilgili hükümde, sözü edilen satışın hangi yöntemle yapılabileceğine dair bir düzenleme bulunmamaktadır. Yalnızca aynı maddenin üçüncü fıkrasında, birden fazla taşınmazın rehnedilmiş olması halinde, icra dairesinin gerektiği kadarını paraya çevirmesi gerektiği ifade edilmiştir. Bu fıkradan yola çıkılarak, Türk Medeni Kanunu'nun rehnin paraya çevrilmesi işleminin münhasıran icra dairesince yapılması gerektiğini öngördüğü sonucuna varmak güçtür. Doktrinde bu yönde taraflar açısından bu yönde bir mecburiyet bulunduğu savunulmuş olsa da²⁵ genel hükümler çerçevesinde ne söz konusu özel yoldan paraya çevirme yetkisi verilmesi işlemin yapılabileceği ne de yapılamayacağı yönünde açık bir düzenleme bulunmaktadır. Zira üçüncü fıkra yalnızca İcra ve İflâs Kanunu hükümlerine dayanılarak başlatılan takipte uygulanmak üzere, işlemi yapacak icra müdürünü muhatap alan bir düzenlemedir. Oysaki özel yoldan paraya çevirme zaten İcra ve İflâs Kanunu hükümlerine tâbi olmaksızın yapılacak bir işlemdir. Bununla birlikte Türk Medeni Kanunu hükümlerine göre alacaklıya paraya çevirme yetkisinin verilmesinin önünde bir engel olmadığı söylenebilir²⁶. Zira Türk Medeni Kanunu'nun temel prensiplerinden birisi sözleşme özgürlüğüdür. Bu açıdan emredici nitelikteki hükümlerin haricindeki hükümlerin aksi taraflarca kararlaştırılabileceği gibi kanun tarafından düzenlenmemiş bir husus da emredici hükümlere aykırı olmamak kaydıyla geçerli olacaktır. Bu itibarla alacaklıya bu yönde bir yetki verilmesinin mümkün olup olmadığını tespiti için mevzuattaki diğer hükümlerin de değerlendirilmesi gerekmektedir.

Mülga Türk Ticaret Kanunu'nda gemi ipoteğine ilişkin düzenlemeleri içinde, alacağın muacceliyetinden evvel bu yönde bir sözleşme yapılamaya-

²⁴ Gürdoğan, s. 18.

²⁵ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 889; Ayan, s. 154; Nar, s. 138; Şener, s. 171.

²⁶ Tarafların bu halde cebri icra yoluna başvurmak veya merhunun alacaklı tarafından özel yoldan paraya çevrilmesi hususunda seçimlik bir hakka sahip olduklarına dair görüşler için bkz. Budak, s. 59, dpt. 26.

çağı açıkça belirtilmiş olsa dahi, 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe giren 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda mülga kanunun 919. maddesindeki söz konusu düzenlemeyi karşılayacak bir hüküm bulunmamaktadır. Bir başka deyişle, Türk Ticaret Kanunu açısından gemi ipoteğinde de alacaklıya merhunu paraya çevirme yetkisinin verilebileceği kabul edilebilir. Çünkü esas itibariyle bir bütünü oluşturan Türk Ticaret Kanunu ve Türk Medeni Kanunu'nun birbirlerini tamamladığı, Türk Ticaret Kanunu'nda hüküm bulunmayan hallerde Türk Medeni Kanunu'ndaki genel hükümlerin uygulanacağı açıktır. Türk Medeni Kanunu'nun ise bu açıdan taraflara bir sınırlama getirmediği, mülga Türk Ticaret Kanunu'nda gemi ipoteği açısından alacaklıya bu yönde bir yetki verilmesini yasaklayan hükme yeni kanunda yer verilmediği göz önünde bulundurulduğu takdirde, kanun koyucunun artık gemi ipoteği açısından da tarafların bu yönde bir sözleşme yapmalarına cevaz verdiği sonucuna varılabilir²⁷.

Mevzuattaki bu hususta bir başka düzenleme ise Türk Sivil Havacılık Kanunu'nda bulunmaktadır. Söz konusu kanunun 83. maddesine göre alacaklı, ipoteğin kapsamına giren mamelek unsurları üzerinden alacağını, ancak cebri icra yolu ile alabilir. Kanun koyucu hava araçlarının ipoteği açısından, ipotekle güvence altına alınmış alacağın muaccel olup olmamasını dikkate almaksızın, alacaklının özel yoldan paraya çevirme yoluna başvurmak suretiyle alacağını tahsil etmesine imkân tanımamıştır.

Bunun haricinde İcra ve İflâs Kanunu'nun malvarlığının terki suretiyle konkordatoyu düzenleyen hükümlerinde 309/g maddesinde, rehinli alacaklıların borçlunun malvarlığını paraya çevirme imkânına sahip oldukları açıkça hükme bağlanmaktadır. Ancak burada önem taşıyan husus, söz konusu rehlin taşınır rehni olması ve rehin sözleşmesinde alacaklıya satış için yetki verilmiş olması gerekliliğidir. Bu noktada İcra ve İflâs Kanunu'nun, rehin sözleşmesinde alacaklıya özel yoldan paraya çevirme yetkisi verilmesine açıkça²⁸ izin verdiği görülmektedir. Her ne kadar söz konusu düzenleme, malvarlığının terki suretiyle konkordatoya ilişkin hükümler arasında düzen-

²⁷ **Tek**, s. 99.

²⁸ İİK 309/g maddesinin ifadesinin özel yoldan paraya çevirme konusunda taraflara açıkça izin verdiğine dair olan görüş için bkz. **Makaracı Başak**, s. 296.

lenmiş olsa da, rehin sözleşmesinin akdedilmesi esnasında, borçlunun ekonomik durumunun konkordatoya başvurmayı gerektirecek durumda olmadığı kabulü gerekir. Zira hayatın olağan akışına göre, ekonomik durumu konkordato ilan edecek durumda olan birine, rehin karşılığı dahi olsa borç vermek makul olarak değerlendirilemez. Bu nedenle bu düzenlemeden yola çıkarak İcra ve İflâs Kanunu'nun aslında tarafların rehnin özel yoldan paraya çevrilmesi hususunda sözleşme yapmalarına izin verdiği söylenebilir. 2004 yılında yapılan değişiklikle kanuna eklenen bu madde haricinde İcra ve İflâs Kanunu'nda bu yönde açık bir düzenleme bulunmaması gerçeği karşısında kanun koyucunun iradesinin artık daha net bir şekilde ortaya konulduğu söylenebilir.

Mevzuatta, alacaklıya merhunu paraya çevirme yetkisi veren bir diğer düzenleme ise, 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 47. maddesidir. Söz konusu düzenleme yalnızca açık bir şekilde alacaklının borç muaccel olduğu takdirde merhunu paraya çevirebileceğini hükme bağlamamakta, bunun yanı sıra tarafların *lex commissoria* yasağının aksi bir şekilde, rehin konusu malın alacaklıya geçmesi hakkında sözleşme bile yapabilecekleri öngörülmektedir. Yalnızca sermaye piyasası araçları açısından uygulama alanı bulabilecek bu düzenlemenin varlığının, açık bir düzenleme içermeyen genel hükümler içinde yorumlanmasının isabetli olduğunu söylemek mümkün değildir.

Yalnızca mevzuattaki açık düzenlemeler dikkate alındığı takdirde, alacaklıya merhunun özel yoldan paraya çevrilmesi yetkisi verilmesi hususunda, kanun koyucunun iradesi net bir şekilde ortaya konulamamaktadır. Yani kanun koyucu genel hükümler dairesinde bu yönde bir sözleşme yapmayı açık bir şekilde yasaklamadığı gibi, açık bir şekilde caiz de kılmamaktadır. Bu nedenle alacaklıya bu yönde bir yetki verilmesi hususunda sözleşme özgürlüğünün hâkim olduğu hukukumuzda²⁹ bulunan ve bu yönde yapılacak bir sözleşmeye engel teşkil edebilecek emredici hükümler değerlendirilmelidir³⁰.

²⁹ Oğuzman/Öz, s. 23; Eren, s. 16 vd.; Kocayusufpaşaoğlu s. 501.

³⁰ Oğuzman/Öz, s. 24; Kocayusufpaşaoğlu, s. 525 vd.

II. SINIRLAYICI HÜKÜMLER ÇERÇEVESİNDE ÖZEL YOLDAN PARAYA ÇEVİRME

Rehin ilişkisinin niteliği ve uygulanması göz önünde bulundurulduğunda, rehin ilişkisinin taraflarının her zaman eşit konumda olduğu söylenebilir. Bununla birlikte rehin hakkının aynı olma özelliği de dikkate alındığı takdirde, kanun koyucu bu hususta tarafların yapabileceği işlemlere muhtelif sınırlamalar getirmiştir. Bu nedendir ki, kanun koyucu rehin ilişkisini özel olarak düzenlemiş ve esasında sözleşme özgürlüğünün hâkim olduğu hukuk düzenimizde, rehin sözleşmeleriyle ilgili pek çok kısıtlama getirmiştir. Bu kısıtlamaların başında rehin ile teminat altına alınan alacak ödenmediği takdirde, merhunun mülkiyetinin alacaklıya geçeceğini öngören *lex commissoria* anlaşmalarına getirilen yasak gelmektedir. Buna göre alacağına kavuşamayan alacaklı, merhunun mülkiyetini kazanamayacak, fakat merhunu sattırarak suretiyle, satım bedelinden alacağını tahsil edebilecektir. Bu noktada söz konusu satımın icra organları vasıtasıyla yapılmasının zorunlu olup olmadığı sorusu akla gelmektedir.

A. Şekli Hukuk Açısından Sınırlamalar

1. İhkak-ı Hak Yasağı Kapsamında Özel Yoldan Paraya Çevirme

Bilindiği üzere her modern hukuk devletinde olduğu gibi Türk Hukuku'nda da kişilerin kendi hakkını zor kullanmak suretiyle elde etmeleri yasaktır. Bir uyumsuzluk neticesinde hakkına hanel geldiğini düşünen kimse, karşı tarafın rızası olmadan yahut zorla hakkını elde etmeye çalışmasına imkân bulunmamaktadır. Hakkına hanel geldiğini düşünen kimse, yargı hizmetlerinden yararlanmak suretiyle hakkını elde edebilmektedir.

Alacağına kavuşamayan alacaklının alacağının teminatını teşkil eden merhunu satıp, satış bedelinden alacağını karşılaması kavramsal anlamda ihkak-ı hak tanımını karşılamış gibi görünse de, esasında burada alacaklı ve borçlu arasında bir sözleşme bulunmakta ve alacaklı bu sözleşmeye dayanarak söz konusu satış işlemini gerçekleştirebilmektedir. Bu nedenle, borçlu esasında bu konuda, alacaklıyı yetkilendirmiş durumdadır. Eğer alacaklı ile borçlu arasında bu yönde yapılmış bir sözleşme bulunmamasına rağmen, alacaklı merhunu satarsa bu durum tabii olarak ihkak-ı hak olarak nitelendirilebilecektir.

Öte yandan alacaklı tarafından yapılacak satış işlemi, borçlunun denetimi altında gerçekleşecektir. Zira borçlu, alacaklının aralarındaki sözleşmeye aykırı davrandığını gerekçe göstererek, alacaklı tarafından yapılan satıştan doğan zararının tazminini her zaman talep edebilir. Örneğin, alacaklı daha kolay alıcı çıkması için taşınmazı değerinin daha altında bir fiyata sattığı takdirde, borçlu ile alacaklı arasındaki ilişkinin niteliğinden doğan, alacaklının özen yükümlülüğünü ihlâl ettiği söylenebilir. Öte yandan hakkın kötüye kullanılması niteliği taşıyacak³¹ bu işlemde doğan, borçlunun zararından alacaklı sorumlu olacaktır. Çünkü alacaklı rehinle temin edilmiş alacağı tutarında parayı satış tutarından alacak, bakiye kısmı borçluya iade edecektir³². Aksi halde *lex commissoria* yasağının ihlâli niteliğini taşıyacak bu durumda, alacaklı alacağına kavuşabildiği halde, borçlunun taşınmazının değerinden daha düşük bir fiyata satılması nedeniyle zarara uğrayacağı açıktır.

Görüldüğü üzere merhunun satışı alacaklı tarafından yapılıyor olsa da, borçlunun hukuki anlamda denetim yapması her zaman mümkündür. Dolayısıyla merhunun alacaklı tarafından borçlu ile yapmış oldukları sözleşme kapsamında paraya çevrilmesinin ihkak-ı hak olarak nitelendirilmesi isabetli gözükmemektedir.

2. Merhun Üzerindeki Kısıtlamalar

Alacaklıya, borçlu tarafından özel yoldan paraya çevirme yetkisi verilmesinin önünde engel teşkil edebilecek bir diğer husus ise, merhun üzerinde üçüncü kişiler lehine tesis edilmiş bulunan rehinler ve üçüncü kişiler tarafından konulmuş hacizlerdir. Merhun üzerinde üçüncü kişilerin haczi veya rehin hakkı söz konusu ise yahut borçlu iflâs etmiş ise, özel yoldan paraya çevirmenin ancak, lehine haciz konulmuş veya rehin hakkı bulunan üçüncü kişilerin, iflâs halinde ise tüm alacaklıların muvafakati ile mümkün olabileceği söylenebilir³³. Zira alacaklı tarafından yapılacak olan satış işleminden

³¹ **Makaracı Başak**, s. 299.

³² **Sarı**, s. 420.

³³ **Kuru**'ya göre ihtiyati veya kesin haciz halinde yahut borçlunun iflâsı halinde her hâlükârda bu yönde bir sözleşme yapılamamalı, paraya çevirme muhakkak İİK hükümlerine göre yapılmalıdır. **Kuru**, s. 1025; Merhunun üzerinde lehlerine tesis edilmiş diğer

bu durumda ilgili herkesin menfaatinin etkilenebilecektir. Her ne kadar İcra ve İflâs Kanunu'nun 86. maddesi ile borçlunun tasarruf yetkisi kısıtlanmakta ise de yine aynı madde ile taşınır mallar açısından iyiniyetli kişilerin hakları da korunmaktadır. Bu açıdan bilhassa kanun tarafından iyiniyetleri korunmuş bu kimselerin hem satış işleminden haberdar olabilmeleri hem de yapılacak satış işlemini menfaatleri doğrultusunda denetleyebilmeleri için bu hususun gerekli olduğu söylenebilir.

B. Medeni Hukuk Açısından Sınırlamalar

Şekli hukuk açısından İİK hükümlerine başvurmanın zorunlu olmadığının tespitini yaptıktan sonra, rehin hakkı sahibi alacaklıya bu yönde bir yetki verilip verilemeyeceği hususunun, maddi hukukta hükümleri açısından da irdelenmesi isabetli olacaktır.

1. Tipe Bağlılık İlkesi Kapsamında Özel Yoldan Paraya Çevirme

Alacaklıya, merhunun paraya çevrilmesi yetkisi verilmesinin farklı yöntemlerle olabileceğine dair muhtelif görüşler mevcuttur:

Bunlardan ilki, tarafların rehin sözleşmesini hazırlarken, rehinle teminat altına alınan alacak ödenmediği takdirde, alacaklının paraya çevirme yetkisine sahip olduğu konusunda anlaşmış olmalarıdır. Bir başka ifadeyle, tarafların rehin sözleşmesini akdetmeleri esnasında, muaccel olan ve rehinle temin edilmiş olan alacak ödenmediği takdirde alacaklının doğrudan merhunu paraya çevirme yetkisi olduğuna dair anlaşmalarıdır. Doktrinde bu konuda getirilen eleştirilerden biri, bir aynı hak türü olan rehin hakkının bu şekilde sözleşme hükmüyle değiştirilemeyeceğidir³⁴. Esasen bir aynı hak türü olan rehin hakkı açısından, kanunilik ve tipe bağlılık ilkelerinin geçerli olduğu açıktır³⁵. Bu noktada önemli olan, rehinin paraya çevrilmesi işleminin

rehin hakkı sahiplerinin alacaklının rehni paraya çevirmesi halinde muvafakatlerine ihtiyaç olmadığına ilişkin görüş için bkz. **Gürdoğan**, s. 19; Bu konudaki diğer görüşler için bkz. **Makaracı Başak**, s. 299.

³⁴ **Sarı**, s. 413 vd.; **Budak**, s. 60, dpt 29.

³⁵ **Köprülü/Kaneti**, s. 11-12; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 27-28; **Sirmen**, s. 41; **Ertaş**, s. 66; **Sarı**, s. 415-416.

İcra ve İflâs Kanunu hükümlerine göre icra dairesince yapılmasının bir aynı hak olan rehnin tipik unsuru olup olmadığı hususudur.

Türk Medeni Kanunu tarafından düzenlenmiş olan rehin hakkının tipe bağlılık ilkesine tâbi olduğu hususuna değinmiştik. Bununla birlikte rehnin hükmünü düzenleyen Türk Medeni Kanunu'nun 873. maddesi, rehin hakkı sahibi alacaklının, rehin konusu eşyanın satışından elde edilecek gelirden alacağını alma hakkına sahip olduğunu düzenlemektedir. Daha önce de ifade edildiği üzere, söz konusu bu satışın, icra dairesince yapılması gerektiği yönünde bir zorunluluk bulunmamaktadır. Bu husus rehnin paraya çevrilmesi açısından ancak bir ilke olarak mütalaa edilebilir³⁶. Kanunda açıkça zikredilmeyen bir hususun, bir aynı hakkın tipine dâhil olduğunu söylemek güçtür. Ayrıca daha önce değinildiği üzere İcra ve İflâs Kanunu hükümlerine başvurmanın emredici bir nitelik taşımadığı gerçeği de göz önünde bulundurulduğu takdirde, bu görüşü benimsemenin açık bir hukuki dayanağı olmadığı söylenebilir.

Rehin hakkının ancak İcra ve İflâs Kanunu hükümlerine göre paraya çevrilebileceği, aksi durumun tipe bağlılık ilkesine aykırılık teşkil edebileceği düşünülse bile, anılan kanunun 309/g hükmü göz önünde bulundurulduğu takdirde, kanunun kendisinin bile rehin sözleşmesiyle alacaklıya bu yönde bir yetki verilebileceğini kabul ettiği ortadadır. Daha önce de ifade edildiği üzere, İcra ve İflâs Kanunu'nun 309/g hükmü rehin sözleşmesiyle alacaklıya bu yönde bir yetki verilmiş olması halinde, malvarlığının terki suretiyle konkordatoda, alacaklıların taşınır rehnini kendilerinin paraya çevirebileceğini açıkça hükme bağlamaktadır.

İkinci olarak öne sürülen görüş ise, rehin konusu eşyayı paraya çevirme konusunda tarafların rehin sözleşmesinden bağımsız olarak, borçlunun alacaklıya temsil yetkisi vermek suretiyle paraya çevirme işleminin gerçekleştirilebilmesidir³⁷. Bu durumda, taraflar diğer görüşte eleştirilen nokta olan, rehin sözleşmesinin niteliğini yahut unsurlarını değiştirmemekte, yalnızca borçlunun muaccel hale gelen borcunu ödeyememesi halinde, merhunun nasıl paraya çevrileceği konusunda rehin sözleşmesinden bağımsız olarak bir

³⁶ Köprülü/Kaneti, s. 280; Tunç Yücel, s. 87.

³⁷ Sarı, s. 418 vd.

sözleşme yapmaktadırlar. Zira kanun rehin sözleşmesini düzenlerken, alacaklının merhunun satış bedelinden alacağını alabileceğini belirtmekle yetinmiş, söz konusu bu satışın hangi yöntemle yapılacağını açıkça düzenlememiştir. Dolayısıyla tarafların, alacaklıya satış yetkisi veren bir sözleşme akdetmeleri, rehin sözleşmesinin türünde yahut içeriğinde yapılmış bir değişiklik olarak düşünülemez.

Öte yandan, rehin sözleşmesinde alacaklıya merhunu paraya çevirme yetkisi verilmesi, rehlin tipini değiştirecekse, bu yönde bir sözleşmenin sonradan da yapılamaması gerekir. Zira kanunen yapılmasına imkân tanınmayan bir işlemin -alacaklıya paraya çevirme yetkisi tanınmasının- daha sonra da başka bir hukuki işlem kılıfı ile -alacaklıya borçlunun satış konusunda vekâlet verilmesi yoluyla- yapılması kanuna karşı hile niteliği taşıyacaktır³⁸. Bu sebepten ötürü sözleşme yapmak suretiyle, merhunu paraya çevirme yetkisinin alacaklıya verilemeyeceği savunulduğu takdirde, bu işlemin daha sonra temsil yetkisi vermek suretiyle yapılabileceğinin de savunulamaması gerekmektedir. Ancak, İcra ve İflâs Kanunu hükümlerine göre paraya çevirmenin, rehlin tipik bir unsuru olmadığı kabul edildiği takdirde, bu tartışma zaten bir önem arz etmeyecektir.

Netice itibariyle, Türk Medeni Kanunu'nun rehin hakkının tipik unsuru olarak, merhunun İcra ve İflâs Kanunu hükümlerine göre paraya çevrileceği hususunu öngörmediği göz önünde bulundurulursa, tarafların bu yönde bir hükmü rehin sözleşmesinde öngörmeleri mümkün olduğu gibi, rehin sözleşmesinde bu hususta bir anlaşmaya varmamış olsalar dahi, daha sonradan bu yönde bir vekâlet ilişkisi kurmaları da mümkündür.

2. *Lex Commissoria* Yasağı Kapsamında Özel Yoldan Paraya Çevirme

Doktrinde, alacaklıya merhunun satımı konusunda yetki verilmesi suretiyle *lex commissoria* yasağını ihlâl edilip edilmediği tartışılmıştır³⁹. Esas itibariyle bu yönde yapılmış bir sözleşmenin *lex commissoria* yasağını ihlâl

³⁸ Oğuzman/Öz, s. 84; Eren, s. 323.

³⁹ Tek, s. 100. Bu doğrultuda bir görüş için bk. Budak, s. 60, dpt. 29. Bu iki müessesenin doğrudan ilgili olmadığına dair görüş için bkz. Kuntalp, s. 152; Makaracı Başak, s. 295.

edip etmediğini tespit edebilmek için evvela *lex commissoria* yasağının amacının belirlenmesi gerekmektedir. Bu konuda farklı görüşler⁴⁰ savunulmuş olsa da, genel olarak kabul edilen görüşe göre *lex commissoria* yasağının esas amacının, rehin alanın rehin verene karşı alacak miktarını aşacak şekilde zenginleşmesinin önlenmesi olduğu⁴¹ göz önünde bulundurulursa, alacaklıya borçlu tarafından merhunu satış yetkisinin verilmesi bu yasağa aykırılık teşkil etmeyecektir.

Esasen, özellikle doğrudan temsil yetkisi verilmesi suretiyle alacaklının satış işlemini borçlunun nam ve hesabına yapması hususu göz önünde bulundurulduğunda, satım sonucunda elde edilecek bedelin borçluya ait olduğu söylenebilir. Bu durumda alacaklının, yalnızca satım sonucu elde edilen bedelden, rehinle temin edilmiş alacağı tutarındaki kısmı alma hakkına sahip olduğu açıktır. Bu nedenledir ki, alacaklıya merhunu özel yoldan paraya çevirmesi hakkı verilmesi *lex commissoria* yasağının kapsamına girmez. Zira rehin konusu malın alacaklı tarafından özel yoldan paraya çevrilmesi halinde, rehin konusu mal üçüncü bir kişi tarafından iktisap edilmekte olup rehin konusu malın mülkiyeti alacaklıya geçmemektir. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, rehin konusu malın özel yoldan paraya çevrilmesi sonrasında elde edilecek paradan, yalnızca rehinle teminat altına alınmış miktar kadar olan tutarın alacaklıya verilmesidir. Çünkü rehin konusu olan malın, özel yoldan paraya çevrilmesi ile birlikte alacaklı, rehin sözleşmesiyle birlikte teminat altına aldığı alacağından daha fazla bir miktar paraya kavuşursa bu durumda *lex commissoria* yasağının ihlâli söz konusu olacaktır⁴². Dolayısıyla özel yoldan paraya çevrilse bile, alacaklı ancak rehinle teminat altına alınan miktar tutarında alacağına kavuşabilecektir. Alacaklının, ancak, alacağını aşacak ölçüde bir miktarı elde ettiği durumlarda, alacağı aşan miktar için *lex commissoria* yasağına benzer bir durum söz konusu olacaktır⁴³. Bu durumda alacaklının alacağından fazla miktarda elde ettiği miktarı, sebepsiz zenginleşme sebebiyle iade etmesi gerekecektir.

⁴⁰ Bu görüşlerle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Kurt, s. 135 vd.

⁴¹ Köprülü/Kaneti, s. 281; Cansel, s. 188; Kuntalp, s. 153; Sirmen, s. 694; Makaracı Başak, s. 273; Kurt, s. 137; Ayan, s. 203; Gürel, s. 62 vd.; Şener, s. 172.

⁴² Sirmen, s. 693.

⁴³ Cansel, s. 238.

3. Taşınır ve Taşınmaz Rehninde Özel Yoldan Paraya Çevirme

Doktrinde özel yoldan paraya çevirme ile ilgili olarak tartışılmış olan bir diğer husus ise, merhunun taşınır veya taşınmaz olmasına bağlı olarak, bu yetkinin verilip verilemeyeceğidir. İlke olarak, taşınırlar bakımından genel olarak kabul gören görüş⁴⁴, alacaklıya bu yönde bir yetki verilebilmesidir. Bu görüşe göre, kanun bu yolu açıkça yasaklamadığı gibi, taşınırların satımıyla ilgili de özel şekil şartları öngörmediği için, tarafların bu yönde bir sözleşme akdetmeleri mümkündür. Öte yandan, taşınmazlar açısından ortak bir kanaatin varlığından söz etmek mümkün değildir. Esas itibarıyla üç grupta toplayabileceğimiz görüşlerin ilki, taşınırlar hakkındaki yorumu taşınmazlar için de yapmakta ve merhun taşınmazın paraya çevrilmesi hususunda alacaklıya yetki verilebileceğini öne sürmektedir⁴⁵. Bu görüşe kısmen katılan ikinci bir görüş ise taşınmaz satımının özel şekil şartlarına bağlandığını, dolayısıyla eğer borçlu, alacaklıya satım yetkisi vermek istiyorsa bunun ancak rehin sözleşmesinden bağımsız, resmi şekilde düzenlenmiş bir sözleşmeyle mümkün olabilmesi gerektiğini savunmaktadır⁴⁶. Üçüncü görüşe göre ise taşınmazlar hakkında alacaklıya mevcut mevzuat hükümlerine göre, hiçbir şekilde özel yoldan paraya çevirme yetkisi verilememelidir⁴⁷.

Esas itibarıyla, taşınırlar ve taşınmazlar üzerinde kurulan rehmin hükümleri bakımından, Türk Medeni Kanunu'nun 873. maddesi bir ayırım yapmamıştır. Zira anılan madde, her iki rehin türü açısından da ortak bir hükümdür. Kanun her ne kadar kuruluş şekilleri açısından, taşınırlar ve taşınmazlar arasında ayırım yapmış olsa da, alacaklıya tanıdığı yetkiler ve kapsamı bakımından, iki rehin türünün birbirinden farklılık arz ettiği herhangi bir nokta bulunmamaktadır.

Bunun haricinde, taşınmaz rehminin İcra ve İflâs Kanunu hükümlerine göre paraya çevrilmesi hususunda, taşınır rehminin paraya çevrilmesi yoluyla kıyaslandığı takdirde, ciddi farklılıklar taşınması, özel yoldan paraya çevirme

⁴⁴ **Gürdoğan**, s. 19; **Günel**, s. 51; bu konuda tartışmalar için bkz. **Gürdoğan**, s. 18; **Budak**, s. 59 vd.

⁴⁵ **Gürdoğan**, s. 19.

⁴⁶ **Sarı**, s. 416.

⁴⁷ **Postacıoğlu**, Armağan, s. 538.

anlaşmaları bakımından bir fark yaratmamalıdır⁴⁸. Çünkü İcra ve İflâs Kanunu hükümleri, yalnızca söz konusu hükümlere dayanılarak başlanılan bir takipte işlerlik kazanır. Bir başka ifadeyle söz konusu kanun hükümleri takibin taraflarına ve takibi yürütmekte olan icra dairesine yönelik olarak sonuç doğurur. Bu nedenle İcra ve İflâs Kanunu'nda mevcut bulunan farklılığa dayanılarak, taşınmazların özel yoldan paraya çevrilmesi anlaşmasına konu olamayacağını söylemek isabetli görünmemektedir.

Taşınmazların özel yoldan paraya çevrilmesi sözleşmesinin, resmi şekilde yapılmasının bir gereklilik olduğu söylenebilir⁴⁹. Zira alacaklı bu durumda, taşınmazı satarken daha önce belirttiğimiz üzere temsil yetkisi kullanacaktır. Bir taşınmazın satımı amacıyla temsil yetkisi verilmesi için gereken şekil şartlarının, özel yoldan paraya çevirme anlaşması için de aranması uygun olur. Bu bağlamda ilk olarak, eğer taşınmazı satış yetkisi rehin sözleşmesi kurulurken alacaklıya tanınmışsa bu durumda zaten resmi şekilde yapıldığı için tartışma konusu bir husus bulunmamaktadır. Ancak bu noktada dikkat edilmesi gereken burada verilen yetkinin ancak rehinle teminat altına alınan borcun muaccel olduğu ve borçlu tarafından ifa edilmediği takdirde kullanılabilir olmasıdır. Bu açıdan söz konusu bu yetkinin şartlı bir temsil yetkisi olduğu söylenebilir. Doktrinde bu şekilde geciktirici şarta bağlı temsil yetkisi verilebileceği savunulmuştur⁵⁰. Acaba tapu memuru söz konusu şartın gerçekleşip gerçekleşmediğini gözetebilecek midir? Eğer bu temsiz yetkisi borç muaccel olup da borçlu tarafından ifa edilmediği zaman verildiyse bu durumda zaten şarta bağlı bir temsil yetkisinden söz edilemeyeceği için bu anlamda bir tartışma konusu bulunmamaktadır. Eğer söz konusu yetki, rehin sözleşmesinin kurulması esnasında verilmemiş, ancak daha sonradan alacaklıya tanınmak isteniyorsa bu durumda taraflar arasındaki ilişkinin bir nevi vekâlet ilişkisi olması⁵¹ nedeniyle, taşınmazların vekâleten satımına ilişkin hükümler uygulanmalıdır⁵². Ancak eğer söz konusu yetki

⁴⁸ Aynı doğrultuda bkz. **Tek**, s. 99.

⁴⁹ Bu yönde bir hükmün ancak açıkça yazılması halinde geçerli olacağına ilişkin görüş için bkz. **Makaracı Başak**, s. 298.

⁵⁰ **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 661.

⁵¹ **Sarı**, s. 419.

⁵² **Sarı**, s. 419.

muacceliyetten önce verildiyse, bu durumda ikili bir ayırım yapmak gerekir. İlk olarak alacaklıya borçlu tarafından verilen temsil yetkisinin şarta bağlı olduğu temsil belgesinden anlaşılamadığı halde alacaklının, borcun muacceliyetinden evvel bu yönde yapacağı bir satım işlemi, şart gerçekleşmediği için yetkisiz temsil hükümlerine tâbi olmalıdır. İkinci halde söz konusu temsil belgesinden borcun muacceliyetine ve borcun ifa edilmemesine ilişkin olan şartın varlığı anlaşılması halinde ise tapu memurunun bunu nasıl gözelebileceği önemli bir sorundur. Buradaki iki şarttan biri olan borcun muacceliyetinin tespiti kolay olmakla birlikte borçlunun borcunu ifa edip etmediğinin tespiti ve ispatı açısından bunun söylenmesi mümkün görülememektedir. Tapu memurunun borcun ifa edilmediğinin tespit etmesi, kendisinden beklenemeyecek bir külfet olup zaten pratikte de uygulanması zor olacaktır⁵³. Bu itibarla eğer borcun muacceliyetinden önce alacaklıya verilen ve bu yönde bir şart içeren bir temsil belgesinin varlığı halinde alacaklının yalnızca söz konusu temsil belgesine dayanarak özel yoldan satış işlemini yapamaması gerektiği söylenebilir.

Son olarak, taşınmazın alacaklı tarafından satışının da, tapu müdürlüğü tarafından yapılması hususu tartışmasız bir gerekliliktir. Zira söz konusu satış işlemi, alacaklının sahip olduğu yetkinin niteliğinden yahut hukuki temelinden bağımsız olarak adi bir satıştan farksızdır. Dolayısıyla da resmi şekle tâbi olduğu açıktır⁵⁴.

4. Genel İşlem Şartları Kapsamında Özel Yoldan Paraya Çevirme

Özellikle bankalar tarafından uygulamada kredi sözleşmelerine, alacak muaccel olduğu halde ödenmediği halde, merhunun banka tarafından paraya çevrilebileceğine ilişkin hükümler konulmaktadır⁵⁵. Türk Borçlar Kanunu'nun 20 vd. maddelerinde düzenlenen genel işlem şartlarına göre, eğer müzakerelere şansı bulamayan taraf açısından, haksız şart niteliği taşıyan hükümler yazılmamış sayılacaktır. Bu bakımdan, kredi sözleşmelerine konan, özel

⁵³ Bu halde alacaklının durumu borçluya ihbar etmesinin uygun olacağına dair görüş için bkz. **Cansel**, s. 238.

⁵⁴ **Budak**, s. 61.

⁵⁵ **Tunç Yücel**, s. 88; **Makaracı Başak**, s. 287.

yoldan paraya çevirme hükümlerinin, haksız şart niteliğinde olup olmadığı hususu önem arz etmektedir.

Her ne kadar aksi savunulmuş olsa da⁵⁶, önceki bölümlerde açıklandığı üzere, ülkemiz icra sistemindeki aksaklıklar göz önünde bulundurulduğu takdirde, taraflar arasında yapılacak özel yoldan satım sözleşmesi, her iki tarafın da lehine sonuç doğurmaktadır⁵⁷. Alacaklı alacağına daha hızlı bir şekilde kavuşabilmekte, alacaklı alacağına daha hızlı bir şekilde kavuştuğu için, borçlunun üzerindeki faiz yükü azalmakta, buna ek olarak, merhun gerçek değerinden paraya çevrildiği için, borçlu daha az zarara uğramaktadır. Bununla birlikte borçlunun, alacaklının satışı üzerindeki denetimi de mevcuttur. Dolayısıyla, salt genel işlem şartları arasında, alacaklıya bu yönde bir yetki verilmesinin, haksız şart niteliğini taşımadığı söylenebilir. Ancak genel işlem şartları arasında, borçlunun alacaklının satış işlemi denetlemesinin önünü kapayan yahut satış işlemi sonucunda borçlunun uğrayabileceği muhtemel zararlardan sorumlu olunmayacağına dair konulacak bir şart, borçlunun satış işlemi üzerindeki denetimini imkânsız hale getirdiği için haksız şart olarak addedilmeli ve yazılmamış sayılmalıdır.

SONUÇ

Sonuç itibarıyla genel olarak kabul edilen görüşe göre, rehin sözleşmesinden bağımsız olarak yapılacak bir özel yoldan paraya çevirme sözleşmesinin *lex commissoria* yasağına aykırılık teşkil etmeyeceği söylenebilir. Maddi hukuk açısından diğer şartlar da sağlandığı takdirde, alacaklıya bu yönde bir yetki verilebilmesinin önünde bir engel bulunmamaktadır. Bununla birlikte İcra ve İflâs Kanunu hükümlerine başvurmanın zorunlu olmadığı hususu da göz önünde bulundurulduğu takdirde, şekli hukuk açısından da tarafların bu yönde bir sözleşme yapmalarının mümkün olduğu söylenebilir. Bununla birlikte doktrinde de daha önce ifade edildiği üzere, kanun koyucunun toplumun bu yöndeki ihtiyacını da gözetenek bir düzen-

⁵⁶ Kaplan, s. 113-114; ayrıca bkz. Budak, s. 60.

⁵⁷ Alacaklıya bu yönde bir yetki verilmesinin borçlunun da yararına olabileceği görüşü için bkz. Gürdoğan, s. 19. Bu yetkinin kullanımına ilişkin olarak bkz. Sarı, s. 408; Makaracı Başak, s. 289.

leme yapmasının uygun olacağı belirtilmelidir. İzah edildiği üzere, pozitif hukukta alacaklıya bu yönde bir yetki verilmesine yönelik olumlu yahut olumsuz açık bir düzenlemenin olmayışı, karışıklıklara ve tartışmalara neden olabilmektedir. Bu nedenle böyle bir düzenlemenin varlığının faydalı olacağı açıktır. Bu nedenle uygulamadaki ihtiyacın da göz önünde bulundurmak suretiyle kanun koyucunun bu bağlamda olumlu bir düzenleme yapmasının isabetli olabileceği söylenebilir.

Bibliyografya

- Budak**, Ali Cem; İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takip, 2. Baskı, XII Levha Yayınları, İstanbul 2009.
- Cansel**, Erol; Türk Menkul Rehni Hukuku, Cilt I, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, Ankara 1967.
- Deynekli**, Adnan; İcra ve İflâs Hukukunda İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takip, Turhan Yayınları, Ankara 2013.
- Eren**, Fikret; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 17. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2014.
- Ertas**, Şeref; Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Eşya Hukuku, 7. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2006.
- Günel**, Onur Kerem; Lex Commisoria Yasağı, Karşı Yayınları, Ankara 1998.
- Gürdoğan**, Burhan; Türk-İsviçre İcra ve İflâs Hukukunda Rehnin Paraya Çevrilmesi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, Ankara 1967.
- Helvacı**, İlhan; Eski Medeni Kanunumuzla Karşılaştırmalı Olarak Türk Medeni Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan İpotek Hakkı, XII Levha Yayınları, İstanbul 2008.
- Kocayusfpaşaoğlu**, Necip; Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, 6. Baskı, Filiz Yayınları, İstanbul 2014.
- Köprülü**, Bülent/**Kaneti**, Selim; Sınırlı Ayni Haklar, 2. Baskı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul 1982.
- Kaçak**, Nazif; İpotek ve İpoteğin Paraya Çevrilmesi, 3. Baskı, Seçkin Yayınları, 2013.
- Kaplan**, İbrahim; Banka Sözleşmeleri Hukuku, Ankara 1996.
- Karşlı**, Abdurrahim; İcra ve İflas Hukuku, 3. Baskı, Alternatif Yayınları, İstanbul 2014.
- Kuntalp**, Erden; Lex Commissoria Yasağı Kavramı, Koşulları ve Uygulama Alanı, İnan Kıraç'a Armağan, Galatasaray Üniversitesi Yayını, Ankara 1994, s. 151-162.

- Kurt**, Fatma; Lex Commissoria (Mülküne Geçirme) Yasağı, İstanbul Barosu Dergisi, C. 82, S. 2008/1, İstanbul 2008, s. 129-154.
- Kuru**, Baki; İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, 2. Baskı, Adalet Yayınları İstanbul, 2013.
- Kuru**, Baki/**Arslan**, Ramazan/**Yılmaz**, Ejder; İcra ve İflas Hukuku, 26. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2012.
- Makaracı Başak**, Aslı; Taşınır Rehni Sözleşmesi, XII Levha Yayınları, İstanbul 2014.
- Muşul**, Timuçin; İcra ve İflas Hukuku C. 2, 6. Baskı, Adalet yayınları, İstanbul 2013.
- Oğuzman**, Kemal/**Öz**, Turgut; Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.1, 10. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012.
- Oğuzman**, Kemal/**Seliçi**, Özer/**Oktay-Özdemir**, Saibe; Eşya Hukuku, 17. Baskı, Filiz Yayınları, İstanbul 2014.
- Öğütçü**, Tahir/**Doğrusöz**, Edip; Rehin Hukuku 1982.
- Özekes**, Muhammet; İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler, Adalet Yayınları, Ankara 2009. (Temel Haklar)
- Özekes**, Muhammet; İcra ve İflas Kanunu'nda Yer Alan Kredi Kurumları ile İlgili İcra Hükümlerinin Eleştirisi, Banka Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu Bildiriler-Tartışmalar, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara 2007. (Kredi Kurumları)
- Pekcanitez**, Hakan/**Atalay**, Oğuz/**Sungurtekin Özkan**, Meral/**Özekes**, Muhammet; İcra ve İflas Hukuku, 10. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2012.
- Postacıoğlu**, İlhan; İcra Hukuku Esasları, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul 1982. (İcra)
- Postacıoğlu**, İlhan; İpotek Alacaklısına İpotekli Gayrimenkulü Kendi Eliyle Rızai Olarak Paraya Çevrilmesi Yetkisinin Verilmesi Problemi-Bir Kanun Tasarısı Denemesi, Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan, Ankara 1990, s. 533-546. (Armağan)
- Postacıoğlu**, İlhan/**Altay**, Sümer; İcra Hukuku Esasları, 5. Baskı, Vedat Yayınları, İstanbul 2010.

Sarı, Suat; Alacaklıya Rehni Paraya Çevirme Yetkisi Verilmesi, Legal Hukuk Dergisi C. 5, S. 50, Şubat 2007, s. 405-425.

Sirmen, Lale; Eşya Hukuku, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2014.

Şener, Yavuz Selim; Türk Hukukunda İpotek ve Uygulaması, Adalet Yayınları, Ankara 2010.

Tek, Gülen Sinem; Ulaşım Araçlarının İpoteği, XII Levha Yayınları, İstanbul 2012.

Tunç Yücel, Müjgan; Banka Alacaklarının İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takibi, XII Levha Yayınları, İstanbul 2010.

Üstündağ, Saim; İcra Hukukun Esasları, 5. Baskı, İstanbul 1990.

^HYABANCI UNSURLU İFLÂS DAVALARINDA TÜRK MAHKEMELERİNİN YETKİSİ SORUNU

*Arş. Gör. Ali ÖNAL**

GİRİŞ

İflâs kavramı, ilgilendirdiği kişiler ve etkisi yönü itibariyle geniş bir alanı kapsamaktadır. Aslında icra ve iflâs hukukunu ilgilendiren bir kavram olan ve İcra ve İflâs Kanunu (İİK) iflâs, özellikle iflâsa tâbi olan kişiler yönüyle Türk Ticaret Kanunu (TTK); usul hukuku yönüyle Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) ve nihayet içinde yabancılik unsuru bulunan iflâs uyuşmazlıkları nedeniyle de Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK)'u ilgilendirmektedir. Geniş bir alanı kapsayan iflâs müessesesinin, hukuki uyuşmazlıklarda karşılaşılan sorunlar çerçevesinde etki alanı daha da genişlemektedir. Biz bu çalışmamızda özellikle içinde yabancılik unsuru bulunan iflâs uyuşmazlıklarının yargılama aşamasında yer alan yetki sorunlarına değineceğiz. Globalleşen dünyada, uluslararası ticari ilişkilerin gelişmesi nedeniyle, milletlerarası yetkili mahkemelerin önemi daha da artmaktadır. Şirketlerin farklı ülke sınırlarında faaliyet göstermesi, yine bu şirketlerin olası iflâslarında birden fazla devletin sorunu halini almaktadır. İflâs hukukunda yer alan devletin cebri icra yetkisi sonucunda, bir devletin yetkisi alanında bulunan iflâs konusu, bir başka devletin ilgi alanı dâhilinde yer almış olsa da kamu düzeni kriteri engeli ile karşılaşmaktadır. Bu nedenlerle içinde yabancılik unsuru bulunan iflâs uyuşmazlıklarında devletin cebri icra yetkisi, iflâs yargılamasının yapılacağı yer ve bu yerin münhasır yetki kapsamında olup olmaması, yetkinin tarafların iradesi ile belirlenebileceği sorunu ve nihayet yabancı devlet mahkemele-

^H Hakem incelemesinden geçmiştir.

* Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Uluslararası Özel Hukuk Anabilim Dalı

rinde verilen iflâs kararlarının tenfizi konusu çalışmamız kapsamında incelenecektir.

I. GENEL OLARAK İFLÂS HUKUKU ÖZELLİKLERİ

Genel olarak icra hukuku müessesinde iki çeşit cebri icra vardır: İlk cebri icra türü cüz'i icradır ki, borçlunun karşısında yer alan bir veya belirli birkaç alacaklının borçlunun mallarının belirli bir kısmı üzerinden alacaklarını almak için yapmış oldukları takiptir. İkinci cebri icra türü olan külli icra ise borçlunun, bütün alacaklılarına karşı, haczi kabil olan bütün mal ve hakları ile sorumlu olduğu takip şekli olarak ayrılmaktadır¹.

İflâs, borçlu hakkında ticaret mahkemesinden alınan iflâs kararı sonrasında, haczedilebilir mallarının paraya çevrilip, tüm alacaklılarının tatmin edilmesini sağlayan külli bir takip yoludur². İflâsta, borçlunun karşısında tüm alacaklıları vardır. İflâs takibi, borçlunun alacaklılarının biri tarafından yapılmış ve bu takip sonrasında iflâs kararı alınmış ise iflâs tasfiyesinden borçlunun tüm alacaklıları faydalanacaktır³. İcra hukukundan farklı olarak⁴, iflâs müessesinde alınmış olan iflâs kararı sonrasında, borçlunun alacaklıları iflâs masasına alacaklarını yazdırır ve iflâs masası alacakların var olduğu kanaatine haiz olur ise alacaklılar iflâs kararından, kendileri ayrıca bir iflâs kararı almaksızın, istifade edecektir. İflâs müessesinde, borçlunun haczi mümkün olan mallarından, tüm alacaklıların alacağı ödenmedikçe, borçluya

¹ **Kuru**, Baki (2013), İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı (İcra ve İflâs), Genişletilmiş İkinci Baskı, Adalet Yayınları, C. 2, Ankara, s. 1083; **Pekcantez**, Hakan/**Atalay**, Oğuz/**Sungurtekin-Özkan**, Meral/**Özekes**, Muhammet (2013), İcra ve İflâs Hukuku, 11. Baskı, Yetkin Kitapevi, Ankara, s. 478 vd.; **Özkan**, Hasan (2014), İflâs, İflâs Davası, İflâs İdaresi, İflâsın Ertelenmesi, Legal Yayıncılık, İstanbul, s. 21 vd; **Postacıoğlu**, E. İlhan (1978), İflâs Hukuku İlkeleri, İstanbul, C. 1, s. 15 vd.

² **Kuru**, s. 1083; **Pekcantez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes**, s. 478 vd.; **Postacıoğlu**, s. 15 vd.

³ **Kuru**, İcra ve İflâs, s. 1081.

⁴ İcra hukukunda alacaklıların, borçluya karşı teker teker takip başlatması gerekecektir. Bunun sonucunda, borçlunun malları üzerinde alacaklıların ödemelerinin yapılması için de hacze iştirak ve sıra cetveli müessesesi düzenlenmiştir. Hacze iştirak şartları (md. 100) sıkı şekil şartlarına bağlanması nedeniyle uygulanması zordur. Ancak iflâs hukuku bir külli icra usulü olması nedeniyle hacze iştirak müessesesi düzenlenmemiştir.

malları iade edilmeyecektir. Bir diğer ifade ile icra müessesinden farklı olarak iflâsta, borçlunun tüm malvarlığı ile tüm alacaklılarının tatmin edilmesi söz konusudur.

İflâs, kural olarak tacirler bakımından uygulama alanı bulan bir takip şeklidir. Tacir kişinin Türk veya yabancı olmasının herhangi bir farkı yoktur. Bu özelliği ile TTK 12 ilâ 17. maddeler kapsamında tacir veya tacir benzeri olarak tanımlanan kişiler iflâsa tâbi olabileceklerdir⁵. Durum böyle olunca iflâsın uygulama alanı, icra takibine göre daha dardır.

İflâs hukukunda alacaklılar arasında eşitlik prensibi vardır. İflâsta eşitlik prensibine göre iflâs kararının ilân edilmesi sonrasında, tüm alacaklılar iflâs masası karşısında eşit durumda olup, alacağını önce yazdıranın sonra yazdırana⁶ karşı bir önceliği bulunmamaktadır⁷. İflâs hukukundaki eşitlik prensibinin yabancı unsurlu uyuşmazlıklar bakımından yansımaları iflâsın evrenselliği prensibinde görülmektedir. İflâsın evrenselliği prensibine göre iflâs bir tek devlet kapsamında açılmalı; ancak söz konusu devlet kapsamında açılan iflâs masasında yabancı veya yerli tüm alacaklılar eşit muameleyle tâbi tutulmalıdır⁸. Bir görüşe alacaklıların eşitlik ilkesi çerçevesinde tatmin edilmesi ve menfaati hususu, yabancı unsurlu uyuşmazlıklar bakımından iflâsın evrenselliği⁹ sonucunu doğurmaktadır¹⁰.

⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz: **Arkan**, Sabih (2012), Ticari İşletme Hukuku, 16. Baskı, Ankara: Banka ve Ticaret Enstitüsü Yayınları, s. 113 vd.

⁶ İİK md. 206'ya göre bazı alacaklılarının rüçhan hakkı var olsa da bu rüçhan hakkının niteliği öncelik sonralık ilişkisi değil, alacağın niteliğinden kaynaklanan bir rüçhanıyet-tir.

⁷ **Kuru**, İcra ve İflâs, s. 1082.

⁸ İflâsın evrenselliği prensibinin sonucu olarak müflisin tüm malvarlığı, yabancı ülkelerde bulunan mal ve hakları da dâhil olmak kaydıyla, iflâs masasına getirilmelidir. Ayrıca yabancı iflâs kararlarında, iflâs edenin malvarlığının yer aldığı ülke kapsamında da etki tanınmalı ve iflâs açılan ülke hukukunun tanımış olduğu tüm haklar ile hukuki sonuçlar iflâs edenin mallarının bulunduğu devlet ülkelerinde de geçerli olmalıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz: **Seviğ**, V. Raşit (1957), Hukuki ve Ticari Konularda Kanunlar İhtilafı, İstanbul, s. 216; **Berki**, O. Fazıl (1961), Devletler Hususi Hukuku, C. 2, B. 4, s. 364 vd.; **Güneysu-Güngör**, Gülin (1997), Devletler Özel Hukukunda İflâs, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, s. 3.

⁹ İflâs hukukunda var olan ilkelerden mülkilik ve evrensellik prensipleri milletlerarası özel hukukun yapısı nedeniyle uygulanamayacağı görüşleri mevcuttur. Ayrıntılı bilgi

İflâs kararı, borçlunun alacaklıları tarafından ticaret mahkemesinden istenebileceği gibi borçlu bizzat mahkemeye başvurmak suretiyle de kendi iflâsını isteyebilir. İflâs kararı sonrasında alacaklıların kendi aralarında seçmiş oldukları bir iflâs idaresi, mahkeme ilâmı sonrasında tüm alacaklıların tatmin edilmesi amacıyla borçlunun malvarlığını tasfiye eder. İcra takibinde olduğundan farklı olarak iflâsta iflâs idaresi, iflâs masası, alacaklılar toplantısı kurumları, borçlunun malvarlığının tasfiyesi için icra dairesi gibi bir doğrudan resmi bir kurum değil, İİK’u tarafından resmîyet kazandırılan kurumlardır¹¹.

II. MİLLETLERARASI İFLÂS

İçinde yabancılık unsuru bulunan, iflâsa tâbi olan gerçek veya tüzel kişilerin, özel hukuki ilişkileri dolayısıyla iflâs müessesesine dâhil olmalarına milletlerarası iflâs denilmektedir. Yapmış olduğumuz tanımdan kaynaklanan bazı konuların açıklanması zaruret arz etmektedir.

İlk olarak milletlerarası iflâs müessesesinde sorunların asli ve tali olarak ayrılmasında bir sakınca görülmemektedir. Yabancı unsurlu iflâs ilişkilerinde görülecek olan en temel problemler, borçlunun bir ülkede iflâs etmesi halinde diğer ülkelerde de iflâs edip etmeyeceği konusu ile iflâs edenin malvarlığına ilişkin olarak, iflâs edilen ülkeden başka ülkelerdeki malvarlığının iflâsa tâbi olup olmayacağı konusudur¹². Borçlunun bir ülkede iflâs ettikten sonra diğer ülkelerde iflâs etmiş sayılıp sayılmayacağı sorunu iflâsın tekliği; borçlunun iflâs ettiği ülke dışındaki malları için de iflâs kararının aranıp aranmayacağı sorunu ise iflâsın evrenselliği konusunu gündeme getirmektedir¹³.

için bkz: **Altuğ**, Yılmaz (1979), Devletler Özel Hukukunda Yargı Yetkisi, İstanbul, s. 190 vd; **Altuğ**, Yılmaz (1973), Devletler Özel Hukukunda İflâs (İflâs), Banka ve Ekonomik Yorumlar Dergisi, C. 10, S. 6, İstanbul, s. 50 vd.

¹⁰ **Güneysu-Güngör**, s. 4.

¹¹ **Kuru**, İcra ve İflâs, s. 2083.

¹² **Altuğ**, İflâs, s. 46 vd.; **Üstündağ**, Saim (2009), İflâs Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş, 8. Bası, İstanbul, s. 19 vd.

¹³ Ayrıntılı bilgi için bkz: **Altuğ**, İflâs, s. 47.

Milletlerarası iflâs müessesinde tali sorunlar da bulunmaktadır. Bunlar daha çok maddi hukuk kurallarının uygulanması üzerine kaynaklanacak olan sorunları ele almaktadır. İlk olarak ele alınması gerekli olan sorun iflâsa tâbi kişilerin ne şekilde tespit edileceğidir. Bilindiği üzere iflâs, devletlerin cebri icra yetkileri altında yer aldığı için başkaca bir devletin bu konudaki müdahalesi kabul edilmemektedir. Bu nedenle, günümüz hukuk anlayışı içinde devletler iflâsa tâbi olarak gördükleri kişileri kendi hukuk sistemleri çerçevesinde farklı şekillerde düzenlemişlerdir. Devletlerin yapmış olduğu ayrımın temelinde iflâsa tâbi olan kişilerin tacir olup olmadıkları ayrımı yer almaktadır¹⁴. Türkiye'nin içinde yer aldığı bu grup ülkelerde¹⁵ tacirler gerçek ve tüzel kişi olup olmadıklarına bakılmadan, tacir olmaları halinde iflâsa tâbi sayılmaktadır¹⁶. İkinci olarak ise Anglo-Sakson ülkelerinin başı çekmiş olduğu ve tacir, tacir olmayan ayrımı yapılmadan tamamen herkesin iflâsa tâbi olacağını savunun ülkeler bulunmaktadır¹⁷. İflâsa tâbi kişilerin farklı şekillerde tespit edildiğinin görülüşü bu ülkelerin, birden fazlasının birlikte olduğu bir uyuşmazlık halinde, iflâsa tâbi olan kişilerin tespiti adına farklı görüşler ileri sürülmüştür. Ağırlıklı görüş yetkili mahkemenin olması halinde tacir olan kişilerin tespitinde, hâkimin hukuku, *lex fori*'nin uygulanması görüşüdür¹⁸. Bu görüşün savunulmasının nedeni temel olarak borçlunun en iyi bildiği hukuk olması dolayısıyla hukuki menfaatini korumakken; alacaklılar için de uygulanacak hukukun belirli, tek olması nedeniyle birden fazla

¹⁴ Güneysu-Güngör, s. 31.

¹⁵ İsviçre, İtalya, Fransa, İspanya, Yunanistan, Portekiz, Belçika gibi ülkelerde de iflâsa tâbi olan kişiler ayrımı yapılırken tacir ve tacir olmayan kıstası kullanılmaktadır: Güneysu-Güngör, s. 31.

¹⁶ Ancak İİK md. 43'e göre bazı kişiler vardır ki bunlar tacir olmamalarına rağmen, tacir gibi muamele gördükleri için iflâsa tâbi sayılmışlardır. Bunlar: TTK uyarınca tacir sayılan kişiler (Örn: Gerçek kişiler, tüzel kişiler, ticaretten men edilen ancak ticaret şirketi işletenler vs.), tacirler hakkındaki hükümlere tâbi olan kişiler (Örn: Donatma işbirliği) ve tacir olmadıkları halde özel kanun hükümleri nedeniyle tacir sayılanlar (Örn: Ticareti terkedener).

¹⁷ Almanya, Hollanda, Avusturya, Birleşik Devletler ve Birleşik Krallık gibi. D. Campbell (1992), International Corporate Insolvency, London, pg. 9.

¹⁸ Ayrıca *lex rei sitae* ve *şahsi hukuku* savunan yazarlar da mevcuttur. Ayrıntılı bilgi için bkz: Seviğ, s. 223 vd; Göger, Erdoğan (1975), Devletler Hususi Hukuku (DHH), Ankara, s. 366.

hukuk sistemine gönderme yapılmasının engellenmesi¹⁹ ve farklı devlet kanunlarının araştırılmasının gündeme gelmesi ile bundan kaynaklanacak olan gereksiz zaman kaybının da önüne geçilmesidir²⁰.

Milletlerarası iflâs tanımında karşılaşılan ikinci sorun ise yabancı unsur kavramından ne anlaşılması gerektiğidir. Yabancı unsur, klasik kanunlar ihtilâfi metodolojisinde şahsi, coğrafi ve konu itibariyle yabancı bir hukuk sistemi ile irtibat halinde olan özel hukuk ilişkileri şeklinde belirtilmektedir²¹. Milletlerarası iflâs hukukunda yabancı unsuru da kanunlar ihtilâfi metodolojisinden hareketle tespit edilmesinde bir sorun bulunmamaktadır. Bu kapsamda, iflâs eden gerçek kişi veya tüzel kişi yönüyle kişi yönünden; iflâs eden gerçek kişinin mutad meskeni, ikametgâhı veya tüzel kişinin idare merkezinin bulunduğu yer yönüyle coğrafi bakımdan; iflâs konusu malın niteliği bakımından konu itibariyle yabancı unsur belirlenebilecektir. Bu bakımdan gerçek idare merkezi²² Türkiye’de bulunan, ancak birden fazla ülkede faaliyet gösteren şirketin iflâs etmesi durumunda, Türkiye dışındaki ülkelerde bulunan alacaklılarının yapacakları iflâs takibi, iflâs sebepleri, iflâs kararı verilecek olan mahkemenin yetkisinin düzenlenmesi gibi konular

¹⁹ Atfın, iflâsa tâbi kişilerin belirlenmesinde uygulanması, hukuk güvenliğini sağlamanın önüne geçeceği düşüncesi ile kabul görmemektedir.

²⁰ Göger, DHH, s. 366; Güneysu-Güngör, s. 35.

²¹ Şanlı, Cemal/Ataman-Figenmeşe, İnci/Esen, Emre (2013), Devletler Özel Hukuku, İstanbul: Vedat Kitapevi, s. 3; Çelikel, Aysel/Erdem, B. Bahadır (2012), Milletlerarası Özel Hukuk, 12. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, s. 8.

²² Gerçek idare merkezi kavramı Avrupa Topluluğu Mahkemesi’nin 1999 yılında vermiş olduğu *Centros* dâvasında gündeme gelmiştir. 1992 yılında İngiltere’de usulüne uygun kurulmuş olan *Centros* isimli şirketin, Danimarka’da şube açmasına izin verilmemiştir. Çünkü şirket 1992 yılından bu yana İngiltere’de faaliyette bulunmamıştır. Danimarka yetkili makamlarına göre şirketin şubesi Danimarka’ya açılmak suretiyle şirketin esas işletme merkezi ve idari organları, hatta ikametgâhı Danimarka’da olacak ve şirket şubesi merkez gibi faaliyette bulunacaktır. Bu durum Avrupa Topluluğunda kabul edilen gerçek idare merkezi anlayışına aykırılık teşkil edecektir. Tekinalp, Gülören (2000), Milletlerarası Özel Hukukta Ortaklıkların Merkezi Kriteri AT Hukuku ve MÖHUK (Ortaklıkların Merkezi), Aysel Çelikel’e Armağan, MHB. C. XIX, S. 1-2, İstanbul, s. 910 vd.; Donay, Süheyl (1969), Devletler Hususi Hukukunda Şirketin Tâbiyeti Meselesi, BATİDER, C. 5, S. 2, Ankara, s. 224 vd; Arat, Tuğrul (1970), Ticaret Şirketlerinin Tâbiyeti, Sevinç Matbaası, Ankara, s. 83.

içinde yabancılık unsuru bulunan iflâs uyuşmazlıklarına örnek teşkil etmektedir.

Yabancılık unsuru içermeyen iflâs uyuşmazlıklarında olduğu gibi yabancı unsurlu iflâs davalarında da iflâsın sebebi olarak gösterilen mesele, temel olarak borçlunun yapmış olduğu özel hukuk muameleleridir. İflâs sebepleri olarak isimlendirilmesinde sakınca görülmeyen söz konusu husus, kısaca iflâs edenin borçlarının ödememesi nedeniyle içinde bulunduğu durum olarak ifade edilmektedir²³. Türk hukukunda genel iflâs sebebi olarak sayılan bu durum, borçlunun ödemelerini tatil etmesi²⁴ şeklinde de isimlendirilmektedir²⁵. Uluslararası hukukta da en yaygın olan ve genel kabul görmüş olan iflâs sebebi de ödemelerin tatil edilmesidir²⁶. Doktrinde genel kabul, daha önce iflâsa tâbi kişilerde incelemiş olduğumuz gibi, yetkili mahkemenin iflâsa ilişkin olaya bakması durumunda hâkimin hukuku, yani *lex fori*'nin, iflâs sebeplerinin belirlenmesinde de etkili olacağını savunmaktadır²⁷.

III. TÜRK HUKUKUNDA MİLLETLERARASI İFLÂS HUKUKUNDA YETKİLİ MAHKEME

A. İflâs Davalarında Yetkili Türk Mahkemesi

İİK md. 154, iflâs yolu ile takipte yetkili icra dairesi, iflâs dairesi ile yetkili iflâs mahkemesi konularına değinmektedir. Kanun, iflâs müessesesi kapsamında yetkiyi düzenlerken iki şekilde hareket etmiştir: Kanunun ilk

²³ **Kuru**, İcra ve İflâs, s. 1084.

²⁴ Ödemelerin tatil edilmesi İİK md. 177'de sayılan doğrudan doğruya iflâs sebebi olarak düzenlenmiştir. Burada ödemelerin tatil edilmesi ile anlatılmak istenen konu, borçlunun ödemelerini yapmaması sebebiyle ortaya çıkan bir durum olup; uluslararası hukukta yaygın bir kullanım tarzı olması nedeniyle ödemelerin tatil edilmesi ifadesi, borçlunun ödeme yapmaması şeklinde ifade edilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Kuru**, İcra ve İflâs, s. 1084; **Güneysu-Güngör**, s. 36.

²⁵ **Kuru**, İcra ve İflâs, s. 1084.

²⁶ **Güneysu-Güngör**, s. 36.

²⁷ Uluslararası sözleşmelerde de durum bu yöndedir. Örneğin Avrupa Birliği İflâs Sözleşmesi ile İstanbul Sözleşmeleri iflâs sebeplerinin belirlenmesi konusunda hakimin hukukunu esas almışlardır.

olarak belirtmiş olduğu konu icra dairesi yetkisinin iflâs konusu üzerine etkisidir. Buna göre, iflâs yoluyla takipte yetkili icra dairesi, borçlunun muamele merkezinin bulunduğu yerdeki icra dairesidir. Muamele merkezinden kasıt, borçlunun ticarethanesinin olduğu yer olmayıp; borçlunun, ticaret yaptığı kişilere yönelik olarak işlerini takip ettiği yerdir²⁸.

İİK md. 154'ün iflâs müessesesi hakkındaki ikinci hareket şekli ise iflâs dairesinin yetkisine ilişkindir. Esasında, md. 154'te iflâs dairesinin yetkisi hakkında herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Kanun koyucu icra dairesinin yetkisi hakkında açıklama yapmış; bunun yanında da iflâs kararı verecek olan mahkemeyi belirtmiştir. Kanuna göre iflâs kararı verecek olan yetkili mahkeme, borçlunun muamele merkezinin bulunduğu yer ticaret mahkemesidir (154/3)²⁹. Ayrıca iflâs kararı verecek olan ticaret mahkemesinin yetkisi kamu düzenine ilişkin olacağı için kesindir³⁰. Doktrine göre, iflâs kararı verecek mahkeme hakkında yetki düzenlemesi, iflâs dairesi hakkındaki yetki konusunu da içermektedir³¹. İflâs dairesinin görevi, ticaret mahkemesinin iflâs kararı sonrasında başlayacağı için yetkili iflâs dairesi, ticaret mahkemesinin yargı çevresinde bulunan iflâs dairesi olması gereklidir³².

İİK md. 154'te belirtilen iflâs dairesinin yetkisi hakkındaki hükümler, içinde yabancılik unsuru bulunan iflâs davaları için de geçerlilik arz etmek-

²⁸ **Kuru**, Baki (1970), İflâs Takibi ve Davasında Yetki Kaideleri (Yetki), İmran Öktem'e Armağan, Ankara, s. 511 vd.; **Seviğ**, s. 194 vd.; **Berkî**, s. 135.

²⁹ "...Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle geciktirici sebeplere ve her ne kadar bir tacirin ticaret siciline kayıtlı olduğu yer o kişinin muamele merkezinin bulunduğu yer karinesini doğurursa da toplanılan delillerle davacının asıl muamele merkezinin ticaret siciline kayıtlı olduğu Tavas değil, Denizli il merkezinin olduğunun anlaşılmasına ve hatta davacı hakkında o yer mahkemesinde üçüncü kişiler tarafından iflâs davası dahi açılmış bulunduğu anlaşılmasına göre, davacı vekilinin bütün temyiz itirazları yerinde olmadığından kararın onanması gereklidir..." Yargıtay 11. HD., E, 7079, K. 5853, T. 17.10.1988. Kazancı Hukuk: www.kazanci.com

³⁰ Doktrinde kesin yetkili mahkeme konusunun kamu düzeni ile alakadar olduğu; ancak her kamu düzeni kriterinin kesin yetkili mahkeme şartı sağlamadığı savunulmuştur. Ayrıntılı bilgi için bkz: **Esen**, s. 185.

³¹ **Kuru**, Yetki, s. 520; **Kuru**, İcra ve İflâs, s. 1108; **Gönen**, s. 10 vd.

³² **Gönen**, s. 10 vd.; **Kuru**, İcra ve İflâs, s. 1109.

tedir. Şöyle ki; İİK md. 154/2'ye göre merkezleri yurt dışında bulunan ticari işletmeler hakkında yetkili merci, Türkiye'deki şubenin, birden ziyade şubenin bulunması halinde merkez şubenin bulunduğu yerdeki icra dairesi olduğu düzenlenmiştir. Tüzel kişi tacirler hakkında verilen bu hüküm gerçek kişi tacirler bakımından da benzer şekilde hüküm ifade etmektedir. Gerçek kişi tacirin tek bir ticari işletmesi var ve tüm ticari işleri tek bir yerden idare ediliyor ise, o yer tacirin muamele merkezi sayılacaktır. Ancak, gerçek veya tüzel kişi tacir birden fazla yerde ticari faaliyetlerde bulunuyor; ancak bu işletmelerden birinde yoğun şekilde ticari faaliyetler yürütüyor ve tüm ticari işletmesini buradan idare ediyor ise muamele merkezi, ticari faaliyetlerin idare edildiği yer olarak vasıflandırılmaktadır³³.

İİK md. 154/3'e göre iflâs eden borçlunun vatandaşlık veya tâbiyetinin herhangi bir önemi bulunmamaktadır. Bu açıdan değerlendirdiğimizde söz konusu madde hükmü yabancı kişiler için de doğrudan uygulama alanı bulabilecektir. İİK md. 154/3 gereğince esas önem arz eden konu, gerek doktrinde gerek Yargıtay³⁴ kararlarında kesin yetkili³⁵ olduğu belirtilen

³³ **Kuru**, Baki (1988), İflâs ve Konkordato Hukuku (İflâs ve Konkordato), Alfa Basım ve Dağıtım, Ankara, s. 53; **Güneysu-Güngör**, s. 129.

³⁴ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bir kararında, "...İflâs yoluyla takipte yetkili merci, borçlunun muamele merkezinin bulunduğu mahaldeki icra dairesidir. Fakat; borçlu ile alacaklı, iflâs takibi için yetkili icra dairesini yazılı anlaşma ile tayin etmek, herhangi bir icra dairesini yetkili kılmak hakkını haizdirler. Bu takdirde iflâs takibi, bu mahalde yapılabilir; şu kadar ki, böyle bir takibe dayanan iflâs davasının, mutlaka borçlunun muamele merkezinin bulunduğu yer ticaret mahkemesinde açılması zorunludur. Hülâsa; kanun yapıcı, "iflâs takibine yetkili icra dairesini tespit hususunda, tarafların yetkili olmayan, mahal icra dairesini salahiyetli kılan yazılı bir anlaşmaya müsaade etmişse de iflâs davasını bundan hariç tutmuş, mutlaka borçlunun muamele merkezinin bulunduğu yer ticaret mahkemesinde açılmasını şart koşmuştur. Şu duruma göre; borçlu hakkında Türkiye'nin herhangi bir yerinde iflâs takibi yapılabilir. Ancak, iflâs davasının, borçlunun muamele merkezinin bulunduğu mahal ticaret mahkemesinde açılması lazımdır..." şeklinde karar vermiştir. YHGK, E. 1970/999, K. 1971/471, T. 26.6.1971. Kazancı Hukuk: www.kazanci.com.

³⁵ İflâs kararı verecek mahkemenin kesin yetkili olması ile münhasır yetkili hususu ayrılmaktadır. İç hukuk uyumsuzluklarında mahkemelerin kesin yetkili olması söz konusu iken, yabancı unsurlu davalar bakımından kesin yetki konusu söz konusu olmayabilir. Milletlerarası yetki kuralı olarak sayılan münhasır yetkili mahkeme devletin bir konuda kendisini, kendi mahkemelerini tamamen yetkili saymasıdır. Münhasır yetkiye göre

borçlunun muamele merkezi mahkemesinde dava açılabilmesi için borçlunun muamele merkezinin Türkiye’de olması gerektiğidir. Kanun’un kesin yetkili kabul etmesi nedeniyle, muamele merkezleri Türkiye’de bulunmayan yabancılar bakımından Türkiye’de iflâs takibi yapılması mümkün görülmemektedir. Ancak bu durum, muamele merkezleri Türkiye’de olmayan, ancak Türkiye’de mal ve hakları bulunan borçluların, alacaklılarının alacaklarına ulaşmasına mâni olmaktadır. Bir diğer ifade ile borçlunun muamele merkezi dışında bulunan mal ve hakları iflâs masasına konu olmaktan çıkmaktadır³⁶.

B. İflâs Davalarında Yetki Sözleşmesi

Anayasal bir kural olarak, yetki konusu kanunla düzenlenmesi gereken bir husustur (Anayasa md. 142; HMK md. 5). Kanunda yetkili mahkemelerin gösterilmesindeki sebep, uyuşmazlıkların tarafların ve uyuşmazlık konuşa göre menfaatlerin bir arada olduğu yer mahkemesi önünde yargılamanın yapılmak istenmesidir³⁷. Yetki sözleşmesi ile taraflar dava konusu uyuşmazlığın, HMK’da belirtilen şartlar çerçevesinde, başka bir yer mahkemesinde görülmesi üzerine yaptıkları antlaşmadır. Yetki sözleşmesi ile yabancılık unsuru olmayan uyuşmazlıklar hakkında HMK md. 22 vd. hükümleri çerçevesinde, uyuşmazlığın tarafların seçecekleri Türk mahkemesinde görülmesi mümkün olduğu gibi; içinde yabancılık unsuru bulunan uyuşmazlıklar bakımından da MÖHUK md. 47’deki şartların sağlanması ile uyuşmazlığın Türk veya yabancı bir mahkeme tarafından görülmesi sağlanabilir.

Daha önce de belirttiğimiz gibi iflâs müessesinde yetki konusu İİK md. 154’te düzenlenmiştir. Söz konusu hükmün 3. fıkrasında açıkça iflâs dava-

devletler kendilerini yetkili olarak gördükleri konuda başka mahkemelerde karar alınmasına karşı çıktığı gibi; bu kararın kendi mahkemelerinde tanıma veya tenfiz yoluyla gündeme gelmesine dâhi karşı çıkmaktadır. Bu nedenle kesin yetki ile münhasır yetki konusu farklı kavramlarını bünyesinde barındırmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz: **Çelikel/Erdem**, s. 531 vd.; **Nomer**, Ergin (2013), Devletler Hususi Hukuku (DHH), 20. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, s. 404 vd.; **Ekşi**, Nuray (1996), Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi, Beta Yayıncılık, İstanbul, s. 214.

³⁶ Bu konu ayrıntılı olarak ileride Yabancı Mahkemede Verilen İflâs Kararının Türk Mahkemelerinde Tenfiz Edilmesi başlığı altında incelenmiştir.

³⁷ **Aşık**, İbrahim (2011), Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na Göre Yetki Sözleşmesi, Ankara: Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 97, s. 12.

larında yetki sözleşmesi yapılamayacağı belirtilmiştir. Ancak ilgili hüküm bu konuya terditli olarak yaklaşmıştır. Buna göre, alacaklı ile borçlu arasında yetki sözleşmesi veya şartı ile yetkili bir icra dairesi belirtilmiş ise, belirtilen icra dairesi iflâs konusu gündeme geldiğinde de yetki kazanacaktır. İcra dairelerinin yetkisi kamu düzeni dâhilinde olmadığı için, borçlunun muamele merkezinin bulunduğu yerdeki icra dairesi, iflâs konusu için de yetkili olacaktır³⁸. Bu noktada yetkili icra dairesinin sözleşmede gösterilmesi gereklidir³⁹. İİK md. 154/3 hükmünün işaret ettiği ikinci kural ise iflâs mahkemesinin yetkisini düzenlemektedir. Buna göre iflâs için yetkili iflâs mahkemesi,

³⁸ Kuru, İcra ve İflâs, s. 1106; Doktrinde bu durum ziyadesiyle eleştiri almıştır. Erman'a göre ödeme gücü kalmayan borçlu hakkında, iyi niyetli üçüncü kişilerin de alacaklarını almaları için iflâs takibi borçlunun muamele merkezinden başlamalıdır. Berkin'e göre borçlunun muamele merkezinden başka bir yer mahkemesinin tercih edilmesi zorluk çıkaracaktır. **Erman**, E. Sabri (1967), Kambiyo Senetlerine Müstenit İflâs, Adalet Dergisi, S. 7-10, s. 539; **Berkin**, Necmettin (1972), İflâs Hukuku Dersleri, 4. Baskı, İstanbul, s. 91.

³⁹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bir kararında bu durumu ifade etmektedir. "Alacaklı, hem yetkiye hem de borca itiraz edilmesi karşısında, borçlunun itirazının kaldırılması ve iflâsına karar verilmesi istemiyle eldeki davayı açmıştır. Bu davada da iddiasını davalı/borçlu aleyhine yaptıkları iflâs yoluyla takibin, taraflar arasında akdedilen 14.07.2000 tarihli Sözleşmeden kaynaklanan alacağın tahsiline ilişkin olduğu ve anılan sözleşmenin 10. maddesi uyarınca tarafların İstanbul İcra Dairelerinin yetkisini kabul ettikleri noktalarına dayandırmış; takip dayanağı 14.07.2000 tarihli Sözleşme fotokopisini dosyaya ibraz etmiştir. Hemen belirtilmelidir ki; iflâs yolu ile takipte yetkili merci, borçlunun (tacirin) muamele merkezinin bulunduğu yerdeki icra dairesidir (İİK m.154/1). Muamele merkezinden maksat, borçlunun ticarethanesinin bulunduğu yer değil, bilakis borçlunun dışarıya (yani üçüncü kişilere) karşı işlerini idare ettiği merkezdir. Ancak, borçlunun muamele merkezinin bulunduğu yer icra dairesinin yetkisi, kamu düzenine ilişkin değildir. Bu nedenle, burada bir yetki sözleşmesi (HUMK m.22) yapılabilir (m.154, III, c, 1). Buna göre borçlu ile alacaklı bir yetki sözleşmesi (veya yetki şartı) ile başka bir yer icra dairesini yetkili kılmışlarsa, o yerin icra dairesi de iflâs takibi için yetkili sayılır. Şu haliyle alacaklı, bu iki yer icra dairesinden birine başvurmakta serbesttir. Yetki sözleşmesinde icra dairesinin yetkili kılındığının açıkça gösterilmesi gerekir. Öte yandan, davanın temelini icra takibinin oluşturduğu ve davanın, icra takibi ile ayrılmaz bir bütün teşkil ettiği göz önüne alındığında, sözleşme ilişkisine itiraz halinde sözleşme aslının takip ve dava aşamasında ibraz edilmesi gerektiğinde duraksama bulunmamaktadır." HGK, E. 2006/19-643, K. 2006/671, T. 18.10.2006. Kazancı Hukuk: www.kazanci.com.

borçlunun muamele merkezi iflâs dairesi olup, bu kural kamu düzenine ilişkindir. Dolayısıyla alacaklı ile borçlu arasında iflâs mahkemesinin yetkisini bertaraf edici nitelikte yetki sözleşmesi yapılması söz konusu olmayacaktır.

Kanun düzenlemesinin yabancı unsurlu iflâs uyuşmazlıkları bakımından bir takım yansımaları vardır. İlk olarak belirtilen kesin yetki kuralı niteliği, milletlerarası iflâs uyuşmazlıklarında münhasır yetki niteliği kazanmaktadır. İflâs müessesinin kamu düzeni karakterli olması nedeniyle, devletin cebri icra gücünü kullanacağı bir alan olarak dikkat çekmektedir⁴⁰. Cebri icra, borçların devletin kudret ve yetkisi ile yerine getirilmesidir⁴¹. Cebri icra yetkisinin sınırları ve temsili her devletin kendisine göre değişmektedir. Bu nedenle devletler kendilerinin egemenliğinin temsili göstergesi olan cebri icra yetkisini başka devletler ile paylaşmaktan imtina etmektedir⁴². Dolayısıyla devletin cebri icra yetkisinin yetki sözleşmesi ile başka bir devlet mahkemesine devredilmesi hukuki bir yorum olarak kabul edilmeyecektir⁴³. Bu nedenle yetki sözleşmesi ile iflâs mahkemesinin yetkisinin

⁴⁰ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, "...Cebri icra her devletin kendi ülke ve sınırları içerisinde haiz olduğu mutlak güç ve yetkilerindedir. Yine cebri icra devletin egemenlik ve hükümler haklarının kullanılmasının doğrudan bir sonucudur. O nedenle devletin nüfuz ve iktidarını simgeleyen bir hakimiyet tasarrufudur, denilebilir. "Türk milleti egemenliğini Anayasanın koyduğu esaslara göre yetkili organlar eliyle kullanır. Egemenliğin kullanılması, hiçbir suretle, hiçbir kişiye, zümreye veya sınıfa bırakılamaz, hiçbir kimse ve organ kaynağını Anayasadan almayan bir devlet yetkisi kullanamaz." (Anayasa md.6) Şu durum karşısında; Türk mahkemesinde alınan ihtiyati haciz kararının cebri icra yoluyla uygulanmasına dair yetki devletin kendi ülkesi üzerinde hakimiyet tasarruflarında bulunabilme iktidarının bir görünümü olduğundan, münhasır (kesin) yetkilerindedir. Hal böyle olunca; davanın sadece belirtilen hukuki nitelik ve kapsamı içinde ve "kamu düzeni"; "münhasır yetki" esaslarının etkisi altında değerlendirildiğinde; Türk mahkemesinin ülke içi yetkisinin ve ona bağlı olarak milletlerarası yetkisinin varlığının kabulü kaçınılmazdır..." şeklinde karar vermiştir. YHGK, E. 1998/12-287, K. 1998/325, T. 6.5.1998. Kazancı Hukuk: www.kazanci.com.

⁴¹ Ayrıntılı bilgi için bkz: **Yılmaz**, Ejder (2004), 4949 ve 5092 Sayılı Kanunlarla İflâs Hükümlerinde Yapılan Değişiklikler, s. 89 vd.; **Nomer**, Ergin (2011), Milletlerarası İflâsta Yetki Sözleşmesi (Yetki), İstanbul Barosu Dergisi, C. 85, S. 6, İstanbul, s. 4.

⁴² **Nomer**, Yetki, s. 4.

⁴³ **Nomer**, Yetki, s. 4; **Bolayır**, Nur (2009), Medeni Usul Hukukunda Yetki Sözleşmeleri, İstanbul: Beta Yayıncılık, s. 107 vd.

belirlenmesi, mevcut kanuni düzenlemeler ışığında mümkün görülmemektedir.

İİK md. 154'ün milletlerarası iflâs hukuku açısından bir diğer yansıması ise icra dairesinin yetkisi hakkında yetki sözleşmesi yapılması ve icra dairesinin iflâs dairesi olarak da yetki kazanması durumunda ne şekilde hareket edileceği hakkındadır. Böyle bir konuda yetkili iflâs dairesi, icra dairesi hakkında yapılan yetki sözleşmesi ile belirlenirken; iflâs kararı alınacak olan yetkili mahkeme İİK md. 154/3'teki kesin yetki kuralı uygulaması nedeniyle borçlunun muamele merkezinin bulunduğu yer ticaret mahkemesi olacaktır. Bu durumda borçlunun muamele merkezinin bulunduğu yer mahkemesinde iflâs kararı verilirken, bu karar yetki sözleşmesi ile belirlenen icra dairesi tarafından yürütülecektir⁴⁴. Böyle bir ihtimalde, İİK md. 154'te borçlunun muamele merkezindeki ticaret mahkemesinin iflâs kararı vermede yetkili hâle getirilmesindeki maksat olan, borçlunun muamele merkezinde taahhütlere girişeceğinden hareketle, gerek borçlunun kendisine gerek mallarına ulaşmada kolaylık arz edeceği düşüncesi zedelenmektedir. O halde alacaklıların ve üçüncü kişilerin menfaatlerinin daha çok korunması da tehlikeye girecektir⁴⁵.

Yetkili icra dairesinin yetki sözleşmesi ile tayin edileceği konusunda kanunen bir engel olmadığına göre alacaklı ve borçlunun yapacakları yetki sözleşmesi ile yabancı ülkedeki icra dairesini yetkili kılması ve olası bir iflâs halinde kararlaştırılan icra dairesinin, iflâs dairesi olarak görev yapması mümkün müdür? Bir görüşe göre iflâs davalarında münhasır yetki konusunun kesin olmadığı, ticari hayatın genişlemesine paralel olarak tarafların farklı ülkelerde ticari faaliyetlerinin bulunduğu ve İİK md. 154'te bu konuda bir ifade olmadığı gerekçesiyle yabancı bir icra dairesinin ve mahkemesinin yetki antlaşması ile yetkilendirilmesi mümkün görülmektedir⁴⁶. Bir diğer görüşte iflâs takibinde tüm alacaklıların tespiti ve borçlunun mallarına el konulması açısından, borçlunun muamele merkezi icra dairesinin kesin yetkili olduğu; ancak, iflâs kararı verecek mahkemenin yetkisinin yetki

⁴⁴ **Postacıoğlu**, s. 19-20.

⁴⁵ **Nomer**, Yetki, s. 4; **Bolayır**, s. 109.

⁴⁶ **Göğer**, DHH, s. 404.

sözleşmesi ile belirlenmesinde bir sakınca olmadığı belirtilmektedir⁴⁷. Belirtilen görüşlerin aksini savunan yazarlar, İİK md. 154 ifadesinden iflâs kararlarının mutlaka borçlunun muamele merkezi mahkemesinden alınması gerektiği ve bu durumun kamu düzeni kriterinin bir sonucu olduğunu savunmaktadırlar⁴⁸.

Kanaatimizce yabancı icra dairelerinin ve mahkemelerinin yetki sözleşmesi ile yetkilendirilmeleri iki nedenle mümkün değildir. İlk olarak, iflâs hukuku menfaati bakımından yabancı icra ve iflâs mahkemelerinin yetki sözleşmesi ile yetkilendirilmesi mümkün görülmemektedir. Kanun koyucunun İİK md. 154'te belirtmiş olduğu iradeden hareketle, borçlunun muamele merkezinin bulunduğu yer mahkemelerinin yetkili olması, alacaklılar açısından borçlu ve malvarlığı hakkında bilgi edinmelerini kolaylaştıracaktır. Alacaklı ile borçlu arasında yapılacak olan yetki sözleşmesi ile bu amaç dışına çıkılmasına alacaklı razı olmuş ise de iflâs menfaati açısından, borçlunun tüm alacaklılarının tatmin edilmesi esastır. Eğer alacaklıların tümü yetki sözleşmesi ile yabancı bir icra dairesi veya mahkemesinin yetkili olduğuna karar vermişler ise, üçüncü kişilerin menfaatlerinin zedeleneceği gerçeği karşımıza çıkmaktadır⁴⁹.

İkinci olarak yabancı icra dairelerinin ve mahkemelerinin yetki sözleşmesi ile yetkilendirilmesinin mümkün olmaması HMK ve MÖHUK'te yer alan sözleşmesi hükümlerine aykırılık teşkil etmektedir. İleride değineceğimiz üzere⁵⁰ her ne kadar münhasır yetkili mahkeme sınırlarının, milletlerarası iflâs hukuku hakkında genişletilmesini savunuyorsak da yetki sözleşmesi ile MÖHUK ve HMK'ya aykırı bir şekilde yabancı icra daireleri ve iflâs mahkemelerinin yetkilendirilmesi fikrine katılmamaktayız. HMK md. 18'de belirtilen yetki sözleşmesi şartlarından olan kesin yetkili mahkeme

⁴⁷ Postacıoğlu, s. 21.

⁴⁸ Güneysu-Güngör, s. 182; Şanlı, s. 125; Bolayır, s. 108.

⁴⁹ Aynı yönde görüş için bkz: Sargın, s. 164-165: Yazar ayrıca, üçüncü kişilerin yetki sözleşmesinden haberdar olmadıklarına dair yapacakları iyiniyetli beyanların da yabancı icra dairelerinin ve mahkemelerin yetkilendirilmesi halinde mümkün olmadığını savunmaktadır.

⁵⁰ Belirtilen konu "Yabancı Bir Mahkemeden Verilen İflâs Kararının Türk Mahkemelerinde Tenfizi" başlığında incelenmiştir.

bulunması halinde, yetki sözleşmesi yapılamayacağı şartı, yabancı icra daireleri ve iflâs mahkemelerinin yetkilendirilmesi halinde ihlâl edilmektedir. Daha önce de belirttiğimiz gibi borçlunun muamele merkezi iflâs mahkemesi, İİK md. 154'ten hareketle kesin yetkilidir. Ayrıca, MÖHUK md. 47'de belirtildiği üzere içinde yabancı unsur barındıran bir konuda Türk mahkemeleri ya da yabancı mahkemelerin yetkilendirilmesine bakılmadan, Türk mahkemelerinin kesin yetkili olduğu bir alanda yetki sözleşmesi yapılması yasaklanmıştır⁵¹. İİK md. 154'te iflâs talebinin, borçlunun muamele merkezinin bulunduğu yer ticaret mahkemesinden isteneceği belirtilmesi, bu konudaki kesin yetkiyi göstermektedir. Bu nedenle yabancı icra dairelerinin veya mahkemelerinin yetki sözleşmesi ile yetkili kılınması mümkün değildir.

C. Yabancı Bir Mahkemeden Verilen İflâs Kararının Türk Mahkemelerinde Tenfizi

1. Genel Olarak

Daha önce de değindiğimiz üzere⁵², devletlerin cebri icra yetkisi dolayısıyla kendine münhasır yetkilerini başka ülkeler ile paylaşmak istememektedir. Cebri icra yetkilerine dâhil olan konularda var olan münhasır ve kesin yetkili mahkeme de devletlerin cebri icra yetkilerini kullanmalarının sonucu olarak ortaya çıkmış konulardır. Cebri icra yetkisini haiz konuları yargılama yerinin münhasır yetkili veya kesin yetkili olmasının etkisi kendisini tenfiz kurumunda göstermektedir⁵³. Yabancı mahkeme kararlarının da Türkiye'de geçerlilik kazanması, Türk mahkemelerinde tenfiz edilmesi ile mümkün görülmektedir⁵⁴. Özel hukuk karakterli ve mahkemeden bir edimin yerine

⁵¹ Şanlı/Ataman-Figenmeşe/Esen, s. 380.

⁵² Bkz: İflâs Davalarında Yetki Sözleşmesi başlığı.

⁵³ Arat, Tuğrul (1964), Yabancı İlâmların Tanınması ve Tenfizi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 4, s. 421 vd.

⁵⁴ Tanıma, yabancı bir mahkeme tarafından verilen ve kesin hüküm yetkisine haiz bir kararın başka bir ülke mahkemesinde geçerli olması yapılan işlemidir. Tanıma kararının niteliği doktrinde yenilik doğurucu bir dava çeşidi olarak görülmektedir. Bu nedenle tespit niteliğinde olan ve yeni bir hukuki durum oluşturmaya neden olan yabancı mahkeme ilâmları tanıma müessesesi tarafından Türkiye'de geçerli olacaktır. Ayrıntılı bilgi için bkz: Şanlı/Ataman/Figenmeşe, s. 456 vd.; Sakmar, Ata (1982), Yabancı İlâmların

getirilmesini, ifa edilmesini, eda edilmesini isteyen taraf, Türkiye’de ancak yabancı mahkeme ilamını tenfiz etmek suretiyle geçerli kılacaktır⁵⁵. Yabancı bir mahkemede verilen eda niteliğinde kararın Türkiye’de tenfiz edilmesi için MÖHUK md. 50’deki ön şartlar ile md. 54’te belirtilen tenfiz şartlarını taşıması gereklidir. Bu nedenle yabancı bir mahkemede verilen iflâs kararının uygulanması için mevcut şartları taşıması gereklidir.

MÖHUK’te belirtilen tenfiz şartlarının her biri esasında özel bir incelemesi konusudur. Bu nedenle tenfiz şartları ayrıca incelenmeyecektir. Doktrinde iflâs davalarının tenfizi konusunda, tenfiz ön şartlarını sağladığı konusunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Ancak ağırlıklı görüş md. 54’te belirtilen asli tenfiz şartlarının, yabancı mahkemelerde verilen iflâs kararlarında sağlanmadığını savunmaktadır⁵⁶. Bu çerçevede özellikle iflâs davalarında kamu düzeni şartı ve Türk mahkemelerinin münhasır yetkili mahkeme olduğu itirazı önemle dile getirilmektedir.

Münhasır yetki, devletin bir konuda kendisini, kendi mahkemelerini tamamen yetkili saymasıdır. Münhasır yetkiye göre devletler kendilerini yetkili olarak gördükleri konuda başka mahkemelerde karar alınmasına karşı çıktığı gibi; bu kararın kendi mahkemelerinde tanıma veya tenfiz yoluyla gündeme gelmesine dâhi karşı çıkmaktadır⁵⁷. Bu nedendendir ki iç hukuktaki kesin yetki kuralı ile münhasır yetki kavramı farklı anlamları taşır şekilde ifade edilmesidir⁵⁸. MÖHUK kapsamında tanımlanmayan ve doktriner bir ifade olan münhasır yetkili mahkeme, iç hukukta kamu düzeninden kaynaklanan mahkemelerin hangilerinin yetkili olduğunu kuralın konuluş amacın-

Türkiye’deki Sonuçları, Fakülteler Matbaası, İstanbul, s. 149 vd.; **Çelikel/Erdem**, s. 611 vd.; **Nomer**, DHH, s. 478 vd.

⁵⁵ **Çelikel/Erdem**, s. 611; **Şanlı/Ataman-Figenmeşe/Esen**, s. 457.

⁵⁶ **Nomer**, DHH, s. 485; **Şanlı/Ataman-Figenmeşe/Esen**, s.482; **Eksi**, s. 196.

⁵⁷ **Esen**, Emre (2002), Türk Hukukunda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında Münhasır Yetki Kavramı, Ergin Nomer’e Armağan-Milletlerarası Hukuk ve Özel Hukuk Bülteni, C: 22, İstanbul, s.187; **Eksi**, s. 184.

⁵⁸ **Esen**, s. 186; **Çelikel/Erdem**, s. 531; **Sakmar**, s. 99; **Tiryakioğlu**, Bilgin (1996), Yabancı Boşanma Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No: 501, Ankara, s. 40.

dan, varlık sebebinden ve ifadesinden yola çıkılarak tespit edilmelidir⁵⁹. Bu ifadenin bir diğer anlamı, mahkeme münhasır yetkili olarak ifade ediliyor ise ihtilâf konusu olayın tamamen Türk mahkemelerinde görülmesi isteniyor demektir. Bu nedenle münhasır yetki esası getiren bir kuralı incelerken, ilgili olayın sadece ve kat'i olarak Türk mahkemelerinde görülmesinin amaçlanıp amaçlanmadığına bakılmalıdır⁶⁰. Bu itibarla yabancı bir mahkemede verilen iflâs kararının Türk mahkemelerinde tenfiz edilip edilemeyeceği incelenmelidir⁶¹.

İİK md. 154'te belirtilen iflâsa ilişkin takiplerde borçlunun muamele merkezinde bulunan icra dairesinin yetkili olacağı ifadesinden hareketle doktrinde, iflâs davalarına ilişkin yetkinin münhasır yetki ve kamu düzenine ilişkin olduğu farklı gerekçelerle savunulmuştur⁶². Bir görüşe göre yabancı iflâs kararlarının Türkiye'de tenfizi hakkında özel bir düzenleme bulunmadığı ve bunun mülklik prensibinin kat'i uygulanacağı anlamına geldiği varsayımından hareketle, yabancı mahkemelerin vermiş oldukları iflâs kararlarına Türkiye'de etki tanınmasının mümkün olmadığı savunulmuştur⁶³. Bir başka görüş ise iflâs davalarında yetki konusu Türk kamu düzenini alakadar etmesi nedeniyle, yabancı bir mahkemenin vereceği iflâs kararına karşı Türk mahkemelerinde etki tanınmamalıdır⁶⁴. Bir diğer görüş, iflâs ve konkordato kararlarının geçici nitelikte olması ve taraflar arasındaki hukuki ihtilâfi

⁵⁹ Şanlı/Ataman-Figenmeşe/Esen, s. 456; Sakmar, s. 98; Çelikel/Erdem, s. 632; Ekşi, s. 212; Güneysu-Güngör, s. 181.

⁶⁰ Nomer, DHH, s. 495; Çelikel/Erdem, s. 532; Ekşi, s. 212; Güneysu-Güngör, s. 181; Aybay, Rona/Dardağan, Esra (2001), Yasaların Uluslararası Düzeyde Çatışması, İstanbul, s. 234.

⁶¹ Doktrinde, bir devletin bir konuda kendisini münhasır yetkili sayması ve aynı konuda başkaca devletlerin vermiş olduğu kararları kendi ülkesinde tatbik edilmemesini düzenlemesi halinde, bu durum yabancı mahkemelerin yetkilerinin bertaraf edilmesi değil; sadece diğer devletlerin vermiş olduğu kararların tanınması anlamına geleceği ifade edilmiştir. Esen, s. 187-188; Sakmar, s. 98; Ekşi, 216.

⁶² Şanlı/Ataman-Figenmeşe/Esen, s. 482; Ekşi, s. 196; Şanlı, Cemal (2002), Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, 2. Baskı, İstanbul: Beta Yayıncılık, s. 124 vd.

⁶³ Kuru, İflâs ve Konkordato, s. 548.

⁶⁴ Gönen, Eriş (1991), Uygulamalı İflâs ve Konkordato Hukuku, Ankara, s. 10; Kuru, İflâs ve Konkordato, s. 548 vd.; Sakmar, s. 98.

geçici olarak hükme bağlaması nedeniyle, MÖHUK'te belirtilen tenfiz ön unsurlarından karşılıklılık ve kararın kesinleşmiş⁶⁵ olması şartını sağlamadığı gerekçesiyle tenfiz edilmemesi gerektiğini savunmuştur⁶⁶.

Milletlerarası ticaretin gelişen bir ivme göstermesi, tüm dünyada yabancı sermaye yatırımlarına ilişkin artışlar, çok uluslu ve ortaklı şirketlerin ortaya çıkması gibi hususlar iflâs davalarının da önemini ve yayılım alanını arttırmıştır⁶⁷. İflâs müessesesi gibi devletlerin kamu düzeni ve cebri icra yetkilerini doğrudan ilgilendiren bir konu hakkında, yukarıda belirtmiş olduğumuz görüşlerde olduğu gibi Türk mahkemelerinin yetkisi hakkında hassas düşünmenin yerinde olduğunu savunuyoruz. Ancak, hayatın olağan akışı içinde iflâs eden kişilerin, farklı ülkelerdeki ticari faaliyetleri sonucunda edinmiş oldukları malları ve haklarını, alacaklıların mağduriyetini önlemek adına iflâs müessesesi çerçevesine katmak da alacaklıların korunması

⁶⁵ Yargıtay vermiş olduğu bir kararında iflâs kararlarının kesin hüküm içermediğini şu şekilde ifade etmiştir: “Bu niteliği ve bilhassa kamu düzeni ile ilgili bazı işlemlerin yapılması yetkisini tazammum etmesi, hukuki sonuçlarının kamu düzeni ve devletin hükümlerine haklarına olan ilgisi bakımından HYUK’un 537. ve sonraki maddelerinde sözü edilen (hukuk ve ticari davalara ilişkin hükümler arasında) sayılamaz.” Y.İİD. E.3593, K. 6709, T. 19.6.1969. Kazancı Hukuk: www.kazanci.com.

⁶⁶ **Üstündağ**, s.22 vd; **Nomer**, DHH, s. 483 vd. Yargıtay’ın vermiş olduğu bir kararında “...İtalya’da Nuano Mahkemesinin kararı ile iflâsına karar verilen R... SRL firmasına iflâs kayyımı olarak Dr. Salvatore atanmış, iflâs kayyımı iflâs kararının Türkiye’de tanınması için 25.6.1995 tarihli vekaletnameyi vermiş, bu vekaletnameye dayanarak iflâs kararının etkisinin ve iflâs kayyımının yetkilerinin tanınması için bu davayı açmıştır. İtalya ile Türkiye arasında anlaşma bulunmadığından ve 5 Haziran 1990 tarihli İstanbul Sözleşmesi yürürlüğe girmediğinden yabancı ülkede bulunan İflâs idaresi Türkiye’de faaliyette bulunamaz, bu nedenle davacının iflâs kayyımının yetkilerinin tanınmasına yönelik talebi yerinde değildir. Ancak yabancı iflâs kararının iflâsa karar verilen ülke ile Türkiye arasında anlaşma bulunması veya MÖHUK.’nun 34-41. maddelerindeki koşulların bulunması halinde iflâs kararına Türkiye’de etki tanınması istenebilir. Davacının iflâs kararına Türkiye’de etki tanınmasına yönelik talebi ile ilgili olarak karşılıklı işlem ve diğer koşullar yönünden değerlendirme yapılarak varılacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm tesisinde isabet görülmemiştir...” şeklinde ifade etmiştir. 19. Hukuk Dairesi, E. 2000/6226, K. 2001/1617, T. 1.3.2001. Kazancı Hukuk: www.kazanci.com.

⁶⁷ **Göger**, Erdoğan (1971), İflâs Alanındaki Kanunlar İhtilafı (İflâs), Banka ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü, C. 6, S. 2, Ankara, s. 314.

açısından önem arz etmektedir. Bu nedenle milletlerarası iflâs hukukunda tenfiz kararları ile sınırlı kalmak kaydıyla, münhasır yetkili mahkeme, kamu düzeni gibi konuların daha geniş bir biçimde yorumlanması gerektiğini düşünürüz⁶⁸.

İİK md. 154'ten hareketle yerleşim yerleri Türkiye'de olan gerçek kişiler ile idare merkezleri Türkiye'de bulunan tüzel kişilerin Türkiye'de yapacakları takipler bakımından Türk mahkemeleri münhasır yetkilidir⁶⁹. Bu sebeple, ilgili kişiler hakkında yabancı bir mahkemeden alınacak olan iflâs ilâmı, MÖHUK md. 54 hükmü gereğince, münhasır yetkili mahkeme sınıfı içinde yer alması nedeniyle Türkiye'de tenfiz edilemeyecektir. Kanaatimizce, bu kural yalnızca İİK md. 154'te belirtilen kişiler içindir. Bir diğer ifade ile iflâs kararları alacak kişilerin, İİK md. 154'te belirtilen borçlu ve alacaklılardan biri olması halinde, borçlunun muamele merkezinin bulunduğu yer mahkemesi, iflâs kararı vermek için kesin ve münhasır yetkilidir. Aynı sebeple bu kişilerin iflâs mahkemesi hakkında yetki sözleşmesi yapmaları da yasaklanmıştır. Dolayısıyla bu kişiler dışında kalan yerleşim yeri Türkiye'de bulunmayan, Türkiye'de ticari faaliyet göstermeyen veya idare merkezi ya da şubesi Türkiye'de olmayan kişiler için İİK md. 154 hüküm ifade etmeyecektir. Örneğin, Türkiye'de muamele merkezi bulunmayan, ancak bir takım mal ve hakları bulunan borçlunun alacaklıları, yabancı bir mahkemeden iflâs kararı almaları halinde, bu kararı Türkiye'deki mal ve haklar bakımından da geçerli hâle getirmek istemeleri en doğal haklarıdır⁷⁰. Alacaklıların yabancı mahkemeden almış oldukları iflâs kararını Türkiye'de geçerli kılmalarının yöntemi de kararın tenfiz edilmesi ile mümkündür. Bu

⁶⁸ Doktrinde Erkan, özellikle taşınmazlara ilişkin münhasır yetki ve kamu düzeni kavramlarının HMK'nın kabul edilmesi sonrasında daha geniş bir biçimde yorumlandığını belirtmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz: **Erkan**, Mustafa (2012), Bir Tabu: Taşınmazlarda Münhasır Yetkili Mahkeme Sorunu, Konya Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 20, S. 1, s. 31 vd.

⁶⁹ **Esen**, s. 199; **Şanlı/Ataman-Figenmeşe/Esen**, s. 482.

⁷⁰ Yargıtay, yabancı iflâs idaresinin Türkiye'de icrai yetkilerini kullanamayacağı gerekçesi dolayısıyla yabancı şirketin Türkiye'de şube alacakları için icra takibi yapabileceğine karar vermiştir. Y.İİD. E.3593, K. 6709, T. 19.6.1969. Kararın ayrıntısı için bkz: **Göğer**, Erdoğan (1973), Kanunlar İhtilâfi İçtihatları Açısından Bağlama Kuralları, Ankara, s. 15 vd; **Göğer**, İflâs, s. 321.

durumda alacaklıların karşısına çıkacak olan iflâs kararları hakkındaki, MÖHUK md. 54'ten kaynaklanan Türk mahkemelerinin münhasır yetkili olacağı itirazı geçerli olmayacaktır. Öte yandan yukarıda belirttiğimiz gibi münhasır yetki kuralı tespit edilirken kuralın konuluş amacına, varlık sebebine ve ifadesine bakılmalıdır. Kanaatimizce, münhasır yetki kuralının konuluş amacından hareketle İİK md. 154 ifadesinde yalnızca Türkiye'de başlatılacak olan iflâs takipleri kast edilmektedir. Bu nedenle Türkiye ile ilgisi bulunmayan alacaklılar bu hükmeye dâhil değildir. İİK md. 154'te belirtilmeyen ilgili alacaklıların korunması, alacaklıların almaları iflâs hukukunda var olduğunu kabul ettiğimiz eşitlik ve evrensellik prensiplerinin de gereğidir.

Diğer taraftan, iflâsın evrenselliği ilkesinin karşısında yer alan iflâsın mülkiliği ilkesinin, iflâs takiplerinin tenfizi önünde engel olduğu düşünülebilir⁷¹ ⁷². Türk hukukunda iflâsın evrenselliği⁷³ ilkesinin kabul edildiği düşünülse⁷⁴, iflâs ilâmının verildiği mahkemenin bulunduğu ülkenin evrensellik ilkesini kabul etmesinin bir önemi kalmamaktadır⁷⁵. Kanaatimizce yukarıda örneğini verdiğimiz Yargıtay kararında "...Ancak yabancı iflâs kararının iflâsa karar verilen ülke ile Türkiye arasında anlaşma bulunması veya MÖHUK.'nun 34-41⁷⁶ maddelerindeki koşulların bulunması halinde iflâs

⁷¹ Güneysu-Güngör, s. 182 vd.; Esen, s. 200.

⁷² Yargıtay bir kararında mülkilik prensibinin iflâs hukukunda geçerli olduğunu belirtmiştir. "...1-) 5718 Sayılı Kanununun 40. maddesine göre Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini, iç hukukun yer itibarıyla yetki kuralları tayin eder. İİK.nun 154/2. maddesi iflâs davalarının, davalının muamele merkezinde görüleceği kuralını getirmiştir. Öte yandan iflâs hukuku, mülkilik esasının cari olduğu bir hukuk dalıdır. Davalı şirketin muamele merkezinin Paris'te olduğu savunulduğuna göre, mahkemenin yargı yetkisi üzerinde durularak varılacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ve hatalı değerlendirmeye yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir..." Yargıtay 23. HD, E. 2012/1806, K. 2012/4187, T. 14.06.2012. Kazancı Hukuk: www.kazanci.com.

⁷³ İflâsın evrenselliği ilkesi ülkeden ülkeye farklılık arz etmektedir.

⁷⁴ Doktrinde ağırlıklı görüş iflâsın evrenselliği ilkesini kabul etmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz: Seviğ, s. 216; Belgesay, M. Reşit (1953), İcra ve İflâs Hukuku, C. 2, B. 2, Ankara, s. 70; Berki, s. 364 vd.

⁷⁵ Güneysu-Güngör, s. 185.

⁷⁶ Söz konusu ifadeler 5718 sayılı MÖHUK'ün 50 ilâ 60. madde hükümlerine tekabül etmektedir.

kararına Türkiye’de etki tanınması istenebilir...” ifadesinden Türk hukukunda iflâsın evrenselliği ilkesinin kabul edildiği düşünülebilir⁷⁷. Ayrıca İİK md. 184 de iflâsın evrenselliği ilkesini desteklemektedir. Buna göre iflâs açıldığı zamanda müflisin haczi kabil bütün malları, *hangi yerde bulunursa bulunsun* bir masa teşkil eder ve alacakların ödenmesi amacıyla tahsil olunur. Madde hükmünde ifade edilen “*hangi yerde bulunursa bulunsun*” ifadesi, kanaatimizce, iflâsın evrenselliği ilkesine de delil teşkil etmektedir⁷⁸. Bu nedenle iflâsın mülkiliği ilkesi doğrudan uygulama alanı bulmadan, iflâsın evrenselliği ilkesi çerçevesinde yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi önünde bir engel bulunmamaktadır⁷⁹.

İkinci olarak yabancı mahkeme tarafından verilen iflâs kararının tenfizi yönünde kamu düzeni engeli kriteri geniş düşünülmelidir. Bilindiği üzere kamu düzeninin objektifliği ve sınırları doktrinde etraflıca tartışılmaktadır⁸⁰. Yabancı hukukun veya yabancı hukuk hükmünün Türkiye’de tatbik edilmesi halinde tahammül edilemez sonuçlar meydana geliyor ise yabancı hukukun kamu düzenini açıkça ihlal ettiği savunması yapılabilir. Kanaatimizce yabancı mahkemelerce verilen iflâs kararlarının tenfizi Türk kamu düzenini açıktan ihlal edici nitelikte görülmemelidir. Yargıtay’ın yerleşmiş içtihatlarında özellikle zamanaşımı, evlat edinme, vesayet, velayet, faiz, kıdem tazminatı gibi konular Türk kamu düzeni sayılmıştır⁸¹. Gerek kamu düzeninin açıktan ihlâli olmayan bir durum olması gerekse de Yargıtay uygulamalarında yabancı mahkemelerce verilen iflâs kararları hakkında açıktan bir kamu düzeni ihlali görülmemesi, iflâs kararlarının Türk kamu düzenini ihlâl edici nitelik arz etmediğini göstermektedir. Bu açıdan Türk hukukunda iflâsa tâbi olmayan kişiler hakkında iflâs istenmesi, iflâsın evrenselliği ve mülkiliği

⁷⁷ Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, E. 2000/6226, K. 2001/1617, T. 1.3.2001.

⁷⁸ Aynı yönde görüş için bkz: **Göger**, İflâs, s. 320.

⁷⁹ Üstündağ, Türk hukukunda, İsviçre hukukunda olduğu gibi iflâsın evrenselliği ilkesinin kabul edildiğini; ancak, bu evrensellik ve teklîğin, doğrudan iflâs eden kişinin yurt dışındaki mal ve haklarını kapsamadığını, müflisin yurt dışındaki mallarının, Türkiye’de açılan iflâsa konu olabilmesi için Türkiye ile iflâs eden borçlunun mallarının bulunduğu ülke arasında antlaşma yapılması gerektiğini ifade etmektedir. **Üstündağ**, s.22 vd.

⁸⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz: **Şanlı/Ataman-Figenmeşe/Esen**, s. 68; **Çelikel/Erdem**, s. 148 vd.

⁸¹ **Şanlı/Ataman-Figenmeşe/Esen**, s. 78 vd.

prensibi gibi konulara dayanılarak kamu düzeninin ihlâl edildiği ve tenfiz istemi yapılamayacağı düşünülmemelidir⁸².

2. Tenfiz Edilen İflâs Kararı Sonrası Yapılması Gerekenler

İflâs hukukunda evrensellik ilkesinin, Türk hukukunda kabul edileceğini ve bu çerçevede yabancı mahkemeler tarafından verilmiş olunan iflâs kararlarının Türkiye’de tenfiz edilmesinin kabulü sonrasında, tenfiz sonrası işlemlerin ne şekilde olacağı da önem arz etmektedir. Türk hukukunda yabancı mahkemelerce verilmiş olan iflâs kararlarının tenfiz edilmesi hakkında herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu durumun sonucu olarak da tenfiz ve tenfiz sonrası işlemlerin ne şekilde yapılacağı belirsizlik arz etmektedir⁸³.

Bilindiği üzere, tenfiz kararının verilmesi ile yabancı devlet mahkemesinde verilen ilam niteliğindeki kararların etkileri Türk hukukuna taşınacaktır. Bu kararın Türk hukukunda etki doğurması için usulüne uygun olarak tenfiz edilmesi gereklidir. Öncelikle belirtilmelidir ki, yabancı mahkeme tarafından verilmiş olunan iflâs kararı, Türkiye’de tenfiz edilirken, MÖHUK md. 51’de belirtilen tenfiz kararları için genel yetkili mahkeme kuralı dikkate alınmalıdır. Buna göre yabancı mahkemeden alınmış bulunan iflâs kararı, kendisine karşı tenfiz istenen iflâs borçlusunun Türkiye’deki yerleşim yeri, yoksa sâkin olduğu yer mahkemesinden, Türkiye’de yerleşim yeri veya sâkin olduğu bir yer mevcut değilse Ankara, İstanbul veya İzmir mahkemelerinden birinden istenecektir.

İflâs müessesesi, özellik arz eden bir işlemler birliği olduğuna göre tenfiz kararının alınması sonrasında iflâs kararının uygulanması hakkında işlemler sona ermemektedir. Tenfiz kararı sonrası, İİK’nda belirtilen iflâs usul kuralları uygulanacaktır. Buna göre iflâs masasının oluşturulması, iflâs idaresinin seçilmesi gibi iflâs usul hukuku müesseseleri devreye girecektir. İİK’nda akdi ve fiili karşılıklılık sonrasında yabancı iflâs kararlarının ve iflâs

⁸² Aynı yönde görüş için bkz: **Güneysu-Güngör**, s. 181 vd.

⁸³ Doktrinde Kuru, iflâs kararı verilen mahkemenin bulunduğu ülke ile Türkiye arasında akdi veya fiili karşılıklılık bulunması halinde, yabancı iflâs kararlarının tenfizinde Türk hukukunda belirtilen hukuki sonuçların geçerli olacağını belirtmektedir. **Kuru**, İflâs ve Konkordato, s. 548 vd.

idarelerinin yetkilerinin tanınması gibi bir husus düzenlenmemesinden hareketle, İİK'nda belirtilen iflâs prosedürlerinin uygulanması gerekecektir. Bu çerçevede borçlunun Türkiye'de muamele merkezi bulunmadığı sadece mal ve hakları bulunduğu için mal ve haklarının bulunduğu yer iflâs dairesinde⁸⁴ yeni bir iflâs masası oluşturulması gereklidir⁸⁵. İflâs konusu, devletlerin cebri icra yetkilerini doğrudan kullandıkları bir alan olması nedeniyle, iflâs masası kurulması da iflâsın Türkiye'de açılmasının bir sonucu olarak hüküm ifade edecektir⁸⁶. İİK'na göre iflâs kararı sonrasında müflisin Türkiye'de bulunan mal ve hakları iflâs masasına kaydedilmesi gerekecektir.

Tenfiz kararı sonrasında iflâs masası oluşturulması sonrasında yapılacak olan ikinci iş yeni bir iflâs idaresi seçilmesidir. Türk hukukunda yabancı iflâs idaresinin yetkilerinin fiili olarak geçerli kabul edilmesi kamu düzeni devletin cebri icra yetkisine dayanan egemenlik haklarını ihlal etmektedir⁸⁷. Seçilecek olan iflâs idaresi, borçlunun alacaklılarından teşekkül edecektir. Bu kişilerin Türk vatandaşı veya yabancı kişilerden olmasında bir mahsur bulunmamaktadır⁸⁸.

Yabancı mahkeme kararının Türkiye'de tenfizi sonrasında özellik arz eden bir diğer durum ise İİK'nda yer alan iflâs düzenlemelerinin bir sonucu olarak borçlunun taraf olduğu dava ve takiplerin düşmesi ve borçlunun tasarruf yetkilerinin kısıtlanmasıdır. İflâsın Türkiye'de tenfizi sonrasında, iflâsın Türkiye'de açılmış sayılacağı sonucu olarak İİK md. 194'te belirtildiği üzere borçlunun taraf olduğu hukuk davaları düşecek, yapılan takipler de sona erecektir⁸⁹. Yine İİK'nda yer alan iflâs düzenlemeleri ışığında borçlu-

⁸⁴ Kanaatimizce yetkili iflâs dairesinin borçlunun muamele merkezinde olması kurulu md. 154 hükmüne paralellik arz etmektedir. Bunun yanında, borçlunun Türkiye'de sadece mal ve hakları mevcut olup; bir muamele merkezi bulunmuyor olabilir. Bu durumda borçlunun mal ve haklarının bulunduğu yer iflâs dairesinde, iflâs masasının kurulmasında bir sorun bulunmamaktadır. Söz konusu hâl, md. 154'ün konuluş amacı olan, borçlunun muamele merkezinin bulunduğu yerde mal ve haklarının en iyi bilineceği düşüncesine de aykırılık teşkil etmemektedir.

⁸⁵ **Güneysu-Güngör**, s. 189.

⁸⁶ **Güneysu-Güngör**, s. 189.

⁸⁷ Söz konusu durum ayrıntıları daha önce verilmiş olan Yargıtay'ın 19.6.1969 tarihli kararında belirtilmiştir. Bkz. yukarıda dipnot 65.

⁸⁸ **Güneysu-Güngör**, s. 189.

⁸⁹ Kuru'ya göre tenfiz talebi ile birlikte borçlunu taraf olduğu davalar ve borçluya karşı devam etmekte olan haciz yoluyla yapılan takipler ile teminat gösterilmesine ilişkin

nun tasarruf yetkisi kısıtlanacaktır. Borçlunun tasarruf yetkisinin kısıtlanması konusu, aynı haklara ilişkin bir konu olması nedeniyle, borçlunun mallarının bulunduğu yer hukukuna göre belirlenecektir. Bu açıdan kısıtlamaların hangi andan itibaren hüküm ifade edeceği meselesi malların bulunduğu yer olan Türk hukukuna göre çözüme kavuşturulacaktır⁹⁰.

SONUÇ

Bu çalışmada var olan bir durumun açıklanması ile birlikte, olması istenen bir hukuki durum da ifade edilmiştir. İİK md. 154 ve doktrin iflâs kararı verecek mahkemeyi münhasır yetkili mahkeme olarak nitelendirmektedir. Münhasır yetkili mahkeme nitelendirmesi sonrasında, iflâs kararı verme yetkisi ilgili devletlerde olduğu gibi; başka yabancı ülkelerde alınan iflâs kararlarının da tenfiz yoluyla işleme konulması mümkün görülmemektedir. Ancak, ticari hayatın genişlemesi sonrasında iflâs kararlarının da farklı ülkelerde geçerli hale getirilmesi, iflâs hukukunda var olan alacaklıların eşitliği ve İİK md. 184 ifadesinden yola çıkılarak Türk hukukunda var olduğu tespit edilen iflâsın evrenselliği prensiplerinin gereğidir. Ayrıca Yargıtay içtihatlarına da kısmen yansımış bulunan ve MÖHUK'te belirtilen tenfiz şartlarının sağlanması halinde yabancı mahkemeler tarafından verilmiş bulunan iflâs kararlarının Türkiye'de tenfiz edilmesi, iflâs hukukunda alacaklıların menfaatini koruma amacına ve hakkaniyete uygun düşecektir. Öte yandan yine İİK md. 154/1 ifadesinde yer alan tarafların icra dairesinin yetkisi hakkında yetki sözleşmesi yapabilecekleri hükmü, yargı yeri belirlenen icra dairesinin, borçlunun olası iflâsı halinde iflâs mahkemesi olarak yetki kazanması iflâs mahkemesi ile iflâs dairesinin yerlerinin farklılığına yol açacaktır. Bu farklılık, iflâs hukukundan beklenen ve tüm alacaklılar ile üçüncü kişilerin menfaatlerinin korunmasını amacının dışına çıkılmasına sebebiyet vermektedir. Bu nedendir ki, söz konusu hükmün iflâs dairelerini kapsamayacak şekilde düzenlenmesi önerilmektedir.

talepler duracaktır. Söz konusu işlemler ancak tenfiz kararı sonrasında kesinleşecektir.

Kuru, İflâs ve Konkordato, s. 194.

⁹⁰ **Güneysu-Güngör**, s. 191.

Kaynakça

- Altuğ**, Yılmaz (1973), Devletler Özel Hukukunda İflâs (İflâs), Banka ve Ekonomik Yorumlar Dergisi, C. 10, S. 6 İstanbul.
- Altuğ**, Yılmaz (1979), Devletler Özel Hukukunda Yargı Yetkisi, İstanbul.
- Arat**, Tuğrul (1964), Yabancı İllâmların Tanınması ve Tenfizi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 4.
- Arat**, Tuğrul (1970), Ticaret Şirketlerinin Tâbiyeti, Sevinç Matbaası, Ankara.
- Arkan**, Sabih (2012), Ticari İşletme Hukuku, 16. Baskı, Banka ve Ticaret Enstitüsü Yayınları, Ankara.
- Aşık**, İbrahim (2011), Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Yetki Sözleşmesi, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 97, Ankara.
- Aybay**, Rona/**Dardağan**, Esra (2001), Yasaların Uluslararası Düzeyde Çatışması, İstanbul.
- Belgesay**, M. Reşit (1953), İcra ve İflâs Hukuku, C. 2, B. 2, Ankara.
- Berki**, O. Fazıl (1961), Devletler Hususi Hukuku, C. 2, B. 4, Ankara.
- Berkin**, Necmettin (1972), İflâs Hukuku Dersleri, 4. Baskı, İstanbul.
- Bolayır**, Nur (2009), Medeni Usul Hukukunda Yetki Sözleşmeleri, Beta Yayıncılık, İstanbul.
- Campbell**, D. (1992), International Corporate Insolvency, London.
- Çelikel**, Aysel/**Erdem**, B. Bahadır (2012), Milletlerarası Özel Hukuk, Beta Yayıncılık, 12. Baskı, İstanbul.
- Donay**, Süheyl (1969), Devletler Hususi Hukukunda Şirketin Tâbiyeti Meselesi, BATİDER, C. 5, S. 2, Ankara.
- Eksi**, Nuray (1996), Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi, Beta Yayıncılık, İstanbul.
- Erkan**, Mustafa (2012), Bir Tabu: Taşınmazlarda Münhasır Yetkili Mahkeme Sorunu, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 20, S. 1, Konya.

- Erman, E. Sabri** (1967), Kambiyo Senetlerine Müstenit İflâs, Adalet Dergisi, S. 7-10.
- Esen, Emre** (2002), Türk Hukukunda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında Münhasır Yetki Kavramı, Ergin Nomer'e Armağan-Milletlerarası Hukuk ve Özel Hukuk Bülteni, C. 22, İstanbul.
- Göger, Erdoğan** (1971), İflâs Alanındaki Kanunlar İhtilafı (İflâs), Banka ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü, C. 6, S. 2, Ankara.
- Göger, Erdoğan** (1973), Kanunlar İhtilâfı İçtihatları Açısından Bağlama Kuralları, Ankara.
- Göger, Erdoğan** (1975), Devletler Hususi Hukuku (DHH), Ankara.
- Gönen, Eriş** (1991), Uygulamalı İflâs ve Konkordato Hukuku, Ankara.
- Güneysu-Güngör, Gülin** (1997), Devletler Özel Hukukunda İflâs, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.
- Kuru, Baki** (1970), İflâs Takibi ve Davalarında Yetki Kaideleri, İmren Öktem'e Armağan, Ankara.
- Kuru, Baki** (1988), İflâs ve Konkordato Hukuku, Alfa Basım ve Dağıtım, Ankara.
- Kuru, Baki** (2013), İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı (İcra ve İflâs), Adalet Yayınları, Genişletilmiş İkinci Baskı, Ankara.
- Nomer, Ergin** (2011), Milletlerarası İflâsta Yetki Sözleşmesi, İstanbul Barosu Dergisi, C. 85, S. 6, İstanbul.
- Nomer, Ergin** (2013), Devletler Hususi Hukuku, Beta Yayınevi, 20. Baskı, İstanbul.
- Özkan, Hasan** (2014), İflâs, İflâs Davası, İflâs İdaresi, İflâsın Ertelenmesi, Legal Yayıncılık, İstanbul.
- Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Sungurtekin-Özkan, Meral/Özekes, Muhammet** (2013), İcra ve İflâs Hukuku, Yetkin Kitapevi, 11. Baskı, Ankara.
- Postacıoğlu, E. İlhan** (1978), İflâs Hukuku İlkeleri, İstanbul.

- Sakmar**, Ata (1982), *Yabancı İlâmların Türkiye'deki Sonuçları*, Fakülteler Matbaası, İstanbul.
- Sargın**, Figen (1996), *Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Antlaşmaları*, Yetkin Yayıncılık, Ankara.
- Seviğ**, V. Raşit (1957), *Hukuki ve Ticari Konularda Kanunlar İhtilafı*, İstanbul.
- Şanlı**, Cemal (2002), *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, Beta Yayıncılık, 2. Baskı, İstanbul.
- Şanlı**, Cemal/**Ataman-Figenmeşe**, İnci/**Esen**, Emre (2013), *Devletler Özel Hukuku*, Vedat Kitapevi, İstanbul.
- Tekinalp**, Gülören (2000), *Milletlerarası Özel Hukukta Ortaklıkların Merkezi Kriteri AT Hukuku ve MÖHUK (Ortaklıkların Merkezi)*, İstanbul: Aysel Çelikel'e Armağan, MHB. C. XIX, S. 1-2.
- Tiryakioğlu**, Bilgin (1996), *Yabancı Boşanma Kararlarının Türkiye'de Tanınması ve Tenfizi*, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No: 501.
- Üstündağ**, Saim (2009), *İflâs Hukuku*, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş, 8. Bası, İstanbul.
- Yılmaz**, Ejder (2004), *4949 ve 5092 Sayılı Kanunlarla İflâs Hükümlerinde Yapılan Değişiklikler*.

^HGENEL HACİZ YOLUYLA TAKİPTE İCRA MÜDÜRÜNÜN ZOR KULLANMA YETKİSİ (İİK m. 80/4)

*Arş. Gör. Volkan ÖZÇELİK**

GİRİŞ

İcra müdürü genel haciz yoluyla takipte, alacaklının alacağını karşılamaya yetecek tutarda borçluya ait mal ve hakkı haczeder (İİK m. 85/1)¹. Bu malların borçlunun elinde olmasına gerek yoktur. Üçüncü kişinin elinde bulunan mal ve haklar da haczin konusunu oluşturmaktadır². Borçlunun elinde bulunan malların haczi sağlanırken icra müdürü İcra ve İflas Kanunu'nun 80. maddesinin 4. fıkrası gereğince zor kullanma yetkisine haizdir³. Bu yetkinin kullanılabilmesi içinse borçlunun evinde veya işyerinde haciz yapılmasının bir önemi bulunmamaktadır. Zira esas itibarıyla bu yetki borçlunun bulunduğu yer ile ilgili olmayıp, borçlunun şahsında tatbik edilebilecek bir yetkidir. Zor kullanmak hususunda bütün zabıta memurları icra müdürünün yazılı müracaatı üzerine kendisine muavenet ve emirlerini ifa etmekle mükelleftir (İİK m. 81)⁴. Bu açıdan zor kullanma yetkisini kolluk kuvvetleri tatbik eder.

H Hakem incelemesinden geçmiştir.

* Ondokuz Mayıs Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı

¹ Postacioğlu, s. 290; Kuru, İcra I, s. 633-634; Üstündağ, s. 170; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 296.

² Kuru, İcra I, s. 635.

³ Üstündağ, s. 152; Kuru, İcra I, s. 628; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 276-277.

⁴ Postacioğlu, s. 300; Kuru, İcra I, s. 629; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 277.

Cebri icra hukukumuzun temel kaynağı İcra ve İflas Kanunu'nda⁸⁰. maddenin 4. fıkrasından başka da “cebir” uygulanmasının yansımaları görmekteyiz. Esas itibarıyla bunun temelinde kendi arzusuyla borcunu ifa etmeyen borçluya karşı devletin yetkili organları eliyle hukuki ve gerekirse fiili cebir uygulanarak borcu ifa etmesinin sağlanmasının yattığını ifade edebiliriz⁵. Kanun'un 80. maddesinin 4. fıkrasından başka, nitelikleri ve uygulaması farklı olsa da, maddenin 3. fıkrası, 25. maddenin 2. fıkrası ve 26. maddenin 3. fıkrasında da borçluya karşı zor kullanılabilir. Bizim çalışmamızın konusunu ise sadece genel haciz yolu ile takipte borçlunun şahsına kuvvet uygulanması (İİK m. 80/4) oluşturmaktadır.

Bu çalışmada zor kullanma yetkisinin özellikle Anayasa'nın 20. ve 13. maddeleri açısından değerlendirilmesi, hukuki niteliği; zor kullanma yetkisinin kullanılmasında Anayasa'da yer alan temel hak ve hürriyetlerden bazıları ile İcra ve İflas Kanunu'nun 80. maddesinin 4. fıkrası ile 85. maddesinin 6. fıkrası gereği sınırları incelenecektir. Son olarak da zor kullanma yetkisinin hukuka aykırı kullanılması halinde başvurulabilecek hukuki yollara değinilecektir.

I. ZOR KULLANMA YETKİSİNİN ANAYASA AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Doktrinde zor kullanma yetkisinin Anayasa'nın 20. maddesinde düzenlenen özel hayatın gizliliği ve korunmasına aykırı olduğu ifade edilmiştir⁶. Bu düşünceye göre, konusu suç teşkil eden ve bu yönüyle de kamunun vicdanını sarsabilen suç nedeniyle bile üst araması gerçekleştirilecek olduğunda kural olarak hakim kararı aranmasına rağmen; konusu genellikle sadece tarafları ilgilendiren alacak-borç ilişkisinde hakim kararı olmaksızın icra müdürünün zor kullanma yetkisini kullanması Anayasa'nın 20. maddesine aykırıdır. Öyle ki ilamlı icrada haciz aşamasında zor kullanma yetkisi kullanılacak olduğunda dahi bu ilam hükmü alacağın varlığına ilişkin olması sebebiyle zor kullanma yetkisini icra müdürüne vermez. Özekes'in özetle bu şekilde ifade edilebilecek değerlendirmesi sonunda bu hususların yapılacak bir kanuni düzenleme ile göz önünde bulundurulması gerektiği de belirtil-

⁵ Postacıoğlu, s. 4; Kuru, İcra I, s. 25; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 29.

⁶ Özekes, Temel Haklar, s. 163.

miştir⁷. Kanaatimizce, zor kullanma yetkisinin Anayasa'nın 20. maddesine aykırı olup olmadığı kanuni düzenleme ile göz önünde tutulup değerlendirme konusu yapılabilecekse de, bugün cebri icra uygulamasında zor kullanma yetkisine alacaklının hakkını koruyabilmek için ihtiyaç bulunmaktadır. Bu yetki esas itibarıyla cebri icra hukukunun kendisinde olan yetkidir. Cebri icra hukukunun "cebri" nitelik taşımasından kaynaklanır⁸. Korunan değer de alacaklının mülkiyet hakkının (AY m. 35) bir parçası olan alacak hakkıdır⁹. Bu hakkın etkin bir şekilde korunabilmesi içinse zor kullanma yetkisine başvurulmasa bile icra organının bu yetkiyi haiz olup, gerekirse haciz mahallinde kolluk kuvvetlerinin bulundurulması, borçlu için caydırıcı nitelik taşır.

Temel hak ve hürriyetler devredilmez ve dokunulmaz bir nitelik taşımakla birlikte (AY m. 12), hak sahibine belli sınırlamalar getirilebilir¹⁰. Bu yükümlülükler ve sınırlamalar Anayasa'nın 13. maddesi çerçevesinde yapıldığında Anayasaya aykırı bir yön bulunmaması gerekir. O halde yapılması gereken, İcra ve İflas Kanunu'nun 80. maddesinin 4. fıkrasının Anayasa'nın 13. maddesine aykırı olup olmadığının tespitidir.

Anayasa'nın 13. maddesine göre, temel hak ve hürriyetler özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplerle bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz. Bu maddeye göre çalışmamız için özellikle, sınırlama yapılabilmesi için şu koşulların aranması gerekir:

⁷ Anayasa'nın 20. maddesinin 2. fıkrası özel hayatın gizliliğinin hakim kararı ile sınırlanması gereğiyle, şu anki cebri icra sisteminde zor kullanma yetkisi tatbik edilecekken bile, hakim kararı istenebileceği; ancak mahkemelerin görevlerinin kanunla düzenlenmesi karşısında icra mahkemesinin görevine girmeyen bir işe bakamayacağından bu hususun yapılacak kanuni düzenlemede göz önünde tutulması gerektiği hususunda bkz. **Özekes**, Temel Haklar, s. 164.

⁸ **Postacıoğlu**, s. 4; **Üstündağ**, s. 2; **Kuru**, İcra I, s. 25; **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, s. 52.

⁹ **Özekes**, Temel Haklar, s. 182.

¹⁰ **Gören**, Sınırlama, s. 45; **Gören**, Anayasa, s. 391.

A. Temel Hak ve Hürriyetlerin Özüne Dokunmama

Temel hak ve hürriyetler sınırlandırılırken yapılan sınırlamanın hakkın özüne dokunmaması gerekir¹¹. Bir sınırlamanın, sınırlanan hakkın özüne dokunup dokunmadığının tespiti içinse öncelikle hakkın özünün ne olduğunun belirlenmesi yapılmalıdır.

“Hakkın özü” kavramı belirlenirken tüm hakları kapsayacak şekilde genel bir tanım yapılması mümkün değildir¹². Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi tarafından getirilen kriterlere göre, temel hak ve hürriyetin amacına uygun şekilde kullanılmasını son derece zorlaştıran veya onu kullanılmaz hale getiren sınırlamalar¹³ ile temel hak ve hürriyeti açıkça yasaklayan ya da örtülü bir şekilde yapılamaz hale getiren yahut ciddi şekilde güçleştiren, amacına ulaşmasını önleyici ve etkisini ortadan kaldıracı nitelikteki sınırlamalar¹⁴ hakkın özüne dokunur.

Zor kullanma yetkisinin kullanılmasıyla borçlunun özel hayatının gizliliğine müdahale edilmektedir. Ancak bu müdahale ile hakkın özüne dokunulmadığının kabulü gerekir. Zira Anayasa Mahkemesi’nin getirmiş olduğu kriterler açısından düşünüldüğünde kişinin şahsına zor kullanılmasıyla özel hayatı ve gizliliği tümenden ortadan kalkmamakta veya kullanılmaz bir hale gelmemektedir. Böyle bir sonuca hakkın kapsamı bir bütün halinde düşünüldüğünde varılabilir¹⁵.

Borçlunun şahsına zor kullanma yetkisinin Anayasaya aykırı sayılarak tanınmaması, alacaklının mülkiyet hakkını ihlal edici, ortadan kaldıracı etkiler doğurabilir. Öyle ki İcra ve İflas Kanunu’nun 80. maddesinin 4. fıkrasında belirtilen para, kıymetli evrak, altın veya gümüş gibi eşyalar küçük

¹¹ Özbudun, s. 115; Gören, Anayasa, s. 400; Atar, s. 128; Erdoğan, s. 204.

¹² Özbudun, s. 115; Gören, Sınırlama, s. 52; Gören, Anayasa, s. 400; Erdoğan, s. 205.

¹³ AYM 08.04.1963, E. 1963/25, K. 1963/87, Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, S. 1, Ankara 1964, s. 228.

¹⁴ AYM 04.01.1963, E. 1962/208, K. 1963/1, Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, S. 1, Ankara 1964, s. 74.

¹⁵ Özel hayatın kapsamı, kişinin şahsı ve vücudu ile sınırlanamayacak kadar geniştir. Özel hayatın kapsamı konusunda detaylı bilgi için bkz. Şen, s. 213 vd.; Ayan/Ayan, s. 56 vd.; Helvacı, s. 103 vd.

olmakla birlikte pahada değerli olabilir. Bu malların icra müdürü tarafından zor kullanma yetkisi ile haczedilememesi halinde ise alacaklının mülkiyet hakkına ulaşması engellenebilir veya zorlaşabilir. Bu açıdan da alacaklının mülkiyet hakkının özüne dokunulmuş olur. Kanun koyucunun haciz tatbik edilirken bu cinsten eşyalara ayrıca önem atfetmesi de gözden uzak tutulmamalıdır (İİK m. 88/1)¹⁶.

Zor kullanma yetkisinin hakim kararı ile tanınmasından ziyade bu yetkiyi elinde bulunduran icra müdürlerinin var olan niteliklerinin tartışılması, bu niteliklerin takip işlemlerini yerine getirirken temel hak ve hürriyetler ekseninde düşünmeye yeterli olup olmadığının sorgulanması ve eğer yeterli değilse buna yönelik çalışmaların yapılması kanaatimizce daha isabetli olur. Alacaklının elinde ilam olsa bile daha basit ve ucuz bir şekilde hakkına kavuşmasına hizmet edebilen genel haciz yolu ile takipte hakim kararının aranması, alacaklının bu imkandan yoksun bırakılması sonucunu doğurabilir.

Bununla birlikte borçlunun şahsına zor kullanılması kanunda sayılan bir takım şartların yerine gelmesiyle mümkündür. Ayrıca şartlar yerine gelse bile icra müdürü yetkinin takdiri nitelik taşımasından ötürü bu yetkiyi kullanmayabilir. Belli şartlara bağlanan ve hatta şartların yerine gelmesine rağmen kullanılıp kullanılmamasının icra müdürünün takdirine bırakılan bu yetkinin özel hayatın gizliliğini ortadan kaldıracı nitelikte olduğunu kabul etmemek gerekir.

B. Sınırlamanın Anayasanın İlgili Maddelerinde Bulunan Sebeplerden Biriyle ve Ancak Kanunla Yapılması

Temel hak ve hürriyetler sınırlanırken Anayasanın ilgili maddelerindeki sebeplerden biriyle ve kanunla sınırlanabilir¹⁷. Kanunla sınırlama yapılabilmesinin anlamı, kanun koyucunun temel hak ve hürriyetleri bizzat sınırlandırabilmesi veya sınırlarını belirleyerek idareyi bu konuda yetkilendirebilmesidir¹⁸.

¹⁶ Kuru, İcra I, s. 636; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 239.

¹⁷ Özbudun, s. 113-114; Tanör/Yüzbaşıoğlu, s. 147.

¹⁸ Gören, Sınırlama, s. 50; Gören, Anayasa, s. 397.

Anayasa'nın 20. maddesinin 2. fıkrasına baktığımızda borçlunun özel hayatının gizliliğinin "...başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması..." sebebiyle sınırlandırılması ihtimali düşünülebilir. Bununla birlikte alacaklının alacak hakkını elde etmesi ve hukuk düzeninin işlemesi çok genel anlamda kamu düzeninin yerine gelmesidir. Ancak bu doğrudan doğruya icra hukuku bakımından bir sınırlama sebebi değildir¹⁹.

Doktrinde, bu sebeplerden biriyle olsa bile İcra ve İflas Kanunu'nun 80. ve 81. maddelerinin Anayasa'nın 20. maddesine aykırı olduğu, aynı durumun alacağın ilam niteliğindeki belgelere dayanması halinde de geçerliliğini koruduğu ve hatta ilamlı icrada da ilamın alacaklının alacağına ilişkin olduğu, bu ilamın borçlunun özel hayatına müdahale yetkisi vermediği ifade edilmiştir²⁰.

Anayasa'nın 20. maddesinin 2. fıkrasında yer alan hakim kararının gerekliliği²¹ ve İcra ve İflas Kanunu'nun 80. maddesinin 4. fıkrasının bu yönüyle değerlendirilmesine ilişkin açıklamalarımızı bir sonraki başlıkta yapacağız. Ancak şu kadarını belirtmek gerekir ki: Borçlunun özel hayatına bu şekilde müdahale edilmesi karşısında Anayasa'nın 20. maddesinin 2. fıkrasında aranan hakim kararı, temel hak ve hürriyetlerin ek güvence sağlanarak korunmasına hizmet eder. Bu durumda yapılacak yorum "Anayasa'nın sözüne" uygun olmasının yanı sıra "Anayasa'nın ruhuna" da uygun olmalıdır²². Borçlunun özel hayatının gizliliği gözetilirken, alacaklının mülkiyet hakkı da dikkate alınmalı, alacaklının mülkiyet hakkını ortadan kaldıracak veya zorlaştıracak şekilde yorumlanmamalıdır. Ayrıca alacaklıya alacağını mahkemeye başvurma zorunluluğu bulunmaksızın doğru-dan icra dairesine başvurarak takip edebilme imkanını veren genel haciz yoluyla takibin bu yönü dışarıda bırakılmamalıdır.

Bundan başka bu başlık açısından, sınırlamanın Kanun ile yapıldığı ve Anayasa'nın 20. maddesinin 2. fıkrasında belirtilen sebeplerden biri ile olduğu için hukuka uygundur.

¹⁹ Özekes, Temel Haklar, s. 161-162.

²⁰ Özekes, Temel Haklar, s. 163.

²¹ Özekes, Temel Haklar, s. 164.

²² Özbudun, s. 114; Atar, s. 125.

C. Sınırlamanın Anayasanın Sözüne ve Ruhuna Aykırı Olmaması

Temel hakların sınırlandırılmasının bir sınırı da yapılacak sınırlamanın Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olması gereğidir. Bu kriter özellikle Anayasanın temel hakların sınırlanması konusunda bazı ek güvenceler tanınması halinde anlam kazanmaktadır²³. Örneğin, özel hayatın gizliliğine Anayasada belirtilen istisnalar dışında hakim kararı olmadan dokunulmaması gibi²⁴.

Anayasanın bu lafzı ile borçlunun özel hayatının gizliliğine müdahalenin belli hallerde mümkün olması ve bu müdahalenin gerekli olup olmadığının hakimlik teminatı altında incelenmesi amaçlanmaktadır²⁵. Bununla birlikte yapılan sınırlamanın Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olması gereği sadece bu ek güvenceler ışığında anlaşılmamalıdır. Anayasanın bir bütün halinde değerlendirilip diğer temel hak ve hürriyetler de göz önünde tutularak kanun koyucu tarafından düzenleme yapılmalıdır. Bu sadece Anayasanın sözüne uygun düzenleme yapılmayıp aynı zamanda onun ruhuna uygun düzenleme yapılmasının da gereğidir²⁶. Zor kullanma yetkisinin Anayasaya aykırı olup olmadığının değerlendirilmesi de bu açıdan yapılmalıdır.

Cebri icra prosedürü esas itibarıyla kendi arzusuyla borcunu ödemeyen borçluya karşı devletin cebri gücünü kullanarak borcunu ödemesini barındırır²⁷. Zor kullanma yetkisi ile borçlunun özel hayatına müdahale edilebilse de alacaklının mülkiyet hakkı ve adil yargılanma hakkı kapsamında etkin hukuki korunma talebi korunmuş olmaktadır²⁸. Bunun sağlanabilmesi içinse gerekirse borçlunun özel hayatına müdahale edilebilmesini Anayasanın

²³ Özbudun, s. 113; Tanör/Yüzbaşıoğlu, s. 150; Atar, s. 123; Erdoğan, s. 205.

²⁴ Özbudun, s. 113.

²⁵ Özekes, Temel Haklar, s. 163.

²⁶ Özbudun, s. 114; Atar, s. 125.

²⁷ Postacıoğlu, s. 4; Üstündağ, s. 2; Kuru, İcra I, s. 25; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 52.

²⁸ Cebri icra prosedüründe alacaklının mülkiyet hakkının bir yansıması olarak alacak hakkının korunduğuna ve bu çerçevede mülkiyet hakkı ile etkin hukuki korunma talebinin iç içe geçtiğine dair bkz. Özekes, Temel Haklar, s. 182. Etkin hukuki korunmanın cebri icrada da korunması gereği hakkında bkz. Akkan, s. 63-64.

ruhuna aykırı kabul etmemek gerekir. Aksi halde bir bütün halinde düşünülmesi gereken Anayasa hükümlerinden alacaklının söz konusu hakları (AY m. 6, AY m. 35) dışarıda bırakılmış olur. Dolayısıyla zor kullanma yetkisi bu açıdan gereklidir²⁹.

Genel haciz yoluyla takipte alacaklı, önceden mahkemeye başvurma zorunluluğu bulunmaksızın icra dairesinde talepte bulunarak gerekli takip işlemlerinin yapılması neticesinde alacağını alabilir. Takibin kesinleşmesiyle borçlunun alacağa yetecek tutarda malı haczedilerek satılır (İİK m. 85/1); elde edilen bedel ile alacaklı tatmin edilir³⁰. Haciz aşamasında gerekirse de borçlunun şahsına zor kullanılır (İİK m. 80/4). Ancak bu borçlunun tamamen savunmasız bırakıldığı manasına gelmez. Aksine borçluya fiilen takibe karşı koyabilme imkanı verildiği ve borçlunun itiraz hakkını kullanarak itiraz ettiği düşünüldüğünde; bu itirazın icra mahkemesinde kaldırılması veya genel mahkemelerde iptalinden sonra haciz aşamasında borçlunun şahsına zor kullanılabilmiştir. O halde borçlunun şahsına zor kullanılabilmesinin hakim kararına dayanması gereği, en azından temel hak ve hürriyetleri ihlal ettiği gerekçesiyle söylenmemelidir. Zira borçlu itiraz edebilme imkanına sahip olduğu anda bu itirazları bir bütün halinde bildirerek kendisini savunabilmektedir. Hakim kararı gerektiği bu sebeple de İcra ve İflas Kanunu'nun 80. maddesinin 4. fıkrasındaki zor kullanma yetkisinin Anayasa'nın 20.

²⁹ Cebri icra hukukunun tarihi gelişimine bakıldığında alacaklının bizzat ihkak-ı hak almasının toplumda yarattığı bir takım olumsuzların giderilmesi olduğu görülür (Roma Hukukunun tarihi gelişimi içinde icra usulleri için bkz. **Başözen/Üçer**, s. 220 vd.). Bizzat ihkak-ı hakkın yasaklanmasına karşılık devletin alacaklının talebi doğrultusunda cebri icra işlemlerini yapma yükümlülüğü bulunmaktadır (**Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özkes**, s. 49). Devlet yetkili organları eliyle gerekirse zor kullanılarak alacaklının alacağını almasını sağlamalıdır. Tarihi gelişimin bu şekilde seyri, cebri icranın kendi içinde bulunan "cebir" yetkisinin haklılığını da ortaya koymaktadır. Zira devletin cebri icra prosedüründe bulunup borçluyu alacaklının vicdanına terk etmemesi bile borçlu açısından koruma teşkil eder.

³⁰ İlamsız icra, mahkemeye başvurmaksızın alacaklının icra dairesine başvurarak alacağını almasına hizmet eder. Sonuçta mahkemelerin iş yükü azalır. Bu sebeple ilamsız icranın varsa aksayan yönlerinin giderilip daha da güçlendirilerek gerekli düzenlemeler yapılmasının, ilamsız icrayı kaldırmaktan daha isabetli olacağına dair bkz. **Karılı**, İlamsız İcra, s. 330.

maddesine aykırı kabul edilmesi, genel haciz yoluyla takibin alacaklıyı koruyan bu yönüyle bağdaşmaz³¹.

Zor kullanma yetkisinin hakim kararına dayanması eleştirisinin³² ihtiyati haciz bakımından değerlendirilmesinde yarar vardır. Borçlunun rehinle temin edilmemiş ve vadesi gelmiş bir para borcunun alacaklısı, borçlunun yedinde veya üçüncü şahısta olan taşınır ve taşınmaz mallarını ve alacakları ile diğer haklarını ihtiyaten haczettirebilir (İİK m. 257/1)³³. İhtiyati haciz tatbikinde genellikle “borçlunun elinde ve üçüncü kişilerdeki menkul ve gayrimenkul malları ile hak ve alacaklarının borca yetecek miktarının ihtiyaten haczine” şeklinde karar verildiği düşünülürse³⁴, borçlunun üzerinde bulunan taşınırlara daihtiyaten haciz uygulanması gerekir. İhtiyati haciz kararının tatbiki İcra ve İflas Kanunu’nun 79-99 hükümlerindeki haczin yapılması şeklinde olacağı için (İİK m. 261/2)³⁵, icra müdürü ihtiyati haciz kararını yerine getirirken gerekirse borçlunun şahsına zor kullanma kararı verebilir. Hakimin ihtiyati haciz kararı verirken böyle genel bir ifade kullanması esasında Anayasa’nın 20. maddesinin 2. fıkrası anlamında teknik bir “hakim kararı” değildir. Hakimin kararı borçlunun yedinde (elinde, zilyetliğinde) bulunan malların ihtiyaten haczini içerir. Ne var ki bunun yapılabilmesi de gerektiğinde icra müdürünün zor kullanma yetkisi kararı vermesine bağlıdır. Ancak bu, hakimin kararına dayanarak kullanılan yetki değil, İcra ve İflas Kanunu’nun 261. maddesinin 2. fıkrasının atfıyla, aynı Kanun’un 80. maddesinin 4. fıkrasından kaynaklanan bir yetkidir.

İhtiyati haciz kararında ihtiyaten haczedilecek malların kararda gösterilmesi gereği (İİK m. 260/4)³⁶; hakim, somut olayın tüm şart ve durumunu

³¹ İlk bakışta takip hukukunda alacaklının menfaatine ağırlık verildiği görülmektedir. Gerçekten alacaklı elinde bir belge olmasına bile gerek olmaksızın borçluya karşı takip yapabilmektedir. Ancak bu, takibin başından sonuna kadar borçlunun menfaatinin dışarıda bırakıldığı sonucunu doğurmaz. Borçlu kendisine karşı başlatılan takibe itiraz imkânına sahiptir (**Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, s. 62; **Çiftçi**, s. 215).

³² **Özekes**, Temel Haklar, s. 164.

³³ **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, s. 515 vd.

³⁴ **Özekes**, İhtiyati Haciz, s. 239.

³⁵ **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, s. 525.

³⁶ İhtiyati haciz kararında haczedilecek malların belirtilmesi hususunda detaylı bilgi için bkz. **Özekes**, İhtiyati Haciz, s. 238 vd.

düşünerek borçlunun belli mallarının haczine karar verebilir. Bu yapılırken de eğer borçluya kuvvet kullanılması ihtimalini bertaraf etmek istiyorsa yukarıda geçen genel ifadeler yerine daha somut ifadelerle borçlunun menkullerinin haczini sağlayabilir. Özellikle hakimin borçlunun malvarlığı hususunda bilgi sahibi olması durumunda belirleme ve sınırlama yapması mümkündür. Örneğin sadece borçlunun salon takımlarının ihtiyaten haczine karar verilmesi gibi³⁷.

D. Sınırlamanın Ölçülülük İlkesine Aykırı Olmaması

Temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması ölçülülük ilkesine aykırı olmamalıdır (AY m. 13)³⁸. “*Bu ilke, sınırlamada başvuru alan aracın sınırlama amacını gerçekleştirmeye elverişli olmasını; bu aracın, sınırlama amacı açısından gerekli olmasını ve araçla, amacın ölçüsüz bir oran içinde bulunmamasını ifade eder*³⁹.” Ölçülülük ilkesi İsviçre hukukunda⁴⁰ “serçelerin topla vurulmaması”; Fransız hukukunda ise⁴¹ “sineğin çekiçle ezilmesi” benzetmeleriyle ifade edilmiştir.

Ölçülülük ilkesinin bilindiği üzere üç alt ilkesi bulunmaktadır⁴². Bunlar elverişlilik, gereklilik ve oranlılıktır. *Elverişlilik ilkesi* alınan tedbirlerle veya tedbirle amaca ulaşılabilmesinin mümkün olmasını ifade eder. Araç amacı gerçekleştirmeye yaklaşıyor ise söz konusu araç, o amacı gerçekleştirmek için elverişlidir⁴³. *Gereklilik ilkesi*, ulaşılmak istenen amaca aynı derecede elverişli birden fazla araç içinden, kişiye en az müdahalede bulunan aracın

³⁷ Belgesay, s. 455.

³⁸ Özbudun, s. 114; Gören, Anayasa, s. 398; Gören, Sınırlama, s. 50; Tanör/Yüzbaşıoğlu, s. 154; Atar, s. 129; Erdoğan, s. 209.

³⁹ Özbudun, s. 114.

⁴⁰ Fleiner, s. 404 (Nakleden: Metin, s. 20).

⁴¹ Braibant, s. 298 (Nakleden: Metin, s. 20).

⁴² Anayasa Mahkemesi ölçülülük ilkesini ilk kez 1988/50 Esas, 1989/27 Karar, 23.06.1989 tarihli kararında tanımlamıştır (Metin, s. 217). Bu tanıma baktığımızda da ölçülülük ilkesinin üç alt ilkesine vurgu yapıldığı görülmektedir. Karar için bkz. Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, S. 25, Ankara 2001, s. 301 vd.

⁴³ Metin, s. 26; Sungurtekin Özkan, s. 179; Dikmen Caniklioğlu, s. 489.

seçilmesini ifade eder⁴⁴. *Oranlılık ilkesi* ise ulaşılmak istenen amaç ile bu amaca ulaşmak için kullanılan araç arasında ölçülü bir oranın bulunmasını ifade eder⁴⁵.

Ölçülülük ilkesinin kapsamını ortaya koyan bu tanımlardan yola çıkılarak İcra ve İflas Kanunu'nun 80. maddesinin 4. fıkrasındaki zor kullanma tedbirinin ölçülü bir tedbir olup olmadığını belirlemek gerekir⁴⁶. Bu ise ölçülülük ilkesinin tüm alt ilkelerinin ayrı ayrı değerlendirilmesi yoluyla mümkündür. Zira bu alt ilkeler bir somut hükümde değerlendirme konusu yapıldığında bütün olarak değerlendirilerek; söz konusu hükmün ölçülülük ilkesine aykırı olup olmadığı belirlenebilir⁴⁷.

İlk olarak icra müdürüne verilen zor kullanma yetkisi alacaklının alacak hakkını karşılamaya elverişlidir. Gerçekten bu yetki ile icra müdürü borçlunun üzerinde para, kıymetli evrak, altın veya gümüş veya diğer kıymetli şeyleri sakladığını anlar ve borçlu bunları vermekten kaçınırsa borçlunun şahsına kuvvet uygulayarak bunları haczedebilir⁴⁸. Bunun neticesinde de alacaklı hakkına kavuşabilir.

İkinci olarak zor kullanma yetkisi alacaklının hakkına kavuşması için gereklidir. Başka bir deyişle zor kullanma yetkisi ölçülülük ilkesinin gereklilik alt ilkesi yönünden de hukuka uygundur. Öncelikle “gereklilik” incelenmesi yapılabilmesi için amacı gerçekleştirmeye yönelik birden fazla aracın olması gerekir⁴⁹. İcra müdürü alacaklının hakkını alabilmesi için kullanabileceği araçlardan birisi zor kullanma yetkisi olmakla birlikte tek yetki değildir. Bundan başka, örneğin borçlunun resmi sicile kayıtlı malının haczi (İİK m. 79/2)⁵⁰, üçüncü kişilerde bulunan hak ve alacakların haczi (İİK m.

⁴⁴ **Metin**, s. 30. Gereklilik ilkesi Anayasa Mahkemesinin bazı kararlarında “zorunluluk” şeklinde ifade edilmesi hakkında bkz. AYM 18.10.2007, E. 2007/4, K. 2007/81, Resmi Gazete Tarihi: 08.12.2007, Resmi Gazete Sayısı: 26724.

⁴⁵ **Metin**, s. 36; **Sungurtekin Özkan**, s. 179.

⁴⁶ **Yıldırım**, s. 104; **Sungurtekin Özkan**, s. 182.

⁴⁷ **Metin**, s. 188.

⁴⁸ **Postacıoğlu**, s. 300; **Üstündağ**, s. 152; **Kuru**, İcra I, s. 628; **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, s. 276-277.

⁴⁹ **Metin**, s. 30.

⁵⁰ **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, s. 275.

89)⁵¹, resmi sicile kayıtlı olsun veya olmasın taşınır ve taşınmaz malların haczi (İİK m. 85)⁵² de alacaklının hakkını almasını sağlayabilir. Bu açıdan düşünüldüğünde borçluya daha az külfet getirmesi açısından bu sayılan mallardan birinin haczinin yapılması gereklilik unsuruna göre daha uygun görülebilir. Ancak kanaatimizce icra müdürüne verilen zor kullanma yetkisi gereklilik unsuru bakımından ölçülülük ilkesine aykırı değildir. Zira zor kullanma yetkisi belli şartların gerçekleşmesi halinde ve hatta şartların gerçekleşmesi halinde bile icra müdürünün takdirinde olarak kullanılabilen bir yetkidir⁵³. İcra müdürü somut olayda borçlunun diğer mal ve haklarını, borçlunun tutumunu, alacaklının alacak miktarını ve somut olayın diğer şartlarını göz önünde tutarak bu yetkiyi kullanmalıdır. Diğer taraftan örneğin, borçlunun alacak miktarını karşılamayacak miktarda taşınırının olması ve bununla birlikte üzerinde yüklü miktarda para veya altının olmasına rağmen bunları vermeyi reddetmesi ve taşınır malının haczedilmesini istemesi gereklilik unsurunun koruması kapsamına girmemelidir.

Son olarak oranlılık unsuru açısından da zor kullanma yetkisi ölçülülük ilkesine uygundur. Haczin tatbiki sırasında kullanılacak ve esas itibarıyla somut olay çerçevesinde yapılabilecek ölçülülük değerlendirmesi cebri icra hukukunun uygulama yönünün ağır basmasından kaynaklanmaktadır. Gerçekten zor kullanma yetkisi ilk bakışta mülkiyet hakkının korunması karşılığında borçlunun özel hayatına müdahale edilmesini gerektirmesi; borçlunun katlanacağı külfetin, malvarlığı hakkı karşısında özel hayatına müdahale şeklinde olması diye düşünülebilir. Ancak bu yetkinin takdiri nitelik taşıması bu kaygıyı bertaraf etmelidir. Bununla birlikte icra müdürü de zor kullanma yetkisini kullanmadan önce takdir yetkisini kullanırken borçluya daha az külfet getiren başka bir aracın olup olmadığına bakmalıdır⁵⁴. Alacaklının menfaatini aynı derecede koruyan bununla beraber borçluya daha az zarar veren bir başka tedbir varsa bu tedbiri uygulamalıdır. Başka bir deyişle zor kullanma yetkisinin uygulanması neticesinde alacaklının elde edeceği menfaat ile borçlunun katlanacağı zarar göz önünde tutulmalıdır.

⁵¹ **Kuru**, İcra I, s. 687 vd.; **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, s. 308 vd.

⁵² **Kuru**, İcra I, s. 635.

⁵³ **Özçelik**, s. 280.

⁵⁴ **Yıldırım**, s. 104; **Sungurtekin Özkan**, s. 196.

Temel hak ve hürriyetlerin nihai amacı insan onurunu sağlamaktır⁵⁵. Anayasalarda ve uluslararası sözleşmelerde tanınan temel hak ve hürriyetler insan onurunun bağımsızlaşmış parçalarıdır⁵⁶. Bu anlamda gerek kişinin özel hayatının gizliliği gerekse mülkiyet hakkı insan onurunu sağlamaya hizmet eder. Cebri icra hukukunda zor kullanma yetkisi açısından alacaklı ile borçlu arasındaki temel hak çatışması düşünülürse; bu çatışma özellikle iki temel hakkın karşı karşıya gelmesi sonucu çıkmaktadır. Bir tarafta alacaklının mülkiyet hakkı, bir tarafta da borçlunun özel hayatının gizliliği bulunur. Mevcut Kanuni düzenlemenin (İİK m. 80/4) çatışan bu değerler arasında orta bir yol bulmaya çalıştığı yorumu yapılabilir. Borçlunun şahsına kuvvet tatbikinin ancak belli şartların yerine gelmesi halinde mümkün olması, borçlunun özel hayatının gizliliğini korurken; borçlunun şahsına gerekirse zor kullanılarak sakladığı değerli eşyaların haczinin sağlanması ile de alacaklının mülkiyet hakkı korunmaktadır. Kanunun bu çözümünün isabetli olduğu kanaatindeyiz. Zira kişinin özel hayatı ve gizliliği ile temelde sağlanmak istenen amaçla, mülkiyet hakkının sağlamak istediği amaç aynıdır. Bu anlamda her iki temel hak da bireyin insan onuruna yakışır bir şekilde yaşamasına hizmet eder. Bu iki haktan biri diğerine tercih edileceğinde önemli olan hususlardan birisi de ölçülülük ilkesidir. Ölçülülük ilkesiyle kanun koyucu bağlı olduğu gibi, kanun hükmünü yerine getiren icra memuru da bağlıdır. O halde mevcut kanuni düzenleme açısından, icra memuru borçlunun şahsına zor kullanma yetkisinin tatbik edilmesine karar verirken, yetkinin kullanılmasının şartlarının yerine gelip gelmediğini titizlikle araştırmalı ve ölçülülük ilkesi ekseninde hareket etmelidir.

II. ZOR KULLANMA YETKİSİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

İcra müdürünün yetkisi emredici nitelikte olabileceği gibi takdiri nitelikte de olabilir. Emredici bir yetki kullanılırken icra müdürü somut olaya ilişkin bir değerlendirme yapmaksızın kanunun emrini yerine getirir⁵⁷. Buna

⁵⁵ **Gören**, Sınırlama, s. 54; **Doğan**, s. 59; **Dikmen Caniklioğlu**, s. 470.

⁵⁶ **Aldabak**, s. 218.

⁵⁷ Her iki halde de yetkinin kaynağı bir kanun hükmü olmalıdır. İcra müdürü kendisine kanun tarafından verilmeyen bir yetkiyi kullanamaz. Cebri icra hukukunda kanunilik ilkesi hakkında bkz. **Pekcantez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, s. 87; **Özekes**, Temel Haklar, s. 89 vd.

karşılık takdir yetkisi kullanımında somut olay adaletini sağlamaya yönelik kanunun kendisine izin verdiği sınırlar çerçevesinde işlem yapar. Örneğin hacizde bir malın haczi kabil olup olmadığı değerlendirilerek yapılırken (İİK m. 82/4)⁵⁸ somut olayın şartları nazara alınarak adalete uygun bir çözüm bulmaya çalışılmalıdır.

Zor kullanma yetkisinin kullanılıp kullanılmaması icra müdürünün takdirindedir⁵⁹. Bu durum maddenin ifade tarzından bu anlaşılmaktadır. Hüküm "...edilebilir" ifadesi ile buna işaret etmektedir⁶⁰. Ayrıca hukuk kuralını, hukuk kuralının sonuç kısmı ve hukuk kuralının unsurları şeklinde ikiye ayıracak olduğumuzda, icra müdürünün zor kullanma yetkisi hukuk kuralının sonucuna ilişkin bir takdiri nitelik taşır. Başka bir ifadeyle burada takdir yetkisinin tanıdığı alan hukuk kuralının sonucundadır⁶¹.

III. ZOR KULLANMA YETKİSİNİN KULLANILMASININ SINIRLARI

Takdir yetkisi özünde serbestlik barındıran bir yetkidir. Ancak bu serbestlik somut olay adaletine ulaşmak gibi bir amaca hizmet ettiği için amaçlı bir serbestliktir⁶². Kaldı ki hukuk devleti açısından devlet adına yetki kullanan organların hukuka bağlı kalması gerekir⁶³. Zor kullanma yetkisi de kullanılırken belli sınırlara riayet edilerek kullanılmalıdır.

Bu sınırlardan ilkinin Anayasanın bağlayıcılığı düşünülerek anayasal temel hak ve ilkeler oluşturur⁶⁴. İcra müdürü zor kullanma yetkisi kararını

⁵⁸ Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 279.

⁵⁹ Özçelik, s. 280.

⁶⁰ Özmumcu, s. 494.

⁶¹ İcra müdürüne tanınan takdir yetkisi hukuk kuralının unsurunda ve hukuk kuralının sonucunda olabilir. Bundan başka cebri icra işlemin yapılma süresinde de kanun koyucu icra müdürüne takdir yetkisi tanıyabilir. İcra müdürünün takdir yetkisinin alanı hakkında açıklamalar için bkz. Özçelik, 49 vd.

⁶² Hakime tanınan takdir yetkisi ile adaletin gereği gibi tecelli edeceğinin ifade edilmesi konusunda bkz. Edis, s. 170.

⁶³ Özbudun, s. 123.

⁶⁴ Anayasanın bağlayıcılığının icra daireleri için de geçerli olduğu hususunda bkz. Özekes, Temel Haklar, s. 24.

verirken anayasal temel hak ve ilkelerle bağlıdır. Her bir temel hak ve ilke, özünde insanı korumasından hareketle aynı amaca hizmet etmektedir. Bu sebeple temel hak ve ilkeler iç içe geçmiş durumdadır. Çalışmamızda inceleme konusu yapılanlar ise zor kullanma yetkisini kullanıldığında en çok temas edeceğini düşündüğümüz temel hak ve ilkelerdir. İkinci olarak da yetkinin kaynağı olan İcra ve İflas Kanunu'nun 80. maddesinin 4. fıkrasında yer alan sınırlar ile icra müdürü bağlıdır. Her iki sınır ile icra müdürünün bağlı olduğu düşünüldüğünde bu sınırlara riayet edilmeden verilen zor kullanma yetkisi kararı hukuka aykırı olur. Ayrıca icra müdürü tarafların menfaat dengesini sağlamakla yükümlü olması nedeniyle menfaat dengesi kavramıyla da bağlıdır⁶⁵.

A. Zor Kullanma Yetkisinin Kullanılmasının Anayasal Sınırları

1. İnsan Onuru

İnsan onuru kavramı tarihi köken açısından insanın doğasından kaynaklanmaktadır. “...Her insanın, kişisel, bedensel vb. özelliklerine bakılmadan doğuştan sahip olduğu insan onuru kavramı, bireyin insan onuruna yakışır bir hayat sürdürmesi için gereken koşullara sahip olmasını şart koşar⁶⁶.” Anayasa Mahkemesi bir kararında insan onuruna şu şekilde vurgu yapmıştır: “İnsan haysiyeti kavramı insanın ne durumda, hangi şartlar altında bulunursa bulunsun sırf insan oluşunun kazandırdığı değerinin tanınmasını ve sayılmasını anlatır. Bu öyle bir davranış çizgisidir ki ondan aşağı düşünce, muamele ona muhatap olan insanı insan olmaktan çıkarır⁶⁷.”

Anayasanın başlangıç kısmı altıncı paragrafında onurlu bir hayat sürdürme hakkından bahsedilmektedir. Anayasa'nın ikinci maddesinin ikinci fıkrasında da Devletimizin nitelikleri sayılırken başlangıç hükümlerinde sayılan temel ilkelere bağlı bir devlet olması üzerinde durulmaktadır. Bu açıdan bakıldığında insan onuru bir temel hak olarak ayrıca Anayasaya konulmamış olsa da, devletin faaliyetlerinde bu temel değer bağlayıcı nitelik

⁶⁵ Çiftçi, s. 244.

⁶⁶ Aldabak, s. 218.

⁶⁷ AYM 28.06.1966, E. 1963/132, K. 1966/29, Resmi Gazete Tarihi: 27.06.1967, Resmi Gazete Sayı: 12632.

taşımaktadır⁶⁸. İcra müdürü de takdir yetkisini kullanırken insan onuruna uygun hareket etmelidir.

İcra müdürü takdir yetkisini kullanırken bağlı olduğu en dış sınır insan onuru kavramıdır. Zor kullanma yetkisine karar verildiğinde de bu yetki, kanunda yer alan özel sınırlar ile anayasal temel hak ve ilkelerden başka insan onuruna uygun kullanılmalıdır⁶⁹. Bununla birlikte özellikle cebri icra uygulamasında insan onurunun zedelenip zedelenmediğinin belirlenmesinde genel bir ölçü koymak imkansız gibidir. Ancak icra müdürü keyfi olarak zor kullanma yetkisinin kullanılmasına karar vermişse, zor kullanma yetkisi neticesinde borçlu vicdana sığmayacak derecede etkisiz hale getirilmişse veya borçlunun ve onun ailesinin özel durumu hiç dikkate alınmadıysa insan onuruna aykırı olarak zor kullanma yetkisinin kullanıldığı kabul edilmelidir⁷⁰. Bundan başka zor kullanma yetkisi tatbik edilirken, zor kullanma yetkisi ile korunmak istenen değer alacak hakkı olduğu göz önünde tutularak, borçlunun kelepçelenmesi veya herhangi bir suretle ellerinin bağlanması, borçlunun bir yere bağlanması, vücudunda yaralanmaya sebebiyet verilmesi halinde de insan onuruna uygun olarak yetkinin kullanılmadığı söylenmelidir. Doktrinde bir başka kıstas olarak “*borçlunun şahsı hakkında suç teşkil edecek*” emirlerin yerine getirilmemesi, örneğin borçlunun dövülmesinin zor kullanma yetkisi kapsamında değerlendirilemeyeceği ifade edilmiştir⁷¹. Gerçekten bu kıstas kullanılarak da zor kullanma yetkisine bir sınır çizilmelidir. Suç teşkil eden bir fiilin cezalandırılması, bu fiil yardımıyla alacaklının hakkına kavuşmasına hizmet etmemesini gerektirir.

⁶⁸ Bu yönüyle insan onuru kavramının yapılacak Anayasal değişikliklere karşı korunduğuna dair bkz. **Gören**, Giriş, s. 379; **Gören**, Sınırlama, s. 54.

⁶⁹ İcra müdürünün takdir yetkisini kullanırken; temel hak ve hürriyetlerle bağlı olması, insan onuru kavramının da Anayasa Mahkemesi'nin kararında yer alan ifade esas alındığında insanı insan yapan değerler bütünü olması (AYM 28.06.1966, E. 1963/132, K. 1966/29, Resmi Gazete Tarihi: 27.06.1967, Resmi Gazete Sayı: 12632), insan onuru kriterinin dikkate alınmasını ve bunun diğer temel hak ve ilkeler düşünüldüğünde en dış sınırını oluşturduğu yorumu yapılabilir.

⁷⁰ **Özekes**, Temel Haklar, s. 115-116.

⁷¹ **Postacıoğlu**, s. 300.

2. Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması

Özel hayatın gizliliği ve korunmasının anayasal dayanağı Anayasa'nın 20. maddesidir. Bu hüküm ile kişinin konut dokunulmazlığı ve haberleşme hürriyeti dışında kalan özel hayatına ilişkin alanın korunduğunu ifade edebiliriz. Zira konut dokunulmazlığı ve haberleşme hürriyeti ayrıca düzenlenmiştir⁷².

Özel hayatın kapsamının geniş olması, bu kavramın tanımını yapmayı zorlaştırmaktadır. Yapılan bir tanıma göre: “*Özel hayatın gizliliği ve korunması kavramı, bireyin kişiliğini geliştirmek ve manevi değerlerine güvence sağlamak için başkaları tarafından bilinmesini istemediği hususların oluşturduğu ve korunması hukuken geçerli görülen hayat üzerindeki haktır*”⁷³. Yargıtay, özel hayatın gizliliğini ihlal suçunu değerlendirdiği bir kararında özel hayat için, “...başkaları tarafından görülmesi ve bilinmesi mümkün olmayan yaşam olayı...” ibaresini kullanmıştır⁷⁴.

Özel hayatın gizliliği temel hak ve hürriyetler arasında sayılmaktadır. Bu hakkın sınırlanması Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca yapılmalıdır⁷⁵. Hakkın öznesi herkeştir⁷⁶. Hak, temelde kişinin yalnız kalabilme hakkına dayanır⁷⁷.

Yukarıda belirlemesini yaptığımız üzere; borçlunun şahsına karşı zor kullanılabilmesine ilişkin düzenleme Anayasa'nın 13. maddesine uygundur. Cebri icra hukukunun uygulama yönünün ağır basması nedeniyle, icra müdürünün zor kullanma yetkisini özel hayatın gizliliğine uygun olarak kullanması halinde hukuka aykırı bir hal olmaz⁷⁸. Özel hayatın gizliliği asıl olmakla birlikte kanunda yazılı hallerde yetkili kişiler eliyle müdahalede bulunulması özel hayatın gizliliğine aykırı kabul edilmez⁷⁹. İcra müdürünün

⁷² Tanör/Yüzbaşıoğlu, s. 169.

⁷³ Gök, s. 154.

⁷⁴ Yarg. 12. CD. 11.04.2012, E. 2011/20872, K. 2012/9834, Kazancı İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 21.11.2013.

⁷⁵ Özbudun, s. 110; Tanör/Yüzbaşıoğlu, s. 147.

⁷⁶ Tanör/Yüzbaşıoğlu, s. 162.

⁷⁷ Tahmazoğlu Üzeltürk, s. 98.

⁷⁸ İcra teşkilatının en önemli unsurunun icra dairesi olduğuna dair bkz. Kuru, İcra I, s. 39.

⁷⁹ Kaya, s. 83.

kararıyla kolluk kuvvetlerinin zor kullanma yetkisi kullanması (İİK m. 81)⁸⁰, bu yetkinin kanun tarafından yetkilendirilmiş kişilerce tatbik edildiğine işaret eder.

İcra müdürü zor kullanma yetkisinin kullanılmasında kararını verdikten sonra sonuçta bu eşyanın kişinin özel hayatının gizliliği kapsamında bir eşya olduğunu anlarsa muhafaza etmesi için borçluya vermelidir⁸¹. Zira kişinin özel hayatına ilişkin bir takım bilgilerin hukuka aykırı olarak elde edilmesi bir ihlal oluşturduğu gibi bu bilgilerin ifşa edilmesi ikinci bir ihlal oluşturur⁸². Örneğin icra müdürü neticede, borçlunun mektuplarının veya günlüğünün olduğunu anlarsa, bunları ifşa etmeden borçluya vermelidir⁸³.

Borçlunun şahsına zor kullanılarak kapalı bir zarfın ele geçirilmesi sonrasında icra müdürü bu zarfın içinde ne olduğuna bugünkü kanuni düzenleme ve pratik hayat açısından bakabilmelidir. Kapalı zarfın içinde borçluya ait kişisel verilerin olabileceği gibi buna karşın kıymetli evrak ya da hisse senedi olabilir (İİK m. 88/1)⁸⁴. Bunun anlaşılması için de icra müdürü kapalı zarfı açarak içeriğinin ne olduğuna bakmalıdır. Bu yapılırken borçlunun özel hayatının gizliliğine riayet edilmesi gerekir. Yapılacak inceleme, amacı yerine getirecek kadar olmalıdır. Borçlunun özel hayatına ilişkin

⁸⁰ Postacıoğlu, s. 300; Kuru, İcra I, s. 629; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 277.

⁸¹ Özçelik, s. 144-145.

⁸² “...Kişinin özel yaşamının gizliliğine dokunulamaz. Kişinin sıfatı ve konumu ne olursa olsun, rızası dışında kamuya açıklanamaz. Bunlar kişinin gizli alanını oluşturur. Bir kişinin hukuka aykırı bile olsa konuşmalarının ve görüntüsünün gizli kamera ile kayda alınması aynen telefon konuşmalarının yasadışı dinlenmesinde olduğu gibi onun kişilik haklarına ve özel yaşamına saldırı niteliği taşımaktadır. Bu kayıt ve görüntülerin televizyon yoluyla kamuoyuna yansıtılması kişilik haklarına yapılmış ikinci bir saldırı niteliğindedir.” (Yarg. 4. HD. 26.10.2007, E. 2006/13723, K. 2007/13089, Kazancı İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 21.11.2013); İmre, s. 154.

⁸³ Mektup kişinin özel hayatına ilişkindir. Mektubun bu niteliği ve boşanma davalarında delil olması konusunda bkz. Tutumlu, s. 632 vd. Günlük de kural olarak kişinin özel hayatına ilişkindir. Günlüğün boşanma davasında delil olmasına ilişkin bir örnek için bkz. HGK, 25.09.2002, E. 2002/2-617, K. 2002/648, Kazancı İçtihat Programı.

⁸⁴ Postacıoğlu, s. 305; Kuru, İcra I, s. 636; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 297-298.

verilerle karşılaşılması halinde bu verilerin ifşa edilecek şekilde gösterilmesi, beyan edilmesi amaçla bağdaşmaz⁸⁵. Bu nitelikte verilere ulaşılması halinde icra müdürü gerekirse haciz için gelen diğer görevlilere de göstermeyecek şekilde bunları borçluya verip muhafaza etmesini sağlamalıdır⁸⁶.

Kişinin mahremiyetine saygı duyulması özel hayatının gizliliği ve korunmasının bir gereğidir⁸⁷. Bu düşünceyle mümkün olduğu ölçüde zor kullanma yetkisinin borçlunun kendi cinsiyetinden biri tarafından yerine getirilmesi somut olayda alınabilecek tedbirlerden biri olarak düşünülebilir⁸⁸. Bu tedbir esas itibarıyla alacaklının hakkını korumaya da hizmet eder. İcra müdürü kişinin mahremiyetine saygı duyulması ile alacaklının hakkını almaya yönelik zor kullanma yetkisini kullanıp kullanmama konusunda ikilemde kalmaz. Borçlu kendi cinsiyetinden bir görevlinin üst araması yapması halinde artık mahremiyetinin ihlal edildiğini ileri sürememelidir. İcra müdürü de bu sayede alacaklının hakkını korumak maksadıyla borçlunun şahsına zor kullanma yetkisinin tatbik edilmesi emrini verebilir.

3. Mülkiyet Hakkı

Mülkiyet hakkı Anayasa'nın 35. maddesinde miras hakkı ile birlikte düzenlenmiştir. Temel hak ve hürriyetler arasında sayılan mülkiyet hakkı için doktrinde, toplumsal ilişkileri etkilemesi nedeniyle insanlık tarihine

⁸⁵ **Özekes**, Temel Haklar, s. 165: “*Cebri icra faaliyetinin, ticari rakiplerin birbiri hakkında kötüniyetli bilgi edinmesine, haksız şekilde bir tür bilgi toplama veya ticari sırlara vakıf olma aracına dönüşmesine de izin verilemez. Bu, dürüstlük kuralıyla da bağdaştırılmayacaktır.*”

⁸⁶ Yapılacak kanuni düzenleme ile bu türde olaylarla karşılaşabilecek icra müdürünün yetkisinin sınırları daha iyi bir şekilde çizilebilir. Söz gelimi İcra ve İflas Kanunu'nun 184. maddesinin 2. fıkrası gereğince müflise gelen mektupların iflas idaresi tarafından açılması mümkündür. Bu yetkinin kullanılması için mahkemenin karar vermesi gerektiği doktrinde önerilmiştir (**Başözen**, s. 80). Bu bağlamda konumuz açısından da borçlunun özel hayatının daha iyi bir şekilde teminat altına alınması için hakim kararı getirilmesi düşünülebilir. Ancak icra müdürlüğünün icra mahkemesine bu şekilde bir danışma görevinin olmaması nedeniyle yetkinin anlatılan çerçevede kullanılması gerekir.

⁸⁷ **Akipek**, s. 110; **Şen**, s. 231 vd.; **Ayan/Ayan**, s. 64.

⁸⁸ **Özçelik**, s. 159.

damgasını vuran bir hak olduğu nitelemesi yapılmıştır⁸⁹. Mülkiyet hakkına herkes sahip olabilir. Mülkiyet hakkı hak sahibine mutlak bir yetki verir⁹⁰. Bu yetki ise kamu yararı ile sınırlanabilir⁹¹. Mülkiyet hakkı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ek 1 nolu Protokol ile de düzenlenmiştir⁹².

Cebri icra hukukunda mülkiyet hakkının görünümü üç boyutludur⁹³. Biz burada çalışmamız itibarıyla alacaklının mülkiyet hakkına yönelik açıklamalarda bulunacağız. Genel haciz yoluyla takipte alacaklının talebi, bir şeyin teminat gösterilmesine yönelik talepler dışında, bir miktar paradır⁹⁴. Alacaklının anayasal temel hak ve ilkeler düzeyinde neredeyse korunan tek hakkı bu nedenle mülkiyet hakkıdır. Alacaklının mülkiyet hakkının etkin bir şekilde korunması takipten beklediği faydaya ulaşması açısından son derece önemlidir.

Zor kullanma yetkisinin de bu amacı yerine getirmek için tanınmış yetkilerden biri olduğunu söyleyebiliriz. İcra müdürü borçlunun üzerinde para, kıymetli evrak altın veya gümüş veya diğer kıymetli şeyleri sakladığını anlarsa zor kullanma yetkisini kullanabilir (İİK m. 80/4)⁹⁵. Hükümde ifade edilen eşyalar tahdidi sayılmamakla birlikte satış sonrasında alacaklının hakkına kavuşmasına hizmet edecek türdendir. Gerçekten para dışında kıymetli evrak keşideciye sunulmakla; altın, gümüş veya diğer madenler piyasadaki bedelle kolaylıkla paraya çevrilebilir. Alacaklının hakkını elde edebilmesi içinse bu eşyaların bizzat el konularak haczedilmesi gerekir (İİK m. 88/1)⁹⁶. Borçlunun bunları vermektan kaçınması halinde de icra müdürü zor kullanma yetkisini kullanarak haczi tatbik etmelidir.

⁸⁹ **Serozan**, s. 239. Mülkiyet hakkı üzerinde temel yaklaşımlar ve bu hakkın tarihi gelişimi karşısında Anayasa'mızda mülkiyet hakkının düzenlenmesi konusunda bkz. **Bulut**, s. 15 vd.

⁹⁰ **Serozan**, s. 245.

⁹¹ **Akad**, s. 12.

⁹² Mülkiyet hakkının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi çerçevesinde detaylı incelenme konusu yapan çalışma için bkz. **Gemalmaz**, s. 1 vd.

⁹³ **Özekes**, Temel Haklar, s. 182.

⁹⁴ **Kuru**, İcra I, s. 194.

⁹⁵ **Üstündağ**, s. 152; **Kuru**, İcra I, s. 628; **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, s. 276-277.

⁹⁶ **Postacıoğlu**, s. 305; **Kuru**, İcra I, s. 636; **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, s. 297-298.

Zor kullanma yetkisi haczin yapılma amacı açısından bakıldığında da gerekli olabilir. İcra ve İflas Kanunu'nun 85. maddesinin birinci fıkrası gereğince borçlunun alacaklının alacak miktarını karşılamaya yetecek tutarda malı haczedilir⁹⁷. İcra müdürü haczettiği malların alacak miktarını karşıladığını görmesi halinde (İİK m. 87) haciz işlemine son vermelidir⁹⁸. Alacak miktarını karşılamak için de İcra ve İflas Kanunu'nun 80. maddesinin 4. fıkrasında örnek kabilinden sayılan eşyaların haczi son derece önemlidir. Bu eşyaların haczinin gerekirse zor kullanılarak yapılması alacaklının mülkiyet hakkını korumaya hizmet eder.

Alacaklının mülkiyet hakkının korunması adil yargılanma hakkının da bir gereği ve etkin hukuki korunmanın sonucudur⁹⁹. Alacaklı borçludan devletin kendisine tanıdığı imkanlarla mümkün olduğu kadar basit ve kolay şekilde alacağını alabilmelidir. Cebri icra hukukumuzda bakıldığında da ilamsız icra yolunun kabul edilmesi, alacaklının mahkemeye müracaat etmeden icra dairelerine müracaat ederek alacağını alabilmesi, bu amacı gerçekleştirmeye yönelik olduğu yorumu yapılabilir. Kesinleşen takip neticesinde borçlunun mallarının haczedilmesi ve gerekirse zor kullanma yetkisinin kullanılması alacaklının mülkiyet hakkını korumaya hizmet eder.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ek 1 nolu Protokol, ülkemiz tarafından 20.03.1952 tarihinde imzalanıp 10.03.1954 tarih 6366 sayılı Kanun ile onaylanarak yürürlüğe girmiştir¹⁰⁰. Bu protokol kapsamında devlet, bireylerin mülkiyet hakkına saygı duyup haksız müdahalede bulunmamak ve diğer özel hukuk kişilerine karşı etkin bir koruma sağlama yükümlülüğü altındadır¹⁰¹. Cebri icra hukuku devletin pozitif yükümlülüğünün bir sonucudur. Borcunu ödemeyen borçluya karşı alacaklı devletin yetkili organlarına başvurarak hakkını alır. Bu yükümlülük alacaklının hakkını alabileceği hukuki mekanizmanın kurulmasıyla tamamen yerine getirilmiş sayılmaz. Devlet bu mekanizmayı etkin bir şekilde, gerekirse cezai müeyyidelerle destekleyerek, işletmek zorundadır. Bu anlamda her ne kadar etkileri, hukuki

⁹⁷ **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, s. 296.

⁹⁸ **Kuru**, İcra I, s. 634.

⁹⁹ **Özekes**, Temel Haklar, s. 136; **Akkan**, s. 63.

¹⁰⁰ Resmi Gazete Tarih: 19.03.1954, Resmi Gazete Sayı: 8662.

¹⁰¹ **Gemalmaz**, s. 419.

niteliği ve sonuçları bakımından cezai bir müeyyide değilse de zor kullanma yetkisi alacaklının hakkını etkin bir şekilde korumaya hizmet eder. Borçlu, haciz esnasında değerli bir eşyayı saklar ve vermekten kaçınırsa; icra müdürü zor kullanarak bu eşyanın haczini sağlar ve neticede alacaklının hakkı korunmuş olur. O halde icra müdürü zor kullanma yetkisinin tatbikine karar verirken borçlunun temel hak ve hürriyetlerini düşünmenin yanı sıra, alacaklının da mülkiyet hakkını göz önünde tutmalıdır. Aksi halde alacaklının mülkiyet hakkı anayasal düzeyde ihlal edilmesinin yanında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında da ihlal edilmiş olur.

Son olarak belirtmek gerekir ki: Devletin pozitif yükümlülüğünün kapsamı düşünülürse, cebri icra hukuku tatbikinde zor kullanma yetkisinin tanınmış olması son derece isabetlidir. Alacaklının ihlal edilen hakkını yeniden tesis etmek için zor kullanma yetkisinin icra organlarının elinde bulunması önemlidir. Bu yetki hukukun çizdiği sınırlar içinde ve özellikle temel hak ve hürriyetleri gözetir biçimde kullanılmalıdır.

4. Ölçülülük İlkesi

Ölçülülük ilkesi esas itibarıyla temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında kanun koyucuyu bağlayan bir ilkedir (AY m. 13). Bununla birlikte en fazla uygulanan Almanya ve İsviçre’de devletin tüm faaliyetlerinde uygulama alanı bulan bir ilkedir. Kanun koyucu kanunları yaparken ölçülülük ilkesine riayet etmek zorunda olduğu kadar, yürütme organı ve yargı organı da ölçülülük ilkesiyle bağlıdır¹⁰². Aksinin kabulü Anayasanın 13. maddesinin ulaşmak istediği amaca da aykırı olur. Zira hüküm, temel hakların sınırlandırılmasının bir sınırı olarak ölçülülük ilkesinin dikkate alınmasını emrederken, bunun tam manada yerine gelmesi hem yürütme organının hem de yargı organının ölçülülük ilkesine riayet etmesiyle mümkündür¹⁰³.

İcra takip işlemleri yapılırken ölçülülük ilkesine riayet edilmelidir¹⁰⁴. Zor kullanma yetkisinin kullanılmasında bu ilkenin öneminin fazlasıyla arttığını ifade edebiliriz. Çatışan temel hak ve hürriyetlerin dengelenmesinin

¹⁰² Battis/Gusy, s. 269 (Nakleden: **Metin**, s. 20).

¹⁰³ **Metin**, s. 20.

¹⁰⁴ **Özekes**, Temel Haklar, s. 205.

ölçülülük ilkesine riayet edilerek mümkün olduğu düşünülürse¹⁰⁵; icra müdürü, tarafların menfaatlerini dengelemek için gerekirse zor kullanma yetkisini kullanır, bunu yaparken de ölçülülük ilkesine riayet eder. Bu anlamda ölçülülük ilkesi hem zor kullanma yetkisine karar verilirken (İİK m. 80/4) hem de tatbik edilirken (İİK m. 81) dikkate alınmalıdır. İlk ihtimalde icra müdürü zor kullanma yetkisinin kullanılıp kullanılmayacağına karar verirken¹⁰⁶, zor kullanma yetkisinden başka, borçlu için daha az incitici ancak alacaklının hakkını elde etmeye elverişli aynı derecede etkili bir başka aracın olmadığına dikkat etmelidir. İkinci ihtimalde de zor kullanma yetkisini yerine getiren kolluk (İİK m. 81)¹⁰⁷, yaptığı müdahalenin ölçülülük ilkesine uygun olmasına dikkat etmelidir.

Zor kullanma yetkisi elverişlilik alt ilkesi açısından herhangi bir problem doğuracak nitelikte değildir. Bu ilkeye göre amaç ile araç arasında mantıksal bir bağın kurulması aranır¹⁰⁸. Zor kullanma yetkisiyle alacaklının mülkiyet hakkının uzantısı alacak hakkı korunabilir. Bu açıdan düşünüldüğünde zor kullanma yetkisi ile ulaşılmak istenen amaç arasında mantıki bağ bulunmaktadır.

Gereklilik alt ilkesi gereğince, icra müdürünün zor kullanma yetkisine karar verebilmesi için, alacaklının hakkını korumaya elverişli aynı derecede etkili başka bir aracın bulunmaması gerekir¹⁰⁹. Başka bir deyişle zor kullanma yetkisi kullanılmadan haciz amacına ulaşabiliyor veya zor kullanma yetkisinden daha etkili bir yol ile haciz gerçekleştirilebiliyorsa bu yetkiye başvurulması ölçülülük ilkesine aykırı olur. Söz gelimi alacağı karşılığa yeter değerde borçluya ait sicile kayıtlı bir malın bulunması halinde zor kullanma yetkisi kullanılmayabilir¹¹⁰. Buna karşılık borçlu, haciz esnasında üçüncü kişideki mal veya hakkını göstermesi halinde zor kullanma yetkisinin tatbiki düşünülebilir. Zira borçlunun bu beyanın hakikate aykırı olması

¹⁰⁵ Yıldırım, s. 105.

¹⁰⁶ Yıldırım, s. 106.

¹⁰⁷ Postacıoğlu, s. 300; Kuru, İcra I, s. 629; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 277.

¹⁰⁸ Metin, s. 26.

¹⁰⁹ Gereklilik unsurunda elverişli birçok araçtan ilgililer için en yumuşak olanının seçilmesi gerektiği konusunda bkz. Metin, s. 31.

¹¹⁰ Özçelik, s. 227.

halinde üçüncü kişinin süresi içinde itiraz ederek kendisine yönelmiş icra takip işlemini bertaraf edebilme imkanı vardır (İİK m. 89). O halde borçlunun gösterdiği üçüncü kişiye ihbarname gönderilerek elde edilecek netice, zor kullanma yetkisi ile elde edilecek neticeden alacaklının hakkını koruması bakımından aynı etkide değildir. Buna karşılık bazı hallerde de aksine davranılması hem alacaklının hakkını korumak hem de borçlunun özel hayatının gizliliğini korumak bakımından daha uygun bir çözüm olabilir. Örneğin borçlunun beyan ettiği mal veya hakkın bir bankada bulunması ve bunun doğrulunun anlaşılması halinde; icra müdürü zor kullanma yerine bankaya yapacağı ihbarla borçluya ait mal veya hakka haciz koymalıdır. İcra müdürü haciz tatbik ederken her somut olayın özelliğine uygun şekilde bu ve buna benzer değerlendirmeleri yaparak zor kullanma yetkisini kullanıp kullanmayacağına karar vermelidir.

Son olarak icra müdürü zor kullanma yetkisinin kullanılmasında oranlılık ilkesine de riayet etmelidir. Hatta diyebiliriz ki esas itibarıyla ölçülülük ilkesi açısından değerlendirmenin, bu alt ilke açısından yapılması gerekir. Zira bu ilkeye göre tatbik edilen zor kullanma yetkisi borçlu için katlanılabilir olmalı ve onun için aşırı bir külfet getirmemelidir¹¹¹. İcra müdürü zor kullanarak korumayı amaçladığı değer ile bu yetkinin borçluya getirdiği külfeti tartarak oranlılık değerlendirmesi yapmalıdır¹¹². Eğer yaptığı değerlendirme sonucunda borçlu için katlanabilir bir durum ortaya çıkarsa zor kullanma yetkisine karar vermelidir. Zor kullanma yetkisiyle korunmaya çalışılan değerlerin temelde mülkiyet hakkı olduğu düşünülürse; bu yetkinin tatbiki neticesinde borçlunun yaralanması, vicdana sığmayacak derecede etkisiz hale getirilmesi yahut konusu suç teşkil edecek şekilde bu yetkinin kullanılması gibi hallerde artık borçlu için katlanabilir bir durum olmadığını kabul etmek gerekir¹¹³.

¹¹¹ **Sungurtekin Özkan**, s. 196: “Bu ilke alacaklının talebinin yaşama geçirilmesine araç olacak nitelikte benzer birçok tedbir devreye girebilecekse, bunlardan en hafif olanın tercih olunması suretiyle alacaklı talebinin itinalı şekilde yürürlüğe konmasını gerektirir.”

¹¹² Oranlılık ilkesinin değerlendirilmesinde ulaşılmak istenen amaç ile kullanılan araç arasında bir tartım yapılması gerektiği ve Federal Alman Anayasa Mahkemesinin bu yönde karar verdiğine dair bkz. **Metin**, s. 27.

¹¹³ **Postacıoğlu**, s. 300; **Özekes**, Temel Haklar, s. 115-116.

5. Adil Yargılanma Hakkı

Adil yargılanma hakkının bir uzantısı etkin hukuki korumadır¹¹⁴. Etkin hukuki koruma hızlı bir şekilde yargılamanın sona ermesinin yanında maddi hukukla uyumlu adil bir kararın yerine gelmesi demektir¹¹⁵. Etkin hukuki korumanın tanımının yargılamayı kapsaması bu hakkın sadece mahkeme önünde dikkate alınacağını göstermez. Nitekim yargılama sonucunda verilen ilamın yerine getirilmesinde ve ilamsız icra takibinde de etkin hukuki korumanın sağlanması adil yargılanma hakkının bir gereğidir¹¹⁶. İcra müdürü zor kullanma yetkisine karar verirken alacaklının hakkını korumayı hedeflemelidir. Başka bir ifadeyle hakkın korunması zor kullanma yetkisi yoluyla etkili bir şekilde gerçekleşecekse zor kullanma yetkisine karar vermelidir¹¹⁷. Hükümde sayılan ve bunlara benzer nitelikteki eşyaların haczedilmesi alacaklının hakkını etkin bir şekilde korumaya hizmet eder. Alacaklı hakkına hızlı ve kolay bir şekilde ulaşabilir.

Adil yargılanma hakkının bir başka unsuru hukuki dinlenilme hakkı¹¹⁸; hukuki dinlenilme hakkının bir gereği de gerekçeli karar verilmesidir (HMK m. 27/2-c)¹¹⁹. Cebri icra uygulamasında da hukuki dinlenilme hakkı tanınması¹²⁰ ve bunun yansımaları olarak da icra müdürünün verdiği kararların gerekçeli olarak tutanağa yazılması gerekir (İİK m. 8/2)¹²¹. İcra müdürü zor kullanma yetkisini kullanırken bu yetkinin kullanılması için İcra ve İflas Kanunu'nun 80. maddesinin 4. fıkrasında aranan şartların yerine geldiği, temel hak ve hürriyetler açısından yapılan değerlendirmeyi (örneğin ölçülülük ilkesi gereğince borçlunun haczedilebilecek başka malının bulunmadığı) kararının gerekçesinde yazmalıdır. Böylelikle borçlu yeterince dikkate

¹¹⁴ Akkan, s. 37-38.

¹¹⁵ Akkan, s. 36.

¹¹⁶ Akkan, s. 64.

¹¹⁷ Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 67-68. Yine aynı doğrultuda talep edilen cebri icradan kaçınılması durumunda alacaklının etkin hukuki korumaya ilişkin hakkının etkileneceğine dair bkz. Walker, s. 176.

¹¹⁸ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 387; Özekes, Hukuki Dinlenilme, s. 56.

¹¹⁹ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 395; Özekes, Hukuki Dinlenilme, s. 166.

¹²⁰ Özekes, Hukuki Dinlenilme, s. 234.

¹²¹ Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 56; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 106.

alındığına kanaat getirebilir¹²² ve zor kullanma yetkisinin denetiminde denetim organları sağlıklı inceleme yapabilirler¹²³.

İlamsız icra takibinde borçlunun ödeme emrine itiraz edebilme imkanının bulunması ve zor kullanma yetkisinin kesinleşen takip neticesinde tatbik edilebildiği düşünüldüğünde; bu yetkinin kullanılmasının borçlunun hukuki dinlenilme hakkını zedeler nitelikte görülmemelidir. Borçlu kendisine gönderilen ödeme emrine itiraz imkanı bulduğunda takibe itiraz etmek suretiyle durdurabilme hakkına sahiptir (İİK m. 66).

B. Zor Kullanma Yetkisinin Kullanılmasının İcra ve İflas Kanunu'ndan Kaynaklanan Sınırları

1. İcra ve İflas Kanunu'nun 80. Maddesinin 4. Fıkrasından Kaynaklanan Sınırları

Zor kullanma yetkisinin, anayasal sınırları dışında, yetkinin kaynağı İcra ve İflas Kanunu'nun 80. maddesinin 4. fıkrası gereği bir takım sınırları bulunmaktadır. Bu sınırlardan bazıları, incelendiğinde görüleceği üzere, zor kullanma yetkisinin şartı niteliğindedir. Bu hallerde söz konusu şartların yerine gelmesi gerekir.

Cebri icra hukukuna hakim olan ilkelerden birisinin kanunilik ilkesi olması¹²⁴ icra müdürünün zor kullanma yetkisini kullanırken kanunda yer verilen sınırlara uymasının bir gereğini oluşturur. Diğer taraftan icra müdürüne tanınan takdiri nitelikteki yetkilerin kanunda tanınması zorunluluğu ve bu nitelikteki yetkinin kullanılmasında kanunda yer alan sınırlara riayet edilmesi gereğiyle İcra ve İflas Kanunu'nun 80. maddesinin 4. fıkrasında yer verilen sınırlara riayet edilmelidir¹²⁵.

¹²² Özekes, Hukuki Dinlenilme, s. 171.

¹²³ Özekes, Hukuki Dinlenilme, s. 172. Ayrıca icra müdürünün işleminin denetiminin daha kolay yapılacağı hususunda bkz. Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 107.

¹²⁴ Özekes, Temel Haklar, s. 89 vd.; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 87.

¹²⁵ İcra müdürünün takdir yetkisinden bahsedebilmek için kanunda bu yetkinin tanınması gerekir. Bu konudaki açıklamalar için bkz. Özçelik, s. 234 vd.

a. Kişi Bakımından Sınırlama

İcra ve İflas Kanunu'nun 80. maddesinin 4. fıkrasının lafzı gereğince zor kullanma yetkisi sadece borçlunun şahsına karşı kullanılabilir¹²⁶. İcra müdürü, borçlu ile yakınlık dereceleri ne olursa olsun, haciz mahallinde bulunan üçüncü kişilerin şahsına kuvvet uygulanması kararını veremez¹²⁷.

Genel haciz yoluyla takipte cebri icra hukukunun konusunu tarafların ikili ilişkilerinden kaynaklanan alacak-borç ilişkisi oluşturur¹²⁸. Bu durum sözleşme ilişkisi çerçevesinde sözleşmenin nispiyeti olarak adlandırılır. Bu ilkeye göre sözleşmenin alacaklısı hakkını, sadece borçluya karşı ileri sürebilir¹²⁹. Maddi hukukta yer alan bu ilkenin takip hukukunda ki yansımaları takipte sıfat şeklinde görebiliriz¹³⁰. Buna göre alacak-borç ilişkisinin alacaklısı kural olarak takibin borçlusundan hakkını talep edebilir. Zor kullanma yetkisinin borçlu ile sınırlandırılmış olması nispiyet ilkesi ile takipte sıfat kavramlarıyla da uyum içindedir. Borçlunun dışında üçüncü kişilerin şahsına da zor kullanma yetkisinin tatbik edilebilmesinin kabulü bu uyumu bozacaktır¹³¹.

¹²⁶ **Ansay**, s. 74; Doktrinde pozitif hukuk (İİK m. 367) bakımından üçüncü kişilerin şahsına zor kullanılabilmesi de belirtilmiştir (**Postacıoğlu**, s. 302). Buna karşılık ise İcra ve İflas Kanunu'nun 367. maddesinin yaptırımının aynı Kanun'un 357. maddesi olacağı ifade edilmiştir. Bu hususta bkz. **Kuru**, İcra I, s. 629.

¹²⁷ **Özçelik**, s. 281.

¹²⁸ **Kuru**, İcra I, s. 194; **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, s. 168.

¹²⁹ **Eren**, s. 18.

¹³⁰ Takipte sıfat, takip talebinde alacaklı ve borçlu olarak görülen kişilerin maddi hukuk bakımından da alacaklı ve borçlu olması demektir. Kişinin taraf ve takip ehliyetine sahip olması bir takibin alacaklının istediği şekilde hakkını alması şeklinde sonuçlanmasına her zaman için yeterli olmaz. Borçlunun gerçekte borçlu sıfatına haiz olması gerekir. Aksi halde borçlu genel haciz yoluyla takibe karşı koyma yollarından biri ile takibe karşı koyabilir (**Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, s. 162-163). Bu açıdan takip işlemlerinin de maddi hukuka göre borçlu kişiye karşı yapılması tabii görülmelidir. O halde borçlunun şahsına zor kullanma yetkisi tatbik edilebilirken üçüncü kişinin şahsına zor kullanma yetkisinin tatbik edilememesi söz konusu takip açısından sıfatı yokluğu nedeniyle makul karşılanmalıdır.

¹³¹ 4949 sayılı Kanun'un 21. maddesiyle İcra ve İflas Kanunu'nun 88. maddesinin 2. fıkrasına eklenen ibareden "alacaklının muvafakatıyla" ibaresi Anayasa Mahkemesi'nin kararıyla iptal edilmiştir. Bilindiği üzere söz konusu düzenleme ile üçüncü kişinin

Hükmün bu şekilde yorumlanması, tatbikatta borçlunun bir takım kötünietli davranışlar göstermesine neden olabilir. Söz gelimi borçlu haciz tatbiki öncesinde veya sırasında kendisine ait kıymetli bir malı eşine saklaması için vermiş olabilir. Ancak İcra ve İflas Kanunu'nun 80. maddesinin 4. fıkrasının sadece borçlu ile sınırlandırılması kanun koyucunun muradı olduğu yorumu yapılabilir. Zira genel olarak takdir yetkisinin açıklanmasında, normlar hiyerarşine göre kanun koyucunun da Anayasa'da belirtilen hükümler çerçevesinde takdir yetkisi bulunmaktadır¹³². Bu açıdan bakıldığında kanun koyucu, alacaklının mülkiyet hakkı ile üçüncü kişinin özel hayatının gizliliğinin bir kısmı olan kişinin şahsı üzerindeki hakkı arasında mukayese yaparak, üçüncü kişinin özel hayatının gizliliğini üstün tutmuştur. Gerçekten İcra ve İflas Kanunu'nun 80. maddesi bir bütün olarak değerlendirildiğinde de; hükmün 3. fıkrasında kilitli yerlerin açılması düzenlenirken kilitli yerin kime ait olduğu konusunda bir ayırım yapılmamıştır. Yine kanun koyucu takdirinde olarak özel hayatın gizliliği ile alacaklının mülkiyet hakkı arasından tercih yaparken bu sefer de alacaklının mülkiyet hakkını üstün tutmuştur. Öyle ki kilitli yer borçlu ile beraber borçlunun eşine de ait olabilir. Böylelikle hem borçlu hem de üçüncü kişi söz konusu kilitli yer için fiili tasarruf kuvvetine, fiili hakimiyete sahip olabilir¹³³. Kilitli yerin niteliğine göre de üçüncü kişinin özel hayatının gizliliği ihlal tehlikesi ile karşı karşıya kalabilir. Örneğin borçlunun yatak odasında bulunan kilitli bir sandığın hem borçlunun hem de eşinin tasarrufunda olduğu söylenmelidir. Borçlunun bu kilitli yeri açması veya icra müdürü tarafından zorla açtırılması halinde eşine ait bir takım özel eşyalarla karşı karşıya kalınabilir ve eşinin özel hayatının gizliliğine müdahale edilmiş olabilir. Ancak kanun koyucu, üçüncü kişinin şahsı üzerindeki özel hayatının gizliliği alanında getirdiği korumayı, aynı ölçüde kilitli yerlerde getirmediği için örneğimizde

yedinde bulunan taşınır bir mal alacaklının da rızasının bulunması şartıyla üçüncü kişide yediemin olarak bırakılabilirdi. Anayasa Mahkemesi iptal kararında üçüncü kişinin mülkiyet hakkına da vurgu yaparak bu düzenlemeyi iptal etmiştir (AYM 12.01.2012, E. 2010/90, K. 2012/4, Resmi Gazete Tarih: 19.05.2012, Resmi Gazete Sayı: 28297).

¹³² Takdir yetkisini normlar hiyerarşine göre izah eden teoriye göre, kanun koyucunun Anayasa hükümleri çerçevesinde takdir yetkisi vardır. Bu konuda bkz. **Onar**, s. 318.

¹³³ **Aslan**, s. 254.

borçlu ile beraber eşinin tasarrufunda olan kilitli yerler de açılarak içindeki borçluya ait malların haczi sağlanabilir¹³⁴. Esas itibarıyla bu durum işin tabiatının bir gereğidir. Zira birden fazla kişinin fiili hakimiyetinde olabilecek kilitli bir yerde sadece üçüncü kişinin eşyası veya sadece borçlunun eşyası olmayabilir. Kilitli yerde borçluya ait haczi kabil değerli bir eşyanın bulunup bulunmadığını anlamak için ise öncelikle bu yerin açılması gerekir. Ancak şunu da ifade etmek gerekir ki: Söz konusu hüküm de icra müdürüne takdiri bir yetki vermektedir. İcra müdürü kilitli yerin niteliğini göz önünde tutarak somut olay adaletine uygun olmak kaydıyla kilitli yerin açılmasına da karar verebilir¹³⁵.

İcra ve İflas Kanunu'nun 80. maddesinin 4. fıkrası kişinin şahsına kuvvet kullanılması ile ilgili olduğu ve üçüncü kişinin şahsına kuvvet kullanılmasını yasakladığı için, tatbikatta Kanun'un 97a maddesi birinci fıkrasıyla alacaklı lehine getirilen korumanın uygulanmasına engel olunmamalıdır. Bu hükme göre niteliği gereği üçüncü kişiye ait olduğu açıkça belli olanlar dışında malın borçlu ile birlikte bulundurulması halinde de mal borçlunun elinde sayılır¹³⁶. Bu halde haciz tatbik edilebilir. Söz gelimi

¹³⁴ Kişinin özel hayatının gizliliğinin kapsamında özel hayatına ilişkin bilgilerin üçüncü kişiler tarafından öğrenilmesinin yasak olması ve bu bilgilerin çeşitli vasıtalarla ifşa edilmesini engellemek yer alır (HGK, 07.03.2003, E. 2007/4-98, K. 2007/110, Kazancı İçtihat Programı). Bu anlamda haciz için gelen icra memuru Kanun'un hükmünü (İİK m. 80/3) yerine getirmesi neticesinde üçüncü kişinin özel hayatına ilişkin bir takım bilgileri öğrenmiş olabilir. Ancak bu durumda üçüncü kişinin özel hayatına müdahale edildiğini ifade etsek de, bu müdahalenin ihlal sonucunu doğurmadığını söylemeliyiz. Zira Kanun hükmünün yerine getirilmesi halinde ihlal sonucu doğmaz (**Kaya**, s. 83). Ancak icra memuru üçüncü kişinin özel hayatının koruması kapsamında öğrenmiş olduğu bu bilgileri haciz mahallinde de olsa ifşa etmemelidir. Aksi halde Kanun hükmünün (İİK m. 80/3) yerine getirildiğinden bahis olmaz ve icra memuru üçüncü kişinin özel hayatını ihlal etmiş olur.

¹³⁵ Bu anlamda genel kaideler konularak her olay ve durum için geçerli fiili hakimiyet listesi oluşturulması mümkün olmaz. İcra müdürü kilitli yer ile borçlu arasında mekânsal bir bağlılığın olup olmadığına, kilitli yerin borçlunun fiili hakimiyeti olan bir yerde (örneğin evi, işyeri bahçesi gibi) bulunup bulunmadığına bakarak bu tespiti yapmalıdır (**Aslan**, s. 257).

¹³⁶ **Kuru**, İcra II, s. 961; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 293; **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, s. 340; **Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 182.

niteliği gereği kime ait olduğu anlaşılamayan çok değerli bir ziynet eşyasının haczi yapılabilir. Zira bu örnekte söz konusu değerli eşya üçüncü kişinin üzerinde bulunmamakta, dolayısıyla da konunun zor kullanma yetkisi (İİK m. 80/4) ile bir ilgisi bulunmamaktadır. Başka bir deyişle haciz mahallinde bulunan ve niteliği gereği kime ait olduğu karine olarak anlaşılamayan eşyaların haczi yapılabilirdir.

b. Eşyanın Niteliği Bakımından Getirilen Sınırlama

Borçlunun üzerinde para, kıymetli evrak, altın veya gümüş ya da diğer kıymetli şeylerin saklandığının anlaşılması halinde zor kullanma yetkisi kullanılabilir¹³⁷. Hükümde sayılan eşyalar örnek kabilinden olup icra müdürü bu eşyaların dışında da değerli şeylerin borçlu tarafından saklandığını anlarsa zor kullanma yetkisini kullanabilir. İcra müdürü maddede sayılan eşyalar dışındaki bir malın zor kullanma yetkisinin kullanılacak türden eşya olup olmadığının da takdirini yapmalıdır.

Örnek kabilinden sayılan eşyalara bakıldığında borçlunun her türlü eşyayı saklaması halinde değil de, sadece sayılanlar gibi değerli ve alacaklının alacağını kolaylıkla karşılamaya elverişli mallar olması halinde zor kullanma yetkisi kullanılabilir. Bu eşyalar paraya çevirme neticesinde ele geçecek değerinin yüksek olması, muhafaza masrafının bulunmaması gibi nedenlerle alacaklının hakkını elde etmeye hizmet edebilirler. Haczi tatbik eden memur alacaklının alacağını kolaylıkla elde etmesini göz önünde tutmalıdır. Esas itibarıyla bu bir yükümlülük olarak kendisine yüklenmiştir. Nitekim Kanun'un 85. maddesinin 5. fıkrası gereği, paraya çevirme masrafları ve icabında muhafaza ve idare masraflarını geçmeyeceği muhakkak olan şeyler haczedilemez¹³⁸. O halde borçlunun özel hayatının gizliliği hakkına müdahale edilebilen zor kullanma yetkisi de özellikle borçlunun değerli eşyaları için kullanılmalıdır. Diğer taraftan kanun koyucunun bu türden eşyalara ayrı bir önem attığını de görmekteyiz. Niteliği itibarıyla taşınır

¹³⁷ Kuru, İcra I, s. 628; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 234; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özkes, s. 276-277; Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 139.

¹³⁸ Kuru, İcra I, s. 635; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 238; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özkes, s. 297; Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 159.

mal olan bu eşyaların muhafazası icra dairesi tarafından yapılır (İİK m. 88/1)¹³⁹.

c. İcra Müdürünün Borçlunun Değerli Eşyaları Sakladığını “Anlaması”

Zor kullanma yetkisinin diğer bir şartı, icra müdürünün borçlunun fıkrada sayılan değerli eşyaları üzerinde sakladığını anlamasıdır¹⁴⁰. Anlamak kelimesinin sözlük anlamına baktığımızda en genel anlamda “*Bir şeyin ne demek olduğunu neye işaret ettiğini kavramak*” bir başka anlamı da “*sorup öğrenmek*”tir. İcra müdürü haciz tatbikinde borçlunun üzerinde değerli eşyalar sakladığını anlarsa zor kullanma yetkisini kullanabilir. “Anlama” tabiri, lafzi yorumdan hareketle, sadece görmeyi kapsamayacak kadar geniştir. Zira görmek kelimesinin sözlük anlamına baktığımızda “*Göz yardımıyla bir şeyin varlığını algılamak, seçmek*”tir¹⁴¹. O halde icra müdürü borçlunun üzerinde Kanun’da sayılan değerli şeylerden birini sakladığını bizzat görmese bile, somut olayın özelliklerine göre borçlunun şüpheli hareketlerde bulunması halinde zor kullanma yetkisi kullanılabilir. Örneğin borçlunun ceplerinde şişkinlik olması¹⁴², borçlunun işyerine haciz için gelen takip görevlilerinin geldiğini görmesi üzerine bir şey saklamaya çalışması gibi haller icra müdüründe kuşku uyandırabilir.

İcra ve İflas Kanun’unun 80. maddesinin 4. fıkrasında yer alan “görürse”, ibaresi 538 sayılı Kanun ile¹⁴³ “anlarsa” şeklinde değiştirilmiştir. Hükümde yapılan bu değişiklik ile zor kullanma yetkisinin kullanılma alanı genişletilmiştir¹⁴⁴. İcra müdürü borçlunun para, kıymetli evrak, altın veya gümüş ya da diğer kıymetli şeyleri sakladığını görmese fakat sakladığı

¹³⁹ Postacioğlu, s. 305; Kuru, İcra I, s. 636; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 297-298.

¹⁴⁰ Postacioğlu, s. 300-301.

¹⁴¹ Tanımlar için bkz. www.tdk.gov Erişim Tarihi: 03.12.2013.

¹⁴² Postacioğlu, s. 301.

¹⁴³ Resmi Gazete Tarihi: 06.03.1965, Resmi Gazete Sayısı: 11946.

¹⁴⁴ Kuru, İcra I, s. 628.

anlarsa zor kullanma yetkisini kullanabilir. Aksinin kabulü alacaklının mülkiyet hakkını zedeler¹⁴⁵.

d. Borçlunun Değerli Eşyaları Vermekten Kaçınması

Zor kullanma yetkisinin kullanılabilmesi için hükümde aranan son şart borçlunun sakladığı eşyaları vermekten kaçınması gereğidir¹⁴⁶. Bu şartın varlığı ile kanunun borçluyu koruduğunu ifade edebiliriz. Zira yukarıdaki şartlar yerine gelse bile borçlu söz konusu değerli eşyaları vermekten kaçınması gerçekleşmeden icra müdürü doğrudan zor kullanma yetkisini kullanmamalıdır. Değerli eşyaları vermekten kaçınması ifadesi, borçluya bu eşyaları vermesini en azından sözlü olarak ikazı yapıldıktan sonra borçlunun buna rağmen vermemesini gerektirir¹⁴⁷. Başka bir ifadeyle icra müdürü öncelikle borçluya üzerinde sakladığını anladığı şeyleri vermeye davet etmeli, ayrıca gerekirse zor kullanma yetkisi olduğu açıklanmalıdır.

e. Yetkinin Takdiri Nitelik Taşınması

İcra ve İflas Kanunu'nun 80. maddesinin 4. fıkrası gereği yukarıda sayılan dört şart birlikte yerine geldikten sonra icra müdürü zor kullanma yetkisini kullanıp kullanmama hususunda takdiri yetkiye sahiptir. İcra müdürünün takdiri yetkisine işaret eden hallerden biri de kanunun ifade tarzıdır. Kanun “-ebilir, -abilir” ifadelerine yer verdiğinde bu yetki genellikle takdiri nitelik taşımaktadır¹⁴⁸.

İcra müdürü şartların yerine gelmesinden sonra zor kullanma yetkisini kullanıp kullanmama konusunda takdir yetkisini kullanır. Şartların yerine

¹⁴⁵ İcra hukukunda alacaklının mülkiyet hakkının korunmaya çalışıldığına dair bkz. **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, s. 78; **Özekes**, Temel Haklar, s. 182.

¹⁴⁶ **Postacıoğlu**, s. 301; **Kuru**, İcra I, s. 628.

¹⁴⁷ Borçlunun şahsına zor kullanma yetkisinin kullanılabilmesi için kanun koyucu borçlunun bu türden eşyaları vermekten kaçınması gerektiğini belirlemiştir. Böylelikle her halde değil ancak borçlunun vermemesi halinde zor kullanma yetkisi tatbik edilebileceği yorumu yapılmalıdır. Doktrinde de bu şart ile ilgili olarak borçlunun söz konusu eşyaları vermemekte direnmesi gerektiği ifade edilmiştir (**Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, s. 276-277).

¹⁴⁸ **Özmumcu**, s. 494.

gelmesine rağmen kullanmaması mümkündür. Bununla birlikte her halde bunun gerekçesini tutanağa yazmalıdır (İİK m. 8/2)¹⁴⁹. İcra müdürü birebir somut olayın içinde olup borçlunun sosyal ve ekonomik durumu itibarıyla zor kullanma yetkisi kullanılsa bile alacak miktarı karşılanmayacağı anlaşılıyorsa, üzerinde o türden eşyanın saklamadığı daha değersiz bir eşyanın saklandığı intibai uyanıyorsa zor kullanma yetkisini kullanmayabilir.

İcra müdürüne tanınan bu yetkinin takdiri nitelik taşıması kanaatimizce yerindedir. Aksi halde icra müdürü sayılan şartların yerine gelmesi halinde zor kullanma yetkisini kullanmak zorunda kalacaktı. Bu ihtimalde de yetki Anayasa'nın 20. maddesinin 2. fıkrası ile sağlanan "hakim incelemesi" teminatı açısından sorunlu görülebilirdi¹⁵⁰. İcra müdürünün yetkisinin ve incelemesinin kapsamının hakim kadar kapsamlı olmadığını kabul etmekle birlikte; icra müdürü şartların yerine gelip gelmediğini, şartlar yerine geldikten sonra da tarafların temel hak ve hürriyetlerini gözeterek takdir yetkisini kullanmalıdır¹⁵¹.

2. İcra ve İflas Kanunu'nun 85. Maddesinin 6. Fıkrasından Kaynaklanan Sınırı, "Menfaat Dengesi"

Medeni usul hukuku ve takip hukuku bozulan menfaat dengesini sağlamaya çalışmaktadır¹⁵². Borçlunun borcunu gereği gibi yerine getirmeyip alacaklının hakkını ihlal etmesiyle taraflar arasında menfaat çatışması çıkar. Cebri icra takibiyle de bu çatışma sona erdirilmeye çalışılır¹⁵³.

İcra müdürü menfaat dengesinin sağlanması konusunda yükümlü kişilerden biridir¹⁵⁴. İcra müdürü zor kullanma yetkisini de bu amaçla kullanmalıdır. Gerekirse borçlunun şahsına zor kullanarak alacaklının hakkına kavuşmasını sağlamalı ve böylelikle taraflar arasında bozulan menfaat den-

¹⁴⁹ Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 56; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 106.

¹⁵⁰ Zor kullanma yetkisinin kullanılabilmesi için hakim kararı aranması gerektiği eleştirisi için bkz. Özekes, Temel Haklar, s. 164.

¹⁵¹ Özekes, Temel Haklar, s. 22.

¹⁵² Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 62; Hukukun amacının menfaat dengesinin sağlanması olduğuna dair bkz. Rehbindler, s. 271; Çiftçi, s. 5.

¹⁵³ Çiftçi, s. 40 vd.

¹⁵⁴ Çiftçi, s. 244.

gesini yeniden tesis etmelidir¹⁵⁵. Bununla birlikte zor kullanma yetkisini hukuka aykırı bir biçimde kullanarak menfaat dengesini bir taraf aleyhine aşırı şekilde bozmamalı veya tamamen ortadan kaldırmamalıdır¹⁵⁶.

V. ZOR KULLANMA YETKİSİNİN KULLANILMASI

İcra müdürü haczi kendisi yapabileceği gibi yardımcı veya katiplelerinden birine de yaptırabilir (İİK m. 80/1)¹⁵⁷. Hükümün bu fıkrası icra müdürüne haczi kimin yapacağını belirlemesi açısından takdir yetkisi vermiştir¹⁵⁸. Gerek zor kullanma yetkisi veren hüküm (İİK m. 80/4) gerekse zor kullanma yetkisini kimin tatbik edeceğini belirleyen hüküm (İİK m. 81) bu fıkra ile uyumlu olarak haczi yapan memurun yetkisinden bahsetmektedir. Bu nedenle hacze kim gittiyse zor kullanma konusunda takdir yetkisi de bu kişiye aittir.

İcra müdürü zor kullanma yetkisi kararı verdiğinde kararının gerekçeli olması gerekir (İİK m. 8/2)¹⁵⁹. Gerekçenin hesap verme ilkesine uygun¹⁶⁰, zor kullanma yetkisinin şartlarının yerine geldiğini gösterir biçimde olması gerekir. Ayrıca yetkinin somut olaydaki kullanılma nedenleri tam olarak tutanağa yansıtılmalıdır. Bu yapılırken genel ve soyut ifadelerden kaçınılmalı, ifadelerin somut olayın özelliklerini tam manada yansıttığına dikkat edilmelidir¹⁶¹. Özellikle icra müdürünü zor kullanma yetkisinin kullanılmasına iten fiili karineler tam olarak yazılmalıdır. Söz gelimi borçlunun ceplerinin şişkin olması, borçlunun bir takım şüpheli davranışları gibi.

¹⁵⁵ İcra müdürünün takdir yetkisi ile menfaat dengesinin ve ölçülülük ilkesinin ilişkisi için bkz. **Özçelik**, s. 230-231.

¹⁵⁶ **Çiftçi**, s. 142.

¹⁵⁷ **Kuru**, İcra I, s. 626; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 234; **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, s. 276.

¹⁵⁸ **Özçelik**, s. 277.

¹⁵⁹ 6352 sayılı Kanununla 8. maddeye eklenen yeni fıkra ile icra ve iflas dairelerince verilen kararların gerekçeli olarak tutanağa yazılması gerekeceği hususunda bkz. **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 56; **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, s. 106.

¹⁶⁰ Gerekçeli karar verilmesi devletin etik açıdan hesap vermesi, bireylerin ise yapılan işlem hakkında bilgi sahibi olmasının bir gereğidir (**Aşçıoğlu**, s. 154).

¹⁶¹ **Aşçıoğlu**, s. 155.

İcra memuru (icra müdürü) hacze giderken kolluk kuvvetlerine müzekkerekere yazarak haciz mahalline götürebilir. Kolluk kuvvetleri zor kullanma yetkisi konusunda icra memurunun emirlerini yerine getirmek zorundadırlar (İİK m. 81/1)¹⁶². Eğer haciz mahalline gidilirken kolluk kuvvetleri müzekkerekere ile çağrılmaz ancak haciz mahallinde borçlunun direnişiyle karşılaşılırsa icra müdürü sözlü olarak kolluk kuvvetinden yardım isteyerek zor kullanma yetkisini kullanabilmelidir. Aksi halde haciz mahallinde de müzekkerekere yazılmasını beklemek tatbikat için uygun olmayacağı gibi geçen süre alacaklının hak kaybına uğramasına neden olabilir.

Zor kullanma yetkisini kolluk kuvvetleri tatbik eder. İcra müdürünün zor kullanma yetkisi hakkında karar almak dışında fonksiyonu bulunmamaktadır. Başka bir deyişle icra müdürü bizzat borçlunun şahsına kuvvet uygulamaz¹⁶³. Ayrıca icra müdürünün zor kullanma yetkisine karar vermesi için alacaklının bu yönde bir talebi olmasına gerek yoktur. Alacaklının usulüne uygun olarak yaptığı haciz talebinden sonra haczin gereklerini icra müdürü yapmakla yükümlüdür¹⁶⁴. Bu yükümlülüğün yerine getirilmesi için zor kullanma yetkisinin kullanılması gerekiyorsa icra müdürü bunun kararını da resen vermelidir.

VI. ZOR KULLANMA YETKİSİNİN HUKUKA AYKIRI KULLANILMASI NEDENİYLE BAŞVURULABİLECEK HUKUKİ YOLLAR

İcra müdürü zor kullanma yetkisini hukuka aykırı kullanması halinde başvurulabilecek iki hukuki yol bulunmaktadır. Bunlar cebri icra hukukuna

¹⁶² Postacıoğlu, s. 300; Kuru, İcra I, s. 629; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkay/Özkes, s. 277.

¹⁶³ Kuru, İcra I, s. 629.

¹⁶⁴ Yarg. 12. HD. 03.10.2011, E. 2011/2395, K. 2011/17394, Kazancı İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 09.06.2014: "...Haciz mahallinde alacaklı veya borçlunun bulunma zorunluluğu olmayıp, haciz talebi üzerine 3 gün içinde haczin yapılması zorunluluğu bulunmaktadır. (İİK Md.79/1)İcra memurunun haciz yapıp yapmama konusunda takdir yetkisi bulunmamaktadır. (HGK'nın 31.03.2004 tarih ve 2004/12/202 Esas, 196 s.lı kararı)Haciz işlemi bizzat zor kullanmayı gerektirdiğinden tarafların ayrıca talebine gerek olmaksızın icra memuru haciz işlemi için gerekiyorsa kilitli yerleri açtırma yetkisine haizdir."

özgü şikayet yolu (İİK m. 16 vd.) ile devlet aleyhine açılacak tazminat davasıdır.

A. Şikayet Yolu

İcra müdürünün kanuna aykırı işlemleri şikayete konu olur (İİK m. 16/1)¹⁶⁵. Hakkı ihlal edilen ilgili yedi gün içinde icra mahkemesine işlemi şikayet edebilir¹⁶⁶.

İcra müdürünün zor kullanma yetkisini kanunda belirtilen şartlar yerine gelmeksizin kullanması veya kanuna aykırı kullanılması şikayet sebebidir. Bu şekilde tatbik edilen zor kullanma yetkisi neticesinde borçlunun değerli bir malı (İİK m. 80/4) haczedilmiş ve icra mahkemesi şikayeti kabul etmişse; icra müdürü haksız bir şekilde haczedtiği bu eşyaları iade etmelidir. Zira şikayetin kabulüyle söz konusu haciz işlemi bozulur ve yapıldığı andan itibaren geçersiz hale gelir. İcra mahkemesi işlemi iptal ile yetinip icra dairesi yerine işlem tesis edemeyeceği için icra müdürünün iptal edilen işlemin etkilerini fiilen kaldırması gerekir¹⁶⁷. Bunun için borçlunun mallarının satılmamış olması veya haczedilen malların iadesinin mümkün olması gerekir. Borçlunun malları satılmış veya haczedildikten sonra zarar gördüğü için kullanılamaz duruma geldiyse artık şikayet yoluna başvurmakta hukuki yararın bulunmadığı kabul edilmelidir. Zira şikayet konusu yapılan icra takip işleminin yetki aşımı nedeniyle sırf kanuna aykırı olduğunun tespit edilmesinde borçlunun hukuki yararı bulunmamaktadır¹⁶⁸. Böyle bir durumda borçlunun tazminat davası açması düşünülebilir.

Yine benzer şekilde, zor kullanma yetkisi hukuka aykırı olarak tatbik edilmekle birlikte borçlunun değerli bir malı (İİK m. 80/4) haczedilememişse; borçlu şikayet yoluyla en fazla yapılan işlemin hukuka aykırı olduğunu tespit ettirebilir. Başka bir deyişle bu ihtimalde borçlunun şikayet yoluyla elde edebileceği işlemin kanuna aykırı olduğunu tespitten öteye

¹⁶⁵ Postacıoğlu, s. 59; Kuru, İcra I, s. 89; Pekcanitez, s. 57; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 128; Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 31.

¹⁶⁶ Postacıoğlu, s. 64; Kuru, İcra I, s. 93; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 71; Pekcanitez, s. 67; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 133.

¹⁶⁷ Pekcanitez, s. 158; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 142.

¹⁶⁸ Pekcanitez, s. 99.

gitmez. Zira haczedilen bir eşya olmadığı için işlemin iptali halinde iade edilecek de bir eşya yoktur. Şikayet yoluna başvuru sadece işlemin hukuka aykırılığını tespit ediyorsa hukuki yarar yoktur¹⁶⁹. Borçlunun bu ihtimalde uğradığı zararlar için tazminat davası açması düşünülebilir.

Hukuka aykırı olarak zor kullanma yetkisi kullanılarak borçlunun değerli bir malı haczedilmiş ise şikayet yoluna başvuru halinde takip durmayacağı için, bu malların satışını önlemek için takibin ayrıca durmasını talep etmek gerekir. İcra mahkemesi talep üzerine veya gerekli görürse kendiliğinden takibin durmasına karar verebilir (İİK m. 22)¹⁷⁰.

Şikayet icra mahkemesine yapılır. Yetkili icra mahkemesi ise şikayet konusu işlemi yapan icra dairesinin bulunduğu yer icra mahkemesidir. Haciz istinabe suretiyle yapılmış ise şikayet haczi tatbik eden icra dairesinin bulunduğu yer icra mahkemesinde karara bağlanır (İİK m. 79/2).

B. Sorumluluk Davası

İcra ve iflas daireleri görevlilerinin kusurlarından doğan tazminat davaları idare aleyhine açılır. Devlet zararın meydana gelmesinde kusuru bulunan görevlilere rücu edebilir (İİK m. 5)¹⁷¹. İcra müdürünün zor kullanma yetkisi kullanması neticesinde de ilgililer Devlet aleyhine sorumluluk davası açabilirler.

Bu dava, haksız fiilden kaynaklanan tazminat davasına çok benzediğinden; tazminat davasının şartları, haksız fiilden doğan davanın şartları gibidir¹⁷². Zarar, maddi bir zarar olabileceği gibi manevi bir zarar da olabilir. Bu bağlamda icra müdürünün zor kullanma kararı sonucunda borçlunun yaralanması veya manevi zarar görmesi halinde sorumluluk davası açılabilir. Davacı zarar ile icra müdürünün zor kullanma yetkisi kararı arasındaki illiyet bağını ispat etmelidir¹⁷³.

¹⁶⁹ Pekcanitez, s. 99.

¹⁷⁰ Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 75; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 141.

¹⁷¹ Kuru, İcra I, s. 81; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 63; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 112; Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 43.

¹⁷² Kuru, İcra I, s. 82.

¹⁷³ Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 64; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 113; Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 44.

Görevli mahkeme asliye mahkemeleridir¹⁷⁴. Yetkili mahkeme ise haksız fiile ilişkin yetki kuralı ile genel yetki kuralına göre belirlenir. Buna göre zararın meydana geldiği yer veya zarar görenin yerleşim yeri asliye mahkemesidir (HMK m. 16)¹⁷⁵. Ayrıca genel yetki kuralı gereğince Ankara asliye mahkemeleri de yetkilidir (HMK m. 5)¹⁷⁶.

Devlet zararın meydana gelmesinde kusuru bulunan görevlilere kusuru oranında rücu edebilir (İİK m. 5)¹⁷⁷. Kanaatimizce bu durumda ikili bir ayırım yapılması gerekir. İcra müdürünün zor kullanma kararı başlı başına hukuka aykırı ise kusur oranının büyük kısmı icra müdüründedir. İkinci ihtimalde karar hukuka uygun olmakla birlikte kolluk kuvveti zor kullanma yetkisini ölçsüz ve hukuka aykırı biçimde yerine getirdiyse icra müdürünün sorumlu olmayacağını kabul etmek gerekir.

Son olarak kendisine sorumluluk davası açılan idare, ilgili icra müdürüne davayı ihbar etmelidir (HMK m. 61). Sorumluluk davasının idare aleyhine sonuçlanması halinde idarenin icra müdürüne rücu edebileceği (İİK m. 5) ve işlemin yapılmasında karar alarak bizzat katılan icra müdürü yargılama sırasında idareye yardımcı olabileceği düşünülürse idare aleyhine açılan sorumluluk davasının ihbar edilmesi gerekir¹⁷⁸.

SONUÇ

İcra ve İflas Kanunu'nun 80. maddesinin 4. fıkrası genel haciz yoluyla takipte haczi yapan memura zor kullanma yetkisi vermiştir. Kanun'un 81. maddesi gereğince de kolluk kuvvetleri icra memurunun emirlerini yerine getirmekle yükümlüdürler.

Zor kullanma yetkisi, özellikle Anayasa'nın 13. ve 20. maddeleri açısından bir bütün halinde değerlendirildiğinde Anayasaya aykırı değildir. Söz konusu yetki belli şartların yerine gelmesi halinde kullanılabilen takdiri bir nitelik taşımaktadır.

¹⁷⁴ Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 65; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 113.

¹⁷⁵ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 170; Karşı, Muhakeme, s. 271.

¹⁷⁶ Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 113.

¹⁷⁷ Kuru, İcra I, s. 85; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 65; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 113.

¹⁷⁸ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 340.

Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü gereğince icra müdürü zor kullanma yetkisini kullanırken anayasal temel hak ve ilkelerle bağlıdır. İcra müdürü borçlunun özel hayatının gizliliği, insan onuru temel hakları ile alacaklının mülkiyet hakkını bir bütün halinde düşünerek taraflar arasındaki menfaat dengesini ölçülülük ilkesi ekseninde kurmalıdır. Yine adil yargılanma hakkının bir gereği olarak etkin hukuki korunma talebi ve gerekçeli karar verilmesi zor kullanma yetkisinde de dikkate alınmalıdır.

İcra ve İflas Kanunu'nun 80. maddesinin 4. fıkrası gereği zor kullanma yetkisinin bazı sınırları bulunmaktadır. Zor kullanma yetkisi ancak borçlunun şahsına karşı kullanılabilir. Haciz mahallinde borçlu ile birlikte bulunan üçüncü kişilere karşı zor kullanma yetkisi kullanılamaz. Zor kullanma yetkisinin kullanılabilmesi için borçlunun para, kıymetli evrak, altın veya gümüş ya da diğer kıymetli şeyleri sakladığının anlaşılması ve bu eşyaların borçlu tarafından verilmesinden kaçınılması gerekir. Bu şartlar yerine gelmeden zor kullanma yetkisi kullanılamaz. Bununla birlikte şartlar yerine gelse bile söz konusu yetki takdiri nitelik taşıdığı için icra müdürü gerekçesini belirterek zor kullanma yetkisini kullanmayabilir.

Zor kullanma yetkisi haciz mahalline gidilmeden önce müzekkere yazılarak götürülen kolluk eliyle veya haciz mahalline gidildikten sonra sözlü olarak çağrılan kolluk tarafından yerine getirilir. İcra müdürü zor kullanma yetkisi kararını vermekle yetinir. Borçlunun şahsına bizzat kuvvet uygulayamaz.

Hukuka aykırı bir şekilde zor kullanma yetkisi kullanılarak borçlunun malı haczedilmişse borçlu şikayet yoluna başvurabilir (İİK m. 16). İşlemin iptal edilmesi halinde icra müdürü haksız haczedilen malı borçluya geri vermelidir. Bununla birlikte haksız zor kullanma yetkisi neticesinde borçlunun herhangi bir malı haczedilememişse veya haczedilmekle birlikte malın iadesinin fiilen yahut hukuken mümkün olmaması halinde borçlunun hukuki yararı bulunmadığı için şikayet yoluna gidilemez. Borçlu şartları varsa sorumluluk davası açabilir.

Hukuka aykırı olarak zor kullanma yetkisi kullanılmasının neticesinde devletin sorumluluğu yoluna da gidilebilir (İİK m. 5). Devlet aleyhine açılacak tazminat davasında davacı zor kullanma neticesinde zarara uğradığını, zarar veren fiil ile ortaya çıkan zararı arasındaki illiyet bağıını ispat etmelidir. Devlet zararın meydana gelmesinde kusuru olan görevlilere rücu edebilir.

Kaynakça

- Akad**, Mehmet; “Mülkiyet Hakkı Üzerine Bir Anayasa Mahkemesi Kararı”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2007, S. 2, s. 11-20.
- Akipek**, Jale G.; Türk Medeni Hukuku, C. 1 (İkinci Cüz, Şahsın Hukuku), Ankara 1961.
- Akkan**, Mine; “Medeni Usul Hukukunda Etkin Hukuki Korunma”, Legal Medeni Usul ve İcra İflas Hukuk Dergisi, 2007/1, S. 6, s. 29-68.
- Aldabak**, Ersel; “İnsan Haklarının Düşünsel ve Tarihi Kökenleri”, Prof. Dr. Ünal Tekinalp’e Armağan, C. 3, Beta Yayınevi, İstanbul 2003, s. 205-220.
- Ansay**, Sabri Şakir; Hukuk İcra ve İflas Usulleri, 4. Baskı, Ankara 1956.
- Aslan**, Kudret; Hacizde İstihkak Davası, Turhan Kitabevi, Ankara 2005.
- Aşçıoğlu**, Çetin; “Yargıda Gereke Sorunu”, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi, C. 8, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul 2003, s. 154-161.
- Atar**, Yavuz; Türk Anayasa Hukuku, 7. Baskı, Mimoza Yayınevi, Konya 2012.
- Ayan** Mehmet/**Ayan** Nurşen; Kişiler Hukuku, 3. Baskı, Mimoza Yayınevi, Konya 2011.
- Başözen**, Ahmet; “İflas Tasfiyesinde Müflisin Mektuplarına El Konulması Ve Müflisin Özel Haberleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılmasına Yönelik Anayasal Sorunlar”, Kamu Hukuku Arşivi, S. 1-98, Y. 8, Mart 2005, s. 70-80.
- Başözen** Ahmet/**Üçer** Mehmet; ““CessioBonorum” Ya Da Bilinen İsmiyle “Malvarlığının Terki Suretiyle Konkordato””, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 12, S. 3-4, Aralık 2008, s. 209-266.
- Battis**, Ulrich/**Gusy**, Christoph; Einführung in dasStaatsrecht, 2. Auflage, C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg 1986 (Nakleden: **Metin**, Yüksel, Ölçülülük İlkesi, Seçkin Yayınları, Ankara 2002).
- Belgesay**, Mustafa Reşit; İcra ve İflas Kanunu Şerhi. C. 2, 4. Baskı, İstanbul 1955.

- Braibant**, Guy; “Le Principe de proportionnalité”, Mélanges M. Waline II, Paris 1974 (Nakleden: **Metin**, Yüksel, Ölçülülük İlkesi, Seçkin Yayınları, Ankara 2002).
- Bulut**, Nihat; “Mülkiyet Konusundaki Temel Yaklaşımlar ve Türk Anayasasında Mülkiyet Hakkı”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 10, S. 3-4, 2006 (Atatürk’ün 125. Doğum Yılına Armağan), s. 15-26.
- Çiftçi**, Pınar; İcra Hukukunda Menfaat Dengesi, Adalet Yayınevi, Ankara 2010.
- Dikmen Caniklioğlu**, Meltem; “Anlamı, Kapsamı ve Sınırlarıyla Temel Haklar ve Anayasalarımız”, Prof. Dr. Mahmut Tefvik Birsel’e Armağan, İzmir 2001, s. 461-493.
- Doğan**, İlyas; “Alman Öğretisinde İnsan Onuru ve Güncel Sorunlar Hakkında Kısa Bir Giriş”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 13, S. 2, 2005, s. 51-59.
- Edis**, Seyfullah; “Hukukun Uygulanmasında Yargıca Tanınmış Takdir Yetkisi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 1973, C. 30, S. 1-4, s. 169-196.
- Erdoğan**, Mustafa; Anayasa Hukuku, 7. Baskı, Orion Kitabevi, Ankara 2011.
- Eren**, Fikret; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 15. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2013.
- Fleiner**, Fritz; Institutionendes Deutschen Verwaltungsrechts, 8. Auflage, Tübingen 1928 (Nakleden: **Metin**, Yüksel, Ölçülülük İlkesi, Seçkin Yayınları, Ankara 2002).
- Gemalmaz**, H. Burak; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı, Beta Yayınevi, İstanbul 2009.
- Gök**, Hasan; “Bilgi Edinme ve Değerlendirme Kurulu Kararlarında Özel Hayatın Gizliliği İstisnaları”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi Mart-Nisan 2012, S. 99, s. 151-164.
- Gören**, Zafer; Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2011 (Anayasa).

- Gören, Zafer**, Anayasa Hukukuna Giriş, 2. Baskı, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir 1999 (Giriş).
- Gören, Zafer**, “Temel Hakların Sınırlanması- Sınırlamanın Sınırları”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl: 6, S. 12, Güz 2007/2, s. 39-59 (Sınırlama).
- Helvacı, Serap**, Gerçek Kişiler, 4. Baskı, Legal Yayınları, İstanbul 2012.
- İmre, Zahit**, “Şahsiyet Haklarından Şahsın Özel Hayatının ve Gizliliklerinin Korunmasına İlişkin Meseleler”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 39, S. 1-4, s. 147-168.
- Karşlı, Abdurrahim**, Medeni Muhakeme Hukuku, Alternatif Yayınları, 3. Baskı, İstanbul 2012 (Muhakeme).
- Karşlı, Abdurrahim**, “Alman Hukukundaki Mahnverfahren Usulünün Türk Hukukunda İlamsız İcra Usulü ile Karşılaştırılması”, Prof. Dr. Saim Üstündağ’a Armağan, s. 311-330 (İlamsız İcra).
- Kaya, Mine**, “Özel Hukukta Özel Hayatın Korunması”, Yargıtay Dergisi, C. 32, S. 1-2, Ocak-Nisan 2006, s. 51-97.
- Kuru, Baki**, İcra ve İflas Hukuku, C. 1, 3. Baskı, Evrim Dağıtım Yayıncılık, İstanbul 1988 (İcra I).
- Kuru, Baki**, İcra ve İflas Hukuku, C. 2, 3. Baskı, Evrim Dağıtım Yayıncılık, İstanbul 1990 (İcra II).
- Kuru Baki/Arslan Ramazan/Yılmaz Ejder**, İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, 26. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2012.
- Metin, Yüksel**, Ölçülülük İlkesi, Seçkin Yayınları, Ankara 2002.
- Onar, Sıddık Sami**, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. 1, 2. Baskı, İstanbul 1960.
- Özbudun, Ergun**, Türk Anayasa Hukuku, 14. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2013.
- Özçelik, Volkan**, İcra Müdürünün Takdir Yetkisi, Adalet Yayınevi, Ankara 2014.
- Özekes, Muhammet**, İcra İflas Hukukunda İhtiyati Haciz, Seçkin Yayınevi, Ankara 1999 (İhtiyati Haciz).

- Özekes**, Muhammet, Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenme Hakkı, Yetkin Yayınları, Ankara 2003 (Hukuki Dinlenme).
- Özekes**, Muhammet, İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler, Adalet Yayınevi, Ankara 2009 (Temel Haklar).
- Özmumcu**, Seda, “İcra ve İflas Müdürlerinin Takdir Hakkı”, Prof. Dr. Turgut Akıntürk’e Armağan, Beta Yayınevi, İstanbul 2008, s. 489-514.
- Pekcanitez**, Hakan, İcra ve İflas Hukukunda Şikayet, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, Ankara 1986.
- Pekcanitez**, Hakan/**Atalay**, Oğuz/**Sungurtekin Özkan**, Meral/**Özekes**, Muhammet, İcra ve İflas Hukuku, 11. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2013.
- Pekcanitez Hakan/Atalay Oğuz/Özekes Muhammet**, Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, 14. Baskı, Ankara 2013.
- Postacıoğlu**, İlhan, İcra Hukuku Esasları, 4. Baskı, İstanbul 1982.
- Rehbinder**, Manfred, “Menfaatler Takdirinin Prensipleri”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 26, S. 3-4, 1969, s. 271-287 (Çev. Turgut Kalpsüz).
- Serozan**, Rona, “Mülkiyet Hakkının Özü, İşlevi ve Sınırları”, Prof. Dr. Ümit Yaşar Doğanay’ın Anısına Armağan, C. 1, İstanbul 1982.
- Sungurtekin Özkan**, Meral, “İcra Hukukunda Oranlilik İlkesi”, Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce’ye Armağan, İzmir 2001, s. 177-203.
- Şen**, Ersan, Devlet ve Kitle İletişim Araçları Karşısında Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1996.
- Tahmazoğlu Üzeltürk**, Sultan, “Özel Hayatın Korunmasına İlişkin Başlıca Sorunlar”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 2008/1, s. 95-129.
- Tanör Bülent/Yüzbaşıoğlu Necmi**, Türk Anayasa Hukuku, 12. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2012.
- Tutumlu**, Mehmet Akif, Boşanma Yargılaması Hukuku, C. 1, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2009.
- Üstündağ**, Saim, İcra Hukukunun Esasları, 8. Baskı, İstanbul 2004.

- Walker**, Wolf-Dietrich, “Alman Hukukunda Cebri İcrada Temel Hakların İhlali ve Korunması”, Doç. Dr. Haluk Konuralp’in Anısına Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı-VII, 24-25 Ekim, 2008, İzmir, s. 156-179 (Çev. Evrim Erişir).
- Yıldırım**, M. Kamil, “İcra Hukukun Anayasa İle İlişkisi ve Ölçülülük İlkesi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, İstanbul 1998, S. 1-3, s. 98-115.
- Yıldırım M. Kamil/Deren-Yıldırım**, Nevhis, İcra Hukuku, 5. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2012.

İCRA KEFALETİNİN ŞEKLİNE İLİŞKİN BİR YARGITAY KARAR İNCELEMESİ

*Arş. Gör. Ahmet ŞENSÖZ**

I. İNCELEME KONUSU KARAR

Yargıtay 8. HD, 04.06.2013, E. 2013/15098, K. 2013/20781¹

“Şikâyetçi icra kefilî İcra Mahkemesine başvurusunda; 18.03.2013 tarihli haciz sırasında yapılan icra kefaleti işleminin; kendi el yazısı ile kefil olunan miktarın ve tarihinin yazılı olmaması, eşin rızasının alınmaması nedenleriyle geçerli olmadığını, kefalet işleminin ve buna bağlı olarak düzenlenen icra emrinin iptalini talep etmiştir. Mahkemece, icra kefaletinin İİK’nun 38. maddesinde düzenlendiği, Borçlar Kanunu’nun 581 ve devamı maddelerinde düzenlenen kefalet sözleşmesi şekil şartlarının burada uygulanmayacağı ve icra kefaletinde eşin rızasının aranmayacağı gerekçesiyle, şikâyetin reddine karar verilmiş, hüküm şikâyetçi vekili tarafından temyiz edilmiştir.

İİK’nun 38. maddesinde, icra dairesindeki kefaletlerin ilamların icrası hakkındaki hükümlere tabi olduğu belirtilmiş, kefaletin şekli hakkında ise, özel bir düzenleme getirilmemiştir. Bu nedenle genel yasa olan ve 27836 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’ndaki kefaletle ilişkin, 581 ve takip eden madde hükümlerinin icra kefaletlerinde de uygulanması gerekmektedir.

* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı

¹ Karar Kazancı İçtihat Bankasından alınmıştır. E.T: 14.08.2014 (<http://66.221.165.113/cgi-bin/highlt/ibb/highlight.cgi?file=ibb/files/12hd-2013-15098.htm&query=20781#fm>).

Anılan Yasa'nın kefalet aktinin şekil şartlarını düzenleyen 583. maddesinde; Kefalet sözleşmesi, yazılı şekilde yapılmadıkça ve kefilin sorumlu olacağı azamî miktar ile kefalet tarihi belirtilmedikçe geçerli olmayacağı, kefilin, sorumlu olduğu azamî miktarı, kefalet tarihini ve müteselsil kefil olması durumunda, bu sıfatla veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle yükümlülük altına girdiğini kefalet sözleşmesinde kendi el yazısıyla belirtmesinin şart olduğunu, yine 584. maddesinde; eşlerden birinin diğerinin yazılı rızasıyla kefil olabileceğini; bu rızanın sözleşmenin kurulmasından önce ya da en geç kurulması anında verilmiş olmasının mecburi olduğu belirtilmiştir.

Somut olayda, borçlu şirket hakkındaki takip kesinleştikten sonra 18.03.2013 tarihli haciz sırasında, üçüncü kişi E.Y'nin "dosya borcu olan 93.454,71 TL'ye icra kefil olduğu" hususunu içeren haciz zabtı İcra Müdürünün el yazısı ile düzenlenmiş olup, Yasa'nın aradığı koşullara uygun değildir.

Bu durumda Mahkemece, yukarıda belirtilen yasal düzenlemeler çerçevesinde şikayetin değerlendirilerek sonuçlandırılması gerekirken, eksik inceleme yazılı şekilde hüküm kurulması isabetsizdir.

Şikayetçi vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, Mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK'nun 366. ve HUMK'nun 428. maddeleri uyarınca BOZULMASINA, taraflarca HUMK'nun 388/4. (HMK m. 297/ç) ve İİK'nun 366/3. maddeleri gereğince Yargıtay Daire ilamının tebliğinden itibaren ilama karşı 10 gün içinde karar düzeltme isteğinde bulunulabileceğine, 23.09.2013 tarihinde oybirliğiyle karar verildi."

II. OLAYIN ÖZETİ

Şikâyetle bulunan, Türk Borçlar Kanunu'ndaki kefaletin şekline ilişkin hükümlerin, icra kefaletlerinde de uygulanması gerektiğini iddia etmektedir. Bu nedenle, şikayette bulunan, icra kefil, icra mahkemesine başvurusunda, haciz sırasında yapılan icra kefaleti işleminde kanun gereği el yazısıyla yazılması gereken kefalet tarihi ve kefilin sorumlu olduğu azami miktarın yazılmadığı, "müteselsil" ibaresinin bulunmadığı ayrıca eşinin yazılı rızasının alınmadığı gerekçesiyle, kefalet işleminin ve buna bağlı olarak düzenlenen icra emrinin iptalini talep etmiştir.

III. MERCİ KARARLARI

A. Yerel Mahkeme Kararı

Şikâyetle bulunan, haciz sırasında yapılan icra kefaleti işleminin; kefilin kendi el yazısı ile kefil olunan miktarın ve tarihin yazılı olmaması, eşin rızasının alınmaması nedenleriyle geçerli olmadığını ileri sürmüş, bunun sonucunda kefalet işleminin ve buna bağlı olarak düzenlenen icra emrinin iptalini talep etmiştir.

İcra mahkemesi, icra kefaletinin İcra ve İflâs Kanunu'nun 38. maddesinde düzenlendiği, Borçlar Kanunu'nun 581 ve devamı maddelerinde hükme bağlanan kefalet sözleşmesine ilişkin şekil şartlarının burada uygulanmayacağı ve icra kefaletinde eşin rızasının aranmayacağı gerekçeleriyle, şikâyetin reddine karar vermiştir. Bunun sonucu olarak şikayette bulunan, kararı süresinde ve usulüne uygun olarak temyiz etmiştir.

B. Yargıtay 8. Hukuk Dairesi Kararı

Yargıtay, İcra ve İflâs Kanunu'nun 38. maddesinin, sadece icra daireesindeki kefaletlerin ilamların icrasına göre icra edileceğini belirten bir madde olduğunu, fakat icra kefaletinin şekli hakkında ise özel bir düzenleme getirmediğini kararında belirtmiştir. Bu nedenle genel yasa olan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun kefaletle ilişkin, 581 ve devamı hükümlerinin icra kefaletine de uygulanması gerekir.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 583. Maddesinin birinci fıkrasına göre, *“Kefalet sözleşmesi, yazılı şekilde yapılmadıkça ve kefilin sorumlu olacağı azamî miktar ile kefalet tarihi belirtilmedikçe geçerli olmaz. Kefilin, sorumlu olduğu azamî miktarı, kefalet tarihini ve müteselsil kefil olması durumunda, bu sıfatla veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle yükümlülük altına girdiğini kefalet sözleşmesinde kendi el yazısıyla belirtmesi şarttır”*. Ayrıca kanunun 584. maddesinin birinci fıkrasına göre, *“Eşlerden biri mahkemece verilmiş bir ayrılık kararı olmadıkça veya yasal olarak ayrı yaşama hakkı doğmadıkça, ancak diğerinin yazılı rızasıyla kefil olabilir; bu rızanın sözleşmenin kurulmasından önce ya da en geç kurulması anında verilmiş olması şarttır”*. Somut olayda şikayette bulunanın, icra kefil olduğu hususunu içeren haciz zaptı, icra müdürünün el yazısıyla düzenlendiği için yasanın aradığı koşullara uygun değildir.

Yargıtay 8. Hukuk Dairesi, yukarıda saydığımız gerekçelerle, şikayette bulunanın, temyiz itirazlarını dikkate alıp eksik inceleme sebebiyle kararı bozmuştur.

IV. ÇÖZÜMLENMESİ GEREKEN HUKUKÎ PROBLEM

Yukarıda verilen olay ve yargı mercilerinin kararları incelendiğinde tartışılması gereken temel sorun, icra kefaletinin şekline ilişkin hangi hususlarda 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun uygulanacağıdır. Nitekim icra kefaleti İcra ve İflâs Kanunu'nda düzenlenen bir kurumdur ve kendine özgü özellikleri vardır. Burada varılacak sonuç icra kefaletinin geçerliliği sorunu çözmeye de yardımcı olacaktır.

V. DEĞERLENDİRME

A. Genel Olarak İcra Kefaleti

İcra kefaletnameleri İcra ve İflâs Kanunu madde 38'e göre, ilam mahiyetini haiz belgelerdendir. Bu ilam mahiyetindeki belge sayesinde, üçüncü kişi kefil sıfatıyla, icra dairesi önünde borcun tamamını ya da bir kısmını üstlenir ve borcun alacaklıya ödenmesi sağlanır². İlam mahiyetini haiz belgelerden sayılması sebebiyle, icra edilme açısından, icra kefaletlerinin icrası diğer mahkemelerden alınan ilamların icrasıyla, aynı özelliklere sahiptir³. Alacaklı, icra kefaleti veren üçüncü kişiye karşı icra emri göndererek icra kefaletinin icrasını gerçekleştirebilir⁴. Ayrıca ilam mahiyetini haiz belgelerden sayılan icra kefaletinde şikâyet süreye bağlı değildir⁵.

² Tanrıver, s. 972; Benzer yönde tanımlamalar için bkz. Berkin, s. 67; Postacıoğlu/Altay, s. 797; Uyar, s. 91; Uyar, (İlam), s. 75; Kuru, s. 2148 vd.; Kuru, (El Kitabı), s. 767; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 385; Kuru, (Ders Kitabı), s. 238; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 461; Muşul, s. 913.

³ Tanrıver, s. 976; Berkin, s. 65 ; Postacıoğlu/Altay, s. 797 ; Uyar, s. 88; Uyar, (İlam), s. 69; Kuru, s. 2148; Kuru, (El Kitabı), s. 767; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 384; Kuru, (Ders Kitabı), s. 237; Muşul, s. 912; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 459.

⁴ "3. kişi muteriz 29.4.1985 tarihli borca icra kefilisi olmuştur. Alacaklının İİK'nun 38. maddesi gereğince borçluya icra emri tebliğ ettirilmesi icap eder. Bu husus yerine getirilmeden icra kefilisi hakkında takip kesinleşmiş olmaz ve hakkındaki haciz de uygulan-

İcra İflâs Kanunu'nun 38. maddesinin birinci fıkrasına göre, "...*icra dairesindeki kefaletler, ilamların icrası hakkındaki hükümlere tabidir. Bu maddedeki icra kefaletleri müteselsil kefalet hükmündedir*". İcra kefaletnameleri kanun gereği müteselsil kefalet hükmünde olduğundan artık bu noktada kefilin iradesinin herhangi bir önemi yoktur. Kefil icra dairesi önünde icra kefaletinin adi kefalet olmasını talep ederse, icra memuru bu talebi yerine getiremez. Çünkü icra memuru sadece alacaklının onayı alarak icra kefaletinin adi kefalet olmasına izin verebilir. Aksi takdirde, alacaklı şikâyet yoluyla işlemin iptalini isteyebilir. Ayrıca dava yoluyla, bu iptal yüzünden uğramış olduğu zararların tazminini devletten isteyebilir⁶. Devlet, alacaklının zararını tazmin eder. Eğer zararın oluşmasında, ilgili icra memurunun kusuru varsa devlet, icra memuruna karşı rücu hakkını kullanabilir.

İcra kefaleti takip hukukuna ilişkin bir müessese olmakla birlikte, aslında kefalet sözleşmelerinin, icra hukukunda kazanmış olduğu görünümüdür⁷. Bu yüzden İcra ve İflâs Kanunu'nda icra kefaletine ilişkin düzenleme bulunmayan hususlarda Türk Borçlar Kanunu'nun ilgili düzenlemeleri esas alınması gerekir.

maz." 12. HD. 21.05.1986, E. 1985/12166, K. 1986/6089 (E.T: 15.08.2014, Kazancı İçtihat Bankası); Yargıtay 12. HD. 22.12.2003, E. 2003/22124, K. 2003/26064 (YKD, Ağustos 2004, s. 1232).

⁵ "*İcra kefaletinin İİK.nun 38. maddesine göre ilam hükmünde olduğu, ilama aykırı yapılan işlemlere karşı itiraz ve şikâyetin süreye bağlı bulunmamasına binaen itiraz nedenleri hakkında olumlu olumsuz bir karar verilmek gerekirken itirazın süre yönünden reddi isabetsiz olduğu gibi kabul şekline göre de icra emri tebliğ edilip takip kesinleşmiş, icra kefilisi İİK. nun71. maddesine dayalı olarak itfa itirazında bulunmuş, bu da süreye bağlı bulunmamış olduğu halde süre yönünden red kararı verilmesi isabetsiz, temyiz itirazları yerinde görüldüğünden...*" 12. HD. 25.10.1990, E. 1990/3396, K. 1990/10486 (YKD, Haziran 1991, s. 886); Benzer yönde karar için bkz. 12. HD. 26.11.2013, E. 2013/31202, K. 2013/37362 (E.T: 16.08.2014, Kazancı İçtihat Bankası).

⁶ **Tanrıver**, s. 974; **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, s. 112; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 64.

⁷ **Tanrıver**, s. 972.

B. İcra Kefaletinin Kefalet Sözleşmesinden Farkları ve Benzerlikleri

1. Farkları

• İcra kefaletnameleri ile kefalet sözleşmeleri zamanaşımı açısından birbirinden farklıdır. İcra kefaletinde zamanaşımı, İcra ve İflâs Kanunu hükümlerine tâbidir. Bu kanunun 39. maddesine göre, “*ilama müstenit takip, son muamele üzerinden on sene geçmekle zamanaşımına uğrar*”. Kefalet sözleşmelerinde zamanaşımı ise Türk Borçlar Kanunu hükümlerine tâbidir. Bu kanunun 146. maddesine göre, genel zamanaşımı olan on yıllık zamanaşımı vardır. İcra kefaletinin, İcra ve İflâs Kanunu hükümleri çerçevesinde, kendine özgü bir zamanaşımının olduğu ile ilgili Yargıtay kararları mevcuttur⁸.

• Kefalet sözleşmesinde, kefaletin müteselsil veya adi kefalet olmasını kefilin iradesi belirler (TBK m. 586/1)⁹. Ancak, icra kefaleti İcra ve İflâs Kanunu'nun 38. maddesinin birinci fıkrasındaki hüküm nedeniyle müteselsil kefalet hükmündedir. İcra kefaletinde kefil olan üçüncü kişi, müteselsil kefalet yerine adi kefalet vermek isterse, icra müdürü bunu reddetmek zorundadır. Bu durum icra müdürünün tek başına verebileceği bir karar değildir. İcra müdürü bu durumda alacaklıya sorarak, kefilin adi kefalet isteğine ilişkin alacaklının onayını alması gerekir. Diğer bir deyişle sadece alacaklının onayı alınmak suretiyle, icra müdürü adi kefaleti kabul edebilir. Aksi takdirde icra memurunun yapmış olduğu bu işlem şikâyet konusu

⁸ “İİK'nin 38. maddesinde, “İcra dairesindeki kefaletler, ilamların icrası hakkındaki hükümlere tabidir” denilmektedir. Yasa'nın bu özel hükmü karşısında, Borçlar Yasası'nın kefaletle ilgili genel hükümleri uygulanamaz. Kaldı ki, olayda icra dairesinde kefalette bulunan borçlu, “müşterek borçlu ve müteselsil kefil” sıfatı ile ödeme borcu altına girmiştir. Bu bakımdan icra dairelerindeki kefalet, takibin dayandığı bonodan ayrı bir borçlanmayı içermektedir. İİK/m. 39 hükmü göz önünde tutularak, icra dairesindeki kefile ilgili on yıllık zamanaşımının geçmiş olup olmadığı konusunda bir sonuca varılması gerekir.” Yargıtay HGK, 8.1.1969, E. 1968/821, K. 1969/17 (Uyar, Şerh, s. 531, dn: 46).

⁹ TBK madde 586/2'a göre “Alacak teslimine bağlı taşınır rehni veya alacak rehni ile güvenceye alınmışsa, rehlin paraya çevrilmesinden önce kefile başvurulamaz.”, bu hüküm kefilin müteselsil kefalet yapma iradesini sınırlı oranda kısıtlar.

yapılabilir¹⁰. Müteselsil kefalet alacaklının lehinedir, çünkü bu kefalet türü, alacaklının, asıl borçluya başvurmasına ve rehnin paraya çevrilmesine gerek kalmaksızın, doğrudan kefile başvurabilmesini sağlar¹¹.

- Kefalet sözleşmesi ile icra kefaletinin farklarından birisi de zamanlama noktasındadır. Yani, her kefalet sözleşmesi icra kefaleti değildir. İcra kefaleti olabilmesi için belli zamanlarda yapılması gerekir. İcra kefaleti, icra dairesi önünde haciz veya ihtiyati haciz¹² aşamasında yapılır.

- Kefalet sözleşmelerinin hukukî niteliği bir sözleşmedir. Bu sözleşme, alacaklı ile kefil arasında kurulmaktadır. Aslında icra kefaleti de alacaklı ile kefil arasında yapılmaktadır, fakat icra kefaletini, kefalet sözleşmelerinden ayıran nokta, icra kefaletinin icra müdürü veya icra dairesinin önünde yapılma zorunluluğudur. İcra memuru haciz tutanağını (düzenleme şeklinde senedi¹³) hazırlayarak, kefilin önüne getirir. Kefilin ise bu sözleşmeyi 818 sayılı Borçlar Kanunu'na göre, sadece imzalaması yeterlidir. Ancak Türk Borçlar Kanunu'nun 583. maddesinin birinci fıkrasına göre, kefilin kefalet tarihini, azami sorumlu olduğu miktarı ve müteselsil kefil olması durumunda "müteselsil" ibaresini kefilin kendi el yazısıyla yazması gerekmektedir. Kanaatimizce, kanunda meydana gelen bu değişiklikler icra kefaletnamelerinin düzenleme şeklinde senet olma vasfını değiştirmez.

¹⁰ Tanrıver, s. 974; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 112; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 64.

¹¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Tandoğan, s. 568; Aydoğdu/Kahveci, s. 714; Gümüş, s. 341 vd.; Özen, s. 281; Zevkliler/Gökyayla, s. 673; Yavuz/Acar/Özen, s. 682.

¹² "İİK'nun 38. maddesinde icra dairesindeki kefaletlerin ilamların icrası hakkındaki hükümlere tabi olacağı öngörülmüştür. Dayanak belge ihtiyati haciz sırasında verilen icra kefaleti bulunduğuna göre anılan maddedeki ilam niteliğindedir" 12. HD. 15.05.1996, E. 1996/6480, K. 1996/6505 (E.T: 17.08.2014, Kazancı İçtihat Bankası).

¹³ Yargıtay da bir kararında, icra memuru tarafından düzenlenen haciz tutanağının düzenleme şeklinde senet olduğunu belirtmektedir. "Takibin dayanağı (düzenleme şeklinde müşterek ve müteselsil borç senedi ve kefaletname) başlığını taşıyan 5.10.1979 tarih 25242 sayılı senet münderecat itibarıyla İİK'nun 38. maddesine uygun ve para borcu ikrarını havi nitelikte olup ilamların icrasına dair hükümlere tabidir. Nitekim borçluya icra emri tebliğ edilmiştir." 12 HD. 12.02.1985, E. 1984/11667, K. 1985/1164 (E.T: 17.08.2014, Kazancı İçtihat Bankası).

2. Benzerlikleri

• İcra kefaleti ile kefalet sözleşmesinin amacı aynıdır. Bu amaç kısa bir şekilde ifade edilmek istenirse, borçlunun borcunu ifa etmemesi durumunda, alacaklının alacağına kavuşması için kefilin alacaklıya kişisel güvence sağlamasıdır (TBK m. 581).

• Kefalet sözleşmesinde kefilin sorumluluğu, en fazla asıl borçlunun sorumluluğu kadar olabilir. Kefil, sorumlu olacağı miktarı kendi belirleyebilir. Kefalet sözleşmesi alacaklı ile kefil arasında yapılmasına ve borçlunun bu sözleşmede taraf olmamasına rağmen, borçlu ile kefilin arasındaki hukukî veya hukukî olmayan ilişki kefilin sorumluluğunu belirler. Bu sayede kısmi kefalet sözleşmeleri de yapılabilmektedir¹⁴. İcra kefaletinde de kefil, kısmi icra kefaleti yapabilmektedir¹⁵.

• Hem icra kefaletnameleri hem de kefalet sözleşmelerinde kefilin borcu fer'î nitelik taşır. Yani kefalet borcu, geçerli olan başka bir borcun varlığını gerektirir. Bu durumda asıl borç sona erince kefalet borcu da sona erer¹⁶.

C. İcra Kefaletinin Geçerlilik Şartları

1. Genel Olarak

İcra kefaleti takip hukukuna ilişkin bir müessese olmakla birlikte, aslında kefalet sözleşmelerinin, icra hukukundaki görünümüdür¹⁷. Bu yüzden İcra ve İflâs Kanunu'nda icra kefaletine ilişkin düzenleme bulunmayan

¹⁴ Ayan, s. 430; Tandoğan, s. 503; Aydoğdu/Kahveci, s. 706; Zevkliler/Gökyayla, s. 655; Yavuz/Acar/Özen, s. 677; Özen, s. 120; Gümüş, s. 290.

¹⁵ "İcra kefaletleri, üçüncü şahısların kefil sıfatıyla, icra dairesi önünde, borçlunun, borcunu ödemesini kısmen ya da tamamen üstlenmelerini öngören kefaletlerdir" (Tanrıver, s. 972); "Bundan maksat, bir icra takibi konusu borcun ödenmesini sağlamak için, özellikle borcun taksit bağlanması halinde, üçüncü bir kişinin (kefilin) icra müdürü huzurunda borca (borçluya) kefil olmasıdır" (Kuru, (Ders Kitabı), s. 238; Kuru, s. 2148).

¹⁶ Tandoğan, s. 520; Yavuz/Acar/Özen, s. 671; Ayan, s. 59 vd.; Özen, s. 139; Aral, s. 438; Gümüş, s. 298 vd.; Zevkliler/Gökyayla, s. 654, 655; Aydoğdu/Kahveci, s. 706.

¹⁷ Tanrıver, s. 972.

hususlarda Türk Borçlar Kanunu esas alınmalıdır. İcra ve İflâs Kanunu'nun 38. maddesinde icra kefaletinin geçerlilik koşuluna ilişkin bir husus bulunmamaktadır. Bu nedenle Türk Borçlar Kanunu'nun ilgili hükümleri göz önünde bulundurulmalıdır.

Türk Borçlar Kanunu kefalet sözleşmesinin geçerlilik şartlarını sistematik açıdan esasa ilişkin şartlar ve şekle ilişkin şartlar olmak üzere ikiye ayırarak düzenlemektedir. Esasa ilişkin şartlar geçerli bir asıl borcun bulunması, kefilin ehliyeti ve kefilin evli olması durumunda kefil olabilme ehliyetinin özel koşulu olan evli kişilerin iznidir. Karar incelememizin esasını şekle ilişkin şartlar ve evli kişilerin kefil olabilme ehliyetinin özel koşulu olan, kefilin eşinin izni oluşturacaktır. Diğer esasa ilişkin geçerlilik koşulu olan ehliyet ve geçerli bir asıl borcun bulunması şartları incelenmeyecektir¹⁸.

2. İcra Kefaletinin Şekline İlişkin Hususlar

a. Metin Kısmı

Kefalet sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması gerekir (TBK m. 583). Bu yazılı metnin, matbu veya alacaklı tarafından kendi el yazısıyla ya da bilgisayarda yazılması mümkündür¹⁹. Fakat Türk Borçlar Kanunu'nun 583. maddesi, kefalet sözleşmesinde bazı hususların kefilin kendi el yazısıyla yazılmasını şekle ilişkin geçerlilik koşulu olarak düzenlemiştir. İşte bu düzenleme karşısında kefalet sözleşmesinde aranan yazılılık koşulunun adı yazılı şekil olmayıp nitelikli yazılı şekil olduğunu söyleyebiliriz²⁰.

Kefalet sözleşmesine ilişkin yazılı metinde alacaklının kabul beyanının yazılı metne dâhil olması şart değildir. Alacaklı bu beyanı sözlü şekilde de verebilir, çünkü kefalet sözleşmesinde geçerlilik koşulları borçlunun korunmasına yöneliktir.

¹⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Tandoğan**, s. 520 vd.; **Ayan**, s. 78 vd.; **Gümüş**, s. 298 vd.; **Özen**, s. 162; **Aydoğdu/Kahveci**, s. 707 vd.; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 663 vd.; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 671 vd.

¹⁹ **Tandoğan**, s. 540; **Ayan**, s. 157; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 674; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 664; **Aydoğdu/Kahveci**, s. 708; **Özen**, s. 200 vd.; **Gümüş**, s. 314.

²⁰ **Ayan**, s. 158; **Özen**, s. 203; **Aydoğdu/Kahveci**, s. 708; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 675.

Kefalet sözleşmesinin tek bir belge içinde düzenlenmesi de kefalet sözleşmesinin şekline ilişkin geçerlilik koşuludur. Diğer bir deyişle kefalet sözleşmesinin iki ayrı metin üzerinde düzenlenmesi, yani bir metinde sadece irade varken diğerinde kefilin sorumlu olduğu limitin gösterilmesi bu kefalet sözleşmesini geçersiz kılar²¹.

b. İmza

Kefalet sözleşmesinin yazılı olması ve bu belgenin kefil veya kefilin temsilcisi tarafından imzalanması gerekir. Ayrıca kefilin imzasının, metnin tamamını kapsamaması gerekir, yani ayrı bir kâğıda imza atılması mümkün değildir. Fakat kefalet sözleşmesinin diğer tarafı olan alacaklının bu sözleşmeyi imzalama zorunluluğu yoktur²².

c. Kefilin Kendi El Yazısıyla Yazması Gereken Hususlar

aa. Genel Olarak

Türk Borçlar Kanunu'nda yer alan düzenleme, eski kanundaki düzenlemenin aksine, kefilin dahi iyi bir şekilde korunabilmesi için, kefalet sözleşmesinde bazı hususların kefilin kendi el yazısıyla doldurulması gerektiğini belirtmiştir. Bu nedenle yürürlükteki düzenleme kefalet sözleşmesinin şeklini eski kanunda yer alan adi yazılı şekilden nitelikli yazılı şekil haline dönüştürmüştür. Kefilin bu hususları, kendi el yazısı ile yazmamasının sonucu kefalet sözleşmesinin geçersizliği olarak belirtilmiştir. Kefilin kendi el yazısıyla yazması gereken bu hususlar aşağıda incelenecektir.

bb. Sorumluluk Limiti

Sorumluluk limitine ilişkin hüküm eski kanunda da yer almaktaydı. Nitekim eski Borçlar Kanunu'nun 484. maddesine göre, “*kefilin mes'ul olacağı muayyen bir miktar iradesine mütevakıftır*”, şeklindeki hükümde bu husus belirtilmiştir. Ancak, Türk Borçlar Kanunu'nda bu hususun, sorumluluğun bir üst sınır niteliği taşıdığı ve bu miktarın kefilin el yazısıyla yazıl-

²¹ Ayan, s. 158; Özen, s. 219.

²² Ayan, s. 160; Özen, s. 201.

ması gerektiği açıkça ifade edilmiştir²³. Kanun koyucunun bu hususu açıkça vurgulaması daha yerinde olmuştur. Çünkü bazı Yargıtay kararlarında bu hususun aksine dayanılmaktadır²⁴.

Asıl borç, paradan başka bir borç niteliği taşısa bile kefilin sorumluluğunun limitinin para miktarı olarak gösterilmesi gerekir. Bu limitin tereddüte yol açmayacak ölçüde açık olması şarttır. Kefilin limiti ile asıl borcun miktarı birbirinden farklıdır. Limit bu sebeple asıl borcun miktarından yüksek veya düşük olacak şekilde kararlaştırılabilir²⁵. Ayrıca takip hukuku müessesesi olan icra kefaletinde, icra kefaletinin hangi takipten kaynaklandığının da belirtilmiş olması gerekir²⁶.

cc. Kefalet Tarihi

Türk Borçlar Kanunu'nun 583. maddesine göre, kefalet sözleşmesinin imzalandığı tarihin kefilin el yazısıyla yazılması zorunludur, çünkü bu hüküm kefalet sözleşmesinin geçerlilik koşulu olarak belirtilmiştir. Kefalet sözleşmesi, herhangi bir resmi kurumun katılımı olmaksızın alacaklı ve kefil arasında yapılmaktadır. Ancak taraflar isterlerse kefalet sözleşmesini noter huzurunda da yapabilirler. Noter huzurunda gerçekleştirilen kefalet sözleşmesinde, kefalet sözleşmesinin imzalandığı tarihin de kefil tarafından el

²³ **Ayan**, s. 163; **Özen**, s. 208; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 677; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 667; **Aydoğdu/Kahveci**, s. 709; **Gümüş**, s. 315.

²⁴ “İhtiyati haciz sırasındaki icra kefaleti geçerlidir. Asıl borçlu hakkında takip iptal edilmedikçe kefilin sorumluluğu devam eder. İcra kefaletinin düzenlendiği haciz tutanağında borç miktarının yazılı olmaması, bu haczin taallük ettiği icra dosyasında ya da ihtiyati haciz kararında alacak miktarı belli olduğu için kefaletin geçersizliğine neden sayılamaz.” 12. HD. 14.11.2000 T, E. 15856, K. 17337 (**Uyar**, Şerh, s. 531, dn:41); Aksi yönde Yargıtay kararı için bkz. 19. HD. 03.05.2002, E. 2001/3399, K. 2002/3344 (E.T: 20.08.2014, Kazancı İçtihat Bankası).

²⁵ **Ayan**, s. 161 vd; **Özen**, s. 210; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 677; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 667; **Aydoğdu/Kahveci**, s. 706; **Gümüş**, s. 316.

²⁶ “Birden fazla borçluya karşı yürütülen icra takibi sırasında, icra kefilisi olan kişinin dosyanın tamamına mı, yoksa borçlulardan birine mi icra kefilisi olduğuna dikkate etmek gerekir. Bu durum özellikle, takip borçlularından birinin borçlu olmadığı diğerinin ise borçlu olduğunun tespiti halinde önem taşıyacaktır.” 19. HD, 25.01.2008, 7124/404 (**Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, s. 461, dn 465).

yazısıyla yazılması gerekli midir? Bu soruya noterlerin senet düzenlemelerine ilişkin ikili bir ayırım yaparak cevap vermek daha yerinde olacaktır. Noterler iki çeşit senet düzenlemektedirler. Bunlardan ilki düzenleme biçiminde noter senedi iken diğeri onaylama biçiminde noter senedir.

Onaylama biçiminde noter senedi olarak düzenlenen kefalet sözleşmelerinde, kefalet sözleşmesinin şekline ilişkin var olan kurallara uyulması gerekir. Bu nedenle kefilin, sorumluluk limitini ve varsa müteselsil kefil olma iradesini kefilin el yazısıyla yazılması şarttır. Ancak, kefalet sözleşmesinin imzalandığı tarih için bu derece sert bir tutuma girmemek gerekir. Çünkü noter imza onayı yaptığında buna ilişkin tarih de atmaktadır. Kefilin sonradan “*ben bunu el yazısıyla yazmadım, ancak kanun gereği bunun el yazısıyla yazılması gerekir*”, diyerek, kefalet sözleşmesinin geçersizliğini iddia etmesi dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmektedir²⁷. Çünkü noter resmi bir memurdur ve noter senetleri resmi senet hükmündedir.

Düzenleme biçiminde noter senedi olarak düzenlenen kefalet sözleşmelerinde ise noter tarafların sözlü ifadelerine dayanarak metnin tamamını yazar, taraflar ise sadece imza atarlar. Kanunda kefil tarafından el yazısıyla yazılması gereken hususların noterlerin düzenleme biçimindeki noter senetlerinde de uygulanıp uygulanmayacağına ilişkin iki görüş mevcuttur.

Birinci görüşe göre²⁸, düzenleme biçimindeki senetlerde kanun koyucunun aramış olduğu şekil şartı olan nitelikli yazılı şeklin daha üst bir şekli olan resmi şekil söz konusudur. Kanun koyucunun nitelikli yazılı şekil sayesinde öngörmüş olduğu kefilin koruma görevi, düzenleme biçimindeki senetlerde noterler tarafından yapılmaktadır. Bu görüşün ilk gerekçesine göre, kefalet sözleşmesinin şekline bağlı olarak verilmesi gereken özel temsil yetkisinin, noterden düzenleme senet biçiminde verilmesi halinde, temsil yetkisi verenin, bu ifadeleri kendi el yazısıyla belirmesi aranmamaktadır. İkinci gerekçesi, eğer kefilin kendi eliyle yazması gereken hususlar düzenleme şeklindeki noter senetlerinde de aranırsa bu halde okuma yazma bilmeyen veya özrü nedeniyle yazamayacak olan kişilerin kefalet sözleşmesi akdetmeleri olanaksız hale gelecektir.

²⁷ Ayan, s. 169-170.

²⁸ Ayan, s. 170 vd.

İkinci görüşe göre²⁹, kefalet sözleşmesi noterde resmi senet şeklinde düzenlenmiş olsa bile kanun tarafından kefilin kendi el yazısıyla yazması gereken hususlar, yani kefalet tarihinin, limitin ve müteselsil kefalet anlamına gelen ibarenin kefil tarafından el yazısıyla yazılması zorunludur.

Biz de birinci görüşe katılmaktayız. Düzenleme biçiminde senet olarak kefalet sözleşmesi akdedilirse kefilin kendi el yazısıyla yazılması gereken hususlar aranmaksızın, kefalet sözleşmesi geçerli olarak kabul edilmesi gerekir. Çünkü kanun koyucunun kefilin koruma görevi, nitelikli yazılı şekilden daha üst bir koruma şekli olan resmi yazılı şekille sağlanmaktadır.

Yukarıda açıkladıklarımızın bir benzerini de icra kefaletleri açısından söyleyebiliriz. İcra kefaleti de resmi memur tarafından düzenlenen tutanakla oluşturulacağı için, haricen Türk Borçlar Kanunu'nun 583. maddesinin birinci fıkrasının aradığı şekil koşuluna uyulmasına gerek olmamalıdır. Çünkü icra memurlarınca düzenlenen tutanak da düzenleme şeklindedir. Nitekim bazı Yargıtay kararlarında da bu tutanağın düzenleme şeklinde senet olduğu ifade edilmektedir³⁰. Bu nedenle, kefalet sözleşmesinin şekline ilişkin geçerlilik koşulu olan sorumluluk limitinin, kefalet tarihinin ve “*müteselsil*” ibaresinin yazılması zorunlu olmakla birlikte, bunların icra memuru tarafından yazılması da icra kefaletinin geçerliliği için bir sorun teşkil etmemelidir³¹.

Kanaatimizce, icra kefaletlerinde kefilin sadece imza ve sorumluluk limitinin kendi el yazısıyla yazması, icra kefaletinin geçerliliği için yeterli görülmelidir. Diğer hususlar olan kefalet tarihi ve “*müteselsil*” ibaresinin icra kefaletinde mutlaka kefil tarafından el yazısıyla yazılması gerekmemelidir.

²⁹ **Reisoğlu**, s. 89 vd.

³⁰ “*Takibin dayanağı (düzenleme şeklinde müşterek ve müteselsil borç senedi ve kefaletname) başlığını taşıyan 5.10.1979 tarih 25242 sayılı senet münderecaat itibarıyla İİK.nun 38. maddesine uygun ve para borcu ikrarını havi nitelikte olup ilamların icrasına dair hükümlere tabidir. Nitekim borçluya icra emri tebliğ edilmiştir.*” 12 HD. 12.02.1985, E. 1984/11667, K. 1985/1164 (YKD, Haziran 1985, s. 844).

³¹ **Ayan**, s. 173.

dd. Müteselsil veya Bu Anlama Gelen İbare

Kanun koyucu kefalet sözleşmelerinin bazılarını kanun gereği müteselsil kefalet olarak öngörmüşken, bazılarında ise müteselsilliğin belirlenmesini tarafların iradelerine bırakmıştır. Örnek vermek gerekirse, ticari borçlara ilişkin kefalet ve icra kefaletleri kanun gereği müteselsil kefalet sayılmıştır. Kanun gereği müteselsil kefalet sayılan durumlarda, müteselsil veya bu anlama gelen ibarenin kefalet sözleşmesinde, yani icra kefaletinde ayrıca gösterilmesine ve bu ifadenin kefil tarafından el yazısıyla yazılmasına gerek yoktur. Diğer bir deyişle, icra kefaletine ilişkin haciz tutanağında, müteselsil kefil ibaresi yer almamış olsa veya bu ibare yer almakla birlikte kefilin kendi el yazısı olmasa bile, bu kefalet kanun gereği müteselsil kefalet sayıldığından icra kefaletinin geçerliliğine yol açmamalıdır³². İcra kefaleti sadece alacaklının onayı alınarak adi kefalete dönüşebilir³³.

ee. Evli Kişiler İçin Eşin İzni

Evli kişiler için eşin izni kefalet sözleşmesinin şekline ilişkin bir husus olmayıp, kefalet ehliyetinin özel koşuludur. Kanunda bu özel koşula ilişkin istisnai bir durum bulunmadığından, evli kişinin icra kefaletinin geçerli olarak doğabilmesi için kefilin eşinin izni en geç icra tutanağının imzalandığı tarihte var olması gerekir³⁴ (TBK m. 584).

SONUÇ

Yargıtay'ın vermiş olduğu kararın ve kararda gösterilen gerekçelerin yerinde olmadığını düşünüyoruz. Yargıtay, İcra ve İflâs Kanunu'nun icra kefaletine ilişkin düzenleme bulunmayan hususlarda, Türk Borçlar Kanunu'nun tam anlamıyla uygulanması gerektiğini belirtmektedir. Ancak, kanaatimizce, icra kefaletinin kendine özgü olan özellikleri gözden kaçırılmamalıdır. Bu nedenle, kanunda belirtilen kefilin el yazısıyla yazması gereken hususların, icra kefaletinin kendine özgü özellikleri dikkate alınarak ve her bir hususun ayrı ayrı incelenerek yorum yapılması gerekir.

³² Ayan, s. 172; Reisoğlu, s. 142.

³³ Postacıoğlu/Altay, s. 797; Tanrıver, s. 974.

³⁴ Ayan, s. 173.

1. Sorumluluk limiti, kefilin icra kefaletinde ne kadar miktarla sorumlu olduğunu bilmesi açısından önemli bir unsurdur. Sorumluluk limitinin kefil tarafından el yazısıyla yazılması, bu unsurun önemini daha da artırmaktadır. Bu nedenle, kefilin icra kefaletinde sorumluluk limitini kendi el yazısıyla yazması zorunludur.
2. Kefalet tarihi, icra kefaletinin hangi tarihte kurulduğunun öğrenilmesi açısından önem taşır. İcra kefaleti, resmi memur olan icra memuru tarafından düzenlenen tutanakla oluşturulur. Bu tutanakta icra kefaletinin hangi tarihte yapıldığına dair tarih atılır. Ancak, bu tarihin kefilin el yazısıyla yazılması gerekli görülmemelidir. Bu tarih icra memuru tarafından atıldığı zaman da icra kefaleti geçerli sayılmalıdır. Nitekim icra kefaletleri için tutulan tutanaklar, aksi ispat edilinceye kadar geçerlidir (İİK m. 8/II).
3. İcra kefaleti kanun gereğince müteselsil kefalet sayılmıştır. İcra kefaletine ilişkin haciz tutanağında, müteselsil kefil ibaresi yer almamış olsa veya bu ibare yer almakla birlikte kefilin kendi el yazısı ile yazılmamış olsa bile, bu kefalet kanun gereği müteselsil kefalet sayıldığından icra kefaletinin geçersizliğine yol açmamalıdır.
4. Evli kişiler için eşin izni kefalet sözleşmesinin şekline ilişkin bir husus olmayıp, kefil olabilme ehliyetinin özel koşuludur. Kanunda bu özel koşula ilişkin istisnai bir durum bulunmadığından, evli kişinin icra kefaletinin geçerli olarak doğabilmesi için kefilin eşinin izni en geç icra tutanağının imzalandığı tarihte var olması gerekir.

Kaynakça

- Aral**, Fahrettin: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Genişletilmiş 5. Baskı, Ankara 2003.
- Ayan**, Serkan: Kefalet Sözleşmesinde Kefilin Sorumluluğu, 1. Baskı, Ankara 2013.
- Aydoğdu**, Murat/**Kahveci**, Nalan: Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, İzmir 2013.
- Berkin**, M. Necmeddin: İcra Hukuku Dersleri, 2. Bası, İstanbul 1969.
- Gümüş**, Mustafa Alper: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt II, 2. Bası, İstanbul 2012.
- Kuru**, Baki: İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, 2. Bası, Ankara 1974, (Ders Kitabı).
- Kuru**, Baki: İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, 2. Bası, İstanbul 2006, (El Kitabı).
- Kuru**, Baki/**Arslan**, Ramazan/**Yılmaz**, Ejder: İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, 25. Bası, Ankara 2011.
- Muşul**, Timuçin: Teorik ve Uygulamalı İcra ve İflâs Hukuku, İstanbul 2002.
- Özen**, Burak: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi, Genişletilip Güncelleştirilmiş 2. Bası, İstanbul 2012.
- Pekcanitez**, Hakan/**Atalay**, Oğuz/**Sungurtekin Özkan**, Meral/**Özekes**, Muhammet: İcra ve İflâs Hukuku, 11. Bası, Ankara 2013.
- Postacıoğlu**, İlhan/**Altay**, Sümer: İcra Hukuku Esasları, İstanbul 2010.
- Reisoğlu**, Seza: Türk Kefalet Hukuku, Ankara 2013.
- Tandoğan**, Haluk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt II, 2. Bası, Ankara 1987.
- Tanrıver**, Süha: İcra ve Temyiz Kefaletleri (Kefaletnameleri), Ankara Barosu Dergisi, 1989/6, s. 972-979.
- Uyar**, Talih: İcra Hukukunda İlâmlı Takipler, 2. Bası, Manisa 1991.

Uyar, Talih: İcra ve İflâs Kanunu Şerhi El Kitabı, Cilt I (İİK 1-134), 2. Baskı, Ankara 2012, (Şerh).

Uyar, Talih: İlam Niteliğindeki Belgeler (İİK. Mad. 38), Ankara Barosu Dergisi, 2004/3, s. 69- 82, (İlam).

Yavuz, Cevdet/**Acar**, Faruk/**Özen**, Burak: Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, 10. Baskı, İstanbul 2012.

Zevkliler, Aydın/**Gökyayla**, Emre: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 12. Bası, Ankara 2013.

İCRA VE İFLÂS KANUNU'NUN 89. MADDESİ ÜZERİNE DÜŞÜNCELER

*Hâkim Hilmi ŞEKER**

GİRİŞ

Köşe başını tutan deneyimlerle, meseleye ilgi duyan akademik repertuar kuralın yaklaşımı, işleyişi ve akıbeti konusunda umumiyetle ittifak ederler. Dolayısıyla ihbarnamenin tebliğiyle eş zamanlı olarak gerçekleşecek hacizler konusunda herhangi bir uyuşmazlık söz konusu olmaz.

Sorun ihbarnamenin tebliği ile haczin hitamı anına değin geçen süre ve periyotta bankalara sözleşme kapsamında veya arızı nedenlerle ulaşan nakdin haczinden kaynaklanır.

İçtihatların bu konuda hem fikir olduklarını söylemek olanaksızdır. Tecrübelerin hükmün konulma gerekçesinden ve amacından kopukluğu, ilkeler üzerinden konuşmayı önlemekte, içtihadı palyatif ve yarınsız deneyimlerin inisiyatifine bırakmakta, anlık deneyimler, görece içtihatların yönünü tayin etmektedir.

İstikbaldeki paraların haczine onay veren deneyim, birkaç adım ötede ve geçmişini unutarak malum söylemini terk eder. İçtihadın ifade güçlüğü, akademinin öne çıkışını kolaylaştırmakta, onları olgular üzerinden, ilkelerden ayrık ve kısır düşüncelerle süreci yorumlamaya çağırır.

Yorum bilimi, yorum için kuralın varlığını koşul addeder. Olmayan yorumlanması mümkün olmadığı gibi, yorum yasayla çizilen hatların ötesindeki bir amacı temine ve onun illaki hukuk olarak sunulmasını yasaklar. Yorumun dışsal çerçevesi erekle mahduttur. Ereğin tahayyül etmediğinin yorum addedilmesi, amaçlanmayan yorumla özdeşleşmesi, kurala dönüşmesi mümkün olmaz.

* İstanbul İcra Hâkimi

Yargıtay'ın atideki meblağın haczine ilişkin içtihadını odaklanan yorumlar, kuralı olmadık yerinden kırılmaya uğratırlar. Bu yaklaşım, talep edilmesi ve banka/mudi arasında ilişkinin sürdürülebilir olması koşuluyla atideki alacağın haczine geçit verilmesi olanaklıdır. Bu görüş, kuralın keskinliğini alan, seyrelten bir yaklaşım olmakla birlikte, kendisini hukuki ilişkinin varlığına ve idame koşuluna almakla aksak bir çözümdür.

Kötü niyeti frenlemeye özgülünen bu niyet, 89/1. madde hükmünün amaç ve hedeflerini yeterince kapsayamayan, göremeyen bir sığığa sahiptir. İrtifa düşüklüğü, onun soruna derinlemesine nüfuz etmesini, özümsererek algılanmasını önler. Yeterince kavrayamama, durulması gereken yer ve zamanın tayininde, esası etkileyecek bir yanılığa neden olur.

Çözümün banka yararına odaklanmak yerine, alacaklı borçlu ilişkisini gözeten, dengeleyen yer ve yüksekliği referans alması önerilir. Görüşlerin sağlıklı konuşlanmaması, yer seçimindeki yanılığarı, istisnayı işler kılacak zaman ve periyotta kırılmaya yol açar, zaman ve döneme dair işlerlik koşullarının tayinini güçleştirir.

Dolayısıyla, kuralı/hükmü Yargıtay'ın itkisiyle istisnaya uğratan akıl, haczedilebilir olanları sürekli sözleşmeye dayanan alacaklarla sınırlamakta, mevzubahis korumayı birden ziyade koşulun tahakkukuna bağlayarak, kuralı tahkim etmekte, sıkı şekil şartlarına bağlanan haciz, nerdeyse imkânsızlaşmaktadır. Kendisini haciz dostu ilan eden bu yaklaşım, özünde 89'u işlemez kılmakta, banka alacakları çorak görüşlerle maddenin özne, nesne ve zaman bağlamı işlerliğini keyfince belirlemektedir.

Bu hatalı bir öneridir. Onu yanıltıcı, aldatıcı yapan, 89. maddeyi kaleme alan akli ve yaklaşımı hiçe sayması, değerlendirme dışı bırakması ya da haczedilemezlik düşüncesiyle mevcut yarışını nesnel kriterlerden uzak tutmasından neşet eder.

Dahası, sürekli sözleşmeye yaslanmayan alacakların haczedilmezliğine tereddütsüz onay vermesidir. Bu onay, kendisini icra hukukundan ziyade borçlar hukukuna yaslamayı tercih eder. İİK 89. düzenleyen hüküm ve gerekçesinin hiçbir yerinde bu tasnif yapılmamakta, alacağın haczi engellerle örülmemekte, uygulanması koşullara bağlanmadığı halde, uygulama bilinmeyen veya yeterince ikna edemeyen kendinden menkul gerekçelerle 89. madde başkalaştırılmakta, tanınmayacak vaziyete getirir.

Biz yasamanın akıl etmediği bir uygulamanın, haczedilmezlik paradigmasını ayakta tutana dönüşmemesi gerektiğini düşünürüz. Yasama haczedilmezlik kurumunun ne anlama geldiğini bilmekte ve pozisyonunu buna göre belirleyerek, cebri icranın sınırları dışında tutulması gereken değerleri açıkça belirler.

İstisnanın yakıcılığı onun özenli bir dille seçilmesini, sınırlarının pür dikkat belirlenmesini zorunlu kılar. İcra paradigması, insani kaygıları öne çekerek, dilediği yer ve zamanda bu yaklaşımını cömertçe ve alenen ortaya koyar.

Cömert ve temkinli bu yaklaşımın 89. madde uygulamasında ortaya koyduğundan söz etmek olanaksızdır. Her şey ortada iken, hukukun hiç olmayacak bir yerde tutarsız, gayri hukuki ve yetersiz gerekçelerle, mudi/banka ve alacaklı ilişkisini tayin etmesi ya da haczedilmezliğin sınırlarını yanların inisiyatifine, mudi ve banka konsorsiyumuna terk etmesi olanaksızdır.

Üstelik bu oluşum, hükümlerlik sahasına sözleşmeden kaynaklanan risklerin soyutluğunu da katarak her geçen gün genişletir. Bankacılık kanununun kötü niyetli yorumlarla 89. madde hükmünü takatsiz bırakması, anlaşılabilir bir açmazdır. Bankaların borçluya ait değerleri hedefleyen bir riske karşı Bankacılık Kanunu'ndan kaynaklanan reflekslerini uyararak, kendi alacağının tahsilini öncelikli addederek, alacaklıyı çaresiz ve yüzüstü bırakır.

Yargıtay'ın bu uygulamayı yücelten içtihatları, 89. maddenin yaşam alanını epeyce büzmekte, kendisini ifade ve hayatta tutma şansını hiçleştirir. Sarf edilen bir söz, dayanılan yorum ve ispat sahasındaki güçlük, takip dışı bir ilişkinin takibin yazgısını soyut ve sıradan nedenlerle hükmetmesine tören yaptırır. Öyle ki talep, kendisini somutlaştırma ve argümanlarla sunma gereğini hissetmemekte, talebin kabul edilebilirlik koşulları, sıradan bir söylemle hiçe sayılır.

Kamu düzeni kaygısının tetiklediği istisnanın, yanların tasarrufuna ya da sözleşmenin kontrolüne bırakılması cebri icra kültürüyle bağdaşmamaktadır. Aksini iddia etmek, dar yorumlanması gereken hükmün, yarar birliği yapana ya da ortak paydada buluşan takip dışı kimse ile borçlunun koalisyonu ile takibi başarısız kılmak, alacağın asla erişilemeyecek bir zaman ve

yerde konuşlandırmak, elin uzanamayacağı yer, nesne ve kimseler ihdas etmek demektir. İlişilmezlik sahaları yaratmak, yasanın işidir. Yanın/ borçlunun yabancıyla işbirliği yaparak, yarattığı dokunulmazlığı, kendisini işfale yöneldiği ve takmadığı iradesini fesada uğrattığı için cebri hukuk tanımaz.

İcra paradigması, alacaklı ve borçlunun çıkarlarını dengeleyerek alacağa erişimi olanak ve kolaylığını yaratmak üzerine konuşlanır. Bundan gayri amacı olmayan, bu hedefe tatlı sert aparatlarla erişmeye özgülenen sistemin, fitratını değiştiren, genetiğiyle oynayan söylemini hafife alan deneyimlerin benimsenmesi olanaksızdır. Bünye, kendisine şiddetle yönelen ve varlığını tehdit eden bu yaklaşımı şiddetle yoksanmaktadır.

Tasarruf ilkesi, meşru ilgililerin özgür iradeleriyle süreci kontrol etmelerinden hazzeder. Takip dışı kişi veya kurumlarla ittifak edilerek tasarrufta bulunmak, ilkenin özüyle bağdaşmaz. Yabancı elin, dava konusu hakla ilgisi olmayan kişilerin davayı yönetmesi, kontrol etmesi hükümden etkilenenlerle mahduttur. Hükümden etkilenmek, takip konusu hakla meşru ve makul ilişki kurmayı zorunlu kılar.

89. madde net, anlaşılır ve tutarlı bir lisanla, nakit haczinin usul ve esaslarını ayrıntısıyla düzenlemiştir. Ona göre, borçlu-3.kişi arasındaki münasebetlerden kaynaklanan alacakların borçlu adına icra dairesine tevdi sağlanmalıdır. 89. madde genel veya klasik bir haciz şekli, araç veya düzeneği değildir. Onu olağan haciz aparat ve sisteminden ayıran bariz özelliklere sahiptir.

Bu nitelik, onun çalışma usul ve esaslarına da sirayet eder. Bu dizge özetle, borçlu ile temas kuran kişilere, iki seçenek tanımaktadır. Bunlardan ilki, ilişkiden neşet eden alacağın makul süre içinde icra müdürlüğüne tevdi, ikincisi ise bu emrin meşru makul, doğru ve gerçek nedenlerle reddedilmesinden ibarettir.

Sorun emrin yoksanmasından kaynaklanır. 89 İhbarnamesine direnilmesi, kendisini itiraz veya şikâyet şeklinde gösterir. Şikâyet, kendisini daha ziyade ihbarnameye usul açısından direnilmesi şeklinde karakterize eder.

İtiraz ise aradaki ilişkinin özüne dayalı olarak geliştirilen ve talebi dışlayan bilimüm direnç şeklinde görünür. Direncin temellendirilmesi ona karşı koyan öznelerin övedidir. Sorun bu ödevin yerine getirilmesindeki kırılmadan kaynaklanır. Yargıtay ve onu destekleyen görüşlerin ortak nok-

tası, direncin genel ve soyutluğuna rağmen korunmasını dolaylı da olsa korunur.

Genel ve soyut itirazın bertaraf edilmesi için alacaklı tarafından yaratılan uyumsuzluğun ortaya konulan sözleşme ile iktifa edilerek reddi, borçlu ile bankanın örtülü ittifakının sorgulanarak deşifre edilmesini önler. Burada tek başına alacak borç ilişkisini gösteren sözleşmenin varlığı, üçüncü kişi tarafından yapılan itirazın dışlanması gerektirmemeli, alacağın somut, lokal, likit ve istenebilir olduğunu kanıtlaması zorunludur. İspat sahasına sürülen malzemenin ilişkiyi kanıtlamakla birlikte, alacağın tahakkuk etmediğinin anlaşılması veya borcun muaccel olmaması halinde, itirazın hükümsüz bırakılması gerekir.

89. maddeye karşı geliştirilen bu stratejinin benimsenmesi onu ayakta tutan nedenlerin güçlü ve kabul edilebilir olması ile mümkündür. Bu nedence ve olgular 89. madde ile temin edilmek istenen maksadı bertaraf eden özel hukuka uygunluk halleridir.

Oldukça sade ve içeriğinde işleyişi önleyen herhangi bir koşul ihtiva etmeyen bu emrin, içtihatlarla esnetilmesi, akademinin oluşan bu iklimi temellendirme gayretini hukuki addetmek, ona katılmak olanaksızdır.

Kaldı ki mudi-banka ilişkisini ayakta tutan sözleşmenin, sürekli borç doğuran, borcu devreden sözleşme olduğunu yoksar. Bu nitelendirme, sözleşmeyi okuma biçimi atideki alacakların haczini önleyen ciddi bir temellendirmeye dönüşmektedir. Buradan durarak yapılan bir okuma, 89. maddenin varlık sebebi ve uygulama zamanı ve sahası konusunda önemli gedikler açmaktadır. Gedikleri koruyan direnç, nedense sözleşme hukukunu görmezden gelmekte ya da pragmatik yaklaşım bu gerçeği teğet geçmektedir.

Banka/3.kişi-mudi/borçlu ilişkisini, cebri hukukun dışında tutma gayreti, bu düzenin sorunsuz devamı için borçlar hukukunun güvencesindeki her sözleşmeyi değil, sözleşmelerden sürekli olanı seçmekle, alacağın tahsil alan ve kabiliyetini giderek kısmaktadır. Arızı veya ömürsüz sözleşmelerden neşet eden alacakların tahsili ise, zaman/periodyon ikilisinin daralttığı alana sıkışarak ilişilmez olana dönüşmektedir. Seçilenin, tahsilatı kısan niteliği ya da ilişkiyi korumaya alan optimum seçenek olması, korumaya doruk yaptırılmaktadır.

Hukuki ilişkinin varlığını, haczin gerçekleşmesi için gerekli koşullar arasına alan irade, akıllı seçimi ile özünde haczedilebilirliği değil, borçlar

hukukunun inceliklerini kullanarak haczedilmezliği konsolideye yönelmektedir. Düz ve doğrudan işlemeyi seçen bir hukuk mantalitesinin, hiç sebep yokken hem de yetersiz nedencelerle sözleşmeler arasında ya da hukuki ilişkiler arasında fark yaratması, bunlardan bir kısmını haczedilebilirlik ilişkisinin dışında tutması kabul görmez.

Gönderdiğiniz bir ihbarname, yaratılan değme ilişmezlik teknikleriyle mudi/Borçlu-3.kişi-banka üçgeninde erimekte, nakit haczini hedefleyen müzekkere/İhbarname orada ve mürekkebi kurumadan kâğıt parçasına evrilmektedir. 89 ilga eden, tahsilatı seraba dönüştüren gerçekliğin, taze tasarılarla önlenmesi, oluşan kayıpları gidermeye yönelik onarıcı adımların ilki ve en azıdır. Zıvanadan çıkan düzenlemenin, jenerik anlamıyla buluşması, kendine gelmesi, tasarının hükme dönüşmesiyle mümkündür.

Aksi halde, tezkereyle senkronik olarak paranın gelişi önlenmekte, ihbarnamenin yarattığı türbülansın kalkmasıyla kişi ile borçlu bir başka riske değin çıkarılan işin keyfini çıkaracaktır.

Cebri icra hukukunu hukuka aykırı olarak askıya alan sudan gerekçelerin egemenliğine son vermek, mudi borçlu ittifakını sona erdiren içtihatların kendisine ayna tutmasına bağlıdır. İhtiraslara yetişemeyen içtihatların birey ve kamuyu ikna etmesi giderek güçleşmekte, hukuki çizgi ve desenlerden yoksun deneyimlerin ilkesizliğin yarattığı rüzgârla savrulmaktadır.

Alacaklının, bankaya gönderdiği ihbarnameye yönelik direncin yargı kararını arkasına alması, onun kırılmasını güçleştirir. 89. madde gereğince oluşan itirazın bertaraf edilmesi için gereken maliyet ile ispat külfeti konusundaki güçlükler, bireyi ayrık da olsa maliyeti düşük, makul sürede çözülme potansiyeline haiz, usul ekonomisiyle uyumlu ya da düşük maliyetli almaşıklar aramaya icbar eder. Gölgede büyüyen ve kamuoyunda da tartışılmaya başlayan bu yöntem, kendisini 78 üzerinden gerçekleştiren sıradan haciz isteğidir. Onu 89. maddeden ayıran, en önemli özellik; 89'un sahip olduğu özel prosesin yarattığı şekilden umumiyetle ödün vermesi, 89 ile korunan üçüncü kişilerin bu yöntemden neşet eden ilişmezliklerini büyük ölçüde yitirmiş olmalarından kaynaklanır.

78. ve 79. madde ile temin edilmek istenenin, 89. madde ile elde edilme olasılığı, onların avantaj ve dezavantajları üzerinden tartışılmasını zorunlu

kılar. Öteki deyişle 79 ile 89'u çekici cazip hale getiren özellikleriyle yaratıkları etki ve sonuçlar üzerinden görücüye çıkmalarını gerektirir.

Hemen ifade etmek gerekirse, 89. madde konu yani alacağın türü üzerinden görev tanımında ciddi bir daralmayı seçer¹. Bu 79. maddeyi 89'dan ayıran ilk özelliktir. 79. madde, kural olarak alacaklıya alacağını tahsil için oldukça geniş ve zengin bir mahcuz menüsü sunar. Menü zenginliği, onun tercih edilmesini kolaylaştıran ciddi bir avantaj olarak öne çıkar.

89. madde, takip dışı üçüncü kişilerin takipten olabildiğince uzak kalmasını sağlayan, takip hukukuyla ilişkisini olabildiğince minimize eden bir paradigmaya sahiptir. Konu üzerinden kendisini hissettiren bu yaklaşım, yarattığı yüksek eşikle alacaklıların sıradan, nedensiz ve meşru olmayan saldırılarından korur. Bu takip hukukunun gerektiğinde başvurduğu ya da icra hukukunun yabancı olmadığı bir ilişmezlik biçimidir. Göreceli bu dokunulmazlık, meşru ve hukuki taleplerin işlerliğini sağlamaya muktedir, gerektiğinde eşikten ödün verebilen, koşullar dayattığında geri çekilebilen esnek bir mekanizmadır.

İİK m. 89, üçüncü kişiyi oluşturduğu ağ ve mekanizmayla ciddi bir korumaya almıştır. Bu koruma, takip hukuku ve dava yoluyla olmak üzere iki şekilde kendisini yapılandırır. Takip hukukunun sağladığı olanak ve kolaylıklar itiraz süresi², itiraz nedenleri, itiraz sayısı üzerinden gerçekleşir. Dava hakkı, koruma olanağını maksimum düzeye çıkaran, takip hukukundan kaynaklanan etki ve sonuçları, muhakeme hukukunun yöntem ve araçlarıyla bertaraf eden veya kısıtlayan olanaktır. Menfi tespit davasının açılması, takip

¹ Kendisini "Hamiline ait olmayan veya cirusu kabil bir senetle müstenit bulunmayan alacak veya sair bir talep hakkı veya borçlunun üçüncü şahıs elindeki taşınır bir malı" tümcesi ile ifade eden bu büzülme, burada sayılarak sınırlanan hak, alacak ve mallar dışındakilerin, 89. madde muhtırasına kaynaklık etmesini önler. Bu 89 ile 79. madde arasındaki ilk ve önemli ayrışmadır.

² Her itiraz ve dava hakkının kendisini gerçekleştirmek için yeteri kadar süreye sahip olmasından başka sürenin kaçırılmasından neşet eden alması olanakların burada da uygulanacak bir alan bulması, adalete erişim ve özne hakkın korumaya alınması bakımından önemlidir. Üçüncü kişinin, takip dışında kalmasına özgülenen ya da takip işlemleriyle makul, meşru ve hukuki bir ilişki kurmasına olanak tanıyan bu akıl, üçüncü kişiye çokça imkan tanırken bunun sömürülmemesi için asgari bir önlem aldığını ifade edebiliriz.

hukukundan neşet eden dezavantajın telafisi için tanınan acil çıkışı olarak da tanımlanabilir. m. 89'un hemen tümüne yayılan söylem dikkatle incelendiğinde; üçüncü kişinin tedrici olarak muhtıraya direnme, onu hükümden düşürme, etki ve sonuçlarını kısıtlama hakkına³ sahip olduğu görülmektedir. Üçüncü kişiye verilen bu avans, onun son ana değin takip dışında kalma, alacaklı ile borçlu arasındaki bu meseleden selametle çıkma, sıyrılmasına özgülediği manasına gelir. Mütemediyen itirazları güçlendirmek, adalete erişmek ya da öznel hakkın korunması için verilen sürelerin ardışık olması, üçüncü kişiye süreler üzerinden sağlanan avantajın bir başka görünüm biçimidir. İtiraz nedenlerinin çokluğu, zenginliği⁴ 89. madde ile üçüncü kişiye verilen ayrıcalığın derinliğine ve genişliğine tekabül eder.

Menfi tespit davasının açılmasıyla birlikte, takip işlemlerinin göreceli olarak durması⁵, koruma gücünü teyit eden farklı bir görünümdür. Kuru-

³ Birinci haciz ihbarnamesine, m. 89/2'deki nedenlerle karşı koyma, ikinci haciz ihbarnamesine m. 89/2'deki nedencelere dayalı olarak direnme ya da genel mahkemelerde menfi tespit davası açarak, takibin hızını ve gücünü kırma olanağı, hem sayı hem de ağırlıkla beslenen ciddi bir korumaya isabet eder.

⁴ “*üçüncü şahıs borcu olmadığı veya malın yedinde bulunmadığı veya haciz ihbarnamesinin tebliğinden önce borç ödenmiş veya mal istihlak edilmiş veya kusuru olmaksızın telef olmuş veya malın borçluya ait olmadığı veya malın kendisine rehnedilmiş olduğu veya alacak borçluya veya emrettiği yere verilmiş olduğu gibi*” cümlesi (89/2) ile dile gelen bu nedenceler, üçüncü kişinin alacaklı takibin kendisine yönelen işlemi karşısındaki pozisyonunun gücünü gösterir. Burada dikkatten kaçmaması gereken bir diğer husus ise; bu nedencelerin sınırlı ve sayılı olmamasıdır. Cümlelerin sonuna konulan “gibi” sözcüğü, yasamanın aşkınlaşma potansiyelini minimize etmedeki irade ve istencinin billurlaşmasından başkası değildir. Dolayısıyla 89. madde, üçüncü kişiye istemediği kadar olanak kolaylık tanıırken, borçlunun üçüncü kişiyle ittifak etme potansiyelini de o denli çoğaltmakta güçlendirmektedir. Alacaklının, bu nedenceleri bertaraf etme olanağının zayıflığı bu yöntemi gözden düşüren ciddi bir nedendir.

⁵ Mesela, davanın açılmasına ilişkin bildirimle eş zamanlı olarak, cebri icra işlemleri durur, 106. maddedeki süreler işlemez. Bu iki önlem, menfi tespit davasını üçüncü kişiye sağlanan korumanın gücüne delalet eder. Menfi tespit davası, özü itibarıyla 89 haciz ihbarnamesine konu edilen ve ödenmesi istenen borcun borçlusu olmadığını veya malın takip borçlusuna ait olmadığını belirlenmesine özgülenir. Buradan bakıldığında menfi tespit davası, takip üzerinde etkili bir tasarruf olmakla birlikte, etkisinin m. 89/2'de belirtilen itiraz nedenlerinden sadece iki tanesiyle sınırlandırılması, itiraz ile arasındaki farkı da ortaya koymaktadır. Dolayısıyla, 89. madde ihbarnamesini alan

manın ömrünün hükmün kesinleşmesiyle sınırlanması, üçüncü kişiyi koruyacak düzeneğin uzunluğuna delalet eder. Üçüncü kişiyi, uzun süre takibin etki ve sonuçlarından uzak tutan bu avantaj, bazı külfetleri de beraberinde getirdiğini unutmamak gerekir. Otomatik tedbiri üçüncü kişiyle sınırlayan mekanizma, eş zamanlı olarak takibin durmasından neşet eden kayıpları, tedbirden yararlananın aleyhine hükmedilecek tazminatla dengeler. Anılan yaptırım, kötü niyetli başvurular ile üçüncü kişinin, borçluyla ittifak ederek takibi hükümden düşürmenin kefareti ya da benzer teşebbüsleri bertaraf etmeyi hedefler.

Takibin etkisini kırma tekeli üçüncü kişiye aittir. Üçüncü kişi muhtıraya itiraz edebileceği gibi menfi tespit davası da açabilir. Her iki halde de takip işlemleri, ilerlemeyi engelleyen nedenler bertaraf edilinceye değin durur. Yeniden ilerleme, durmayı meşrulaştıran nedenlerin ortadan kaldırılmasıyla olanaklıdır. İtiraz ile menfi tespiti yek diğerinden ayıran ise; ilkinin birden çok nedene dayalı olarak açılma olanağıdır. İkincisinin, sınırlı amile istinat etmesi, onun gücünü örseleyen ve diğerine tercih edilmesini önleyen bir nedendir. İtiraz davasının, çokça nedene dayalı olarak açılması avantaj iken, sıg ve dar⁶ bir yargılamaya konu olması ise dezavantajdır.

Menfi tespit davası otomatik etki ve sonuç doğurmaz. Dolayısıyla böyle bir davanın beklentilere yanıt verebilmesi, takibi durdurabilmesi bundan yararlanan meşru ilgilinin, davanın ikame edildiğine dair belgeyi icra müdürlüğüne teslim etmesi gerekir. Yasama, bildirim ile davanın açılması arasındaki süreyi yirmi günle sınırlayarak, takibin sürüncemede kalma riskini engellemiştir. Bu oldukça isabetli bir tutumdur. Tasarruf ilkesinin olabildiğince saflaştıran bu bakış açısı, üçüncü kişinin takipten etkilenmesini

üçüncü kişinin, takipten neşet eden riskleri bertaraf edilmesinde izleyecek yöntemi de nedencelerden hareketle tartması ve sonucuna göre bir strateji izlemesi gerekir.

⁶ Üçüncü kişinin ihbarnameye itirazının bertaraf edilmesi, alacaklının itirazı İcra Hukuk Mahkemesi nezdinde açacağı dava ile çürütme, hükümden düşürme imkanına sahiptir. Yargılamanın evvel emirde 18. madde ile karakterize edilen yöntemi, sonrasında basit usulü tercih etmesi gerektiğinde yazılı usulden ithale sınırlı da olsa olanak tanınması, buradaki gerçeklik yargısının sınırlı argümanlarla gerçekleşmekten başka, dinlenme hakkının da zamanın baskısı altında kalma potansiyelini güçlendirmektedir. Hükmün objektif sınırlarının darlığıyla kesin olmaması ise etki ve sonuçların debisini ve gücünü kıran, yaransız kılan parametrelerdir.

önlemek ya da onun etki ve sonuçlarını geçici de olsa durdurabilmek dava açmayı zamanla sınırlar. Teksif ilkesinin izlerini fazlaca hissettirdiği bu alanda, davacı/üçüncü kişi 89/2. madde muhteviyatlı bildirim kendisine tebliğ edildiği itibaren 20 gün içinde davasını ikame etmekle ödevlidir. O halde dava⁷ en erken bildirim yapılmasıyla eş zamanlı, en geç onu izleyen 20 gün⁸ içinde açılmak zorundadır. Bu süreye, davanın açılması ve açıldığına ilişkin belgenin muhatap daireye ibrazı için geçen süre dâhildir.

Burada dikkatten kaçmaması gereken husus; dava açıldığına ilişkin belgenin mahkemeye öngörülen süre içinde paylaşılma zorunluluğudur. Yasama, durdurma avantajını kullanan davacı/üçüncü kişinin, davayı açtığına ilişkin belgeyi mahkemeye teslim etmesini özellikle ister. Bu teksif ilkesinin, durma söz konusu olduğunda ne denli koyulaştığının, ciddileştığının, duyarlılaştığının tezahür şeklidir. Süre konusundaki savurganlık, aşkınlıkla sömürünün takip hakkı üzerindeki etkilerine tahammül etmeyen veya etkilerini minimize etmek isteyen yaklaşım, 89. maddenin etkisini kırmak isteyenlere, ellerini çabuk tutmalarını emretmekle yetinmemiş, bilginin belge, teslimin bilgiyle yer değiştirmesi olasılığını tümünden ortadan kaldırmır. Yasama kayıtsızlığın takibi geçici de olsa hükümden düşürmesini sert ve yerinde tedbirlerle önlemiştir. Dolayısıyla, bu davanın açıldığına ilişkin bilginin mahkemeye paylaşılması ya da mahkemenin aracı kılınarak bilgiye erişme isteğini teslimle özdeşleştirmek, ikame etmek olanaksızdır. Dolayısıyla kural olarak⁹ dava açıldığını gösteren belgenin icra dairesine teslim edilmesi zorunludur.

⁷ Yasa, 89/3. madde ile dava açılması iradesinin olabildiğince erken ortaya konularak pratize edilmesi konusunda kararlıdır. Durmaya neden olacak bir olgunun, teksif ilkesinin inisiyatifinden çıkarılması, tasarruf ilkesinin koyularak, takiple karakterize olan tasarruf hakkını keyfi olarak bertaraf etmesine neden olur. Oldukça ağır etki ve sonuçlar doğuran bu olgunun zamanla sınırlandırılması takip dışı kişilerin, meşru ve makul nedencelere yaslanmadan har vurup harman savurmalarını, durdurma gibi ciddi bir potansiyeli sömürmelerini de önlemiştir.

⁸ 20 günlük süre hesabında ilk günün sayılmaması, eylemli olarak süreyi başvuru yararına bir gün uzatmaktadır. Erişim hakkı ile uyumlu bu yaklaşımın devam etmesi, takipten etkilenenlerin mukavemetini artıran bir olgudur.

⁹ Bireyin kendi kusurundan neşet etmeyen nedenlerle takibin geçici olarak durdurulma olanağının yitirilmesi muhtemeldir. Bu gibi riskleri bertaraf etmek ya da yarattıkları

I. GECİKMiŞ İTİRAZ

Gecikmiş itiraz, icra iflas menşeiili özgün bir eski hale getirme kurumudur. Kendine has özellikleriyle, zamanında vaki mani/engel nedeniyle yapılamayan itirazın engelin ortadan kalkmasıyla eş zamanlı olarak gerçekleştirilen itirazdır.

Adından da anlaşıldığı üzere, zamanında yapılamamış itirazın, vaktinden sonra gerçekleştirilmesidir. Gecikme, zamanın gerisinde kalmak, vaktinde yapamama, edememeye tekabül eder. Ya da belli bir zaman kesitiyle sınırlı bir işlem veya hakkı kullanamamaya oluşan kayıpları tolare edilmesine mahsus bir başvuru yöntemi, hakların canlandırılmasına özgülenen bir itiraz yoludur. Bu itiraz yöntemi, tıpkı doğal yani zamanında yapılan itiraz ile özdeş etki ve sonuçlar doğurur.

Kanun koyucu, vaktinde yapılamayan itirazların yaratacağı riskleri bertaraf etmeye adanmış istisnai bu hak arama yöntemi, istisnalara özgü genel özellikleri sinesinde tutmaktadır. Dolayısıyla bu yöntemin kuralı bertaraf edecek şekilde sömürülmesi, başka amaçlara hizmet edecek şekilde kullanılması mümkün değildir.

Gecikmiş itiraz, en geç paraya çevirme işlemi bitinceye değin yapılabilir. Yasama ayırksı olan bu itiraz türünü paraya çevrilme işlemi tamamlanıncaya kadar olan süreyle sınırlayarak, bu aşamadan sonra yapılacak itirazların satışı hükümden düşürecek bir potansiyele erişmesini önler. Yasamayı bu şekilde eylemeye icbar eden, cebri icraya itimat eden iyi niyetli üçüncü kişilerin kamu nezdindeki güvenlerini korumaya yöneliktir. Bu bağlamda, 89. madde gereği kendisine verilen itiraz süresini, 65. maddedeki usul çerçevesinde kullanmak isteyen bireyin, bu talebinin engelin ortadan

negatif etkilerle kayıpları enterne etmeye olanak sağlayan ziyadesiyle kurum bulunmaktadır. Bu kurumlarla geç teslimle oluşan kayıpların telafisi mümkündür. Ancak teksif ilkesinin etkisini kırarak, uygulanma gücünü aşındıran bu teşebbüsün realize olabilmesi, başvurucaunun mahkemeye paylaşacağı argümanlarla, bu argümanlarla eşleşen olguların meşru, makul ve hukukiliğidir. Önerimiz, sınırlı zamanı kendi kusurundan neşet etmeyen nedenlerle kaçırın bireyin, her şeyden evvel eski hale getirme talebini ya da gecikmiş itirazını meşru, makul ve doyurucu delillerle gerekçelere yaslaması gerekir. Samimi-yet testini aşma potansiyel ve yeteneğine sahip olmayan başvurucaunun, tasarrufu arkasına alarak, teksifin sert ve olabildiğince yüksek bu eşliğini geçmesi mümkün olmaz.

kaldırılmasından başlayarak en erken 3 gün içinde, nihayet satış işlemi tamamlayıncaya değin dermeyan etmekle ödevlidir. Gecikmiş itirazın engelin ortadan kalmasından başlayarak üç günle sınırlı olması, bu sürenin satışın tamamlanmasından önceki bir zaman dilimi içinde kullanılmasını zorunlu kılar. Aksi halde zamanında kullanılmayan bu hak, itirazın esasa ilişkin nedenlerle görülmesini engellemiş olur.

İtirazın ayırksı olması onun görülebilmesini birçok edenin eş zamanlı olarak gerçekleşmesi koşuluna endeksler. Dolayısıyla bu itirazın esastan görülebilmesi için a) itirazın zamanında dermeyan edilmesi, b) Dayanılan argümanlarla dayanakların mahkemeye sunulması, c) İtirazın hangi nedenlerden neşet ettiğinin açıklanması, d) yargılamanın/celsenin muhtaç olduğu harç ve masrafların depo edilmesi koşuluna bağlıdır. Bunlar HMK m. 114/2'de zikri geçen ve bir davanın görülebilmesi için gerekli özel koşullar, yani özel yasadan neşet eden görülebilirlik koşulu olarak telakki edilir. Dolayısıyla bu koşullar eş zamanlı olarak ve bir araya getirilmeden gecikmiş itirazın gerçek ve doğruluğunun sınanması olanaksızdır.

Hemen belirtelim ki; HMK m. 115/2 ikmali olanaklı olan koşulların tamamlanması için yanlara süre verilmesine tanıdığı imkânın buraya teşmili önünde herhangi bir engel yoktur. Bu bağlamda, özellikle harç ve yargılama giderinin eksikliğinin belirlenmesi olasılığında anılan düzenlemenin buraya ithal edilerek oluşun krizin aşılması denenmelidir.

Delillerin dayanaklarıyla birlikte bildirilmesi, onun bilahare sunulmasına olanak tanımaktadır. Delillerin muteriz nezdinde bulunması halinde, derhal başka yerde bulunmaları halinde delillerin ve buldukları yerin teşhis ve tanınmasına yarayan bilgiyi mahkemeye tevdi etmekle ödevlidirler (318). Bu bilginin verilmemesi halinde yurttaş bekleyen akıbeti, 322. madde belirler. 322. maddenin, yazılı yargılama usulünden norm ithal yetkisi, 140/son maddenin geçici olarak devreye girmesine olanak tanımaktadır. Bu takdirde, muterize gösterdiği ancak sunmadığı delille ilgili spesifik bilgiyi sunması için yeniden iki haftalık kesin süre verilir. Bu süre zarfında delile erişimi sağlayan optimum bilginin verilmesinden kaçınılması, delile dayanma hakkından vazgeçilmesi manasına gelir.

Muterizin gösterdiği ancak erişimini malumat vermeyerek engellemesi halinde, gösterilen delile erişilme olanağının kısıtlanması, ortadan kaldırıl-

masından ötürü itirazın gerçek ve doğruluğunun sınanması mümkün olmaz. İtiraz kanıtlanamadığı ya da ikna edemediğinden ötürü red riskini üstlenmiş olur. Ancak, hiç delil gösterilmemesi ya da dayanakların gösterilmesinden kaçınılması halinde davanın esaslan görülmesi olanaksızdır. Mahkemenin böyle bir olasılıkta, gösterilmeyen delil ya da dayanağı tamamlaması seçenek olmaktan çıkmaktadır. O halde hiç delil gösterilmemesi ile delil gösterilmesi ve sunulmaması ya da ona erişimi sağlayacak bilginin verilmemesinden imtina edilmesi arasında fark vardır. İlki itirazın usulden reddine sebep olurken ikincisi, itirazın gerçek ve doğruluğunu sınaama olanağını yok ettiğinden davanın esaslan reddine vesile olur.

Temellendirme itirazın taşınması gereken bir başka koşuldur. Birey, kendisini gecikmiş itiraz başvurusu yapmaya icbar eden meşru, makul ve doyurucu nedence/gerekçeyi mahkemeye paylaşmak zorundadır. İtiraz sebep ve müstenidatı ile kast edilen hiç kuşkusuz bireyi başvuru yapmaya icbar eden hukuki ve fiili nedenlerden başkası değildir. O halde birey muhakkak itirazları haklı kılan olgularla, başvuruyu haklı kılan yasal nedenleri açıklamakla ödevlidir. Uygulanacak hukuku yargıcın belirleme tekeli, hukuki nedenlerin yanlış gösterilmesi ya da gösterilmemesi olasılığını büyük ölçüde risk olmaktan çıkarmaktadır. Yasama sözün özü, gecikmiş itirazda da tıpkı bir davada olduğu gibi, bireyi mahkeme nezdinde hak aramaya zorlayan vakıalar, bu vakıalarla eşleşen makul delillerle hukuki dayanakları eş zamanlı olarak açıklamaya ve sunmaya davet etmektedir. Bu aynı zamanda, gerekçenin beslendiği nesnelere ve nedencelerin açıklanması demektir.

Gerekçesiz bir metnin yasal başvuru standardıyla uyumlu olduğunu söylemek mümkün değildir. Dolayısıyla gerekçe her halükarda davanın esaslan görülmesi için gerekli olumlu bir koşuldur. Gecikmiş itirazın sıfır gerekçeli olması, 65/2. maddesi gereğince, itirazın görülmesini engelleyen olgu eş zamanlı olarak debisi yüksek bir gerekçesizlik modelidir. O halde itirazın gerçek ve doğruluğunun sınanmasını engelleyen sıfır gerekçedir. Bunun dışındaki gerekçe kusurlarının, 65/2. madde bağlamında bir görülemezlik engel/ koşuluna dönüştürülmesi aşkınlıktır.

Harç ve yargılama giderlerinin, özel bir görülebilirlik şartıdır. 114. madde de bir davanın ihtiyacı olan harç ve yargılama giderinin finanse edilmesini ister. Bu HMK öncesi bir paradigmanın, HMK üzerinden varlığını

sürdürmesidir. Burada peşin olarak yatırılması gereken finansman kalemlerinin harç ve masraflarla sınırlı olduğunun gözden kaçırılmaması gerekir. Bu da gösteriyor ki gecikmiş itiraz, her halükarda harca tabidir. Harcın miktarı ile oranı harçlar kanununun meselesidir.

Harçlar Kanunu tarafından tarifeye göre belirlenen harcın muteriz tarafından dava açılırken yatırılması zorunludur. Harcın yatırılmaması halinde, davayı bekleyen yazgıyı Harçlar Kanunu tayin eder. Harcın peşin yatırılmaması veya belirlenen süre içinde yatırılmaması (m. 114/1/g, m. 115/2) itirazın esastan görülmesini engelleyen ekonomik ve mali patentli bir görülemezlik engelidir. HMK, bu engeli avans başlığı ya da avanstan neşet eden görülemezlik engeli olarak tanımlarken, HK ise peşin harcın yatırılmaması olgusunu kendi mantığıyla ele alıp sonuca kavuşturur. Her halükarda, harcın yatırılmamış olması gecikmiş itirazın davalara ya da esastan tartışılma yeteneğini köreltmekte iğdiş eder.

II. ÖZGÜN BİR ÖNLEM OLARAK TAKİBİN TATİLİ

65/3. madde belirli koşullar altında yargıca takibi tatil olanağı tanımaktadır. Tatil, takibe ara vermek, geçici olarak işleyişini durdurmak, gecikmiş itirazın hükümle sonuçlanmasına değin, takip işlemlerini işlemez kılmak, ertelemek manasına gelir. Burada dikkatten kaçmaması gereken husus tatilin geçici nitelikte olmasıdır. Tatil bu anlamda takip işlemlerinin alacaklı ile üçüncü kişiyle sınırlı olarak durdurmaktan öte bir anlam taşımaz. Yasama böyle bir önleme karar verilmesini yekdiğerinden bağımsız iki koşulun birlikte tahakkuk etmesine endeksler.

Buna göre, yargıç gecikme sebebinin mahiyetine ve hadisenin özelliklerine göre takibin tatiline karar verme yetkisine sahiptir. Yetki niteliği itibarıyla takdiridir. Özneye eyleyeceği bir alan, marj sunar. Yasama gecikme sebebinin mahiyeti ve olayın özelliklerinin ne olduğunu izahtan kaçınarak bu konuyu belirleme, şekillendirme ve pratize etme yetkisini tamamen yargıca bırakır. Bu hatırı sayılır bir avanstır. Dolayısıyla hem kavramların içini doldurmak, onları şekillendirme hem de uygulanabilir hale getirmek yargıca aittir. Bu olağanüstü bir yetki olup eş zamanlı olarak yargıca güvenin de doruk yaptığı bir yer ve zamana tekabül eder.

Takdir marjının kavramlara dayalı olarak kullanılması, kavramların yargıç tarafından biçimlendirme yetkisi, yargıcın gecikme sebebi ile hadisenin özelliklerini gözeterek bu yetkiyi temellendirmeye icbar eder. Yargıca ihtiyacı olan doneyi verecek olan hiç kuşkusuz gecikmiş itirazda bulunan takip dışı üçüncü kişidir. Bu eş zamanlı olarak, gecikme nedeni, dayanakları ile gerekçelerinin bir başka rol ve işlevine delalet eder. Gerekçe, dayanak, nedence ve deliller bir yandan itirazın görülmesine hizmet ederken diğer yandan takip işlemlerinin üçüncü kişiyle mahdut olarak tatil edilmesine ciddi bir katkı sunar. Bu bakımdan gerekçe, delil, dayanak ve nedenler yargıcın bağlı bu yetkisini kullanmasında etkin ve verimli bir rol ve işlev üstlenir.

Takibin ne kadarlık süreyle tatil edileceğine ilişkin yasal bir veri bulunmamaktadır. Yasanın bu konuyu geçiştirmesi, tatil süresinin yargıca bırakılan önemli ve ciddi ikinci bir iş olduğuna delalet eder. Tatilin inter partes etkisi, onun takibin diğer yanlarıyla ilgili etki ve sonuç doğurmasını önler, bağlayıcılık debisini düşürür. Geriye gecikmiş itirazda bulunan takip dışı üçüncü kişi hakkındaki tatilin hangi koşullarda ne kadar devam edeceğine ilişkin soru kalmaktadır.

Talik özü itibarıyla takip hukukuna özgü, özellikli bir geçici koruma önlemidir. Yarattığı etki ve sonuçların alacaklı hanesinde yarattığı negatif etki, onun belirsiz bir alan ve zamana hükmetmesini önler. O halde tedbirin kim hakkında, ne zaman ve hangi işlemleri konu alacağına ilişkin merakları gidermesi gerekir. Bu eş zamanlı olarak önlemden kaynaklanan uyumsuzlukların kontrol edilmesi anlamına gelir. Lokal ve likit olmaktan kaynaklı uyumsuzluğun geçici korumayı örseleyeceğini unutmamak gerekir.

Görülüyor ki itirazla üzerine gelmeyi önleme yeteneğine sahip üçüncü kişinin, gecikmiş itiraz halinde de takibin sıcaklığını geçici koruma önlemiyle talik etme, uzaklaştırma hakkına sahiptir.

65/3. madde edilgen bir dille, talep olmasa bile yargıcın gecikmiş itirazın, geçici koruma önlemiyle bireyi takibin yalazlarından, etki ve sonuçlarından korunmasına onay verir. Bu takip hukukunun yabancı olmadığı özel tedbir türlerinden sadece biridir. Yasama, yargıcın kendiliğinden hare-ket ederek, İİK 89/1 ve devamı paragraflarından neşet eden olağan itiraz hakkını çeşitli vesile ve engellerle kullanamayan üçüncü kişiye gecikmiş itirazla eş zamanlı olarak, takipten tatil kurumu aracılığıyla korunma imkânı verir. Bu

imkânın kullanılabilmesi için her şeyden evvel yargıcın ikna edilmesi gerekir. Yargıç talep olmaksızın takibi talik edebileceği gibi, talep üzerine de takibin geçici bir süre tatiline karar verme yetkisine sahiptir.

Görülüyor ki; takip dışı üçüncü kişi, önce itiraz, sonra gecikmiş itiraz bilahare de menfi tespit davasının sağladığı geçici korumalarla alacaklıya karşı korunmaktadır. Ne tarafa bakarsak bakalım, üçüncü kişi 89 ihbarnamesi ile kendisine yönelen takibin stresinden etkin yöntem ve araçlarla kurtulma ve korunma olanak ve kolaylıklara sahiptir. Geçici ve kalıcı bu koruma duvarı, bize üçüncü kişinin oldukça avantajlı olduğuna delalet etmektedir. Bu koruma yöntemlerinden ilki yasadan kaynaklanan ve itirazla birlikte otomatik olarak devreye girer. Son iki önlemden ilki, yargıç tarafından resen veya talep üzerine misyonunu gerçekleştirirken, sonuncusu ise menfi tespit davası açıldığına ilişkin belgenin verilmesiyle takip işlemlerini durdurma şeklinde tahakkuk eder.

İİK 65/3. maddesinden neşet eden tedbir resen veya kendiliğinden belli koşulların tahakkukuyla realize olabilen manuel bir tedbirdir. Onu pratize edecek nedencelerin somutlaştırılmaması ya da nedencelerin somut olayda nasıl ve ne şekilde gerçekleştiğine ilişkin yetkinin yargıca bırakılması, takibin talikine ilişkin bu tedbirin gerçekleşme potansiyelini güçlendirir. Kendisini gecikme nedeninin mahiyeti ve hadisenin özellikleriyle özdeşleştiren her olgunun taliki hayata geçirmesi olanaklıdır. Bu aynı zamanda, talikin kendisini realize etmesi için yargıca geniş bir seçenek listesi ya da nedenceler portföyü sunar. Hem nedenceler hem verilme biçimi açısından üçüncü kişi için, m. 89/1 kadar olmasa bile bir imkân sunduğu için çekicidir.

Talik niteliği itibarıyla üçüncü kişiyle mahdut olsa bile tüm takibin durdurulması, onun ilerlemesini önleyici bir sonuç doğurur. Bunun anlamı, tedbir varlığını koruduğu sürece üçüncü kişiyle ilgili hiç bir takip işlemi - icra-i olsun olmasın- taraflardan gelsin ya da gelmesin adım atamaz.

89/4. madde ile vücuda gelen tedbir ise menfi tespit davasının açılmasına ilişkin belgenin icra müdürlüğüne tevdi ile birlikte derhal ve kendiliğinden devreye giren geçici-otomatik koruma önlemidir. Burada takibin tatilinden farklı olarak, tedbir uzun ömürlüdür ve ona bu olanağı tanıyan yasamadır. Öteki ifadeyle belgenin teslim edilmesi, takip işlemlerini, menfi tespit davasına ilişkin hükmün kesinleşmesine değin devam eder. Bu tedbirin

ömrünün yargıç tarafından kısaltılması mümkün değildir¹⁰. Oysa m. 65/3'teki önlemin belirsizlik, sürenin yargıç tarafından belirlenmesine imkan tanımak-tadır. 89/4'teki bu önlemi takibin talikinden ayıran bir diğer özellik, kendisini icra-i işlemlerle sınırlamış olmasıdır. Bu demektir ki üçüncü kişiyi etkileyecek hiç bir icra-i takip işlemi önleme aykırı olarak yapılamaz, yapılsa bile etki ve sonuç doğurucu olamaz. Bu temel karakteristikler, m. 89/4 ile m. 65/3 ile dile gelen geçici nitelikteki önlemleri yekdiğerinden ayırır.

Gecikmiş itirazın gerçek ve doğruluğu kural olarak evrak üzerinde sınıranır. Ancak yargıç gerekli gördüğünde iddiayı yapacağı duruşmayla test etme yetkisine sahiptir. Bu yetki takdiridir. Takdir yetkisini harekete geçiren, kendisini "lüzumu halinde" kavramı ile karakterize eden nedencedir. Lüzum, en yalın haliyle yargılamanın gerektirdiği ihtiyaçla özdeşleşmek manasına gelir. Yargılamanın gerektirdiği ihtiyacın ne olduğunu belirleyecek yegane eden, somut olayın kendisi ile onun işaret ettiği özgün gereksinimlerden başkası değildir. Yüz yüze ve doğrudan doğruya diyalogu gerektiren nedenleri önceden kestirmek ve belli şablona sığdırmanın güçlüğü, yasamayı yargıçla ittifak kurmaya birlikte çalışmaya icbar etmiştir. Bu gecikmiş itirazın şansıdır.

O halde gecikmiş itiraz kaideten evrakların diliyle gerçekleşen diyalogla hükme bağlanır. Kural bu olmakla birlikte yargıç kendisine tanınan marja istinaden duruşmalı diyalektiği işleterek¹¹, gerçeklik testini gerçekle-

¹⁰ Ancak taleple bağlılık ilkesi uyarınca üçüncü kişinin talebi üzerine tedbirin ömrünün kısaltılabileceğini savunuyoruz.

¹¹ İİK, ilke olarak uyuşmazlıkların evrak üzerinde hallinden yanadır. Evrakların diliyle tartışmak, bu muhakeme usulünün öncelikli seçimidir. Sistem bu konudaki tercihi çoğu kez çokça güvendiği yargıca tevdi eder. Ancak, yanların katılımıyla gerçekleşecek uyuşmazlık ya da dava türlerini de madde metnine dahil ederek, kendince uygun gördükleri konusunda tartışmanın ses, jest ve mimiklerle gerçekleşmesinden yanadır. Buradan bakıldığında, takip hukuku uyuşmazlıkları önce kendisi tarafından benimsenen özgün yargılama tekniği, bu usulün akim kaldığı yer ve zamanlarda basit yargılama usulünü ithal edilmesine onay verdiğini görmekteyiz. Basit yargılama usulünün, yazılı yargılama ve diğer yöntemlerle dirsek teması kurmaya onay vermesi, takip hukukunun sorunlara yaklaşma ve onu halletme yöntem ve teknikleri konusunda oldukça cömert olduğunu söyleyebiliriz. En netice takip hukuku, içtihatlardan aldığı destekle uyuşmazlıklarının ağırlıklı kısmını yanların sesi yerine, yazılarını yarıştırmakla gerçekleştirdiğini söyleyebiliriz.

tirebilir. Lüzumun ne olduğunu belirleme veya takdir etme yetkisi yargıca ait olup, duruşmalı diyalogu gerektiren nedencelerin ne olduğunu birey ve toplumla paylaşmak yargıcın ödevidir. Yargıç birey ve topluma duruşmalı yargılamayı gerektiren meşru ve makul gerekçeleri açıklamakla ödevlidir. Anılan ödevin kaynağı, yargıcın olağan yöntemden uzaklaşan ayrık tercihidir. Ayrıkılık her nerede olursa olsun ya da karşımıza nasıl çıkarsa çıksın onun marjinal ya da sıradışı olmasından neşet eden sivriliğini, paylaşacağı makul, doyurucu ve meşru temellerle dengelenmeye zorlar. İfade etmek gerekir ki, duruşmalı yargılama, özü itibarıyla yargısal diyalektiğin anası, kadim ve olağan halidir. Duruşmayı, yazılı diyalektiğe yeğleyen ise, makul süre riski ve yaratacağı kaynak, emek ve mesai bağlamı kayıplardır. Bunları dengeleyip, gecikmiş itirazın ruhuna uygun olayla bağdaşır optimum yöntemi bulmak ve uygulamak her halükarda kürsünün işidir.

Duruşmanın ihtiyaç olmaktan çıkması halinde, duruşmayı finanse eden masraflar hamiline iade edilir. Masrafın gecikmiş itiraz iddiasının esastan test edilmesi için koşula dönüşmesi yahut görülebilirlik şartı olarak telakki edilmesi, duruşma ihtiyacının olmadığı hallerde erişim engeli ve riski yaratıldığını unutmamak gerekir. O halde duruşma yapılıp yapılmamasına göre masrafın, görülebilirlik koşulu olmaktan çıkabileceği görülmektedir. Burada belirleyici olan yargıcın uyumsuzluğu çözerken izleyeceği teknik ya da güzergahtır. Uyumsuzluğun evrak üzerinde giderilmeye müsait olması olasılığında yargılama gideri/celse veya duruşmanın finanse edilir olmaktan çıkacağı için, onun görülme engeli olmaktan çıkması gerekir.

Öte yandan duruşma kaçınılmaz ise yargılama gideri görülebilirlik engeli olmaya devam edecektir. O halde, m. 65/2'deki masrafın görülebilirlik koşulu olması, duruşma gereksinimi arttıkça artmakta, evrak üzerinde yargılama halinde ise düşmektedir. Bu karşılaştırma koşullar söz konusu olduğunda sevk ve idarenin her zamankinden daha dikkatli olmasını salık verir. Adalete erişim ile görülebilirlik koşulları arasında, erişimin mahvıyla sonuçlanacak bir seçenekte sebat edip etmemede son kararı veren yargıcın diyalektik seçimi¹² olmakla birlikte, yanların da yazgıyı tayinde hatırı sayılır hisseye sahip olacağını unutmamak gerekir.

¹² Sevk ve idare gecikmiş itirazın evrak üzerinde çözümü için, yeteri koşulların var olup olmadığını hızla ve isabetle belirlemek zorundadır. Burada olası bir yanılığın, şartlar

Mazeretin benimsenmesi halinde takip durur. Bu söylem veya buyruk vaktinde itiraz edilmemesinden ötürü 89. maddedeki olanaklarla yolu ayrılan üçüncü kişinin, kaybettiklerine kavuşması manasına gelir. Öteki deyişle, gecikmiş itiraz kabul edilmekle eş zamanlı olarak takip durur, bu 89. maddedeki itirazın yarattığı etki ve sonuçla yeniden buluşmak özdeşleşmektir. Bu üçüncü kişinin avantajını yeniden kazanması yani takibin stres baskısından kurtulması manasına gelir. Gecikmiş itiraz için açmış olduğumuz bu parantez, itirazın kabul edilmesiyle kapanacak koşulları yakalamaktadır. Üçüncü kişi kabul ile birlikte takibin durdurma şansına kavuşur.

Bu aşamadan sonra, üçüncü kişinin 65. maddeyle olan ilişkisi sona erer. Öteki deyişle, takibin durmasıyla eş zamanlı olarak, üçüncü kişi 89. maddenin itirazla kendisine verdiği avantajları yakalar. Bu 65. madde ile temin edilmek istenenin en çoğudur. Yinelemek gerekirse, gecikmiş itirazla 89. maddenin ilişkisi, üçüncü kişi söz konusu olduğunda 65/4 ilk cümle üzerinden sonlanır. Bundan sonra, gecikmiş itiraz kurumunun bir adım daha atması ya da üçüncü kişinin m. 65/4- ikinci cümleyle yoluna devam etmesi mümkün değildir. Gecikmiş itirazın özü itibarıyla borçlu ile alacaklı arasında itiraz üzerinden oluşan gerilimi çözmeye odaklanması, onun m. 89'un göndermesi ya da belirlediği sınırlar içinde kalarak eylemesini salık verir.

Kaldığımız yere dönersek, gecikmiş itirazın kabulüyle birlikte İİK 89/4. madde gereği top alacaklıya geçer ve alacaklı bu avantajı kullanarak, üçüncü kişinin takipten sıyrılma, etkisinden uzaklaşma ve direnme stratejisini, icra mahkemesine başvurarak hükümden düşürme hak ve yetkisine kavuşur. Alacaklı İcra mahkemesi nezdinde yek diğerinden bağımsız ancak birinin yazgısının diğeri tarafından tayin edildiği iki talebi dile getirme özgürlüğü vardır¹³.

Başvuru özü itibarıyla üçüncü kişinin takibi itirazla bertaraf stratejisinin hükümden düşürülmesini amaçlar. Dahası, gerçeğe aykırı beyanla takibi

üzerinden görülme engelini dönüştürerek adil yargılanma ve adalete erişim üzerinde gereksiz bir stres yaratacağını kestirmek gerekir.

¹³ Uygulamanın sıklıkla karşılaştığı, oldukça aşına bu taleple alacaklı, 89. madde gereği itirazla takibi geçici de olsa etkisiz kılan üçüncü kişinin, itiraza konu iddialarının gerçek ve doğru olmadığını iddia ederek, bu itirazın sınanarak hükümden düşürülmesini ister. Eş zamanlı olarak da üçüncü kişinin gerçekle bağdaşmayan beyanlarının İİK 338. maddesi gereğince cezalandırılmasını ister.

işlemez hale getiren üçüncü kişinin bu eyleminin icra ceza hukuku doktrini açısından da tolare edilmez olmasından ötürü, üçüncü kişinin tecziyesini hedefler.

Üçüncü kişiyi menfi tespit ve itiraz hatta gecikmiş itiraz gibi araç, yöntem ve avantajla destekleyen yasama, işin sonunda üçüncü kişinin aşkınlık yapma ihtimalini, alacaklıya verdiği hatırı sayılır araç ve yöntemlerle dengelemeye çalışır. İşin içine özgürlüğün girmesi ya da üçüncü kişinin gerçeğe aykırı beyanla takibi durdurması olasılığı halinde karşılaşılabileceği tehlikenin çapı, onun disipline edilmesini göreceli de olsa mümkün kılar.

Gecikmiş itiraz, itirazın muhatabı hiç kuşkusuz İcra Hukuk Mahkemesi'dir. Birey itirazını önleyen engelin ortadan kalkmasından başlayarak üç gün içinde, mahkemeye başvurarak gecikmiş itirazını gerçekleştirmelidir. Gecikmiş itiraz dilekçesi eş zamanlı olarak itirazın mahiyetini, neden ibaret olduğunu, dayanakları ile gerekçelerini içermek zorundadır. Yaslanılan argüman ve gerekçe, gecikmeyi meşru ve hukuki kılacak parametrelerdir.

III. USULSÜZ TEBLİGAT

1. Genel Olarak

Zamanında teslim¹⁴ edilmeyen belge¹⁵ ile temin edilmek istenen maksat hâsıl olmaz. Bilinen etki ve sonuçlarını doğuramaz. Takip böyle bir ihtimalde kaideten¹⁶ yoluna devam eder.

¹⁴ Teslim: bir nesnenin meşru hamile ya da onun adına tesellüm yetkisine sahip olana teslim tesellüm/alındı makbuzu karşılığında bırakılması demektir.

¹⁵ Belgeden kasıt menfi tespit davası açıldığını gösteren ve davayı gören mahkeme tarafından usulüne göre düzenlenerek, üçüncü kişiye ya da onu temsilcisine tevdi edilen, yarattığı etki ve sonuçla takibi durdurma kapasite ve yeteneğine haiz olan hukuki metindir. Uygulamada yazı işleri müdürü tarafından verilen bu belge, "derkenar/meşruhat" olarak tabir edilmektedir.

¹⁶ Belgenin takibi durdurma yeteneğiyle, sunulmasından neşet eden uyuşmazlıklar ve şikayetlerin benimsenmesi, ilerleyen ve işleyen takip işlemlerini durdurur. Bu yargının müdahalesiyle oluşan bir durdurma olup, kararın verilmesiyle eş zamanlı olarak etkilerini göstermeye başlar. Yargı kararının geriye doğru etki göstermesi, hukuka aykırı işlemin iptaliyle mümkündür. Bu takdirde bireyin hukuki durumunu olumsuz etkileyen işlem yargı müdahalesiyle ortadan kalkmakla, yaratacağı etki ve sonuçların da kendisini derhal göstermesi gerekir.

Belgenin teslim edilmesi veya süresinde teslim edilmemesinden kaynaklanan uyumsuzlukların halliyle eş zamanlı olarak takip menfî tespit davasının açıldığına dair belgenin icra müdürlüğüne tevdi ile durur.

Durma; 89. madde ile umulanı hükümden düşüren, özel nedenlere bağlı, belli koşulların tahakkukuyla işler hale gelen kısa ömürlü, nevi şahsına münhasır bir tedbirdir.

Geçici nitelikteki bu tedbirle temin edilmek istenen, menfî tespit davası sonunda oluşturulan hükmün kesinleşmesine değin, üçüncü kişiyi takibin göreceli etkisinin dışında tutmak, takibi bu özne ve nesneyle sınırlı olarak durdurmaktadır.

Tedbir bu bağlamda biri üçüncü kişi diğeri alacaklı yararına olmak üzere iki farklı etki ve sonuç doğurur. Öteki ifadeyle etki ve sonuçlarından hareketle, tedbiri alacaklı ve üçüncü kişi yararına olanlar olmak üzere iki şekilde tasnif etmek olasıdır. Burada üçüncü kişinin menfî tespit davası açması, sadece kendisi yararına bir takım etkiler doğurmakla kalmaz, cebri icra işlemlerini işlemez hale getiren bu olgunun yaratacağı eşitsizlik, alacaklıyı satışın belli zaman kesiti içinde istenmesinden neşet eden baskısından kurtararak dengelenmeye çalışılmaktadır. Bu olanak, tedbirin etkinliğini yoğunlaştırarak yaygınlaştırmasının yaratacağı riskleri göreceli olarak önleme kaygısının yansımasıdır. Alacaklıyı satış baskısından kurtaran bu düzenleme, davanın açıldığına ilişkin belgenin ibrazıyla otomatik olarak devreye girerek, alacaklının tedbirden fazlaca etkilenmesini bir miktar önlemeye çalışır.

Tedbirle üçüncü kişi yararına oluşan sonuçlar, yürütülen cebri icra işlemlerinin durması şeklinde gerçekleşir. Burada gözetilmesi gereken husus, durmanın cebri icra işlemleriyle mahdut olmasıdır. Dolayısıyla, takibin bu yolla durdurulması, iptali veya icrasının geri bırakılması tedbir ile gerçekleştirilmesi gerekenler arasında yer almaz. Buradan bakıldığında tedbir lokal etkiler yaratan bir özelliğe sahip olup bu özelliği, takibin bir bütün olarak geçici de olsa hükümden düşüren bir etkiye sahip değildir. Bu şekildeki etki, özü itibarıyla tedbirin inter partes etkisi olarak da tanımlanabilir. İnter partes etki, esasında kararların yanlarla sınırlı olarak sonuç doğurması, bağlayıcılığının meşru ilgililerle mahdut olması gerektiğini ifade eden bir buluştur. Konumuza teşmil edilmesini engelleyen bir bariyer olmadığını göre, tedbir

kararı da inter partes etkisiyle, sadece alacaklı ile kendisi arasındaki işlemleri etkileme gücüne sahip olduğu belirtilmelidir. Etki gücünü, kapasitesini bu ikisi dışına kaideten taşımak, bağlayıcılık debisini özne bağlamı olarak genişletmek mümkün değildir. Devam etmek gerekirse, durdurma bu niteliğiyle mikro bazlı bir potansiyele sahiptir. Mikro bazlı etki kişi, konu, zaman ve mekan gibi bir çok parametreye bağlı olarak tahakkuk eder. Bu etki üst üste gelen bu gücün eş zamanlı olarak yoğunlaşmasına neden olur, bu dağılmaktan ve yayılmaktan ötürü oluşan riskleri önleyerek maksimum ve optimum etkiyi yakalamaya vesile olur.

Tedbirin mahiyet ve kapsamı objektif ve sübjektif olmak üzere iki temel parametre tarafından belirlenir. Tedbirin sömürülmemesi kurumun özne nesne bağlamı hudutlarının belirlenerek herkes tarafından bilinebilir hale getirmek, işlerliğin etkinliği, aşkınlığın önlenmesi için zaruridir¹⁷.

Objektif sınır: tedbirin hangi işlemlerle sınırlı olarak etki ve sonuç doğuracağını belirleyen ölçüttür. Adını obje/nesneden alan bu hudut, tedbirin konu bağlamı sınırlarını çizerek, konu üzerinden gelişecek aşkınlıkla komplikasyonları engellemeyi amaçlar. Adlileşmeyi tetikleyen bu parametre uygulamanın disipline etmesi gereken bir alana tekabül eder. Tedbirin neyi kapsamı gerektiği veya neyin tedbire konu teşkil etmesi gerektiğine ilişkin sorunun hamili, İİK 89/3/4. cümledir. Öteki deyişle tedbirin objektif kapsamına neyin gireceğini 89/3/4 c. belirler.

Bu cümle; kendisini “*hakkında yürütülen cebri icra işlemleriyle*” karakterize eder. Bu tümce büyüteç altına alındığında, durma kapsamına

¹⁷ Aşkınlık: tedbirin, objektif ve sübjektif sınırlarını büzmesi ya da genişletmesi halinde söz konusu olur. Daralma üçüncü kişinin tedbirle temin etmek istediklerini önlerken, genişleme içine takibin taraflarını da alan bir etki ve sonuç yaratır. Bu inter partes etkinin, genişterek erga omnes bir etkiye doğru evrilmesi demektir. Pratik açıdan ilki, üçüncü kişinin tedbirden layıkıyla yararlanmasını önlerken ikincisi, takip alacaklısının tasarruf hakkını hukuka aykırı şekilde engeller. İlki alacaklı ile üçüncü kişi arasındaki münasebeti riske ederken, ikincisi ise alacaklı ile borçlu arasındaki ilişkiyi etkiler. İlki tedbiri sayılı işlem ve sürelerle sınırlı olarak etkilerken diğeri, takibi bir bütün olarak etkileme potansiyeline sahiptir. Burada icra müdürlüğünün oldukça dikkatli davranarak, tedbirin özne ve konu bağlamı sınırlarını belirgin ve ihlal ihtimalini sıfırlayacak denli çizmesi gerekir. Tedbir üzerinden gelişecek uyumsuzluklarla, adlileşmenin önlenmesine hizmet eden bu işlem bir çok şeyin kaderini erkenden belirlediği için önemlidir.

giren nesne her a) cebri icra işlemi olmalıdır, b) bu cebri icra işlemi yürüyor olması, c) yürümekte olan işlemin üçüncü kişiyle ilgili olması ya da onu ilgilendirmesi zorunludur.

2. Cebri İcra İşlemi Nedir?/Tebdirin İşlem Bağlamı Sınırı

Bu soruya verilecek yanıt yaşamsal niteliktedir. Burada yaşanacak bir kırılma hiç kuşkusuz, güçlkle alınan tedbir kararını etkisiz kılabilir yahut tedbirin aşkınlık yapmasını tetikleyebilir. Tüm bunlarla mücadele edebilmek ya da tedbirin etkili ve verimli olarak kullanılmasını sağlamak için cebri icra işleminin dört başı mamur şekilde tanımlanması, betimlenmesi ve sınırlandırılması gerekir. Bu bağlamda, cebri icra işlemi, takibin ilerlemesini, durmasını, yürümesini ve sonlandırılmasını sağlayan her türlü işlem olarak tanımlanabilir. Buradan bakıldığında tasarruf hakkı ile özdeşleşen bu tanım, takip talebiyle başlayan ve infazla sona eren oldukça uzun bir periyotta gerçekleşen oldukça zengin işlemler bütünü kümesi, kolonisi olarak karşımıza çıkmaktadır. İşlemler onları yapan, gerçekleştiren öznelere göre farklılık göstermekle birlikte bu farklılık onların takip işleminden neşet eden etki ve sonuçları bertaraf eder nitelikte değildir. O halde ister taraflardan gelsin ister icra otoritelerinden gelsin bir işlem takiple temin edilmek istenen amaca özgülenmiş, yapılmakla meşru ilgililerin hukuki durumunda, pozisyonunda az veya çok bir değişikliğe neden olma potansiyeline sahip ise bu işlem hiç kuşkusuz cebri icra işlemi olarak tanımlanmalıdır. İşlemi karakterize eden onu üretenden ziyade, onun takibe verdiği katkı, düzenleyici, etkileyici ve disipline edici olmaklığıyla yanları bağlayıcı, etkileyici olmak yetenek ve kalibresidir. Yanlarla takibi etkileme yani ilerlemesini, durmasını, ortadan kaldırılması ile sonuçlandırılma yeteneğine sahip olmayan veya tarafların alacak, hak ve malvarlığını, özgürlüğünü¹⁸ doğrudan veya dolaylı olarak

¹⁸ Kimi icra işlemleri icra ceza hukukunun da ilgi alanına girdikleri bilinmektedir. Kaynağını takip işlemlerinden alan bu uyuşmazlıkların, halli cebri icra işlemlerinin gerçek ve doğruluğunun sınanmasıyla hükme dönüşmektedir. Bu bağlamda cebri icra işlemlerinin etki gücü ya da icra-i kabiliyetinin takip hukukuyla sınırlamak, tedbirin uzantısı ceza uyuşmazlıklarını hafife almak manasına gelir. O halde tedbirin etkilerinin minimize edilmesi ya da bertaraf edilmesi beklentisi ile tedbir ve icra-i işlem arasında bu bağlamda bir akrabalık olduğunun unutulmaması gerekir. İcra işleminin bir başka boyuttaki

etkilemeyen bir işlem her kimden gelirse gelsin etkisizdir. Etkisiz mahiyette olan veyahut icra-i nitelikte olmayan bir işlemin, tedbir/durmanın objektif sınırlarının berisinde kaldığını söylemek imkânsızdır.

3. Cebri İcra İşleminin Yürüyor Olması Ne Demektir?/ Zaman Bağlı Sınır/ İşlemin Zaman Bağlı Hududu/Morfolojik Yarıma

Yasama, tedbirin kapsamını yürütülen cebri icra işlemleriyle sınırlar. Bu tedbir kararının uygulanmasıyla eş zamanlı gerçekleşen işlemlerin kapsama alındığı manasına gelir. O halde tedbir kararının, geriye doğru işlemesi bağlayıcılığının sınırlarını mazide kalmış cebri icra işlemlerini içine alacak şekilde genişletmesi olanaksızdır. Buradan bakıldığında, “yürütülen” cebri icra işlemleri ile kast edilen: yürüyen, yürümekte olan, yürüyecek olanla mahdut olup, yürümüş işlemlerin, ondan sonra doğan ve etkisi doğduğu andan başlayan işlemler olarak telakki edilmesi gerekir. m. 89/3/4 c. eş zamanlı olarak, işlemin zaman bağli sınırının belirlenmesine hizmet eder. Bağlılığın zaman bağli sınırında meydana gelen bir kırıma hiç kuşkusuz başka endikasyonlarla komplikasyonlara ev sahipliği yapar.

Tedbir kararının infazını sağlayan teslim anı, takip işlem ve sürecini teslimden öncekiler ve sonrakiler olmak üzere morfolojik açıdan ikiye ayırır. Burada gözden kaçmaması gereken husus şudur: tedbiri işler hale getiren menfi tespit davasının açılma anı değil, davanın açıldığına ilişkin belgenin icra müdürlüğüne teslim edildiği zamandır. Belgenin icra dairesine teslim edilmesi¹⁹, eş zamanlı olarak durması gereken ya da iptal edilmesi icab eden,

bu etkisi, işlemler üzerinden meydana gelen sömürülerin boyutunu göstermesi bakımından da önemlidir.

¹⁹ Teslim edilme ikili bir ilişki olup, ilişkinin taraflarından biri meşru ilgili/üçüncü kişi, diğeri ise icra müdürlüğüdür. Dolayısıyla belgenin, bu belgeyi almaya ehil bir memura teslim edilmesi teslim işleminden beklenenin tahakkuku için kafidir. Belgenin geçerliliği için yasa tarafından öngörölmüş bir koşul bulunmamaktadır. Dolayısıyla mahiyeti itibarıyla menfi tespit davası açıldığını gösteren, bu konuda makul bilgiyi ihtiva eden belgenin, teslim ve tesellüm belgesi mukabilinde teslim edilmesi yeterlidir. Teslimin gerçekleştiği tarihin yaşamsal niteliği, onun kayıt altına alınmasını zorunlu kılar. Belgenin elektronik ortamda ve usulüne göre teslim edilmesi, icra müdürlüğünün ekranına, tasarruf alanına bırakılması teslim olarak benimsenmelidir. Fiziki teslimlerin, klasik yöntem-

etki ve sonucu ortadan kaldırılması gereken işlemlerin de portföyünü belirler²⁰.

Mahkeme tedbir kararını hükümden düşüren etkisiz kılan veya işlemez kılan eylem işlem ve uygulamalarla şikâyet kurumu aracılığıyla mücadele yetkisine sahiptir. Mahkeme, icra müdürlüğünün yasaya muhalefet ederek oluşturduğu işlemlerle, hadiseye uygun olmayan muamelelerini düzeltme, yapılmasını emretme ya da ortadan kaldırma yetkisini kullanarak, tedbir kararını işlemez kılan işlem, uygulama ve kararlarla mücadele etmesi olasıdır. Bağlayıcılığın zaman bağlamlı sınırlarını ihlal eden ya da tedbirden önceki işlemlerin iptal edilmesiyle ortaya çıkan hak kayıplarının telafi edilebilmesi oldukça geniş sayılan bu imkânla mümkündür. O halde gerek üçüncü kişi gerekçe alacaklarının bu başvuru mekanizmasının sağladığı avantajlara yaslanarak, tedbiri disipline edebilir. Öteki deyişle zaman aşkınlıklarından ötürü geçmişteki işlemlerin yeniden hüküm sürmesi, varlıklarını korumalarını temin edilebileceği gibi, tedbirden sonra oluşan işlemlerin iptali de sağlanabilir. O hal de tedbirin uygulanma anından önceki işlemlerin varlığını hedefleyen her muameleden alacaklı kural olarak etkilenmekle, yapacağı başvuru ile onların muhafazasını sağlayacak optimum kararların itihazını temin edebilir. Geçmişte kalan öteki deyişle tedbirden önce vücuda

lerle kayıt altına alınması, onun teslim-tesellüm belgesi mukabilinde bırakılmasıyla olanaklıdır. Muhabere defterine kayıt edilme ya da onu ikame edecek herhangi bir kayıt, hakkın kullanımını sağlayacak geçerli bir teslim olarak telifuz edilmelidir. Tedbirin zaman bağlamlı sınırlarının belirlenmesini hedefleyen her uyuşmazlık, bu belgelerin vereceği bilgi ve şahadetle çözüme bağlanacağı gözetildiğinde, teslim ve tesellümü kanıtlayacak bu argümanın ispata hizmet edecek mahiyette olması zorunludur. Adlileşmeyi tetikleme potansiyeli olan bu alanın, muhakkak kontrol altına alınarak olası sapmalardan temizlenmesi gerekir.

²⁰ Tedbirin kendisini yürütülen icra işlemi ile sınırlaması, geçmişte kalan işlemleri durmanın etki alanının dışında tutar. Kapsam dahilinde kalan işlemlerin yürütülmesinin durdurulması, şikâyet yoluyla icra hakimliğine gelebileceği gibi, icra müdürlüğüne verilen bir dilekçeyle de bu aşkınlığın önlenmesi mümkündür. İşlemin kaynaklık ettiği kararların hükümden düşürülmesine yönelik her ihtilaf, en netice soluğu şikâyet yoluyla İcra Hakimliği'nde alacağından, mahkemenin anılan ölçütlerden hareketle kaygıları aşması gereklidir. İcra Hukuk Mahkemesi kendisine gelen uyuşmazlık üzerine; ya şikâyet konusu işlemi bozar, ya düzeltilir ya da memurun nedensiz olarak yapmadığı veya geciktirdiği işlemlerin icrasına hükmedilir.

gelen bir işlemin tedbir nedeniyle riske edilmesi halinde, mahkeme vereceği kararla bu işlemi etkisiz kılan müdürlük işlemi iptal edebilir. İşlemin etki ve sonuç doğurmasını sağlayacak vaziyete getirebilir. Hiç kuşkusuz yapılmasını emredebilir. Verilen kararın, eski hale getirmeyi sağlayacak bir potansiyele sahip olması, tedbir öncesi işlemlerin dokunulmazlığını korumak bakımından önemlidir. İlişilmez işlemlere dokunmak, yargısal müdahaleyi meşru kılar. İlişilir işlemlerin tedbiri riske etmesi, diğer koşullarla ittifak ettiğinde yargısal karışmayı hukuki hale getirir.

4. İşlemin Sübjektif Sınırları / Kişi Bağlı Hudut/ İnter Partes Etki

Tedbir yanlarla sınırlı olarak etki ve sonuç doğurur. Bu tedbirin sübjektif sınırlarını oluşturur. O halde, menfi tespit davasını açan üçüncü kişi, davanın açıldığına ilişkin belgeyi icra müdürlüğüne teslim etmekle, üçüncü kişiyi ilgilendiren ve onun malvarlığını, şahsını etkileyen takip işlemleri durur. Dolayısıyla, durması gereken cebri icra işlemi, her işlem değil alacaklı tarafından üçüncü kişiyi doğrudan veya dolaylı olarak etkileyen işlemlerdir. Bu demektir ki; borçlu aleyhine gerçekleşen işlemlerin cebri icra etkisi bu halenin dışında kalacaktır.

IV. İİK m. 106'DAKİ SÜRELERİN İŞLEMEZLİĞİ/ ALACAKLIYI KORUYAN ÖZEL TEDBİR TÜRÜ

İİK 89/4. madde, özel bir tedbir türü öngörmüştür. Buna göre davanın açılması sadece cebri icra işlemlerini durdurmakla kalmaz, bu süre içerisinde menkul ve gayrimenkul haczinde satış talebini zamanla sınırlayan bir düzenlemenin de işlerliğini durdurmaktadır. Menkul satışı, hacizden itibaren altı ay, gayrimenkul satışını talep etmek ise bir yıldır. Dolayısıyla böyle bir olasılıkta, satış için öngörülen kanuni süreler de varlığını koruyacak, menfi tespit davası açıldığına ilişkin belgenin ibrazı başlamış süreleri donduracaktır. Bu, alacaklının menfi tespite konu ettiği malların satışını isteme hakkını koruyan, alacaklının takip hukukundan neşet satış hakkının zamana yenilerek düşmesini önleyen bir düzenlemedir.

Yasama, menfi tespit davasının açılması ile üçüncü kişiyi korumaya alan düzenlemeler yanında alacaklıyı da korumaya alarak, 89. madde uygu-

lamasında üçüncü kişi ile alacaklının yararlarını dengeler. Bu bakımdan menfî tespit davasının açıldığına ilişkin belgenin icra dairesine teslimiyle, uyumsuzluğa konu menkulün satışı için öngörülen sürenin geçmesi ile oluşan riske karşı alacaklı özellikle özgün bir önlemlerle korumaya alınır. Bu önlem, geçici olup sadece alacaklı ile üçüncü kişiyi bağlayıcı niteliktedir. Tedbirin, içine uyumsuzluk konusu olmayan diğer mahcuzları katacak denli genişletilmesi mümkün değildir.

Menfî tespit davasında ispat külfetinin takip dışı üçüncü kişide olması, kişiyi kural olarak uyumsuzluğa konu menkulün takip borçlusuna ait olmadığını veya takip borçlusuna borçlu olmadığını kanıtlamaya icbar etmektedir. Üçüncü kişiye 89/4. madde ile tanınan bu avantajın bir bakıma dava içindeki ispat külfetinin ağırlığıyla dengelendiğinin unutulmaması gerekir. Öte yandan, davanın kaybedilmesi olasılığında, üçüncü kişinin dava konusu şeyin % 20'sinden az olmamak üzere tazminata²¹ mahkûm edilmesi²², yukarıda tedbirin sertliği, koruma kapasitesi ile geniş alanda etkili olma potansiyelinin yarattığı göreceli avantajı bertaraf eden ya da dengeleyen önemli bir düzenlemedir.

89/4. maddenin davanın reddi halinde alacaklı yararına öngörülen tazminatın talepten özerk olması menfî tespit davası üzerinden gerçekleşecek hak arayışı önündeki ciddi bir risk olarak telakki edilebilir. Alacaklının talebi olsun, olmasın herhangi bir zararı gerçekleşsin veya gerçekleşmesin ister iyi, ister kötü niyetli olunsun mahkeme, davayı redle birlikte, davacıyı tazminata mahkum eder. Düzenleme, tazminatın tahakkuk koşulunu davanın kaybiyla

²¹ Davanın kaybedilmesi koşuluna bağlanan tazminatın miktarını belirleme tekeli yargıca aittir. Ancak, miktarın belirlenmesinde yanların öznel durumları ile beyanlarının da belirleyici olacağını unutmamak gerekir. Tazminatların zenginleştirici olma yasağı, yargıcı bu alanda oldukça dikkatli olmaya icbar eder. O halde tefrit ile ifrat arasında bir yerde durmanın tazminatla temin edilmek istenen amacın belirlenmesi açısından önemlidir. Tazminatların erişim önünde ciddi bir engele dönüşmemesi ya da caydırıcı bir koza evrilmemesi, yargıcın takdirini şekillendiren ve yönlendiren hatırı sayılır bir donedir.

²² m. 89/4/7.c üçüncü şahıs bu davayı kaybederse mahkemece, dava konusu şeyin yüzde yirmisinden aşağı olmamak üzere bir tazminata mahkum olur demektir. Bu ifade tarzı, tazminatı ödeyecek olanı zikretmekle birlikte, tazminat alacaklısını belirtmeyi tercih etmeyerek yasalasma tekniğinin bir kusuru olarak hanesine yazılmıştır. Her şeye rağmen tazminat alacaklısının takibin alacaklısı davalı olacağından eminiz.

sınırlar. Yasal olmayan edenlere yaslanarak yeni koşullar üretmek, protez şartlar referans alınarak davacıyı tazminata mahkum etmekten kaçınmak olanaksızdır.

Tazminatın davayı kaybetme koşuluna endekslenmesi, yargıcın yasa-manın iradesine aykırı olarak ek veya fazladan nedenceler koşullar oluşturmasını kesin bir dille önler. Yasama bu konuda oldukça yalın bir irade ve söyleme sahiptir. Buraya her ne sebeple olursa olsun implante edilecek koşulun aşkınlığa neden olacağını, tazminata ilişkin buyruğu hükümden düşüreceğini iradeyi işlemez kılacağını unutmamak gerekir. Burada yorumu meşru kılacak bir düzenlemeden söz edilemeyeceği gibi yasama iradesinin yokluğundan hiçliğinden söz etmek mümkün değildir.

Tazminatın miktarı konusuna gelince; yasama davanın kaybedilmesi halinde, davacı üçüncü kişinin mahkûm olacağı en az tazminat nispetini %20 olarak belirler. Ancak maksimum limit konusunda sessiz kalır. Bu ifade tarzı, hükmedilecek en çok oranın belirlenerek uygulanması konusunda yargıca inisiyatif bırakır. Bu bağlı bir yetkidir işleyişi, yasal parametrelerle zararın ekinliğın, oylum ve gücüne göre değişkenlik gösterir. Minimum ile maksimum oran arasında herhangi bir yerde durarak tazminata hükmetmek olasıdır. Ancak bu olasılığın gerçekleşebilmesi için ya da tayin edilen oranın adil veya optimum olduğundan söz edilebilmesi için takdir marjının bağlı bu yetkisini meşru, makul ve doyurucu gerekçelerle beslemesi gerekir. En az miktarın belirlenmesinde temellendirme ihtiyacı davacı için maksimum düzeye çıkarken, davalı için ihtiyaç körelmemekte minimal düzeye inmektedir. Aynı şeyin tazminat oranının yükselmesi için de tekrarlanması mümkündür. Her iki olasılıkta da meşru ilgililerin tazminatın temellendirilmesine olan gereksinimleri varlığını koruduğu gibi, yargıcın kendisine verilen takdir yetkisini hangi nedence ve parametrelerin etkisi ile kullandığını izah etmesi gerekir.

Tazminatın zenginleştirici olamaz. Bu yasağı delen veya onu hiçe sayan bir tazminat meşruiyetini kaybetmekle kalmaz, adil yargılanma ya da adalete erişim anlayışıyla da ters düşer. Tefrit ve ifrat, her ikisi hukukun istemediği haz etmediği aşkınlık biçimidir. Tefrit ve ifratın yanlar için yaratacağı risklerden başka, aktüel erişim anlayışının başvuru hakkının mali ve ekonomik külfetlerle engellenemeyeceğine ilişkin paradigması, tazminatın miktar veya nispeti konusunda yargıcın her zamandan daha dikkatli olmasını önerir.

Tazminat miktarlarının artma eğilimi, bireyin hak arama olasılığını azaltan bir etkiye sahip olduğu için, güncel değerler bireyin salt bu nedenle adliye-den uzaklaştırılması, yıldırılmasının önlenmesi gerektiğini savunur. Aşkınlaşan tazminatın buradan bakıldığında, İİK 89. maddesi ile üçüncü kişiye verilen hakların kullanılma olasılığını riske ettiğini ya da bu yolu cazip olmaktan çıkarma potansiyeline sahip olduğunu ifade edebiliriz.

Ancak m. 89/4 son cümle önemli bir mesaja sahiptir. Buna göre, 89. madde gereği açılacak menfi tespit davası maktu harca tabidir. Bu iki açıdan önemlidir. Birincisi, yasama 89. madde gereği risk altına giren veya alacaklının takibine maruz kalan üçüncü kişinin, hak arama çabasını ağır mali külfetlerden arındırarak etkin ve verimli kılmak ister. Dolayısıyla maktu harç, bu yolun kullanılma ihtimalini güçlendirmekte, bireyin elini çabuk tutarak, icra-i işlemin etkilerini geçici de olsa bloke etmesine fırsat verir. İkincisi, ise yaklaşımın eski de olsa erişim engellerine her daim ve her yerde bayrak açan bakış açısıyla kurduğu seyreltilmiş ve arizi ittifaktır.

Alacaklının takip işlemlerinin icra-i etkisinden mahrumiyetini göz ardı etmek olanaksızdır. Bu yoksunluk geçici, bir bedel gerektirir. Geçen süre içinde mahrum kalmanı haciz edilmek istenenle sınırlamak ya da uyuşmazlık konusu ile tahdit etmek, çok taraflı çok şeyi gözeten duyarlı bir yaklaşım olmaz. Yasama bunun farkında olarak, talep olmazsa bile birey yararına tazminata hüküm edileceğini öngörerek, alacaklının belli bir süre durağanlaşmaktan, ilerleyememekten neşet eden çok özellik ve işlevli tazminatla ödüllendirilmesini hoş görmeyi kolaylaştırır. Alacaklı için hoş görülebilen bu tazmin anlayışının, üçüncü kişi nezdinde yaratacağı gerilimi de unutmamak lazımdır.

Buraya kadar 89. maddenin, alacaklının icra işlemlerle başlattığı hamle ile onun göreceği resti farklı yerlerde durarak okuyucu ile paylaşmaya çalıştık. Bu paylaşım büyüteç altına alındığında: takip dışı üçüncü kişinin alacaklının kendisine yönelen işlemlerden 89. maddenin sağladığı olanaklarla karşı koyma veya takipten kurtulma şansına sahip olduğunu söyleyebiliriz. Yasama üçüncü kişiye belli şartlar altında kendisini hem genel mahkemede hem de icra müdürlüğü ve icra mahkemesi nezdinde yapacağı itiraz şikâyet ile açacağı davayla koruma olanak, yöntem ve aracına ziyadesiyle sahiptir. Alacaklı da kendisine verilen imkânlarla bu itirazlarla baş etme hak ve yetkisine sahiptir. Tarafların birbirlerine yönelik hamlelerinin maliyeti

gözetildiğinde yasamanın nimet külfet ekseninde, yanlar arasında kural olarak denge tesis etme çabasında olduğu tartışmasızdır.

Üçüncü kişinin 89/1-2. maddeler üzerinden elde ettiği avantajın alacaklı tarafından nasıl sınanması gerektiği veya gerçek ve doğruluğunun test edilme yöntem ve araçlarının tartışılması gerekir. Tartışmayla amaçlanan, itiraz yolunun yaratacağı etki ve sonuçlar, bu sonuçlarla baş etme, bu yöntem ve araçları kullanma biçimi, olası bir başarısızlık halinde üçüncü kişiyi bekleyen riskleri belirler. Nihai hedefimiz, özü itibarıyla yöntem araçlar üzerinden üçüncü kişi ile takip alacaklısı arasındaki eşitliğin boyutlarıyla buluşmak, koruyucu sistemler üzerinden risk analizi yapmak yarar ve zarar analiziyle erişim adil yargılanmanın kaygıları arasında bir ilişki kurmaktadır.

Üçüncü şahıs, haciz ihbarnamesine müddeti içinde itiraz ederse, alacaklı, üçüncü şahsın verdiği cevabın aksini icra mahkemesinde ispat ederek üçüncü şahsın 338'inci maddenin 1'inci fıkrası hükmüne göre cezalandırılmasını ve ayrıca tazminata mahkûm edilmesini isteyebilir. İcra mahkemesi, tazminat hakkındaki davayı genel hükümlere göre halleder.

89/4. madde anılan paragrafla, takip alacaklısının resti nasıl ve ne şekilde göreceğinin ipuçlarını vermektedir. Buna göre alacaklı davacı itirazın aksini, mahiyetini çürütme ya da itirazı icra mahkemesinde hükümden düşürme hakkına sahiptir. İtiraza davayla karşı koyma, aksini ispatlama, hükümden düşürme veya çürütme davacı/alacaklının ilk seçeneğidir. Bu tercihle eş zamanlı olarak kişi lehine, genel hükümlere göre tazminata hükmedilmesini talep hakkına sahiptir. İkincisi ise üçüncü şahsın İİK 338. maddesine göre bireyin cezalandırılmasını talep hakkına sahiptir.

Yasama bu adımla alacaklıya yekdiğerinden tamamen farklı amaç, hedef, yöntem, araç, maliyet ve yararlarla sahip iki başvuru olanağı tanımıştır. Bunlardan ilki, ikinci davanın da yazgısını belirlemektedir.

V. İTİRAZI ÇÜRÜTMEK/HÜKÜMDEN DÜŞÜRMEK

Üçüncü kişinin cevabının aksini mahkemede ispat etmek, alacaklıya verilen hakların ilkidir. Bu bir bakıma itirazın, hasredilen delil, dayanak ve gerekçelerle çürütülmesini sağlayan bir kalkışmadır. Teknik bir ifadeyle belirtmek gerekirse, itirazın karşı delillerle ortadan kaldırılması, bertaraf edilmesinden başkası değildir. İtirazın, hiç bir itkiye ilave devinime gerek

olmaksızın icra-i işlemlerini üçüncü kişiyle mahdut olarak durdurması, davacı alacaklının işlemlerin etkinliğini sağlamak, onları misyonlarıyla uyumlu etki ve sonuç doğurmaları ya da üçüncü kişi hakkında da etkili olmalarını temin için eylemeye icbar eder.

İcra-i işlemlerin yeniden canlanması davacı alacaklının birçok isteğinden sadece biridir. Öteki deyişle, davacı alacaklı icra mahkemesine başvurarak sadece duran icra işlemlerinin yürümesini sağlayabilir. Bu eyleme biçimi, alacaklının taleplerinin en azına tekabül eder. Bu takdirde mahkeme tasarruf ile taleple bağlılık ilkesine sadık kalarak, davacının ispat ödevini yerine getirmesi koşuluyla davasını benimseyerek, duran icra işlemlerinin devamına karar verir. Bu minimum talebin, büzmeyle özdeşleşen sonucudur. Böyle bir olasılıkta, mahkeme ayrıca tazminata hükmetme veya üçüncü kişiyi cezalandırma cihetine gidemeyeceği gibi, minimum talebi anılanlarla eşleştirme cihetine de gidemez.

Davacı/alacaklının açtığı bu davanın amacı, sadece duran icra işlemlerinin, üçüncü kişiyle mahdut olarak etki ve sonuç doğurmasını sağlamaktır. Davanın hedefi, üçüncü kişinin itirazı ile takibin gücü dışında kalan ve icra dairesine gönderilmeyen meblağın yeniden icra dairesine gönderilmesini temin etmektir. Dayanılan delillerin kabul edilip tartışılmasıyla iddianın, itirazı hükümden düşüren potansiyele eriştiği an, dava benimsenmiş, itiraz da hükümden düşmüş demektir. Bu eş zamanlı olarak, takip borçlusunun üçüncü kişiyle hukuki ya da eylemli ilişkisinin doğrulanması manasına gelir. Dahası, üçüncü kişinin borçluya ait olup ta yedinde muhafaza ettiği meblağın alacaklıya ödenmek üzere icra dairesine gönderilmesi sonucunu dayatır.

O halde itirazın hükümden düşürülmesinin takip hukukunu ilgilendiren başat ve yalın üç sonucundan söz etmek mümkündür. Bunlardan ilki; davalı üçüncü kişi ile takip borçlusu arasında hukuki ve fili bir ilişkinin varlığını saptamak, ikincisi bu ilişkiden neşet eden bir alacağın varlığını lokal ve likit hale getirmek, üçüncüsü ise meşru olmayan itiraz nedeniyle bir müddet takip dışında kalan meblağı, icra dosyasına getirtilmesini sağlamaktır.

Madde böyle bir davanın İcra Mahkemesinde açılacağını salık verir. İcra mahkemesinden kasıt, takibin gerçekleştirildiği icra dairesinin bağlı bulunduğu icra dairesidir.

İcra mahkemesi, böyle bir talebi İİK 18. maddesi gereğince ve burada buyurulan ve önerilen yargılama tekniğiyle çözüme kavuşturur. 18. madde yargılamayı kendi özellikli tekniğiyle sınırlamamakta, yargıca basit yargılama hükümlerinden ihtiyaç ölçüsünde yararlanma yetkisi vermektedir. HMK 322. maddesinin basit yargılamanın, yazılı yargılama hükümlerinden ithale olanak tanınması, böyle bir davanın zengin yargılama zeminine ev sahipliği yaptığını göstermektedir. Bu eş zamanlı olarak yargılama yöntemlerinin işlerine ne zaman, nasıl ve nerede başlayacaklarına ilişkin zor soru ve sorunlara kaynaklık eder.

Talebin itirazın bertaraf edilmesiyle mahdut tutulması, yargılama gideri ve harçlar üzerinde de bir takım etkiler yaratacağı muhakkaktır. Madde metni dikkatle irdelendiğinde yasa yapıcının böyle bir davada alınacak harç konusunda suskun kaldığını görüyoruz. Gerektiğinde yargılama gideri ve harç konusunda ahkam kesen metnin, sıra 89/4. maddeye geldiğinde susması, gözleri Harçlar Yasası ve uzantısı Tarife'ye odaklar. Uyuşmazlığın niteliği harcın belirlenmesinde aktif ve belirleyici rol oynar.

Hemen ifade etmek gerekir ki, yasamanın üçüncü kişinin hak arama talep ve olanaklarını harç ve yargılama giderlerini minimize ederek ya da harcın eşliğini epey düşürerek karşılayan²³ yasamanın, takip alacaklısı için böyle bir tercihte bulunmaması olanaklar ve kolaylıklar üzerinden alacaklı ile üçüncü kişi arasında yaratılan bilinçli bir eşitsizliktir. Adalete erişimin, görünen adaletle yolunun kesiştiği bu noktada, iddiası takip hukuku süjeleri arasında denge sağlamak olan bir sistemin, ekonomik ve mali engellerle davacı alacaklıyı yıldırma potansiyeline sahipken, üçüncü kişinin elini kolunu sallayarak takibe direnmesini teşvik etmesi, el atılması gereken yerlerin ilkidir.

²³ m. 89/3 son da “bu fıkraya göre açılacak menfi tespit davaları maktu harca tabidir” ve 89/8 de kendisini “üçüncü şahsın beyanı hiçbir harç ve resme tabi değildir” cümleleriyle karakterize edilen anlayış, üçüncü kişinin adalete erişim talebinin epey şımartıldığını söylemek mümkündür. Hemen ifade edilmek gerekir ki; adalete erişim ve adil yargılanma ölçütlerine vurulduğunda hiç kuşkusuz başvuru için harç ve resim ve yargılama giderlerinin engel olmaktan çıkarılması zorunludur. Ancak eşğin tek taraflı düşürülmesinin avantaja dönüşmesi, özgürlük ve eşitlik temelli diyalogların mali ve ekonomik engellerle sessizliğe gömülmesi, kesilmesi m. 89'un bir kaç adım öne çıkan defosudur.

VI. TAZMİNAT TALEP HAKKI

Alacaklıyı bekleyen ikinci seçenek, alacak borç ilişkisinin belirlenmesi, üçüncü kişinin iddiasının çürütülmesiyle eş zamanlı olarak tazminat talep etmektir. Tazminat, takibe yönelik haksız ve hukuka direncin yarattığı zararların giderilmesini hedefler. Öteki deyişle, gerçeğe aykırı beyanla alacaklının takipten neşet eden başvuru hakkının yarattığı objektif ve sübjektif kayıpların telafisini hedefleyen bir öznel hakkın korunma biçimidir. Bu hiç kuşkusuz beyanla özdeşleşen kişilik hakkının ihlalden kaynaklı maddi kayıpların telafisini amaçlar. Adalete erişimin önlenmesi, gerçeğin perdelenmesi ile öznel bir haktan mahrumiyet adil yargılanma hakkının çiğnenmesinden kaynaklı bir kişilik hakkı ihlalidir. Dolayısıyla adalete yalan veya gerçeğe aykırı beyanla erişimi önlenen birey icra mahkemesine başvurarak, oluşan zararlarının tolare edilmesini giderilmesini talep hakkına sahiptir.

Tazminat, borçlar hukuku doktrinin ilgi alanında kalan ve buradaki maddi hukuk tarafından disipline edilen bir kurumdur. Tipik bir haksız eylem olan yalan beyan, buradaki rejim kapsamında gerçeklik testine tabi olacaktır. Bu dakikadan itibaren somut olayda tazminatı gerektiren eylem, onun yarattığı etki ve sonuç ve sair koşulların varlığı BK'nın durduğu yerden bakılarak sınanacaktır. Giderimin miktarıyla, tenkisi üzerindeki tasarruf yetkisi BK'nındır.

Hemen belirtmek gerekir ki; birey kendisine tanınan seçimlik başvuru yollarını birlikte kullanabileceği gibi her birini özerk şekilde dermeyeran hakkına sahiptir. O halde alacaklı, 89/4. madde ile güvenceye alındığı için, itirazı hükümden düşürmeyi isteyebileceği gibi, sadece tazminat isteğinde de bulunma özgürlüğüne sahiptir. Dahası, iki isteğini de tek dava ile dile getirme yetkisine sahiptir.

İster birlikte, ister özerk şekilde kullanılsın her halükarda, davanın nirengi noktası ya da bu davaların yapmaları gereken ilk iş, takibe hükmeden itirazın gerçek ve doğruluğunu sınamaktır. Gerçek ve doğruluk testi, alacaklıya bahşedilen tüm hakların ilk işi yargılama morfolojisinin ilk aşamasıdır. Gerçek ve doğruluk testi, 89. madde bağlamı uyuşmazlıkların asla vazgeçmeleri mümkün olmayan ortak buluşlarıdır.

Böyle bir yargılama hiç kuşkusuz HMK'nın koyduğu ilke, usul ve esaslar çerçevesinde yürüyecektir. Dava dilekçesinin 119. madde ile getirilen standartlarla uyumlu olması zorunludur. Dilekçenin, dava şartlarının sınan-

masına elverişli bir şekil ve içerikten mahrum olması 114. madde ile belirlenen koşulların sınanmasını önleyecektir. O halde öncelikle m. 119, sonra da 114. maddedeki koşulların bir dilekçe ve dava iradesi tarafından dikkate alınıp değerlendirilmesi gereklidir. Görülme engellerinden kurtulan bir dilekçe, beş fazı sırayla yaşayacak zorlu bir maratona hazırlanmalıdır. Burada delillerin gösterilmesi, sunulması, somutlaştırılması ile toplanması dikkate alınıp değerlendirilmesine ilişkin proses varlığını koruyacaktır.

İspat külfetinin davacı alacaklıda olması, onun kabul edilebilir delillerini göstermesi, sunulması, somutlaştırarak toplanması için üzerinde düşen kendiliğinden getirme ilkesi çerçevesinde, teksif ilkesinin zamanla sınırlanan akıyla uyumlu olarak getirmesi gerekir. Delillerin davalı üçüncü kişide olması, bu delillerin tartışılmasını engellemez. Bireyin bu kayıtlara dayanması halinde anılan delillere erişilmesi için gereken prosesin başlatılması olanaklıdır.

Ön inceleme aşamasının bu tür davalarda uygulanması mümkündür. Dolayısıyla hem evrak üzerinde hem de duruşmalı ön inceleme ile davanın usul ve esasan sonlandırılması olanaklıdır. Duruşmalı ön inceleme ihtiyacının doğması halinde davanın esasa geçilmeden bitirilmesi olanaklı olduğu gibi dava konusunun sabitlenmesinden sonra, sulh ve arabuluculuk kurumunun işletilmesinin teşvik imkanı mevcuttur.

SONUÇ

1. 89. madde takip hukukuna özgün yaklaşımıyla hatırı sayılır katkılar sunan, alacağın tahsiline özellikli öneri ve buyruklarıyla olanak tanıyan alması ve kompozit bir kurum olarak;

2. Alacaklı ve borçlunun yararlarını kendine has yöntem ve araçlarla dengelemeye, takip hukukunun kaygılarıyla empati kurmaya ve doyurucu teorik perspektif sunmaya elverişli olmakla birlikte,

3. 89. maddenin işlerlik alan ve potansiyelini kişi, zaman ve mekân üzerinden istisnaya uğratan sistematik çabalar, üçüncü kişinin borçluyla ittifak ederek düzenlemeyi hükümden düşürmelerini kolaylaştırmaktadır.

4. Kurumun aslına dönmesi teşviklerin son bulmasına, tecrübelerin sadakatine, düzenlemeyi istismar eden ve bağlamından koparan uygulamalarla vedalaşmasına bağlıdır.

TASARRUFUN İPTALİ DAVASININ TARAFLARI

*Av. Talih UYAR**

Ş A. İPTAL DAVASINDA DAVACI TARAF

İptâl davasının “**kimler tarafından**” açılabileceği, İİK. mad. 277’de, “**kimlere karşı**” açılabileceği ise İİK. mad. 282’de düzenlenmiştir¹.

İptâl davasını kimlerin açabileceği -yani, bu davada kimlerin “*davacı sıfatı*”nı taşıyabileceği- bu maddede -sayılarak (tahdidi olarak)- belirtilmiştir. Burada belirtilen kişilerin dışındakilerin dava açma hakkı yoktur.

İptâl davasının *haciz* ya da *iflâs* yolu ile takipte açılmış olmasına göre, “*davacılık sıfatı*”nı ayrı ayrı incelemek gerekir:

a) Haciz yolu ile takiplerde;

I- aa) Kesin (kat’i) aciz belgesi (İİK. mad. 143; 105/I) sahibi alacaklı açabilir².

bb) Geçici aciz belgesi (İİK. mad. 105/II) sahibi alacaklı açabilir³.

* İzmir Barosu Avukatlarından (Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi E. Öğretim Görevlisi)

¹ Uyar, T.: Tasarrufun İptali Davasının Tarafları (Prof. Dr. Fırat Öztana’a Armağan, C:2, 2010, s. 2243-2274).

² Bknz: 17. HD. 4.4.2011 T. 7124/3028; 27.1.2011 T. 5310/430; 20.1.2011 T. 7202/215; 1.7.2010 T. 5096/6229; 15. HD. 10.5.2004 T. 1892/2621, 1.10.2001 T. 3971/4209; 16.4.2001 T. 1400/1954 - 17. HD. 19.7.2007 T. 3037/2545; 12.7.2007 T. 3032/2476; 15. HD. 4.11.2004 T. 1832/5619; 3.11.2004 T. 1725/5593 vb. (www.e-uyar.com).

³ Bknz: 17. HD. 10.12.2009 T. 6893/8204; 23.11.2009 T. 8206/7773; 19.11.2009 T. 5582/7734; 20.11.2008 T. 3181/5422; 11.4.2007 T. 555/2363 - 15. HD. 10.5.2004 T. 1892/2621 - 1.10.2001 T. 3971/4209; 16.4.2001 T. 1400/1954; 17. HD. 19.7.2007 T. 3037/2545; 12.7.2007 T. 3032/2476; 15. HD. 4.11.2004 T. 1832/5619; 3.11.2004 T. 1725/5593 vb. (www.e-uyar.com).

(Yukarıdaki i k i d u r u m d a; borçlu hakkında alacaklı tarafından yapılmış birden fazla icra takibi varsa, alacaklı her icra takibi için ayrı ayrı aciz belgesi alarak iptal davası açabilir. Ayrıca, alacaklı bir icra takibinde aldığı aciz belgesine dayanarak, hakkında aciz belgesi almadığı icra takibine konu ettiği alacağı için iptal davası açamaz. Keza alacaklı, başka bir alacaklının almış olduğu aciz belgesine dayanarak, kendisi ayrıca aciz belgesi almadan, kendi alacağı hakkında iptal davası açamaz...)⁴.

cc) Ayrık olarak, kendisine karşı İİK. mad. 97/XVII'ye göre açılan⁵ "istihkak davası"nda, alacaklı; *aciz belgesi sunmadan*⁶ "*karşılık dava*" olarak da *iptâl davası açabilir*⁷.

Hemen belirtelim ki; **Yargıtay 17. Hukuk Dairesi**⁸ -daha önce, bu konuda verilen kararları temyizen inceleyen **Yargıtay 13. Hukuk Dairesi** ve **Yargıtay 15. Hukuk Dairesi**⁹ ve **Hukuk Genel Kurulu**¹⁰ gibi- "dava açarken veya daha sonra yargılama/temyiz/karar düzeltme aşamasında" aciz vesikası ibraz edilmemesi halinde, davanın görülemeyeceğini kabul etmesine rağmen yakın zamana kadar, yerel mahkemelerce bu konuda verilen kararları temyizen incelemiş bulunan **Yargıtay 4. Hukuk Dairesi** – "*muvaazaa nedenine dayalı iptâl davaları*"nın- "*aciz vesikası ibraz edilmesine gerek kalmadan görülebileceği*"ni kabul etmekteydi...¹¹

⁴ **Kuru, B.:** İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, 2. Baskı, 2013, s. 1416 vd.

⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz: **Uyar, T.:** İİK. Şerhi, C:5, 3. Baskı, s. 8190; **Uyar, T.:** İcra Hukukunda İstihkak Davaları, 3. Baskı, s. 770.

⁶ Bknz: **Uyar, T./Uyar, A./Uyar, C.:** İcra ve İflas Kanunu Şerhi, C:3, 2014, s. 4498; **Uyar, T.:** İİK. Şerhi, C:12, 2. Baskı, s. 19670 vd.

⁷ Bknz: 15. HD. 26.10.1988 T. 2869/3403, 27.10.1987 T. 2251/3709.

⁸ Bknz: 17. HD. 21.03.2013 T. 12347/3975; 14.03.2013 T. 5988/3307; 14.03.2013 T. 5569/3301; 26.06.2012 T. 1921/8024; 19.01.2012 T. 1829/269; 18.04.2012 T. 12788/4874; 25.03.2013 T. 5561/4060; 04.04.2011 T. 7124/3028; 27.01.2011 T. 5310/430; 20.01.2011 T. 7202/215; 01.07.2010 T. 5069/6229 vb.

⁹ Bknz: 15. HD. 15.01.2003 T. 6346/153; 20.02.2002 T. 642/862; 22.09.2004 T. 3920/4487; 03.11.2004 T. 1725/5593; 04.11.2004 T. 1832/5619; 19.02.2003 T. 6107/5900.

¹⁰ Bknz: HGK. 04.07.2007 T. 4-450/449; 14.04.2004 T. 15-182/220.

¹¹ Bknz: 4. HD. 28.03.2011 T. 2023/3257; 14.03.2011 T. 717/2586; 28.02.2011 T. 3088/2012; 08.03.2011 T. 407/2480.

Bugün tüm “tasarrufun iptali davalarına ilişkin olarak yerel mahkemelerce verilen kararları incelemekte olan **Yargıtay 17. Hukuk Dairesi** “TBK.’nun 19. maddesine dayanılarak açılmış olan muvazaa nedenine dayalı tapu iptali ve tescil davalarında” aciz belgesi aramamaktadır¹².

Bilindiği gibi, “kesin (kat’i) aciz belgesi”, haciz edilen malların paraya çevrilmesi sonunda, alacağını kısmen ya da tamamen alamamış olan alacaklıya verilen bir belgedir (İİK. mad. 143/I)¹³. Ayrıca “borçlunun hiç haczi kâbil malı bulunmadığını saptayan haciz tutanağı” (İİK. mad. 105/I) “**kesin aciz belgesi hükmünde**” olduğu gibi¹⁴, “borçlunun bulunan ve haciz edilen mallarının icra dairesince takdir edilen kıymetlerine göre, borcu karşılamayacağını belirten haciz tutanağı” (İİK. mad. 105/II) da “**geçici aciz belgesi**” yerine geçer¹⁵.

Yüksek mahkeme (15. HD.) kimi kararlarında¹⁶ “haciz tutanağında ‘borçlunun haczi kabil malının bulunmadığını’ ya da ‘borçlunun borcu karşılayacak yeterli malının bulunmadığının’ belirtilmiş olması halinde, bu tutanağın aciz vesikası’ sayılacağını (niteliğinde olacağını” belirtmişken, kimi kararlarında¹⁷ “haciz tutanağında ‘borçlunun başka haczi mümkün malları bulunmadığının belirtilmemiş olması halinde, bu tutanağın ‘aciz belgesi’ niteliğini taşımayacağını” belirtmişti... Bugün, “tasarrufun iptali” davaları sonucunda verilen kararları temyizen inceleyen 17. HD.¹⁸ -isabetli

¹² Bknz: 17. HD. 28.03.2013 T. 6151/4361; 04.03.2013 T. 5918/2619.

¹³ Ayrıntılı bilgi için bknz: **Uyar, T.**: a.g. şerh, C:8, 3. Baskı, s. 11853 vd.; **Öztek, S.**: İcra ve İflâs Hukukunda Borç Ödemeden Aciz Vesikası (İİK. m. 143; m. 251), s. 48 vd.; **Deliduman, S.**: İcra ve İflâs Hukukunda Borç Ödemeden Aciz Belgesi, s. 28 vd.

¹⁴ Ayrıntılı bilgi için bknz: **Uyar, T./Uyar, A./Uyar, C.**: a.g.e., C:1, 2014, s. 2082 vd.; **Uyar, T.**: a.g. şerh, C:6, 2. Baskı, s. 9138 vd.

¹⁵ Ayrıntılı bilgi için bknz: **Uyar, T./Uyar, A./Uyar, C.**: a.g.e., C:1, s. 2084; **Uyar, T.**: a.g. şerh, C:6, s. 9139 vd.; **Öztek, S.**: a.g.e., s. 22 vd.; **Deliduman, S.**: a.g.e., s. 8 vd.

¹⁶ Bknz: 17. HD. 1.7.2008 T. 2898/3682; 11.3.2008 T. 287/1141; 6.3.2008 T.4113/1082 vb.

¹⁷ Bknz: 15. HD. 23.3.2006 T. 6110/1677; 14.6.2005 T. 1068/3563; 6.2.2006 T. 2375/479 29.6.2004 T. 1163/3642; 18.5.2004 T. 1528/2771; 26.2.2004 T. 494/1043; 18.2.2002 T. 4686/754 vb. - 17.HD. 20.11.2008 T. 3181/5422; 11.4.2007 T. 555/2363.

¹⁸ Bknz: 17. HD. 8.7.2010 T. 4306/6635; 31.5.2010 T. 4308/4925; 1.7.2008 T. 2898/3682 vb.

olarak- bu şekilde karar vermektan vazgeçmiştir. Çünkü borçlunun adresindeki haciz sırasında “borçlunun başka haczi kabil malı bulunup bulunmadığı” kolaylıkla saptanamayacağından, haciz tutanağında bunun belirtilmemiş olması, haciz tutanağının (geçici) aciz belgesi sayılmaması sonucunu doğurmamalıdır...

Borçlunun sadece evinde (ya da işyerinde) yapılan hacizde “*haczedilebilecek malına rastlanamaması*” halinde tutulan tutanak “aciz belgesi” niteliğini taşımayacağı gibi, icra müdürlüğünün borçlunun taşınmazlarına haciz konulması isteğiyle gönderdiği yazıya “*borçlunun taşınmazlarının bulunmadığı*” şeklinde cevap veren tapu müdürlüğünün bu yazısı da “geçici aciz belgesi” niteliğini taşımaz. Çünkü, aynı borçlunun belki, takip konusu borcu karşılayacak bankada parası, ev veya (ve) işyerinde taşınır malı bulunabilir...

Yüksek mahkeme, tasarrufun iptali davalarının dinlenebilmesi için, davanın bir ön şartı olan aciz belgelerine (vesikalarına) ilişkin olarak;

- “*Tasarrufun iptali davalarının, elinde kat’i veya geçici aciz vesikası bulunan alacaklılar tarafından açılabileceğini, yani aciz halinin mevcut olmasının, davanın görülebilme koşulu olduğunu, bu hususun mahkemece re’sen gözetilebileceğini*”¹⁹

- “*Mahkemece, talimatla yapılan haciz işleminin yeterli olduğu kabul edilmiş ise de borçlunun tutuklu olduğu dönemde yapılan bu haciz işleminin takip dosyasındaki taşınmazlarla birlikte değerlendirildiğinde geçici aciz belgesi niteliğinde olduğunun söylenemeyeceğini, aciz halinin mevcut olup olmadığının mahkemece re’sen gözetileceğini*”²⁰

- “*İİK’nun 277 ve devamı maddeleri uyarınca açılan tasarrufun iptali davalarında davacı alacaklı tarafından kesin veya geçici aciz belgesinin ibraz edilmesi gerekeceğini, bu belgenin temyiz aşamasında, hatta karar düzeltme aşamasında dahi ibraz edilmesinin mümkün olduğunu*”²¹

- “*Takip dosyasında bulunan haciz tutanağının İİK.’nun 105. maddesi uyarınca geçici aciz belgesi niteliğinde olmasına rağmen, borçlu tarafından*

¹⁹ Bknz: 17. HD. 01.4.2013 T. 9664/4520; 21.03.2013 T. 8057/3971; 19.03.2013 T. 5119/3664; 14.03.2013 T. 5569/3301.

²⁰ Bknz: 17. HD. 01.04.2013 T. 9664/4520.

²¹ Bknz: 17. HD. 21.03.2013 T. 12347/3975; 14.03.2013 T. 5988/3307.

ibraz edilen tapu kayıtlarında gösterilen taşınmazların borcu karşılar nite-likte olmasına, dosyada kati (İİK. 143.md) aciz belgesinin bulunmamasına göre, davacı vekilinin yerinde görülmeyen tüm temyiz itirazlarının reddi gerekeceğini”²²

- “Tasarrufun iptali davası açmanın koşullarından birinin kati veya geçici aciz belgesi sunmak olduğunu, mahkemece davacının sunduğu aciz belgesinin iptali halinde geçici aciz belgesi niteliğindeki haciz tutanağının sunulması gerekeceği aksi halde dava şartı yokluğundan davanın reddine karar verileceğini”²³

- “Dosya arasında bulunan haciz tutanağının borçlunun taşınmış olduğu adreste tutulmuş olması ve borçlunun başka bir adreste oturduğunun anlaşılması halinde geçici aciz belgesi niteliğinde olmadığını, açılan tasarrufun iptali davasının dava şartı yokluğundan reddi gerekeceğini”²⁴

- “Yapılan hacizde borçlunun yurt dışında olduğu beyan edildiğinden, borçlu hakkında bilinen adresinde haciz yapılamayacağı anlaşıldığından ve borçlunun hisseli taşınmazları haczedilip kıymet takdirleri yapılmış ve yapılan kıymet takdirleri sonucu bulunan meblağların ise satışın yapılacağı dosyadaki borcu dahi karşılamayacağı açık olduğundan, kesin aciz belgesi niteliğinde olmasa da, icra müdürlüğünün yazısına göre borçlunun, davacının alacağına yeter malının bulunmadığı ve borçlunun, belirlenen malları dışında mal edindiği de ileri sürülmediğine göre, davalı borçlunun aciz halinin oluştuğunun kabul edilmesi gerekeceğini”²⁵

- “İcra dosyasında geçici veya kesin aciz belgesi bulunmadığının anlaşılması halinde, davacı alacaklıya borçlu adına düzenlenmiş geçici veya kesin aciz belgesi sunması için makul bir süre verilmesi, aksi halde iptal davasının ön şart yokluğu nedeniyle reddine karar verilmesi gerekeceğini”²⁶

- “Borçlunun ödeme emri tebliğ edilen adresine haciz işlemi için gidildiğinde bu adresten ayrıldığı için, belirlenen yeni adreslerinde de bulunma-

²² Bknz: 17. HD. 21.03.2013 T. 8057/3971.

²³ Bknz: 17. HD. 14.03.2013 T. 5569/3301.

²⁴ Bknz: 17. HD. 19.03.2013 T. 5119/3664.

²⁵ Bknz: 17. HD. 17.09.2012 T. 7215/9406.

²⁶ Bknz: 17. HD. 26.06.2012 T. 1921/8024.

dığının ve borçluya ait haczi kabil malına rastlanmadığının haciz tutanağı ile belirlenmiş olması halinde bu durumu belirleyen haciz tutanaklarının aciz vesikası niteliğinde kabul edilmesi gerekeceği; ancak borçluya miras yolu ile intikal eden taşınmaz ve araç bulunduğu icra dosyasından anlaşılması halinde, bunların kıymetinin borca yeter olup olmadığı hususunun araştırılarak sonucuna göre bir karar verilmesi gerekeceğini- Aciz vesikasının davanın açılmasından sonra alınabileceği gibi temyiz aşamasında hatta bozmadan sonra karar düzeltme aşamasında da alınıp ibraz edilebileceğini”²⁷

- *“Dairenin yerleşmiş içtihatları ile Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun içtihatları uyarınca; borçlu hakkında aciz vesikası alınmamakla birlikte, borçlu kayıp ve adresi saptanamıyorsa, saptanan ve bilinen adreslerinde yapılan hacizlerde icraca borçlunun haczi kabil malının bulunup bulunmadığı tespit edilmemişse ‘aciz hali’nin gerçekleşmiş sayılacağını”²⁸*

- *“Borçlunun haczi kabil malının bulunmaması halinde durumu tespit eden haciz zaptı, geçici aciz belgesi niteliğinde olup; borçlunun annesinin hazır olduğu haciz işlemi borçluya ait haczi kabil mal bulunmadığını, bunun dışında taşınmaz, araç ve mevduat haczine yönelik işlemlerin sonuçsuz kalması nedeniyle borçlunun aciz halinin gerçekleştiği kabul edilerek, borçlunun yerleşim yerine gidildiğinde dava konusu aracın satış tarihinden sonra borçlunun kullanımında olduğunun belirlenmiş olması bakımından, aracın satıldığı davalı kişinin borçlunun alacaklılarından mal kaçırmak amacıyla hareket edebilecek kişilerden olduğu kabul edilerek tasarrufun iptaline karar verilmesinin gerekeceğini”²⁹*

- *“Davacılar tarafından kesin aciz belgesi ibraz edilmese de icra dosyasına sunulan mal beyanı içeriğinden borçlunun yeterli malvarlığı olmadığı, yapılan hacizlerde de borçlunun sürekli adresini değiştirdiği bu nedenle de yapılan hacizlerden sonuç alınmadığını, ayrıca tapu sicil müdürlüğünden ve trafik tescil şube müdürlüğünden de borçlunun taşınma-*

²⁷ Bknz: 17. HD. 18.04.2012 T. 12788/4874.

²⁸ Bknz: 17. HD. 18.04.2012 T. 12904/4878.

²⁹ Bknz: 17. HD. 18.04.2012 T. 12904/4878.

zını ve aracını sattığı da bildirilmiş olduğundan borçlunun aciz halinin gerçekleştiğinin kabulü gerekeceğini”³⁰

- “Tasarrufun iptali davasının açılabilmesi için kati ya da geçici aciz belgesinin bulunmasının gerekeceğini; bu belgenin dava açılmadan, dava açıldıktan sonra veya temyiz aşamasında hatta hükmün Yargıtay’ca onanması veya bozulmasından sonra bile sunulabileceğini; alacaklı-davacının her takip dosyası için borçlunun yapmış olduğu tasarruflarla ilgili belli bir miktar sınırlaması olmaksızın alacağını tahsil edinceye kadar iptal davası açabileceğini”³¹

- “Borçlunun %95 hissedarı olduğu şirketin tasfiye payı ve bu şirket adına kayıtlı on dört aracın bulunduğu anlaşıldığından, mahkemece ‘davalının aciz halinde bulunmaması’ nedeniyle verilen red kararında bir usulsüzlük bulunmadığını”³²

- “Temyizen Yargıtay 4. Hukuk Dairesi’nce incelenecek olan ‘muvazaa’ (BK. 18; şimdi; TBK. mad. 19) iddiasına dayalı olarak açılan tasarrufun iptali davalarına, davacı tarafından ‘aciz belgesi’ ibraz edilmese dahi bakılması (sonuçlandırılması) gerekeceğini”³³

- “Davalı borçlunun haczedilen taşınmaz araçlarının değerleri tesbit edilerek, aciz halinin varlığı saptanmadan tasarrufun iptali davasının sonuçlandırılmayacağını”³⁴

- “İptal edilen aciz vesikasından sonra davacının, tekrar aciz vesikası olarak iptal davası açabileceğini”³⁵

- “İptâl davasının açılabilmesi için, alacaklının elinde ‘kesin’ ya da ‘geçici aciz belgesi’ bulunmasının zorunlu olduğunu, bunun ‘iptâl davasının ön şartı’ olduğu, bu hususun mahkemece doğrudan gözetileceğini”³⁶

³⁰ Bknz: 17. HD. 08.02.2012 T. 6296/1268.

³¹ Bknz: 17. HD. 19.01.2012 T. 1829/269.

³² Bknz: 17. HD. 03.05.2011 T. 10356/4249.

³³ Bknz: 17. HD. 05.05.2011 T. 3814/4847; 4. HD. 28.03.2011 T. 2023/3257; 14.03.2011 T. 717/2586; 28.02.2011 T. 3088/2012; 17. HD. 24.01.2011 T. 1723/469.

³⁴ Bknz: 17. HD. 03.02.2009 T. 4222/384; 24.01.2011 T. 12826/355; 23.12.2010 T. 4966/11442.

³⁵ Bknz: 17. HD. 20.01.2011 T. 12533/221.

- “Dosyada mevcut belgelerden borçlunun taşınmaz mallarına ve bankalarda mevduatına rastlanamaması ve borçluya ait çeşitli adreslerde yapılan hacizlerde borcunu karşılayacak taşınır malının bulunmadığının saptanması halinde, düzenlenen haciz tutanaklarının ‘geçici aciz belgesi’ hükmünde sayılacağını”³⁷

- “Davalı borçlunun haczedilen taşınmaz araçlarının değerleri tesbit edilerek, aciz halinin varlığı saptanmadan tasarrufun iptali davasının sonuçlandırılmayacağını”³⁸

- “Davalı borçlu şirketin yerleşim yerinde haciz işlemi yapıldığına ilişkin takip dosyasında veya dava dosyasında haciz tutanağının bulunmadığından, adına kayıtlı taşınmaz ve taşıtların bulunmasına karşın, borca yeter olup olmadığı belirlenmediğinden ve davacı tarafından dosyaya kati aciz belgesi ibraz edilmediğinden davalı borçlu şirket yönünden açılan davanın reddedilmesi, buna karşın; diğer borçlu hakkında aciz vesikası alınmamakla birlikte, saptanan ve bilinen adreslerinde icraca yapılan hacizlerde borçlunun haczi kabil malının bulunmadığının anlaşılması veya tespit edilen mallarının borca yeter olmadığı belirlenmiş ise bu takdirde aciz halinin gerçekleşmiş sayılacağını”³⁹

³⁶ Bknz: 15. HD. 15.01.2003 T. 6346/153; 20.02.2002 T. 642/862; 17. HD. 12.07.2007 T. 3032/2476; 19.07.2007 T. 3037/2545; 15. HD. 22.09.2004 T. 3920/4487; 03.11.2004 T. 1725/5593; 04.11.2004 T. 1832/5619; 17. HD. 12.02.2009 T. 144/590; 16.02.2009 T. 4706/657; 26.02.2009 T. 4946/913; 02.03.2009 T. 5045/976; 03.03.2009 T. 4328/1078; 09.03.2009 T. 5269/1208; 10.03.2009 T. 3793/1262; 26.03.2009 T. 5592/1752; 30.03.2009 T. 5040/1818; 30.03.2009 T. 5338/1819; 20.04.2009 T. 5457/2461; 07.05.2009 T. 2394/2905; 14.05.2009 T. 1906/3130; 11.06.2009 T. 1636/4130; 11.06.2009 T. 4444/4137; 17.09.2009 T. 5893/5525; 15.10.2009 T. 5255/6414; 19.11.2009 T. 5582/7734; 23.11.2009 T. 8206/7773; 10.12.2009 T. 6893/8204; 01.07.2010 T. 5096/6229; 15. HD. 09.12.2003 T. 6107/5900; . HGK. 14.04.2004 T. 15-182/220; 17. HD. 20.01.2011 T. 7202/215; 27.01.2011 T. 5310/430; 04.04.2011 T. 7124/3028; 25.03.2013 T. 5561/4060 (www.e-uyar.com).

³⁷ Bknz: 15. HD. 03.03.2004 T. 7118/1171; 17. HD. 03.12.2007 T. 2793/3985; 18.04.2011 T. 7154/3609; 18.04.2011 T. 7112/3608; 11.04.2011 T. 2329/3343; 11.04.2011 T. 8424/3332; 20.09.2010 T. 6455/7049; 08.07.2010 T. 4647/6639; 08.07.2010 T. 4306/6635; 05.07.2010 T. 5564/6375; 22.06.2010 T. 3675/5803.

³⁸ Bknz: 17. HD. 03.02.2009 T. 4222/384; 24.01.2011 T. 12826/355; 23.12.2010 T. 4966/11442.

³⁹ Bknz: 17. HD. 02.10.2012 T. 9350/10466.

- “Yargıtay’ca verilen bozma kararından sonra aciz vesikasının ibraz edilmesi halinde, iptal davasının görülebilme koşulu olan bu hususun tamamlandığının kabul edileceğini”⁴⁰

- “Aciz belgesi ibraz etmenin, tasarrufun iptali davalarında davanın görülebilme koşulu olduğunu, mahkemece kendiliğinden göz önünde bulundurulacağını ve bu belgenin dava açılmadan, dava açıldıktan sonra veya temyiz aşamasından hatta hükmün Yargıtay’ca onanmasından/bozulmasından sonra ya da karar düzeltme aşamasında bile sunulabileceğini”⁴¹

- “Haciz tutanağında ‘borçlunun haczi kabil malının bulunmadığının’ ya da ‘borçlunun borcu karşılayacak yeterli malının bulunmadığının’ belirtilmiş olması halinde, bu tutanağın ‘aciz vesikası’ sayılacağını (niteliğinde olacağını)”⁴²

⁴⁰ Bknz: 17. HD. 13.09.2012 T. 8083/9227.

⁴¹ Bknz: 17. HD. 12.02.2008 T. 5709/523; 15. HD. 02.05.2005 T. 7075/2686; 15. HD. 22.03.2006 T. 6110/1677; 15. HD. 16.01.2007 T. 5981/62; 17. HD. 17.03.2008 T. 357/1253; 17. HD. 18.03.2008 T. 113/1353; 15. HD. 15.06.2004 T. 2776/3342; 17. HD. 27.09.2007 T. 3309/2815; 15. HD. 29.06.2004 T. 1163/3642; 17. HD. 19.07.2007 T. 2982/2552; 17. HD. 20.05.2008 T. 1919/2695; 15. HD. 20.09.2004 T. 4272/4377; 15. HD. 23.09.2004 T. 3303/4567; 15. HD. 23.09.2004 T. 3785/4596; 15. HD. 29.09.2004 T. 2194/4744; 15. HD. 09.12.2004 T. 5440/6398; 15. HD. 03.11.2004 T. 5591/6591; 15. HD. 30.09.2002 T. 3661/4270; 17. HD. 05.02.2009 T. 4027/411; 17. HD. 09.02.2009 T. 465/4710; 17. HD. 12.02.2009 T. 4041/583; 17. HD. 05.05.2009 T. 18/2875; 17. HD. 17.09.2009 T. 5394/5517; 17. HD. 01.10.2009 T. 4961/5863; 17. HD. 01.07.2010 T. 3699/6225; 17. HD. 31.01.2011 T. 6288/599; 17. HD. 10.06.2010 T. 6946/5415; 17. HD. 23.12.2010 T. 3122/11438; 17. HD. 18.10.2010 T. 3843/8423; 17. HD. 04.10.2010 T. 3847/7702; 17. HD. 30.09.2010 T. 8378/7582; 17. HD. 23.09.2010 T. 2641/7568; 17. HD. 01.07.2010 T. 5096/6229; 17. HD. 08.06.2010 T. 2315/5299 (www.e-uyar.com).

⁴² Bknz: 17. HD. 06.03.2008 T. 4113/1082; 15. HD. 22.03.2001 T. 5103/1434; 09.04.2001 T. 5397/1803; 26.01.2005 T. 4587/258; 17. HD. 11.03.2008 T. 287/1141; 15. HD. 18.04.2007 T. 6008/2521; 17. HD. 21.01.2008 T. 5653/179; 15. HD. 07.05.2002 T. 2211/2368; 17. HD. 04.10.2007 T. 4627/2955; 08.10.2007 T. 4394/3010; 01.07.2008 T. 2898/3682; 15. HD. 15.05.2002 T. 1395/2523; 17. HD. 19.07.2007 T. 2982/2552; 18.09.2007 T. 3993/2650; 18.09.2007 T. 4041/2651; 22.10.2007 T. 4353/3158; 15. HD. 30.10.2003 T. 5707/5100; 08.04.2005 T. 1049/2145; 12. HD. 08.03.2005 T. 1659/4687; 17. HD. 31.05.2010 T. 4308/4925; 08.07.2010 T. 4306/6635; HGK. 15.05.2002 T. 15-367/403; 17. HD. 09.05.2011 T. 10595/4459; 17. HD. 23.12.2010 T. 3122/11438; 17. HD. 21.03.2013 T. 8433/3974.

- “Borçlunun mal beyanı dilekçesinde bildirdiği taşınmazlarının, borcu karşılayıp karşılamadığı, dolayısı ile borçlunun aciz halinde olup olmadığı araştırılmadan karar verilemeyeceğini”⁴³

- “Borçlunun malvarlığı üzerinde çok miktarda haciz bulunması ve borçlarını ödeyememiş olmasının, aciz halinin varlığını ve mal kaçırma niyetinin bulunduğunu göstereceğini”⁴⁴

- “İcra müdürlüğüne düzenlenmiş olan ‘geçici aciz belgesi’ başlıklı belgenin ‘yok’ hükmünde olacağı, çünkü ne İİK’nda ve ne de İİK. Yönetmeliği’nde, icra müdürlüğüne böyle bir belge düzenleme yetkisinin verilmemiş olduğunu”⁴⁵

- “İcra dairesince düzenlenmiş olan ‘geçici aciz belgesi’nin iptali için icra mahkemesine başvurulması gerekeceğini”⁴⁶

- “İcra dosyası içeriğinden (tapu idaresinden ve trafik bürosundan ve bankalardan haciz teskerelerine verilen cevaplardan), haciz tutanaklarının içeriğinden borçlunun mal beyanında belirttiği mallarının borcu karşılamaya yeterli olmadığına anlaşılması halinde, borçlunun aciz halinde olduğunun kabulü gerekeceğini”⁴⁷

- “Mahkemece verilen süre içinde aciz belgesinin ibraz edilmemesi nedeniyle, tasarrufun iptali davasının reddine karar verilmesinden sonra aciz belgesinin ibraz edilmesi halinde, red kararının bozularak yeni duruma göre karar verilmesi gerekeceğini”⁴⁸

- “Mahkeme tarafından ‘aciz belgesi’ sunması için davacıya kesin mehil verilebileceğini”^{49 50}

⁴³ Bknz: 17. HD. 17.11.2010 T. 8656/7600; 16.3.2009 T. 5106/1467.

⁴⁴ Bknz: 17. HD. 8.6.2010 T. 2315/5299; 25.5.2010 T. 2340/4686; 19.2.2009 T. 4913/801 vb.

⁴⁵ Bknz: 17. HD. 3.6.2010 T. 3874/5105; 27.1.2009 T. 2857/210; 15.1.2008 T. 22130/223 vb.

⁴⁶ Bknz: 4. HD. 29.4.2010 T. 8851/5159.

⁴⁷ Bknz: 17. HD. 22.2.2010 T. 10328/1359; 1.2.2010 T. 9625/619; 18.1.2010 T. 10416/26 vb.

⁴⁸ Bknz: 17. HD. 15.2.2010 T. 10704/1138; 9.2.2010 T. 9455/964.

⁴⁹ Bknz: 17. HD. 23.11.2009 T. 8051/7771; 14.9.2009 T. 5267/5315; 14.9.2009 T. 5267/5321.

- “Davacı tarafından ibraz edilen aciz belgesinin mahkemece iptal edilmiş olması ve haciz tutanakları ‘geçici aciz belgesi’ niteliğini taşıyamaması halinde, açılan iptal davasının reddine karar verilmesi gerekeceğini”⁵¹

- “Borçlunun ev ve işyeri adreslerinde tutulan haciz tutanaklarında ‘borçlunun bu adreslerden ayrılmış olduğu’nun belirtilmiş olması ve tapu, trafik ve bankalara yazılan müzakerelere verilen cevaplardan ‘borçlunun, borcuna yetecek malvarlığının bulunmadığı’nın anlaşılması halinde, düzenlenen tutanakların ‘geçici aciz belgesi’ niteliğinde sayılacağını”⁵²

- “İcra mahkemesinin kararı ile iptâl edilmiş olan kesin aciz vesikasına dayanılarak tasarrufun iptâli davası açılmayacağını”⁵³

- “İcra müdürlüğünce verilen (düzenlenen) aciz belgesinin, şikayet yoluyla icra mahkemesince iptâl edilmedikçe geçerliliğini koruyacağını ve tasarrufun iptâli davasına bakan mahkemece -gerek doğrudan doğruya ve gerekse davalının savunması doğrultusunda- aciz belgesinin geçerliliğinin tartışılmayacağını (araştırılmayacağını)”⁵⁴

√ “Davacı tarafından ‘kesin aciz vesikası’ sunulmamış olan durumlarda, borçlunun aciz halinde olup olmadığı araştırılarak, aciz halinde olduğu saptanmadan yargılamaya devam edilemeyeceğini”⁵⁵

√ “Tasarrufun iptali davalarında, her icra takibi için ayrı ayrı aciz vesikası ibraz edilmesi gerekeceğini”⁵⁶

√ “Borçlunun kendisine ait taşınmaz ile, borçluya intikal edecek taşınmazlar üzerinde bulunan hacizler nedeniyle davacının alacağını tahsil edemeyeceğinin -dosyadaki kıymet takdiri raporu ile mal beyanı ve haciz

⁵⁰ Karş: 17. HD. 12.5.2009 T. 2884/3093.

⁵¹ Bknz: 17. HD. 30.6.2009 T. 3330/4749.

⁵² Bknz: 17. HD. 15.6.2009 T. 2624/4232; 13.11.2008 T. 1952/5312; 11.11.2008 T. 2356/5234 vb.

⁵³ Bknz: 17. HD. 14.9.2009 T. 5047/5320; 15. HD. 15.3.2004 T. 688/1433; 23.9.2003 T. 2993/4247.

⁵⁴ Bknz: 17. HD. 26.5.2009 T. 2858/3627; 23.3.2009 T. 5823/1628; 3.3.2009 T. 6031/1085 vb.

⁵⁵ Bknz: 17. HD. 18.5.2009 T. 384/3232.

⁵⁶ Bknz: 17. HD. 10.3.2009 T. 3739/1268.

tutanaklarından- anlaşılması halinde, borçlunun aciz halinde olduğunun kabulü gerekeceğini”⁵⁷

√ “Borçlunun halen oturduğu ve dava dilekçesinin tebliğ edildiği adresinde herhangi bir haciz işlemi yapılmadan, daha önce boşalttığı adresinde düzenlenen haciz tutanağının, İİK. 105’de ifade edilen ‘geçici aciz belgesi’ niteliğinde sayılamayacağını”⁵⁸

√ “Davacı-alacaklı tarafından dosyaya ‘kesin aciz belgesi’ sunulmamış olmasına rağmen, borçlunun tesbit edilen tüm adreslerinde yapılan haciz işlemlerinde tutulan haciz tutanaklarında ‘borçlunun, borcuna yetecek haczi kabil malının bulunmadığı’nın belirlenmiş olması halinde, haciz tutanaklarının İİK’nun 105. maddesinde öngörülen ‘geçici aciz belgesi’ yerine geçeceğini”⁵⁹

√ “Borçlunun mevcut malvarlığı, karşısında aciz halinde olup olmadığı, dosyada mevcut haciz tutanaklarının geçici aciz belgesi niteliğinde kabul edilip edilmeyeceği tartışılmadan açılan tasarrufun iptali davasının görülemeyeceğini”⁶⁰

√ “Fiili haciz yapılmadan ve aciz belgesi sunulmadan açılan tasarrufun iptali davasının reddedileceğini; aciz belgesinin, karar kesinleşinceye kadar her zaman mahkemeye sunulabileceğini”⁶¹

√ “İptâl davasında, davacının aciz belgesi sunamaması halinde mahkemece ‘...dava şartı yerine getirilmemiş olması nedeni ile, açılan davanın reddine...’ şeklinde karar verilmesi gerekeceğini”⁶²

√ “Borçlunun haciz konulan traktör, motosiklet ve hisselerinin değerinin, davacının alacak miktarı karşılayacak durumda bulunmaması ve borçlunun evinde yapılan menkul haczi sırasında tutulan tutanağının, İİK’nun 105. maddesinde öngörülen “aciz vesikası” niteliğinde bulunması halinde, açılan tasarrufun iptali davasının dinlenmesi gerekeceğini”⁶³

⁵⁷ Bknz: 17. HD. 9.3.2009 T: 5232/1205.

⁵⁸ Bknz: 17. HD. 5.3.2009 T. 5019/1112.

⁵⁹ Bknz: 17. HD. 5.3.2009 T. 5319/1108.

⁶⁰ Bknz: 17. HD. 3.3.2009 T. 4328/1078.

⁶¹ Bknz: 17. HD. 23.2.2009 T. 3537/830.

⁶² Bknz: 17. HD. 19.2.2009 T. 713/804; 9.2.2009 T: 4454/462; 8.7.2008 T. 848/3817 vb.

⁶³ Bknz: 17. HD. 5.2.2009 T. 3871/421.

√ “Davalı borçlunun haczedilen taşınmaz ve araçlarının değerleri tespit edilerek, aciz halinin varlığı saptanmadan tasarrufun iptali davasının sonuçlandırılmayacağını”⁶⁴

√ “Aciz halinde bulunmayan borçlu hakkında tasarrufun iptali davası açılmayacağını”⁶⁵

√ “‘Geçici aciz vesikası’na (İİK. 105/II) dayanılarak ‘açılan tasarrufun iptali davasının zamanaşımını kesmeyeceğini’”⁶⁶

√ “İptâl davasından önce veya iptâl davası sırasında davacı ‘aciz vesikası’ ibraz etmemiş dahi olsa, borçlunun malvarlığı olarak bildirdiği taşınmazların üzerinde pek çok sayıda haciz bulunduğu ve bir kısmının ipotekli olması, alacaklının sırasının ise arkalarda bulunuyor olması halinde, borçlunun aciz halinde olduğunun kabul edilerek, açılan iptâl davasına bakılması gerekeceğini”⁶⁷

√ “Haciz sırasında, borçlunun ödeme taahhüdünde bulunması üzerine, alacaklı vekilinin haciz yapılmasını istememesi halinde, bu durumu belgeleyen haciz tutanağının ‘aciz belgesi’ niteliğini taşımayacağını”⁶⁸

√ “Borçluya mirasbırakanından kalan taşınmazlardaki hisselerinin değerleri bilirkişi marifetiyle tesbit ettirildikten sonra, borçlunun borcunun karşılanıp karşılanmadığı dolayısı ile aciz halinin gerçekleşip gerçekleşmediği araştırılarak, sonucuna göre karar verilmesi gerekeceğini”⁶⁹

√ “Mahkeme dosyasına sunulmuş olan ‘haciz tutanağı’nın, İİK’ nun 105/II. maddesinde belirtilen ‘geçici aciz belgesi’ niteliğinde bulunmaması halinde, davacı alacaklıya ‘aciz belgesi’ ibraz etmesi için süre verilmesi gerekeceğini”⁷⁰

√ “Üzerine alacaklı tarafından haciz konulan borçluya ait çeşitli taşınmaz ve araçlardaki hisselerin değerleri tesbit edilmeden (dolayısı ile

⁶⁴ Bknz: 17. HD. 3.2.2009 T. 4222/384.

⁶⁵ Bknz: 17. HD. 27.1.2009 T. 4568/216.

⁶⁶ Bknz: 12. HD. 2.12.2008 T. 18203/21511.

⁶⁷ Bknz: 17. HD. 27.10.2008 T. 4002/4853.

⁶⁸ Bknz: 17. HD. 31.3.2008 T. 192/1594.

⁶⁹ Bknz: 17. HD. 17.3.2008 T. 259/1251; 1.10.2007 T. 3597/2889.

⁷⁰ Bknz: 17. HD. 29.1.2008 T. 5423/366.

borçlunun aciz halinde bulunup bulunmadığı saptanmadan) icra dairesince düzenlenen ‘haciz tutanağı’nın ‘aciz belgesi’ niteliğinde kabul edilemeyeceğini”⁷¹

√ “Dava konusu tasarrufun İİK. 277 ya da TBK 19’a göre terditli (kademeli) olarak iptâlinin istenmiş ve mahkemece HMK. 33 uyarınca davanın İİK. 277 vd. göre açılmış iptâl davası olarak algılanmış olması halinde, ‘aciz vesikası bulunmamış olması nedeniyle davanın reddine’ dair verilen kararda isabetsizlik bulunmadığını”⁷²

√ “Takipte taraf olmayan üçüncü kişilerin, borçlu hakkında düzenlenen aciz vesikasının şikayet yolu ile iptâlini isteyemeyeceğini”⁷³

√ “‘Aciz hali’nin gerçekleşmesi, tasarrufun iptâli davasının ‘dava şartı’ olduğundan, mahkemece davacı-alacaklıya, ‘kesin aciz vesikası’ ya da ‘geçici aciz vesikası yerine geçecek haciz tutanağı’ ibraz etmesi için mehil verilerek, sonucuna göre hüküm kurulması gerekeceğini”⁷⁴

√ “‘Aciz vesikası’ olarak kabul edilemeyecek bilirkişi raporuna dayanılarak, borçlunun aciz halinde olduğunun kabul edilemeyeceğini”⁷⁵

√ “‘Haciz işlemi yapıldığı’ yazılı olmayan haciz tutanaklarının, İİK. 105 anlamında ‘geçici aciz belgesi’ niteliğini taşımayacağını”⁷⁶

√ “Tasarrufun iptâli davasının dinlenebilmesi için, ‘borçlu hakkında alınmış kesin bir aciz vesikasının bulunması’ veya ‘yapılan haciz işleminin İİK. 105 anlamında geçici aciz belgesi niteliğinde olması’ ya da ‘tasarrufun iptâli davasının İİK. 245 uyarınca iflas idaresi’ yahut ‘İİK. 255/III uyarınca kendilerine yetki verilen alacaklılar’ tarafından açılmış olması gerekeceğini”⁷⁷

⁷¹ Bknz: 17. HD. 23.05.2011 T. 10061/5139; 23.12.2010 T. 4727/11441; 01.07.2010 T. 3699/6225; 24.1.2008 T. 150/273; 22.10.2007 T. 4316/3156.

⁷² Bknz: 17. HD. 8.10.2007 T. 4359/3009.

⁷³ Bknz: 12. HD. 26.12.2006 T. 21812/24763.

⁷⁴ Bknz: 15. HD. 8.3.2005 T. 7623/1299; 10.11.2004 T. 1756/5785; 21.10.2004 T. 3131/5291 vb.

⁷⁵ Bknz: 19. HD. 30.9.2004 T. 5030/4768.

⁷⁶ Bknz: 15. HD. 12.5.2004 T. 6913/2676.

⁷⁷ Bknz: 15. HD. 10.5.2004 T. 1892/2621; 1.10.2001 T. 3971/4209, 16.4.2001 T. 1400/1954 vb.

√ “Dosyada mevcut belgelerden borçlunun taşınmaz mallarına ve bankalarda mevduatına rastlanamaması ve borçluya ait çeşitli adreslerinde yapılan hacizlerde borcunu karşılayacak taşınır malının bulunmadığının saptanması halinde düzenlenen haciz tutanaklarının ‘geçici aciz belgesi’ hükmünde sayılacağını”⁷⁸

√ “‘Geçici aciz vesikası’ndan bahsedebilmek için, borçlu hakkında yapılan haciz işlemi sonunda, borçlunun borcunu karşılayacak -haczedilenler dışında- malı bulunmadığının haciz tutanağında belirtilmiş olması gerekeceğini; ‘kesin aciz vesikası’nda ise; alacağının tamamını -yapılan satış sonucunda- alamamış olan bir alacaklının bulunması gerekeceğini”⁷⁹

√ “Sadece borçlunun maaşının haczi için çalıştığı kuruma yazı yazılmakla yetinilmiş ve haciz için başka bir işlem yapılmamış olması halinde, borçlunun ‘aciz halinde olduğu’nun kabul edilemeyeceğini”⁸⁰

√ “Borçlunun mevcut olduğu anlaşılan taşınmazlarına kıymet takdiri yapıp satışa çıkarılmadan ve borcu karşılayıp karşılamadığı anlaşılmadan, düzenlenen haciz tutanağında, ‘borçlunun haczi kâbil taşınır malının bulunmadığı’nun belirtilmiş olmasının, borçlunun aciz halinde bulunduğunu göstermeyeceğini”⁸¹

√ “Diğer borçluların aciz halinin gerçekleşmemiş olmasının, tasarrufun iptâli davasının davalısı olan borçlu lehine dikkate alınabilecek bir husus olmadığını”⁸²

√ “Yapılmış olan hacze itiraz edilmesi üzerine haczin icra mahkemesince iptâl edilmiş olması halinde, ‘geçici aciz belgesi’nin varlığından söz edilemeyeceğini (ve açılan tasarrufun iptâli davasının görülemeyeceğini)”⁸³

√ “Davalı-borçlu limited şirket adına kayıtlı araçlara, icraca kıymet takdiri yapılarak, haczedilen diğer taşınır mallarla birlikte değerlendirilerek, takip konusu olacak ve eklentilerini karşılayıp karşılamayacağını ve

⁷⁸ Bknz: 17. HD. 3.12.2007 T. 2793/3985; 15. HD. 3.3.2004 T. 7118/1171.

⁷⁹ Bknz: 15. HD. 20.1.2004 T. 6317/223.

⁸⁰ Bknz: 15. HD. 11.6.2003 T. 2290/3145.

⁸¹ Bknz: 15. HD. 5.6.2003 T. 202/3020; 15.5.2003 T. 1368/2608; 11.2.2002 T. 348/631 vb.

⁸² Bknz: 15. HD. 6.11.2002 T. 3313/4951.

⁸³ Bknz: 15. HD. 23.10.2002 T. 3008/4797.

davalı borçlunun aciz halinin gerçekleşip gerçekleşmediği kesin olarak saptanmadan iptâl davasının görülemeyeceğini”⁸⁴

√ “İcra mahkemesince, borçluya, babasının vefatı üzerine kendisine intikal eden taşınmaz hakkında ortaklığın giderilmesi davası açabilmesi için yetki verildiğinin anlaşılması üzerine, ‘ortaklığın giderilmesi davası sonucu, borçluya intikal eden taşınmazın alacağı karşılıyıp karşılamayacağı, dolayısıyla borçlunun aciz halinin gerçekleşip gerçekleşmediği’nin araştırılması gerekeceğini”⁸⁵

√ “Borçlunun haczedilen mallarının borcunu karşılamaması halinde, mal beyanında ‘taşınır/taşınmaz hiçbir mal bulunmadığını’ belirtmiş olan borçlunun bu beyanı karşısında, haciz tutanağının ‘geçici aciz belgesi’ niteliğini taşıyacağını”⁸⁶

√ “İcra müdürlüğünce ‘borçluya geçici aciz belgesi verilmesine’ dair kararın, takibe taraf olmayan üçüncü kişi tarafından şikayet konusu yapılamayacağını”⁸⁷

√ “Borçlunun ‘hiç malı bulunmadığına’ dair icra memurluğuna yaptığı mal beyanının ‘aciz belgesi’ niteliğinde sayılamayacağını”⁸⁸

√ “Tasarrufun iptâli’ne karar verilebilmesi için, borçlunun aciz halinde olması, başka bir anlatımla ‘haczedilenler dışında borcu karşılayacak başka malının bulunmaması’ gerekeceğini”⁸⁹

√ “Davacı alacaklının kendi alacağı (takip dosyası) ile ilgili olarak aciz belgesi almadan, başka alacaklının (veya aynı alacaklının başka bir dosyasından) aldığı aciz belgesine dayanarak, iptâl davası açamayacağını”⁹⁰

⁸⁴ Bknz: 15. HD. 17.6.2002 T. 2241/3270.

⁸⁵ Bknz: 15. HD. 11.6.2002 T. 2362/3173.

⁸⁶ Bknz: 15. HD. 15.5.2002 T. 1395/2523; 18.4.2000 T. 1539/1882 vb.

⁸⁷ Bknz: 12. HD. 7.3.2002 T. 3364/4613.

⁸⁸ Bknz: 15. HD. 26.3.2001 T. 4982/1465; 7.4.1997 T. 780/1898; 13. HD. 18.5.1974 T. 1298/121.

⁸⁹ Bknz: 15. HD. 5.10.1999 T. 3250/3480.

⁹⁰ Bknz: 15. HD. 23.11.1998 T. 4281/4368; 20.4.1995 T. 1917/2378; 23.3.1994 T. 6/1772; 11.3.1992 T. 673/1216 vb.

√ “ İİK. 105. uyarınca icra müdürlüğünce düzenlenmiş olan haciz tutanağı'nın ‘geçici aciz belgesi’ sayılıp sayılmayacağını mahkemeye değerlendireceğini”⁹¹

√ “İptâl davasına dayanak teşkil eden takip dosyasındaki ödeme emrinin iptâline karar verilmiş olması halinde, davacı-alacaklının ibraz ettiği aciz belgesinin geçersiz hale geleceğini”⁹²

√ “‘Alacaklı tarafından bildirilen adresin, borçluya ait olmaması nedeniyle haciz yapılamadığını’ belirten tutanağın ‘geçici aciz belgesi’ niteliğinde kabul edilemeyeceğini”⁹³

√ “Kollektif şirket hakkında alınan aciz belgesinin, alacaklıya, kollektif şirket ortakları hakkında iptâl davası açma hakkı vermeyeceğini”⁹⁴ belirtmiştir.

II- Burada, alacaklıya ‘iptâl davası’ açma hakkı veren ‘haciz tutanağı’ “kesin haciz”e ilişkin olan haciz tutanağıdır. Bu nedenle;

aaa- Geçici haciz⁹⁵ **tutanağı** (İİK. mad. 69/I), “geçici aciz belgesi” yerine geçmez.

bbb- İhtiyati haciz tutanağı, borçlunun hiçbir malının bulunmadığını tesbit etse dahi, *ihtiyati haciz, kesin hacze dönüşmedikçe*, bu tutanağa dayanılarak iptâl davası açılmaz^{96 97}.

Yüksek mahkeme⁹⁸ “borçlunun adresini gizlemesi (bildirmemesi) nedeniyle ihtiyati hacizin kesin hacze dönüşmemiş olması halinde, açılmış

⁹¹ Bknz: 15. HD. 2.10.1995 T. 2300/5157.

⁹² Bknz: 15. HD. 28.4.1993 T. 2187/2016.

⁹³ Bknz: 15. HD. 18.2.1993 T. 535/696.

⁹⁴ Bknz: 13. HD. 16.4.1981 T. 1228/2844.

⁹⁵ Ayrıntılı bilgi için bknz: **Uyar, T./Uyar, A./Uyar, C.:** a.g.e., C:1, s. 1222; **Uyar, T.:** a.g. şerh, C:4, 4. Baskı, s. 5895; **Uyar, T.:** İcra Hukukunda Haciz, 2. Baskı, s. 6 vd.

⁹⁶ Bknz: 15. HD. 11.5.2004 T. 1641/2645; 24.5.2001 T. 2361/2799; 22.11.2000 T. 4738/5136 vb.

⁹⁷ **Karayazgan, G./Varol, B.:** Tatbiki İcra ve İflâs Hukuku ve En Son İçtihatlar, s. 137; **Cimcoz, S.:** İcra-İflâs Hukukunda İptâl Davasının İhtilafı ve Aksayan Yönleri Üzerine Düşünceler (Yargı Dergisi, 1977/Mayıs, s. 15 vd.).

⁹⁸ Bknz: 15. HD. 5.10.2000 T. 2072/4269.

olan tasarrufun iptâli davasının hemen reddedilmeyerek, ihtiyati haczi, icrai (kesin) hacze çevirmesi için alacaklıya süre verilmesi gerekeceğini” belirtmiştir...

ccc- “Rehin açığı belgesi”ne⁹⁹ (İİK. 152) dayanılarak da iptâl davası açılmaz^{100 101}.

Uygulamadaki önemi nedeniyle şu hususu da belirtelim ki, iptâl davasına bakan mahkemede, “aciz belgesinin yetersizliği ve geçersizliği” davalı tarafından tartışma konusu yapılamaz^{102 103}. **Doktrinde**¹⁰⁴ “aciz belgesi düzenlenmesi (İİK. mad. 143) veya aciz belgesi niteliğindeki haciz tutanağının düzenlenmesi (İİK. mad. 105) icra dairesinin bir işlemi olduğundan, ‘aciz belgesinin geçersiz olduğu’ ancak şikayet yolu ile (İİK. mad. 16) icra mahkemesinde ileri sürülebilir ve aciz belgesinin iptali talep edilebilir (iptal davasına bakan mahkeme aciz belgesinin geçersiz olduğuna ilişkin iddiayı inceleme görevine sahip değildir)” denilmiş olmasına rağmen, uygulamada daha çok icra müdürlüğünce düzenlenen “kesin aciz belgeleri” (İİK. mad. 143) iptal davasına bakan mahkemelerde tartışılmamakta, fakat mahkemeye “geçici aciz belgesi” (İİK. mad. 105/II) yerine geçmek üzere sunulan haciz tutanakları’nın “gerçekten ‘geçici aciz belgesi’ niteliğinde olup olmadığı” mahkemelerce (ve Yargıtay’ca) tartışılmaktadır¹⁰⁵.

⁹⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz: Uyar, T./Uyar, A./Uyar, C.: a.g.e., C:2, s. 2892 vd.; Uyar, T.: a.g. şerh. C:8, s. 12612; Uyar, T.: İcra Hukukunda Rehnin Paraya Çevrilmesi, 2. Baskı, s. 466 vd.

¹⁰⁰ Bknz: 17. HD. 10.2.2011 T. 12344/1006; 15. HD. 24.10.2001 T. 2598/4758; HGK. 1.12.1999 T. 15-986/997; 15. HD. 3.11.1997 T. 4061/4665.

¹⁰¹ Karayazgan, G./Varol, B.: a.g.e., s. 137; Cimcoz, S.: a.g.m., s. 15.

¹⁰² Kostakoğlu, C.: Takip Hukukunda İptâl Davaları (Ad. D. 1989/6, s. 16 - YD. 1989/8, s. 1044 vd.).

¹⁰³ Bknz: HGK. 2.3.2005 T. 15-100/119; 15. HD. 9.12.2005 T. 5440/6398; 13.9.2000 T. 3147/3774 vb.

¹⁰⁴ Kuru, B.: a.g.e., s. 1416; Öztekin, S.: a.g.e., s. 76; Öztekin, S.: İptâl Davası Açma Hakkı İle Bağlantılı Olarak Hacizdeki Borç Ödemeden Aciz Vesikası ve Uygulamada Ortaya Çıkan Bazı Sorunlar (Bankacılar Dergisi, S. 1998/27, s. 92; Muşul, T.: Tasarrufun İptali Davasında Dava Şartı Olarak Aciz Vesikası, Sorunlar, Yargıtay Kararları ve Düşüncelerimiz (Legal Huk. Der. Ekim/2014, s. 2833).

¹⁰⁵ Bknz: 17. HD. 22.10.2007 T. 4316/3156 - 17. HD. 1.7.2008 T. 2898/3682; 11.3.2008 T. 287/1141; 6.3.2008 T. 4113/1082; 22.10.2007 T. 4353/3158; 4.10.2007 T. 4627/2955;

Ancak, bu belgenin iptâli için şikayet yoluna (icra mahkemesine) başvurulmuşsa, iptâl davasına bakan mahkemece, şikayetin sonuçlanması “*bekletici sorun*” yapılı¹⁰⁶.

İptâl davası açabilmesi için, alacaklının “*aciz belgesi*”ne sahip olması niçin istenmektedir? İptâl davası, alacaklının alacağını, kısmen ya da tamamen borçlunun malvarlığından -onun, alacaklılarına zarar vermek amacı ile mallarını kaçırmış olması nedeniyle- sağlayamadığı durumlarda açılabilen bir dava olduğundan, alacaklı “borçlusunun aciz halinde olduğunu” ancak aciz belgesi ile kanıtlayabildiğinden, iptâl davası açan alacaklının, icra müdürlüğünden alacağı “aciz belgesi”ni “İİK. mad. 143, 105/I” (ya da; geçici aciz belgesi hükmündeki “haciz tutanağını” “İİK. mad. 105/II”) mahkemeye -ileride belirteceğimiz gibi; “dava dilekçesi” ile birlikte ya da yargılama sona erinceye kadar- sunması gerekir...

III- Davacının “*aciz belgesi*”ne sahip olması, iptâl davasının “*dinlenme koşulu*” (dava şartı) dur^{107 108}. Bu nedenle, davacının, dava dilekçesine “aciz belgesi”ni de eklemesi uygun olur¹⁰⁹. Mahkemenin, *kendiliğinden*, davanın açıldığı tarihte bu dava koşulunun gerçekleşmiş olup olmadığını kendiliğinden araştırması gerekir^{110 111}. Burada karşımıza şöyle bir sorun

8.10.2007 T. 4394/3010 vb. - 15. HD. 23.3.2006 T. 6110/1677; 6.2.2006 T. 2375/479; 14.6.2005 T. 1068/3563 vb. - HGK. 2.3.2005 T. 15-100/119; 15. HD. 9.12.2005 T. 5440/6398; 13.9.2000 T. 3147/3774 vb.- 15. HD. 12.5.2004 T. 6913/2676.

¹⁰⁶ Bknz: 15. HD. 7.5.1992 T. 2135/2460; 4.3.1992 T. 869/1042.

¹⁰⁷ **Kuru, B.:** İcra ve İflas Hukuku, C:4, s. 3494 vd.; **Kuru, B.:** a.g.e., s. 1212; **Pekcanitez, H./Altay, O./Özkan, M. S./Özkes, M.:** İcra ve İflas Hukuku, 6. Bası, s. 683; **Umar, B.:** İptâl Davaları, s. 36; **Gürdoğan, B.:** İflas Hukuku, s. 238; **Kostakoğlu, C.:** a.g.m. (Ad. D. 1989/6, s. 14 - Yasa D. 1989/8, s. 1043; **Üstündağ, S.:** İflas Hukuku, s. 240, dipn. 2; **Muşul, T.:** a.g.e., s. 1169 vd.

¹⁰⁸ Bknz: 17. HD. 19.7.2007 T. 3037/2545; 12.7.2007 T. 3032/2476; 4.11.2004 T. 1832/5619 vb.

¹⁰⁹ **Akyazan, S.:** Borç Ödemeden Aciz Vesikası (Ansay Armağanı, s. 320).

¹¹⁰ **Umar, B.:** a.g.e., s. 36; **Kuru, B.:** a.g.e., C:4, s. 3494; **Kuru, B.:** El Kitabı, s. 1212; **Gürdoğan, B.:** a.g.e., s. 238; **Sarısozen, İ.:** İcra ve İflas Hukukuna Göre İptâl Davasında Yargılama Usulü (ABD. 1977/2, s. 284); **Güneren, A.:** İcra ve İflas Hukukunda İstihkak Davaları ile Tasarruf İptâl Davaları, s. 1078.

¹¹¹ Bknz: 17. HD. 01.04.2013 T. 9664/4520; 19.03.2013 T. 5119/3664; 21.03.2013 T. 8057/3971; 14.03.2013 T. 5569/3301; 19.7.2007 T. 3037/2545; 12.7.2007 T. 3032/2476; 4.11.2004 T. 1832/5619 vb.

çıkabilir: Davacı -alacaklı, mahkemece, dava henüz “aciz belgesinin dava açılmadan önce alınmamış olması” nedeniyle red edilmeden, bir “aciz belgesi” alır ve bunu mahkemeye sunarsa ne şekilde karar verilecektir? **Doktrinde** ileri sürülen -bizim de katıldığımız- **görüŖe göre**¹¹², *bu durumda başlangıçtaki “dava koşulu” noksanlığı ortadan kalkmış olacağından mahkemenin artık davaya bakması gerekir, çünkü hüküm sırasında “dava koşulu” tamamdır.* Başka bir deyiŖle, dava koşulları, dava açılmasından, hükmün verilmesine kadar var olmalıdır. Davanın dışında, bir dava koşulunun noksan olduğu tesbit edilirse dava esasa girmeden (usulden) red edilir. Fakat, bu ihmal edilmiş olup da, bu dava koşulunun noksan olmasına rağmen, esasa girilmiş ve dava sırasında, o dava koşulu noksanlığı ortadan kalkmış (giderilmiş) ise, hüküm anında, bütün dava koşulları tamam olduğundan, davanın esas hakkında karar verilir. Yani, dava “dava koşullarının başlangıçta noksan olduğu” gerekçesiyle usulden red edilmez. İptâl davası, borç ödemedenden aciz belgesi alınmadan önce açılırsa, dava koşulu noksandır. Fakat, davacı-alacaklı, iptâl davasından sonra aldığı aciz belgesini mahkemeye verirse, bununla dava koşulu tamamlanmış olacağından, mahkemenin davaya bakması gerekir.

Diğer bir görüşe göre¹¹³ ise; *dava koşullarının, davanın açıldığı tarihte var olması gerekir. Dava tarihinde, davacı aciz belgesi almamışsa, açtığı iptâl davası red edilmelidir.*

Davacı-alacaklının mahkemeye sunacağı “aciz belgesi”nin, davanın açıldığı tarihte “borçlunun aciz halinde olduğunu” ortaya koyması gerekir¹¹⁴. Eğer, mahkemeye sunulan “aciz belgesi” borçlunun, davanın açılma-

¹¹² **Kuru**, B.: a.g.e., C:4, s. 3496; **Kuru**, B.: El Kitabı, s. 1413; **Kostakoğlu**, C.: a.g.m. (Ad. D. 1989/6, s. 14 - Yasa D. 1989/8, s. 1043); **ŖimŖek**, E.: Uygulamalı İcra ve İflas Kanunu, s. 851; **KarataŖ**, İ./**Ertekin**, E.: Tasarrufun İptâli Davaları, s. 55 vd.; **Öztek**, S.: a.g.e., s. 68, dipn. 51 civarı; **Yıldırım** K.: İcra ve İflas Hukukunda İptâl Davaları, s. 252; **Öztek**, S.: a.g.m., s. 89.

¹¹³ **Umar**, B.: a.g.e., s. 37; **Berkin**, N.: İflas Hukuku, s. 498; **Olgaç**, S.: Yargıtay İçtihatları IŖığı Altında İcra ve İflas Hukukunda İptâl Davaları (Dr. A. Seçkin’e Armağan, 1974, s. 459).

¹¹⁴ **Kostakoğlu**, C.: a.g.m., s. 14 vd.; **Öztek**, S.: a.g.e., s. 71; **MuŖul**, T.: Tasarrufun İptâli Davasında Dava Ŗartı Olarak Aciz Vesikası, Sorunlar, Yargıtay Kararları ve Düşünceleriniz (Legal Huk. D. Ekim/2004, s. 2827 vd.).

¹¹⁵ Aynı doğrultuda: 13.HD. 24.6.1982 T. 1699/4690; 15. HD. 22.10.1984 T. 1407/3166 - 15. HD. 21.9.1989 T. 2097/3737.

sından sonraki tarihte aciz halinde bulunduğunu” belirtiyorsa, bu durumda davanın “esasa girilmeden” (usulden) red edilmesi gerekir. Ancak uygulamada -yüksek mahkemenin son (yeni) içtihatlarında- bu kurala titizlikle uyulduğu söylenemez¹¹⁶.

Yüksek mahkeme önceleri (iptâl davalarına ilişkin kararları temyizen incelediği dönemde, kimi kararlarında; **Yargıtay 13. Hukuk Dairesi**^{117 118} (ve **Hukuk Genel Kurulu**^{119 120}) ikinci görüşü benimsemişken, yakın zamana kadar iptâl davalarına ilişkin kararları temyizen inceleyen **Yargıtay 15. Hukuk Dairesi**¹²¹ ve bugün bu kararları temyizen inceleyen **Yargıtay 17. Hukuk Dairesi** bu görüşten ayrılarak, “*aciz belgesinin dava açılmadan önce alınmış olmasının zorunlu olmadığını, davadan önce veya davadan sonra*¹²² *başlamış bir icra takibine dayalı olarak, davadan sonra da düzenlenmiş olabileceğini (ve duruşmanın bitmesine kadar, hatta Yargıtay incelemesi aşamasında veya Yargıtay bozmasından sonraki duruşmalarda da mahkemeye ibraz edilebileceğini)*”¹²³ belirtmiştir...

IV- Buraya kadar ayrıntılı olarak açıklandığı gibi, mahkemeye aciz belgesi sunmak, iptâl davalarının dinlenebilmesi için bir *ön şart* ise de, bu zorunluluk eğer özel bir kanun hükmü ile kaldırılmış ise, o zaman kendisine bu olanak tanınan alacaklılar, “aciz belgesi” ibraz etmeden, iptâl davası

¹¹⁶ Bknz: 17. HD. 8.7.2008 T. 848/3817; 11.6.2007 T. 2003/2018; 15. HD. 11.7.2006 T. 2937/4343; HGK. 14.4.2004 T. 15-182/220 vb.

¹¹⁷ Bknz: 13. HD. 24.6.1982 T. 1699/4690.

¹¹⁸ Karş: 13. HD. 1.6.1981 T. 2245/4164 - 27.9.2979 T. 4000/4691 - 23.11.1978 T. 3850/4936).

¹¹⁹ Bknz: HGK. 13.3.1976 T. E:1974/12-201, K:1064.

¹²⁰ Karş: HGK. 18.1.1967 T. E:1966/İc. İf-684, K:13.

¹²¹ Bknz: 15. HD.16.1.2007 T. 3981/62; 22.3.2006 T. 6110/1677; 2.5.2005 T. 7075/2686; 9.12.2004 T. 5440/6398; 3.11.2004 T. 5591/6591 vb.

¹²² Bknz: 17. HD. 11.03.2013 T. 5718/3199.

¹²³ Bknz: 17. HD. 19.03.2013 T. 5119/3664; 14.03.2013 T. 5569/3301; 21.03.2013 T. 12347/3975; 14.03.2013 T. 5988/3307; 18.04.2012 T. 12788/4874; 19.01.2012 T. 1829/269; 31.01.2011 T. 6288/599; 23.12.2010 T. 3122/11438; 18.10.2010 T. 3843/8423; 04.10.2010 T. 3847/7702; 30.09.2010 T. 8378/7582; 23.09.2010 T. 2641/7568; 01.07.2010 T. 5069/6229; 08.06.2010 T. 2315/5299; 20.5.2008 T. 1919/2695; 18.3.2008 T. 113/1353; 17.3.2008 T. 357/1253; 27.9.2007 T. 3309/2815; 19.7.2007 T. 2982/2552.

açabilirler. Örneğin; **5411 sayılı Bankacılık Kanunu** uyarınca; TMSF tarafından¹²⁴ Fon (kamu) Bankaları tarafından¹²⁵ Fon'a devredilen Bankalar tarafından¹²⁶, RTC Varlık Yönetim A.Ş. tarafından¹²⁷, sermayesinin yarısından fazlası kamu kurum ve kuruluşlarına ait olan ya da hisselerinin çoğunluğu üzerinde bu kurum ve kuruluşların idare ve temsil yetkisi bulunan bankalar tarafından¹²⁸ Türkiye Vakıflar Bankası A.O. tarafından¹²⁹, açılan iptâl davalarında “*aciz belgesi*” aranmaz...

Ayrıca; muvazaa nedenine dayalı olarak açılan tasarrufun iptâli davaları hakkında verilen kararları yakın zamana kadar temyizen incelemiş olan **Yargıtay 4. Hukuk Dairesi**¹³⁰ ile bugün tüm «tasarrufun iptali davaları»na ilişkin kararları incelemekte olan **Yargıtay 17. Hukuk Dairesi**¹³¹ de, bugüne kadar hiç sapma göstermeden oluşturduğu içtihatlarında”davacı-alacaklı tarafından açılmış veya açılacak alacak (tazminat) davasını sonuçsuz (karşılıksız) bırakmak amacı ile kötü niyetli borçlu davalı ile diğer davalı üçüncü kişi arasında yapılmış olan danışıklı (muvazaalı) mal kaçırmaya yönelik hukuki işlemlerin (tasarrufların) iptâli için de -TBK. 19'a dayalı olarak- iptâl davası açılabilceğini, bu davanın dinlenebilmesi için, davacı-alacaklının ayrıca ‘aciz belgesi’ ibraz etmesine gerek bulunmadığını”, “davacı-alacaklı tarafından ‘kendisine borçlu olan davalı ile diğer davalı üçüncü kişi arasındaki işlemin, danışıklı (muvazaalı) olduğu, kendisini alacağından yoksun bırakmak amacıyla yapılmış olduğu’ ileri sürülerek TBK. 19 dayanılarak iptâl davası açılabilceğini, bu davanın dinlenebilmesi için, davacı-alacaklının ayrıca ‘aciz belgesi’ne dayanmak zorunda olmadığını” belirtmiştir...

¹²⁴ Bknz: 17. HD. 30.10.2007 T. 4626/3300; 19.7.2007 T. 1079/2553; 15. HD. 5.7.2006 T. 2840/4211 vb.

¹²⁵ Bknz: 17. HD. 28.11.2008 T. 2743/5604; 30.10.2008 T. 1887/4838; 24.6.2008 T. 1053/3480 vb.

¹²⁶ Bknz: 15. HD. 17.4.2006 T. 7979/2249.

¹²⁷ Bknz: 17. HD. 19.2.2009 T: 277/806; 19.11.2008 T. 2339/5386.

¹²⁸ Bknz: 17. HD. 3.3.2008 T. 5058/995.

¹²⁹ Bknz: 17. HD. 09.05.2011 T. 9914/4455; 3.2.2009 T. 4842/389.

¹³⁰ Bknz: 4. HD. 17.3.2008 T. 6100/3475; 17.3.2008 T. 1813/3444; 21.2.2008 T. 5775/2100 vb.

¹³¹ Bknz: 17. HD. 28.03.2013 T. 6151/4361; 04.03.2013 T. 5918/2619.

Buraya kadar incelenen, iptâl davası açabilmek için “aciz belgesi”ne sahip olma koşulu, 538 sayılı Kanunun hazırlık çalışmaları sırasında -1965 yılında- kaldırılmak istenmiş¹³² ve bu istek Hükümet Tasarısına girmişse de, Millet Meclisi Adalet Komisyonu bu değişikliği benimsememiş ve istek böylece kanunlaşmamıştır¹³³.

V- Davacının, iptâl davası açabilmek (ya da açtığı davanın görülmesini sağlayabilmek) için aciz belgesi alıp, mahkemeye vermek zorunda olması, borçlu hakkında, -iptal davası açılmadan önce veya iptal davasından sonra-¹³⁴ icra takibi yapmış olmasını zorunlu kılmaktadır. Gerçekten, “aciz belgesi” -ya da “aciz belgesi niteliğindeki haciz tutanağı”- icra takibi sırasında ya da icra takibi sonunda verildiğinden, borçlusunu hakkında icra takibinde bulunmamış olan alacaklıya, “aciz belgesi” verilmesi düşünülemez. Hatta, alacaklının sadece icra takibi yapmış olması yeterli olmayıp, *bu takibin kesinleşmiş -ve alacaklının, borçlunun mallarının haczini istemiş- olması gereklidir*^{135 136}.

Yüksek mahkeme, “icra takibinin kesinleşmiş olması” koşulu ile ilgili olarak;

√ “Tasarrufun iptali davalarında davacının kesinleşmiş bir alacağı olmasının dava şartı olduğunu”¹³⁷

√ “Tasarrufun iptali davasında varlığı zorunlu bulunan icra takibinin, dava tarihinden önce yapılmış olması bir zorunluluk olmadığından icra takibinin dava tarihinden sonra yapılabileceği, önemli olan yargılama aşamasında borçlu hakkında icra takibinin varlığı olduğunu”¹³⁸

¹³² **Gürdoğan**, B.: İptâl Davaları (İcra ve İflas Kanunu Değişiklik Tasarısı Hakkında Seminer, 1965, s. 162 vd.).

¹³³ **Önen**, T.: İptâl Davaları (Ank. İk. Tic. İl. Ak. D. 1969/1, s. 41).

¹³⁴ Bknz: 17. HD. 11.03.2013 T. 5718/3199.

¹³⁵ **Kostakoğlu**, C.: a.g.m. (Ad. D. 1989/6, s. 23 vd. - Yasa D. 1989/8, s. 1050 vd.); **Şimşek**, E.: a.g.e., s. 852.

¹³⁶ Bknz: 17.HD. 26.12.2008 T.4215/5810; 14.7.2008 T. 2594/3948; 26.6.2008 T. 727/3542; HGK. 8.3.2006 T. 15-34/36, 15. HD. 28.6.2005 T. 1163/3873; 17.12.2003 T. 4545/6078; 18.11.2003 T. 4639/5513; 5.5.2003 T. 898/2384 vb.

¹³⁷ Bknz: 17. HD. 01.04.2013 T. 8176/4516.

¹³⁸ Bknz: 17. HD. 11.03.2013 T. 5718/3199.

√ “Tasarrufun iptali davasının açıldığı gün (ya da daha sonra) icra takibinin başlatılmasının mümkün olduğu, böyle bir durumda mahkemece ‘davacı tarafından yapılmış bir icra takibi bulunmadığı’ gerekçesi ile ‘iptal davasının reddine’ karar verilemeyeceği, mahkemece davanın esasına girilerek iptal koşullarının oluşup oluşmadığının incelenerek bir karar verilmesi gerekeceğini”¹³⁹

√ “İptal davasının açılabilmesi koşullarından birinin de, kesinleşmiş bir alacağın bulunması olduğunu”¹⁴⁰

√ “İcra mahkemesince zamanaşımı nedeniyle icranın geri bırakılmasına karar verilmesi halinde, davacı tarafından İİK. mad. 33a/2 uyarınca, yedi gün içinde dava açılmaması halinde, geçerli bir icra takibinin varlığından söz edilemeyeceğinden, mahkemece tasarrufun iptali davasının reddine karar verilmesi gerekeceğini- Borçludan aldığı malı elden çıkaran davalıdan, elden çıkardığı tarihteki gerçek bedelin, alacak ve fer’ileriyle sınırlı olmak üzere tahsiline hükmolunacağı nazara alınarak taşınmazın dördüncü kişiye geçişi için davacıdan talebi sorularak bu kişinin davaya dahil edilmesi halinde delilleri toplanıp yargılamaya devam ile bir hüküm verilmesi gerekeceğini- Davacının takibe konu ettiği çeklerin keşide tarihlerinin iptali istenen tasarruftan çok sonra olduğu nazara alınarak, davacının alacağın daha önce doğduğuna dair delilleri mahkemece sorulmadan karar verilemeyeceğini”¹⁴¹

√ “Davacı alacaklılarının, ayrı ayrı alacakları nedeniyle farklı dosyalardan takip yapmış olmaları halinde aralarında ‘zorunlu takip arkadaşlığı’ değil ‘ihtiyari takip arkadaşlığı’ var sayılacağını; dava koşullarının her takip dosyası bakımından ayrı ayrı araştırılması gerekeceğini”¹⁴²

√ “İptâl davasının açılabilmesi için, davacı-alacaklının davalı-borçlu hakkında icra takibi yapmış, bu takibin -davadan önce veya dava sırasında- kesinleşerek, davacının davalıda gerçekleştirmiş bir alacağının bulunmasının zorunlu olduğunu”¹⁴³

¹³⁹ Bknz: 17. HD. 26.11.2012 T. 6703/13012.

¹⁴⁰ Bknz: 17. HD. 10.09.2012 T. 6784/8885.

¹⁴¹ Bknz: 17. HD. 28.03.2012 T. 1335/3768.

¹⁴² Bknz: 17. HD. 26.04.2011 T. 10675/3948.

¹⁴³ Bknz: 15. HD. 28.11.1999 T. 5051/173; 05.05.2003 T. 898/2384; 17. HD. 29.05.2008 T. 386/2885; 26.06.2008 T. 727/3542; 15.05.2008 T. 1800/2608; 22.04.2008 T. 459/2096;

√ “İptâl davalarında, ‘davacının davalıda bir alacağının bulunmasının’ ve ‘davacının borçlu hakkında yaptığı icra takibinden bir sonuç elde edememiş olması’nın ön koşul olduğunu”¹⁴⁴

√ “Alacaklı sıfatı ile borçlu ve onunla işlemde bulunan 3. kişi aleyhine açılan ‘borçlunun 3. kişiye yaptığı muvazaalı satış işleminin iptali’ davasında, icra takibinin kesinleşmesi yeterli olmayıp, aynı zamanda takip konusu alacağın da kesinleşmesi gerekeceğinden, borçlu tarafından alacaklıya karşı açılıp devam eden olumsuz tespit davasının sonucunun, iptal davası için ‘bekletici mesele’ oluşturacağını”¹⁴⁵

√ “Borçlunun, hakkında yapılan -ilamsız- takibe itiraz etmiş ve alacaklı tarafından “itirazın iptali davası” açılmış olması halinde, tasarrufun iptali davasında, itirazın iptali davasının kesinleşecek sonucunun ‘bekletici mesele’ yapılması gerekeceğini”¹⁴⁶

√ “İptal davasının dayandığı icra takip dosyasında, borçluya gönderilen ödeme/icra emrinin, Tebligat Kanunu’nun hükümlerine uygun olarak borçluya tebliğ edilip, takibin kesinleşmiş olması gerektiğini”¹⁴⁷

√ “Davalı-borçlu hakkında yapılmış bir icra takibi bulunmaması halinde, açılmış olan davanın reddine karar verilmesi gerekeceğini”¹⁴⁸

√ “Borçluya karşı yapılmış olan icra takibi hakkında, İİK. 71 uyarınca icra mahkemesince ‘icranın geri bırakılması’ kararı verilmişse, mahkemece ‘tasarrufun iptali davasının reddine’ karar verilmesi gerekeceğini”¹⁴⁹

15. HD. 22.09.1997 T. 3757/3864; 28.06.2005 T. 1163/3873; 17. HD. 14.07.2008 T. 2594/3948; 15. HD. 18.11.2003 T. 4639/5513; 17.12.2003 T. 4545/6078; 04.12.2000 T. 3553/5342; 17. HD. 26.12.2008 T. 4215/5810; HGK. 08.03.2006 T. 15-34/36; 17. HD. 26.05.2011 T. 9358/5323; 16.05.2011 T. 3901/4867; 24.03.2011 T. 7161/2673; 07.03.2011 T. 6767/1995; 07.02.2011 T. 12468/899; 04.11.2010 T. 5462/9379; 03.06.2010 T. 3019/5107; 26.12.2008 T. 4215/5810 (www.e-uyar.com).

¹⁴⁴ Bknz: 15. HD. 24.05.1989 T. 4546/2485; 17. HD. 24.03.2011 T. 2174/2656.

¹⁴⁵ Bknz: 17. HD. 20.10.2009 T. 4804/6607; 06.04.2010 T. 2043/3166; HGK. 11.06.1997 T. 4-332/520; 17. HD. 31.03.2011 T. 6372/2899.

¹⁴⁶ Bknz: 17. HD. 23.2.2010 T. 10319/1442.

¹⁴⁷ Bknz: 17. HD. 8.2.2010 T. 10275/857; 14.9.2009 T. 3384/5315.

¹⁴⁸ Bknz: 17. HD. 21.1.2010 T. 9229/181.

¹⁴⁹ Bknz: 17. HD. 19.1.2010 T. 7767/96.

√ “Tasarrufun iptali davalarında ‘borçlu hakkında yapılmış olan icra takibinin kesinleşmiş olması’nın, davanın ön koşulu olduğunu”¹⁵⁰

√ “Tasarrufun iptali davasının dayanağını teşkil eden takipte -kesinleşen mahkeme kararı ile- borçlunun alacaklıya borçlu bulunmadığının (borçlunun, borçlu olmadığı) saptanmış olması halinde, açılmış olan tasarrufun iptali davasının red edilmesi gerekeceğini”¹⁵¹

√ “Tasarrufun iptali davasının dinlenebilmesi için, alacaklı tarafından, davalı-borçlu aleyhine yapılmış bir icra takibi bulunması gerektiğini”¹⁵²

√ “Takip dayanağı nafaka ilamının kısmen bozulmuş olmasının -davacının alacağının kısmen de olsa mevcut sayıldığı durumların- davanın reddine neden olmayacağını”¹⁵³

√ “Tasarrufun iptali davalarının dinlenebilmesi için; ‘davacının davalı -borçluda gerçek bir alacağının bulunması’, ‘borçlu hakkında yapılan icra takibinin kesinleşmiş olması’, ‘iptal konusu tasarrufun borcun doğumundan sonra yapılmış olması’ ve ‘borçlu hakkında alınmış aciz belgesinin bulunması’nın gerekli olduğunu”¹⁵⁴

√ “Muhtemel bir alacak için tasarrufun iptali davası açılmayacağını”¹⁵⁵

√ “Tasarrufun iptali davasının dinlenebilmesi için, öncelikle kesinleşmiş bir icra takibinin bulunması gerektiğini, yapılmış olan icra takibinin icra mahkemesince iptal edilmiş olması halinde, tasarrufun iptali davasının da reddedilmesi gerekeceğini”¹⁵⁶

¹⁵⁰ Bknz: 17. HD. 28.12.2009 T. 8452/9007; 15.12.2009 T. 8495/8457; 12.11.2009 T. 8903/7489 vb.

¹⁵¹ Bknz: 17. HD. 23.11.2009 T. 6128/7781; 13.4.2009 T. 5713/2307; 30.3.2009 T. 5342/1822.

¹⁵² Bknz: 17. HD. 16.11.2009 T. 6501/7528.

¹⁵³ Bknz: 17. HD. 30.6.2009 T. 2907/4754.

¹⁵⁴ Bknz: 17. HD. 20.5.2009 T. 2951/3395.

¹⁵⁵ Bknz: 17. HD. 11.5.2009 T. 318/3005.

¹⁵⁶ Bknz: 17. HD. 19.1.2009 T. 3254/11; 20.1.2008 T. 2843/90.

√ “İcra takibinin, takip tarihinde ölü olan kişiye karşı yapılmış olması halinde, usulüne uygun bir takip bulunmadığından, bu takibe dayalı olarak iptâl davası açılmayacağını”¹⁵⁷

√ “İptâl davasının dinlenebilmesi için varlığı zorunlu bulunan icra takibinin, dava tarihinden önce yapılmış olmasının gerekmediğini, yapılan yargılama aşamasında icra takibin bulunmasının, davanın dinlenebilmesi için yeterli olduğunu”¹⁵⁸

√ “Takip konusu borca, borçlu tarafından itiraz edilmiş olması üzerine alacaklı tarafından ‘itirazın iptâli davası’ açılmamış ya da ‘itirazın kaldırılması’nın istenmemiş sadece borçlu tarafından açılmış olan menfi tesbit davası reddedilmiş ise, ‘icra takibinin kesinleştiği’ kabul edilerek açılmış olan tasarrufun iptâli davasına bakılmayacağını”¹⁵⁹

√ “İcra takibinin, iptâl davasının açılmasından sonra kesinleşmiş olmasının, davanın incelenmesine engel teşkil etmeyeceğini”¹⁶⁰

√ “Borçlunun, kambiyo senetlerine mahsus -örnek: 10- ödeme emrine itiraz etmiş olmasının, takibin kesinleşmediğini göstermeyeceğini (ve buna dayalı olarak alacaklının ‘iptâl davası’ açabileceğini)”¹⁶¹

√ “Borçluya ödeme emri tebliğ edilmeden (takip kesinleşmeden) haciz yapılmış olduğunun saptanması halinde, alacaklının açtığı iptâl davasının reddedilmesi gerekeceğini”¹⁶²

belirtmiştir...

VI- Açılmış olan tasarrufun iptali davasında, “takip konusu alacağın kesinleşmesi” için, bazı davaların sonuçlarının mahkemece «bekletici mesele» yapılması gerekir. **Yüksek mahkeme**, bu konuyla ilgili olarak;

√ “Muvazaa iddiasına dayalı tasarrufun iptali istemine ilişkin davalarda, davacının zararının, dolayısı ile de, alacak hakkının ‘desteğinin ölüm

¹⁵⁷ Bknz: 17. HD. 6.11.2007 T. 4751/3439.

¹⁵⁸ Bknz: 15. HD. 18.11.2003 T. 5510/5515.

¹⁵⁹ Bknz: 15. HD. 4.10.2000 T. 3682/4236.

¹⁶⁰ Bknz: 15. HD. 12.9.1995 T. 4203/4514.

¹⁶¹ Bknz: 15. HD. 20.12.1994 T. 5801/7717.

¹⁶² Bknz: 15. HD. 12.3.1992 T. 823/1256.

gününde' doğmuş sayılacağı, bu davada davacının borçlu hakkında icra takibine geçmiş olmasına ve onun hakkında aciz belgesi almış olmasına gerek bulunmadığı ancak davacının açmış olduğu tazminat davasının sonucunun beklenerek tasarrufun iptali davasının sonuçlandırılması gerekeceğini"¹⁶³

√ "Alacaklı sıfatı ile borçlu ve onunla işlemde bulunan 3.kişi aleyhine açılan 'borçlunun 3. kişiye yaptığı muvazaalı satış işleminin iptali' davasında, icra takibinin kesinleşmesi yeterli olamayıp, aynı zamanda takip konusu alacağın da kesinleşmesi gerekeğinden, borçlu tarafından alacaklıya karşı açılıp devam eden olumsuz tespit davasının sonucunun, iptâl davası için 'bekletici mesele' oluşturacağını"¹⁶⁴

√ "Tasarrufun iptâli davasının dinlenme koşullarından birisinin de 'takip konusu alacağın kesinleşmiş olması' gerektiğinden, takip konusu borca, itiraz edilmiş olması ve alacaklı tarafından 'itirazın iptali davası' açılmış olması (ya da; icra mahkemesinden 'itirazın kaldırılması'nın talep edilmiş olması) halinde, mahkemece bunların sonucunun (kesinleşmesinin) "bekletici mesele" yapılması gerekeceğini"¹⁶⁵

√ "İtirazın iptali davaları'nın, tasarrufun iptali davalarında 'bekletici mesele' olarak kabul edilmesi gerektiğinden, bu iki davanın birleştirilerek birlikte görülemeyeceğini"¹⁶⁶

√ "Tasarrufun iptâli davasının 'tazminat davası' nedeniyle açılmış olması ve mahkemece hükmedilmiş olan tazminatın Yargıtay'ca bozulmuş olması halinde, tazminat davasının kesinleşmesi beklenmeden tasarrufun iptâli davasının sonuçlandırılmayacağını"¹⁶⁷

¹⁶³ Bknz: HGK. 04.07.2007 T. 4-450/449; 4. HD. 08.03.2011 T. 407/2480; 17. HD. 25.09.2006 T. 11117/9749.

¹⁶⁴ Bknz: 17. HD. 31.03.2011 T. 6372/2899; 6.4.2010 T. 2043/3166; 20.10.2009 T. 4804/6607; HGK. 11.6.1997 T. 4-332/520.

¹⁶⁵ Bknz: 17. HD. 23.2.2010 T: 10319/1442; 4. HD. 22.6.2009 T. 5788/8420; 17. HD. 11.5.2009 T: 203/3002 vb.

¹⁶⁶ Bknz: 17. HD. 16.3.2009 T: 1612/1477.

¹⁶⁷ Bknz: HGK. 8.3.2006 T. 15-34/36.

√ “Mahkemece icra (ödeme) emrinin davalı-borçluya tebliğ ettirilmesi ve böylece takibin kesinleşmesi beklenecek, sonucuna göre, tasarrufun iptali davası hakkında karar verilmesi gerekeceğini”¹⁶⁸

√ “Davalı-borçlu tarafından yapıldığı anlaşılan ‘aciz belgesinin iptali’ konusundaki şikayetin sonucunun, iptâl davasında ‘bekletici mesele’ yapılması gerekeceğini”¹⁶⁹

belirtmiştir.

VII- Mahkeme, açılan iptâl davasını, aciz belgesi sunulmamış olması nedeniyle red ederse, “...dava şartı yerine getirilmemiş olması nedeniyle, açılan davanın reddine...” şeklinde karar vermelidir¹⁷⁰. Davacı-alacaklının açtığı iptâl davası, “aciz belgesi” olmadığı için reddedilirse, aynı alacaklı, alacağı aciz belgesine dayanarak, ikinci kez iptâl davası açabilir¹⁷¹.

Keza, davacının mahkemeye sunduğu aciz vesikası icra mahkemesince iptal edilir ve açtığı tasarrufun iptali davası bu nedenle red edilirse, davacı yeni bir aciz vesikası olarak tekrar tasarrufun iptali davası açabilir¹⁷².

İptâl davası, birden fazla “aciz belgesi sahibi alacaklı” tarafından, birlikte açılabilir. Çünkü, dava, her biri için aynı sebepten doğmaktadır (HMK. mad. 57/c)¹⁷³. **Yüksek mahkeme**^{174 175} “aynı şirkette çalışan işçilerin, işçilik alacağından dolayı açtıkları dava sonunda aldıkları ilama dayalı takipteki alacaklarının ödenmemesi üzerine ‘birlikte’ tasarrufun iptali davası açabileceklerini” belirtmiştir.

İİK.nun 277 vd. maddelerine göre açılan tasarrufun iptali davalarında, davalı üçüncü kişinin “borçlu ile alacaklı arasındaki icra takibinin muva-

¹⁶⁸ Bknz: 15. HD. 22.1.2001 T. 5903/362.

¹⁶⁹ Bknz: 15. HD. 7.5.1992 T. 2135/2460; 4.3.1992 T. 869/1042.

¹⁷⁰ Bknz: 17. HD. 8.7.2008 T. 848/3817; 11.6.2007 T. 2300/2018; 15. HD. 11.7.2006 T. 2937/4343; HGK. 14.4.2004 T. 15-182/220 vb.

¹⁷¹ Bknz: 15. HD. 2.3.2004 T. 87/1109; 28.3.2002 T. 1005/1456.

¹⁷² Bknz: 17. HD. 20.01.2011 T. 12533/221.

¹⁷³ **Kuru**, B.: a.g.e., C:4, s. 3503; **Kuru**, B.: El Kitabı, s. 1419; **Olgaç**, S.: a.g.m., s. 459; **Yıldırım**, M. K.: a.g.e., s. 254; **Öztek**, S.: a.g.m., s. 92 vd.

¹⁷⁴ Bknz: 17. HD. 4.5.2009 T. 154/2806.

¹⁷⁵ Karş: 15. HD. 06.03.2003 T. 4758/1118.

zaalı olduğunu” ileri sürmesi halinde, mahkemece bu iddianın incelenmesi gerekir. Çünkü iptâl davasının dinlenebilirlik koşullarından birisi de “tasarrufta bulunan kişinin ‘borçlu’ durumda olması”, başka bir deyişle alacaklının gerçekten ‘alacaklı’ sıfatını taşımasıdır^{176 177}.

Bu durumda, “davacı-alacaklının alacağın muvazaalı olduğunu” davalı-üçüncü kişinin ispat etmesi gerekir.

VIII- İptâl davasının dinlenebilmesi için ayrıca, “davacı-alacaklının alacağının, dava (iptâl) konusu tasarruftan önce doğmuş olması” gerekli midir? Başka bir deyişle, davacı-alacaklı, “kendi alacağının doğum tarihinden önce yapılan tasarrufların iptâlini” isteyemez mi? Bu konunun **doktrinde** tartışmalı olduğunu görüyoruz. Gerçekten **bir görüşe göre**¹⁷⁸; “alacaklının alacağının doğum tarihi, iptâle konu tasarruftan sonra olsa bile, alacaklının iptâl davası açma hakkı vardır.” Buna karşın **diğer bir görüşe göre**¹⁷⁹ ise, “yasa, borçlanan bir kişinin malvarlığının, borçlandığı tarih itibariyle alacaklıya karşı borcu miktarınca muhafazasını ve alacağın güvencesini sağlamak üzere hüküm düzenlemiştir. Kanun maddelerinin Millet Meclisi Adalet Encümenindeki müzakereleri sırasında, borçlunun, hiç borçlu olmadığı zamanda yaptığı tasarrufların iptâlinin doğru olmayacağı belirtilmiştir... Tasarrufun yapıldığı tarihte bir alacaklı mevcut olmalıdır ki, yasanın koruyucu hükümlerinden istifade etsin. Nitekim alacaklının, borçlu ile borçlandırıcı işleme girerken, onun malvarlığını ve edim gücünü incelediğini ve durumunu bilerek onunla hukuki ilişkide bulunduğunu kabul etmek

¹⁷⁶ **Kuru, B.:** a.g.e., C:4, s. 3506; **Kuru, B.:** El Kitabı, s. 1213; **Pekcanitez, H./Atalay, O./Özkan, M. S./Özekes, M.:** a.g.e., s. 686; **Güneren, A.:** a.g.e., s. 1058.

¹⁷⁷ Bknz: 17. HD. 11.04.2012 T. 1729/4537; 11.07.2012 T. 5955/8883; 30.10.2007 T. 4356/3297; 15. HD. 10.6.2003 T. 587/3094; HGK. 19.6.2002 T. 15-495/528; 15. HD. 1.4.1997 T. 1262/1778; HGK. 26.2.1997 T. 15-890/127 vb.

¹⁷⁸ **Kuru, B.:** İflas ve Konkordato Hukuku, s. 277 (Ancak, sayın hocamız daha sonra bu görüşünden dönerek, aşağıdaki ikinci görüşe katılmıştır); **Berkin, N.:** a.g.e., s. 499; **Üstündağ, S.:** İflas Hukuku 7. Bası, s. 284; **Altay, S.:** Türk İflas Hukuku, C:1, s. 625.

¹⁷⁹ **Kostakoğlu, C.:** a.g.m. (Ad. D. 1989/6, s. 20 vd. - Yasa D. 1989/8, s. 1047 vd.); **Kuru, B.:** a.g.e., C:4, s. 3419; **Kuru, B.:** El Kitabı, s. 1199; **Muşul, T.:** a.g.e., s. 1175; **Karataş, İ./Ertekin, E.:** a.g.e., s. 74; **Güneren, A.:** a.g.e., s. 1069; **Akşener, H. S.:** Borcun Doğum Anı ve Tasarrufun İptâli Davaları Yönünden Önemi (Legal Huk. D. Aralık/2008, s. 4007).

gerekir. Borçlunun ekonomik gücünü yeterince incelemeden borçlandırma işleminden önceki zamanda yapılan tasarruftan kendisi için bir yarar sağlayamaz. Bu suretle, kural olarak, tasarrufun yapıldığı tarihte alacaklı durumunda olan kişi, iptâl davası açabilir, diğer bir ifade ile tasarrufun yapıldığı tarihte üçüncü kişi ile hukuki ilişkide bulunan kişi, borçlu durumda olmalıdır ki, yukarıda sözü edilen tasarruflarının iptâli mümkün olabilsin...”

Kanımızca birinci görüş daha isabetlidir. Çünkü, Kanunda (yeni; İİK. mad. 278, 279 ve 280’de) açıkça böyle bir koşul öngörülmediği halde, bu maddelerin uygulanmasında bu koşulu aramak, borçlunun bilinçli olarak önceden mal kaçırmak amacı ile yaptığı tasarrufları iptâl kapsamı dışında bırakır. Borçlu önce yaptığı tasarruflarla malvarlığını kısmen ya da tamamen elden çıkarır, ondan sonra bu durumunu bilmeyen -ve bilmesi de mümkün olmayan- kişilere borçlanır. Bugün, bir kişi ile hukuki ilişkide bulunacak olan kimsenin, onun malvarlığı hakkında önceden bilgi sahibi olması, ülkemizde hemen hemen olanaksızdır. Böyle bir soruya, hangi banka ya da özel-resmi kuruluş olumlu yanıt verir? Tapu sicil müdürlüklerinde -hatta pek çok icra dairesinde- isme (soyadına) göre tutulmuş bir fihrist dahi yoktur...

Bu nedenlerle, iptal davalarında, “davacı-alacaklının alacağıının, iptâl konusu tasarruftan önce ya da sonra doğmuş olması”nın önem taşıması gerekir...

Katıldığımız bu görüş “iptâl davalarının amacına” ve “kaynak İsviçre Kanununun düzenlenmesine” daha uygun düşmektedir. Bizim İcra ve İflas Kanunumuzun 278. maddesinin birinci fıkrası, İsviçre İcra ve İflas Kanununun 286. maddesinin birinci fıkrası’ndan hatalı tercüme edilmiş olması nedeniyle¹⁸⁰, şeklen iki kanun arasında bir fark meydana gelmiştir. Bu nedenle, İcra ve İflas Kanunumuzun 278/I hükmünü, İsviçre İİK’nun 286/I hükmü gibi yorumlayıp uygulamak, iptâl davalarının kabul edilme nedenine ve amacına daha uygun olacaktır. Sadece kanun maddelerinin yasama organındaki görüşülmesi sırasında ileri sürülen görüşler, daha sonra, zaman içerisinde kanun maddelerinin yorumunda “bağlayıcı” olamaz. Kuşkusuz, kanunun hazırlık çalışmalarında (gerekçe, tasarıların gelişimi, komisyon ve

¹⁸⁰ Gerçekten, İsviçre İİK.’nin 286/I hükmü «Mutad hediye dışındaki şu ivazsız tasarruflar ve bağışlar iptâl edilebilir, ki bunlar hacizden veya iflasın açılmasından önceki bir yıl içinde yapılan tasarruflardır» şeklindedir.

meclis görüşmeleri) kanunun ruhunun tesbitinde yardımcı olabilir (*Tarihi yorum*)...

Bir hüküm yorumlanırken, bu hükmün kanuna konulmasındaki amacın (ratio legis'in) araştırılması gerekir (*gai yorum=amaçsal yorum*).

Doktrinde¹⁸¹ bu konuyla ilgili olarak; “*amaçsal yorum, yasanın günün koşullarına ve adalete uygun bir uygulamaya kavuşturulması için yapılır. Bu yorum yönteminde kuralı koyanın güttüğü değil (sübjektif), bizzat kuralın sahip olduğu (objektif) amaç araştırılır. Her yazılı metin gibi yasalar da zaman içinde bunu hazırlayıp yürürlüğe sokan mükelleflerinden ayrı-bağımsız (otonom) bir karakter kazanırlar. İnsanlar ömürlerini tamamladıklarında tarih sahnesinden çekilir, buna karşılık insanların yarattığı eser ve kurumlar işlevlerini yerine getirdikleri sürece baki kalır. Yasa konulurken geçerli olan toplumsal, politik ve ekonomik koşullar zaman içinde muhakkak değişeceği için, yasa yorumlanırken sadece yasa koyucunun güttüğü amaç ve hedefler esas alınmamalıdır... Yorum faaliyeti ile hukuk kuralı anlamlandırılır; kullanılan dil ve ifade nedeniyle kuralın açık olmayan anlamı açıklığa kavuşturulur; norm için düşünülebilen birden fazla anlamdan en uygun olanı ortaya konulur...*” denilmiştir.

Bir hükme verilmesi mümkün olan anlamların içinde, “zamanın koşulları ve gereksinimlerine en uygun olanı” tercih edilmelidir. Yorumla anlamı saptanan hükmün uygulanması, dürüstlük kuralına aykırı sonuçlar doğurmamalıdır. Başka bir deyişle; yorumla anlamı tesbit edilen hükmün uygulanması, dürüstlük kuralı (MK. mad. 2) ile bağdaşmadığı, böyle bir hükmün uygulanmasını istemenin “hakkın kötüye kullanılması” sayıldığı hallerde, hakimin söz konusu hükmü uygulamamasını gerekir^{182 183}.

¹⁸¹ **Furtun**, İ. H.: Vergi Hukukunda Mahkemelerin Hukuk Yaratma - Kanun Boşluğunu Doldurma Yetkileri, s. 124.

¹⁸² **Oğuzman**, M. K.: Medeni Hukuk Dersleri (Giriş-Kaynaklar, Temel Kavramlar), s. 48 vd.

¹⁸³ Çeşitli “yorum ilke ve metodları” hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: **Ataay**, A.: Medeni Hukukun Genel Teorisi, s. 214; **Tekinay**, S. S.: Medeni Hukuka Giriş Dersleri, s. 54; **Ösunay**, E.: Medeni Hukuka Giriş, s. 192; **İmre**, Z.: Medeni Hukuka Giriş, s. 162; **Akıper**, S. G.: Türk Medeni Hukuku, (Başlangıç Hükümleri) s. 114; **Umar**, B.: Hukuk Başlangıcı, s. 131 vd.; **Dönmezer**, S./**Erman**, S.: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku

“Kanunun yapıldığı andaki kanun koyucunun iradesinin araştırılması”na yönelik *tarihi yorum* yerine bugün -İsviçre’de olduğu gibi- hukukumuzda da benimsenmiş olan *objektif yorum* yönetiminde amaç “kanun koyucunun kanunu yaptığı andaki iradesinin ne olduğu değildir. Gerçi kanun, yapıldığı andaki kanun koyucunun bir eseri ve o andaki iradesinin bir ürünüdür. Bu yüzden de kanun koyucu kanunu yaparken o zamanki şartları ve toplumdaki ihtiyaçları gözönünde tutmuştur. Ne var ki, kanun, yapılmasından ve yürürlüğe konulmasından sonra kanun koyucunun iradesine bağlı olmaktan çıkmıştır; bağımsız bir varlık haline dönüşmüştür. Bu yöntem gere, bunun sonucu olarak, önemli olan kanun koyucunun başta ne istemiş olduğu değil; fakat hukukun genel kavramlarına göre tekniğin gelişimi ve şimdiki şartlar göz önünde tutularak ondan çıkarılabilecek anlamdır. Bu özelliği ile objektif yorum yöntemi, kanunu, yeni ihtiyaçların ve düşüncelerin etkisi altında kapsamı değişen adeta bir zarf gibi telakki etmektedir. O halde, yorum yapılırken, kanunun uygulanması anındaki toplum ihtiyaçlarına ve düzenlenmek isteten yarar veya çıkar uyumsuzluklarına en uygun gelecek bir biçimde kanun yorumlanmalıdır. Öyle ki kanun, hukuk düzeninin bütünü içinde, olabildiğince uyumlu bir biçimde yer alabilmelidir. Bunun için, zamanla değişen ihtiyaçlar nedeniyle toplumdaki adalet duygusunu sarsacak sonuçlar doğurma tehlikesine meydan verecek olan kanun yapıldığı andaki kanun koyucunun iradesini ve amacını aramak yerine; yorum anında toplumun içinde bulunduğu şartları ve ihtiyaçları karşılayan kanun koyucunun bugünkü iradesinin ve amacının ne olduğunu saptamak gerekir.

Objektif yorum yönteminde kanunun hazırlık çalışmalarına verilen değer, *tarihi yorum* yönteminde olduğundan daha değişiktir. Gerçekten *objektif yorum* yöntemine göre yapılacak yorumda, hazırlık malzemeleri, kanunun anlamının saptanmasında değil; fakat kanunun yapıldığı anda gözönünde tutulan ve birbiriyle çelişen yarar veya çıkar uyumsuzluklarının saptanmasında yol göstericidir...”

İptâl davalarına ilişkin kararları temyizden incelediği dönemde **Yargıtay 13. Hukuk Dairesi**¹⁸⁴ birinci görüşe yollamada bulunarak, “*iptâl davası*

(Genel Kısım), C: I, s. 190 vd.; **Edis**, S.: Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç hükümleri, s. 190 vd.

¹⁸⁴ Bknz: 13. HD. 25.6.1979 T. 3011/3730.

açılabilmesi için, alacağın iptâlê tâbi tasarruftan önce “veya sonra doğmuş olmasının önemli olmadığını” -mutlak olarak- belirtmişken, iptâl kararlarını temyizen inceleyen Yargıtay 15. Hukuk Dairesi¹⁸⁵ (ile Yargıtay Genel Kurulu¹⁸⁶) öteden beri ve bugün bu kararları temyizen inceleyen Yargıtay 17. Hukuk Dairesi¹⁸⁷ “iptâl davası açılabilmesi için, davacı-alacaklının alacağının, iptâlê konu tasarruftan önce doğmuş olması gerektiğini” ısrarla belirtmektedir...

Borç, taraflar (davacı-alacaklı ile davalı-borçlu) arasında, *bir taşınır/taşınmaz satışından, kredi sözleşmesinden, faturadan, senetten* vs. doğmuşsa, *borcun doğum tarihi* sırasıyla; satışın yapıldığı, faturanın düzenlendiği¹⁸⁸, kredi sözleşmesinin düzenlendiği¹⁸⁹, senedin düzenlendiği¹⁹⁰ tarih sayılır. Ancak, son durumda yani; alacaklının bir senede (adi ya da kambiyo senedine) dayanarak takipte bulunmuş olması halinde, *kural olarak, “alacağın, senedin düzenlendiği tarihte doğduğu”* kabul edilir. Ancak, alacaklı “*senedin daha sonra düzenlendiğini, alacağın doğduğu asıl temel ilişkinin daha önce olduğunu*” iddia edebilir. Bu durumda, alacaklı bu iddiasını kanıtlarsa, “*senedin düzenlendiği tarih*” değil “*taraflar arasında temel ilişkinin oluştuğu tarih*” *borcun doğum tarihi* sayılır¹⁹¹.

¹⁸⁵ Bknz: 15. HD. 10.3.2005 T. 6645/1365; 10.3.2005 T. 6646/1364; 14.12.2004 T. 5965/6501; 23.9.2004 T. 3966/4595; 23.6.2004 T. 367/3525; 24.2.2004 T. 306/960 vb.

¹⁸⁶ Bknz: HGK. 1.12.2004 T. 15-553/624; 30.10.2002 T. 15-849/861; 26.6.2002 T. 15-543/552.

¹⁸⁷ Bknz: 17. HD. 26.12.2008 T. 4139/5808; 11.11.2008 T. 4984/5235; 6.11.2008 T. 1911/5139; 30.10.2008 T. 1899/4984 vb.

¹⁸⁸ Bknz: 17. HD. 04.04.2011 T. 7105/3027; 15. HD. 14.10.2003 T. 4002/4750.

¹⁸⁹ Bknz: 17. HD. 05.03.2013 T. 4980/2718; 20.01.2011 T. 7945/229; 17.02.2010 T. 1210/1237; 09.02.2010 T. 8716/957; 19.01.2010 T. 6359/94; 10.12.2009 T. 66108/8208; 19.01.2009 T. 3224/10.

¹⁹⁰ Bknz: 17. HD. 01.04.2013 T. 8979/4519; 09.04.2013 T. 8333/5123; 08.05.2008 T. 371/2420; 10.03.2008 T. 4366/1138; 21.02.2008 T. 5184/770; HGK. 18.02.2004 T. 15-18/84; 15. HD. 29.01.2003 T. 6349/449; 16.05.2002 T. 2052/2586; 17. HD. 06.05.2008 T. 371/2420; 10.03.2008 T. 4366/1138 (www.e-uyar.com).

¹⁹¹ Bu konuda ayrıca bknz: **Akşener**, H. S.: a.g.m., s. 4007 vd.; **Kuru**, B.: El Kitabı, s. 1402 vd.; **Güneren**, A.: Tasarrufun İptali Davaları, 3. Baskı, s. 420; **Uyar**, T./**Uyar**, A./**Uyar**, C.: Tasarrufun İptali Davaları, 4. Baskı, C:2, s. 1567.

U y g u l a m a d a özellikle kambiyo senedine (bono'ya ya da çek'e) dayalı icra takiplerinde, alacağını borçlusundan tahsil edememiş alacaklılar tarafından açılan tasarrufun iptali davalarında, icra takibi bono'ya dayanıyorsa -kural olarak- borcun, *bononun tanzim tarihinde*, çek'e dayanıyorsa -çek'in «keşide tarihi»nde değil- *çekin bankaya, takas odasına ibraz edildiği tarihte* doğduğu kabul edilir. **Yüksek mahkemenin**¹⁹² içtihatları da bu doğrultudadır. Ayrıca **yüksek mahkeme**¹⁹³ açılmış olan tasarrufun iptali davalarında «*tarafların isticvap edilerek, takip dayanağı çekin/bononun keşidesine neden olan temel ilişkinin (hukuki ve ticari ilişkinin) ne olduğunun ve bunun doğum tarihinin taraflardan sorulmasını ve tarafların varsa buna ilişkin delillerini ibraz etmeleri için süre verilmesini, bu konuda tarafların ticari defter, belge ve kayıtları üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırılmasını*» istemektedir.

Bu vesile ile, burada şu ilginç duruma da değinelim: Davacı-alacaklının alacağının doğum tarihi ile dava konusu tasarrufun tarihi *aynı* ise yani, borçlu "*borçlandığı tarihte tasarrufta bulunmuşsa*", bu tasarruf hakkında iptâl davası açılabilir mi? **Kanımızca**, bu durumda da "*borcun, dava konusu tasarruftan önce doğduğu*" kabul edilerek, bu tasarruf hakkında da iptâl davası açılabilir mi...

Yüksek mahkeme "*borcun doğum tarihi*" ile ilgili olarak;

√ "*Borçlu şirket hakkında yapılan takip sırasında, şirket borcuna kefil olan, şirketin aynı zamanda ortak ve müdürü olan kişinin borcunun doğum tarihinin; 'kefil olduğu tarih' olmayıp 'ortağı ve kefil olduğu şirketin borçlandığı tarih' olduğunu*"¹⁹⁴

¹⁹² Bknz: 17. HD. 13.04.2010 T. 710/3424; 19.10.2008 T. 5251/6528; 03.06.2008 T. 858/3001; 15. HD. 22.09.2008 T. 4491/5508; 17. HD. 10.04.2008 T. 5292/1831; 06.05.2008 T. 371/2420; 10.03.2008 T. 4366/1138; 13. HD. 27.03.2002 T. 528/1437; 15. HD. 14.02.2002 T. 5714/30; 263.10.2004 T. 3310/5282.

¹⁹³ Bknz: 17. HD. 28.03.2013 T. 14204/4372; 11.03.2013 T. 7006/3209; 04.03.2013 T. 1586/2620; 22.02.2012 T. 1172/1979, 06.11.2012 T. 2959/12122; 28.11.2012 T. 5128/11359; 09.05.2011 T. 9851/4454; 02.05.2011 T. 9032/4190; 15.03.2011 T. 12199/2285; 07.03.2011 T. 6758/1993; 30.05.2011 T. 10146/5438; 03.02.2011 T. 5065/674; 16.02.2010 T. 10122/1205; 02.02.2010 T. 8720/701 vd. (www.e-uyar.com).

¹⁹⁴ Bknz: 17. HD. 01.04.201 3T. 15317/4587.

√ “Takip dayanağı bonoların tanzim tarihi iptali istenen satıştan sonra olduğundan borcun iptali istenen tasarruftan önce doğmasının dava ön koşulu olup, mahkemece re’sen araştırılacağı, dava koşulu gerçekleşmediği takdirde işin esası hakkında hüküm kurulamayacağını”¹⁹⁵

√ “Takip konusu davacının alacağıın tasarruftan sonra doğmuş olması halinde, tasarrufun iptali davasının reddine karar verilmesinde bir usulsüzlük bulunmadığını”¹⁹⁶

√ “Tasarrufun iptali davalarında kural olarak, tasarrufun iptal edilebilmesi için borcun doğum tarihinin iptali istenilen tasarruf tarihinden önce olması gerekirse de, uygulamada kambiyo senetlerinin tanzim tarihlerinden önceki bir ticari ilişki nedeniyle düzenleniyor olmaları sebebiyle davacı şirketler ile davalı şirketler arasında tasarruf tarihinden önce ticari bir ilişki olup olmadığı ve davacının alacağıın dayanağı bononun bu ticari ilişki nedeniyle tanzim edilip edilmediğinin saptanması için ticari defter, belge ve kayıtları üzerinde bilirkişi incelemesi yapılması gerekeceğini”¹⁹⁷

√ “Çeklerde vade olmamakla birlikte ticari hayattaki uygulamada çeklerin de bono gibi vadeli kullanıldığının ve bu sebeple takip konusu borcun gerçek doğum tarihinin tespitinin ‘tasarrufun iptali davalarında iptali istenen tasarrufun takip konusu alacaktan sonra yapılmış olması’ ön koşulu karşısında önem arz ettiğini”¹⁹⁸

√ “Davacı bankanın kredi sözleşmesinin tasarruftan sonra düzenlenmiş olması halinde, tasarrufun iptali davasının ‘ön şart yokluğu’ndan reddedilmesi gerekeceğini”¹⁹⁹

√ “Ticari hayatta çeklerin ileri tarihli olarak keşide edildiği sık karşılaşılan bir durum olduğundan, takip dayanağı çeklerin keşide tarihi tasarruf tarihinden sonra olsa da, davacı ve borçlu arasında cari hesap ilişkisi bulunduğu iddiaları üzerinde durularak, davacı alacağıın doğum tarihinin

¹⁹⁵ Bknz: 17. HD. 01.04.2013 T. 8979/4519; 09.04.2013 T. 8333/5123.

¹⁹⁶ Bknz: 17. HD. 08.04.2013 T. 9618/4985.

¹⁹⁷ Bknz: 17. HD. 28.03.2013 T. 14204/4372.

¹⁹⁸ Bknz: 17. HD. 11.03.2013 T. 7006/3209.

¹⁹⁹ Bknz: 17. HD. 05.03.2013 T. 4980/2718.

gerektiğinde her iki tarafın ticari defterleri karşılaştırılarak belirlenmesi gerekeceğini”²⁰⁰

√ “İptal davasının dinlenebilme koşullarından birisinin ‘takip konusu borcun iptali istenen tasarruftan önce doğmuş olması’ olduğunu; takip konusu alacağın çeklerden kaynaklanması halinde çekin vadeli olarak düzenlenmiş bulunması ve davacı tarafın da ‘borcun daha önce doğduğunu iddia etmesi halinde mahkemece borcun ‘gerçek doğum tarihi’ nin araştırılması gerekeceğini”²⁰¹

√ “Davacının söz konusu katkıyı evlilik birliği içinde yaptığı ve açtığı davaya konu alacağının da tasarruftan önce doğduğunun kabulü gerekli olup, davanın reddine dair verilen karar sonrası dosyaya giren katkı payı alacağı ilamının, kesinleştiği ve bu ilama dayalı olarak başlatılan icra dosyasında borçlu aleyhinde alınmış kesin aciz belgesi de dosyaya eklendiğinden mahkemece davacının alacaklı olduğu icra dosyasına özgü olarak işin esasına girilerek davanın diğer şartları araştırılarak bir karar verilmesi gerekeceğini”²⁰²

√ “Tasarrufun iptali davalarında, mahkemece ‘borcun hangi tarihte doğduğu’nun ve ‘borcun doğumuna ilişkin hukuksal nedenin kaynağı’nın araştırılması gerekeceğini”²⁰³

√ “ ‘Takip konusu borcun haksız fiilden kaynaklanan tazminat davası sonucunda verilen kararın kesinleştiği tarihte’ değil, ‘haksız fiilin işlendiği tarihte’ doğmuş sayılacağını”²⁰⁴

√ “Davacının icra takibine dayanak yaptığı faturaların tarihlerine göre, davacının alacağının dava konusu tasarruftan sonra doğduğunun saptanması halinde mahkemece dava konusu tasarrufun iptaline karar verilmesi gerekeceğini”²⁰⁵

²⁰⁰ Bknz: 17. HD. 22.02.2012 T. 1172/1979; 04.03.2013 T. 15861/2620.

²⁰¹ Bknz: 17. HD. 06.11.2012 T. 2959/12122.

²⁰² Bknz: HGK. 28.03.2012 T. 17-25/241.

²⁰³ Bknz: 17. HD. 28.11.2011 T. 5128/11359.

²⁰⁴ Bknz: 17. HD. 07.05.2009 T. 2710/2908; 26.05.2011 T. 9286/5320; 24.02.2011 T. 8039/1617.

²⁰⁵ Bknz: 17. HD. 04.04.2011 T. 7105/3027.

√ “İİK’nun 277 vd. göre açılan tasarrufun iptâli davaları sonucunda iptâl kararı verilebilmesi için, alacaklının takip konusu yaptığı alacağının, davaya konu olan tasarruftan önce doğmuş olması gerektiği, bu hususun ‘davanın ön şartı’ olduğu, alacaklıların, kendi alacaklarının doğumundan önce yapılmış olan tasarrufların iptâlini isteyemeyeceklerini”²⁰⁶

√ “Tasarrufun iptali davalarında ‘borcun, tasarruf tarihinden önce oluştuğunun (doğduğunun) davacı-alacaklı tarafından kanıtlanması gerekeceğini”²⁰⁷

√ “Davacı tarafından, ‘takip konusu bonolara bağlı borcun, davalı borçlu ile arasındaki, bonoların tanzim tarihinden önceki hukuki/ticari ilişkiden doğmuş olduğu’nun ileri sürülmesi halinde, mahkemece davacıya bu konudaki kanıtlarının sorulup araştırılmadan, bu iddiasını isbat imkanı davacıya verilmeden davanın sonuçlandırılmayacağını”²⁰⁸

√ “İİK’nun 277 vd. göre açılan tasarrufun iptâli davalarının dinlenebilmesi için ‘alacağın sebebi olan hukuki ilişkinin, tasarrufun yapıldığı tarihten öncesine rastlaması’ gerektiğinden ve çek bir ödeme vasıtası olduğundan, çeklerin, çekteki alacağın mutlaka keşide tarihinde doğduğunu göstermeyeceğini, uygulamada çeklerin ‘ileri tarihli’ olarak düzenledikleri sıkça görüldüğünden, ‘icra takibine koyduğu alacağın, çekte yazılı tarihten

²⁰⁶ Bknz: 15. HD. 05.03.1998 T. 5606/852; 4. HD. 04.02.2008 T. 4639/1065; 17. HD. 10.03.2008 T. 4366/1138; 13.03.2008 T. 4594/1244; 15. HD. 20.03.2002 T. 5662/1252; 29.01.2003 T. 6349/449; 15. HD. 20.02.2003 T. 6499/813; 13.01.2004 T. 6711/72; 10.03.2005 T. 6646/1364; 10.03.2005 T. 6645/1365; 24.02.2004 T. 306/960; 17. HD. 11.02.2008 T. 569/1139; 14.01.2008 T. 5527/47; 15.01.2008 T. 5073/73; 22.01.2008 T. 4757/229; 01.04.2008 T. 2550/1622; 05.05.2008 T. 1121/2349; 05.05.2008 T. 1637/2353; 05.05.2008 T. 186/2356; 27.05.2008 T. 435/2833; 23.06.2004 T. 367/3525; 13.05.2008 T. 863/2565; 10.06.2002 T. 1698/3103; 26.06.2000 T. 2648/3242; 22.05.2002 T. 1586/2717; 25.09.2007 T. 3195/2774; 01.10.2003 T. 4011/4459; 14.10.2008 T. 2640/4592; 23.09.2004 T. 3966/4595; 13. HD. 25.06.1979 T. 3011/3730; 15. HD. 17.09.2003 T. 3207/4014; 23.09.2002 T. 2908/4069; 17. HD. 06.12.2007 T. 3408/4088; 15. HD. 17.07.2007 T. 3604/4931; 17. HD. 30.10.2008 T. 1899/4984; 15. HD. 08.11.2001 T. 4730/5059; 17.HD. 06.11.2008 T. 1911/5139 vd. (www.e-uyar.com).

²⁰⁷ Bknz: 17. HD. 8.6.2010 T. 2404/5290.

²⁰⁸ Bknz: 17. HD. 30.05.2011 T. 10146/5438; 03.02.2011 T. 5065/674; 23.12.2010 T. 3122/11438; 16.12.2010 T. 6154/1112; 20.12.2010 T. 416/11290; 25.2.2010 T. 10668/1657; 9.2.2010 T. 8856/961; 17.12.2009 T. 6861/8515 vb.

önce doğduğunu' iddia eden davacı-alacaklıya mahkemece süre verilerek, bu konudaki delilleri ibraz ettirilip, tasarrufun borcun doğumundan önce yapıldığının anlaşılması halinde, davanın reddedilmesi, aksi takdirde ise davanın kabul edilmesi gerekeceğini²⁰⁹

√ “Davacı-bankanın takip konusu yaptığı kredi alacağının, borçlu ile yapılan (ilk) kredi sözleşmesinin yapıldığı tarihte doğmuş sayılacağını”²¹⁰

√ “Takip konusu alacağın kaynağı olan vekalet ücretinin yer aldığı mahkeme ilamının tarihinin, tasarruf tarihinden sonra olması halinde, davanın reddine karar verilmesi gerekeceğini”²¹¹

√ “Borcun doğum tarihinin -davacı tarafça- her türlü delille kanıtlanabileceğini, davacının tüm delilleri toplandıktan, gösterdiği tanıklar dinlendikten sonra, mahkemece davacıya yemin teklifi hakkının kullandırılması gerekeceğini”²¹²

√ “İptali istenen tasarrufun, borcun doğumundan sonra yapılmış olup olmadığının saptanması için, temel ilişkinin takip konusu çeklerin keşide tarihlerinden önce kurulmuş olup olmadığının -gerektiğinde; ticari defterler üzerinde de bilirkişi incelemesi yaptırılarak- araştırılması gerekeceğini”²¹³

√ “Faktoring sözleşmesinden kaynaklanan borcun faktoring sözleşmesinin imzalandığı tarihte doğmuş sayılacağını”²¹⁴

√ “‘Haksız fiilden kaynaklanan tazminat davası sonucunda verilen kararın kesinleştiği tarihte’ değil ‘haksız fiilin işlendiği tarihte’ takip konusu borcun doğmuş sayılacağını”²¹⁵

²⁰⁹ Bknz: 17. HD. 09.05.2011 T. 9851/4454; 02.05.2011 T. 9032/4190; 15.03.2011 T. 12199/2285; 07.03.2011 T. 6758/1993; 09.12.2010 T. 5653/10812; 16.2.2010 T. 10122/1205; 2.2.2010 T. 8720/701; 12.11.2009 T. 3251/7487 vb.

²¹⁰ Bknz: 17. HD. 20.01.2011 T. 7645/229; 17.02.2010 T. 1210/1237; 28.11.2011 T. 5218/11359; 26.05.2011 T. 9286/5320; 24.02.2011 T. 8039/1617; 9.2.2010 T. 8716/957; 19.1.2010 T. 6359/94; 10.12.2009 T. 6610/8208 vb.

²¹¹ Bknz: 17. HD. 28.12.2009 T. 5759/8976.

²¹² Bknz: 17. HD. 12.11.2009 T. 5996/7494.

²¹³ Bknz: 17. HD. 14.9.2009 T: 5267/5321.

²¹⁴ Bknz: 17. HD. 02.04.2013 T. 6958/4611; 18.5.2009 T. 4080/3304.

²¹⁵ Bknz: 17. HD. 7.5.2009 T. 2710/2908.

√ “Tapu kaydına şerh verilmeyen satış vaadi sözleşmesinin yapıldığı tarih’in, tasarruf tarihi olarak kabul edilemeyeceğini (tapudaki satış tarihi’nin, tasarruf tarihi” olarak kabulü gerekeceğini”²¹⁶

√ “Davacı-alacaklının ‘alacağının çeklerin keşide tarihinden önce doğduğunu’ tanık dinleterek kanıtlayabileceğini”²¹⁷

√ “Mahkeme ilamlarına dayalı alacak davalarında ‘alacağın doğum tarihi’nin, ‘alacak veya tazminat davasının açıldığı tarih’ olduğunu”²¹⁸

√ “Takip konusu borcun, davacı banka ile borçlu arasındaki kredi kartı üyelik sözleşmesinin imzalandığı tarihte doğmuş sayılacağını; edimler arasında fahiş farkın bulunduğu hallerde, davalı üçüncü kişinin iyiniyet iddiasının dinlenmeyeceğini”²¹⁹

√ “Tazminat davasından kaynaklanan alacağın, davanın açıldığı tarihte doğmuş olduğu kabul edilerek, bu tarih ile tasarruf tarihinin karşılaştırılması gerekeceğini”²²⁰

√ “Bankaya borçlu olanlar açısından borç ‘kredi sözleşmesinin düzenlendiği anda’ doğmuş olduğundan, ‘borcun hesabın kat edildiği tarihte doğduğu’ gerekçesiyle, açılan tasarrufun iptali davasının reddine karar verilemeyeceğini”²²¹

√ “Davacı-alacaklının alacağının doğum tarihinin ‘alacak davasını açtığı tarih’ olarak kabul edilmesi gerekeceğini”²²²

√ “İptâl istenen tasarrufun tarihinin, borcun doğum tarihi olan ortak murisin ölüm tarihinden önce olması halinde, açılan iptâl davasının ‘ön şart yokluğundan reddine’ karar verilmesi gerekeceğini”²²³

√ “Davacı-işçinin ‘kıdem tazminatı’, ‘ihbar tazminatı’ ve ‘sosyal hakları’nın, işveren tarafından işine son verildiği tarihte doğmuş sayılacağını

²¹⁶ Bknz: 17. HD. 22.4.2009 T. 307/2610.

²¹⁷ Bknz: 17. HD. 19.2.2009 T. 139/807.

²¹⁸ Bknz: 17. HD. 5.2.2009 T. 3857/415.

²¹⁹ Bknz: 17. HD. 26.1.2009 T. 214/174.

²²⁰ Bknz: 17. HD. 20.1.2009 T. 2849/87.

²²¹ Bknz: 17. HD. 19.1.2009 T. 3224/10.

²²² Bknz: 17. HD. 23.12.2008 T. 2341/5720.

²²³ Bknz: 17. HD. 31.10.2008 T. 4018/5011.

(yoksa; bu alacakların mahkemece karara bağlandığı tarihte doğmuş sayılmayacağını)²²⁴

√ “Tasarrufun iptali davasının dinlenebilmesi için, takip dayanağı emre muharrer senetlere esas (neden) olan borç ilişkisinin, ‘tasarruftan önce var olduğu’nun, alacaklı tarafından kanıtlanması gerekeceğini”²²⁵

√ “Kural olarak bonoya bağlı alacağın, bononun düzenlendiği tarihte doğmuş olacağını”²²⁶

√ “Davacı-alacaklının çekden kaynaklanan alacağının, çekin üzerinde yazılı olan ‘keşide tarihi’nde değil, çekin bu tarihten önce bankaya/takas odasına ibraz edildiği tarihte doğmuş sayılacağını”²²⁷

√ “Borçlu tarafından -dava konusu taşınmazın- kızına, önce ‘çıplak mülkiyeti’nin sonra da ‘intifa hakkı’nın devredilmiş olması ve borçlanma işleminin çıplak mülkiyetin devrinden sonra yapılmış olması halinde, sadece intifa hakkının devrine ilişkin tasarrufun iptaline karar verilmesi gerekeceğini”²²⁸

√ “İİK.’nin 277 vd.na göre açılan tasarrufun iptali davalarında ‘iptal kararı’ verilmesi için, borcun doğum tarihinin, iptale konu tasarruftan önce olması gerektiğinden, takip konusu senedin (bononun) borcun doğduğu anda düzenlenmiş olması halinde, ‘borcun doğduğu tarihin senedin düzenlendiği tarihi’ olarak kabulü gerekeceğini, fakat davacı alacaklarının ‘temel borç ilişkisinin (borcun gerçek doğum tarihinin) senedin düzenlenme tarihinden önce olduğunu’ ileri sürmesi halinde, bu hususu kanıtlaması için imkan tanınması ve ulaşılabilecek sonuca göre bir karar verilmesi gerekeceğini”²²⁹

√ “Takip konusu borcun, trafik kazasından kaynaklanan maddi ve manevi tazminata ilişkin olması halinde borcun ‘takip tarihi’nde ya da ‘aciz

²²⁴ Bknz: 17. HD. 10.7.2008 T. 2790/3912; 15. HD. 21.10.1993 T. 2949/4135.

²²⁵ Bknz: 17. HD. 16.6.2008 T. 1811/3266; 19.7.2007 T. 3875/2555; 26.6.2007 T. 1080/2216.

²²⁶ Bknz: 17. HD. 8.5.2008 T. 371/2420; 10.3.2008 T. 4366/1138.

²²⁷ Bknz: 17. HD. 6.5.2008 T. 865/2397; 24.5.2007 T. 1737/1785; 15. HD. 14.1.2002 T. 5714/30.

²²⁸ Bknz: 17. HD. 1.5.2008 T. 215/2287.

²²⁹ Bknz: 17. HD. 21.2.2008 T. 5184/770; HGK. 18.2.2004 T. 15-18/82; 15. HD. 29.1.2003 T. 6349/449; 16.5.2002 T. 2052/2586 vb.

vesikasının düzenlendiği tarih'te değil, 'haksız fiilin meydana geldiği tarih'te doğmuş sayılacağını"²³⁰

√ "Daha önce 'borcun tasarruftan önceki hukuki ilişkiden doğduğunu' ileri sürebilme imkanı kendisine verilmemiş olan davacının, bu durumu ilk kez temyiz dilekçesinde ileri sürmüş olması halinde, mahkemece verilmiş olan 'davanın reddine' ilişkin kararın bozularak ' tarafların, senedin tanzim tarihinden, önceki tarihlerde herhangi bir hukuki ilişkiye girip girmedikleri'nin araştırılması gerekeceğini"²³¹

√ "Davacının alacağının daha önce doğup, senedin sonradan düzenlendiği' yolunda ne dava dilekçesinde ve ne de yargılama sırasında herhangi bir açıklama (iddia) bulunmaması halinde, mahkemece 'borcun doğum tarihinin tasarruf tarihinden sonra olması' nedeniyle 'davanın reddine' karar verilmesinde bir isabetsizlik bulunmadığını"²³²

√ "Muvazaa iddiasına dayalı tasarrufun iptali istemiyle açılmış olan davalarda, davacının zararının (dolayısı ile alacak hakkının) 'desteğin ölüm gününde' doğmuş sayılacağını"²³³

√ "Tapu kaydına şerh verilmeyen satış vaadi sözleşmesinin yapıldığı tarih'in 'tasarruf tarihi' olarak kabul edilemeyeceğini" (Mahkemece, bu satış vaadi sözleşmesine dayalı olarak verilecek tescil kararının kesinleştiği tarihin 'tasarrufun tarihi' sayılacağını)²³⁴

√ "Bir vakfın tesciliyle birlikte, vakfedilen malların mülkiyeti vakfa geçeceğinden, tasarrufun iptâline konu olan taşınmaz, borcun doğumundan (kredi sözleşmesinin imzalanmasından) sonra davalı vakfa geçirildiğinden, mahkemece 'vakfa yapılan devir işleminin iptâline' karar verilmesi gerekeceğini"²³⁵

²³⁰ Bknz: 17. HD. 28.11.2011 T. 5128/11359; 26.5.2011 T. 9286/5320; 30.10.2007 T. 4395/3299.

²³¹ Bknz: 17. HD. 30.5.2011 T. 10146/5483; 3.2.2011 T. 5065/674; 25.9.2007 T. 3195/2774.

²³² Bknz: 17. HD. 12.7.2007 T. 3031/2475.

²³³ Bknz: HGK. 4.7.2007 T: 4-450/449.

²³⁴ Bknz: 17. HD. 6.12.2005 T. 522/6606.

²³⁵ Bknz: HGK. 16.3.2005 T. 15-37/139.

√ “Çeklerin bankaya ibraz tarihinden önce yapılan tasarrufların -çeklerin düzenlenmesine neden olan temel ilişkinin daha önce olduğu alacaklı tarafından kanıtlanmış olmadıkça- iptâlinin istenemeyeceğini”²³⁶

√ “Boşanma davasının açılmasından önce yapılan tasarruf hakkında, boşanma davasından doğan alacak için iptâl davası açılmayacağını”²³⁷

√ “Borcun doğum tarihinin, tasarruf tarihinden önce olduğu'nun kanıtlanamaması halinde mahkemece, tasarrufun iptâli davasının 'dinlenme koşulunun yokluğu' nedeniyle reddedilmesi gerekeceğini”²³⁸

√ “Davacı-alacaklının talep ettiği alacağın, davacının açtığı ilk boşanma davasının açıldığı tarihte doğmuş sayılacağını”²³⁹

√ “Dava konusu tasarrufun, takip dayanağı faturalardan kaynaklanan alacak için başlatılmış icra takibinden önce yapılmış olması halinde, mahkemece taraflar arasındaki ilişkinin faturaların düzenlenmesinden evvel var olup olmadığı üzerinde durularak, borcun tasarruftan önce doğup doğmadığının özellikle tacir olan tarafların ticari defterleri incelenerek açıklığa kavuşturulması gerekeceğini”²⁴⁰

√ “Bonoda 'tanzim tarihi'nin, gerçek 'tanzim tarihi' olması zorunlu olmayıp 'tedavüle çıkarılma tarihi'nin de 'tanzim tarihi' olarak bonoya yazılması mümkün ise de, bononun üzerindeki damga pulunun 2000 yılında tedavüle çıkmış olması halinde, bono üzerinde yazılı olan 1997 tarihinin, alacağın doğum tarihi olarak kabul edilemeyeceğini”²⁴¹

√ “İcra dosyasındaki alacağın, davacı-alacaklının alacağının doğum tarihinden önce başka bir (üçüncü) kişiye temlik edilmiş olması halinde, temlik işleminin iptâline karar verilemeyeceğini”²⁴²

√ “Mahkemece, 'taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin düzenlendiği tarihin, borcun doğumundan önce olduğu' kabul edilerek, tasarrufun iptâli davasının reddine karar verilmiş ise de, tapuda taşınmazın devir işlemi,

²³⁶ Bknz: 15. HD. 23.10.2004 T. 3310/5282.

²³⁷ Bknz: 15. HD. 18.10.2004 T. 2479/5191.

²³⁸ Bknz: 15. HD. 13.10.2004 T. 2178/5077.

²³⁹ Bknz: 15. HD. 22.1.2004 T. 6492/34.

²⁴⁰ Bknz: 15. HD. 14.10.2003 T. 4002/4750.

²⁴¹ Bknz: 15. HD. 10.6.2003 T. 587/3094.

²⁴² Bknz: 15. HD. 23.9.2002 T. 2908/4069.

borcun doğumundan sonra olduğundan ve taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin tapuya alıcı adına şerh verilmesi halinde, sözleşmeden doğan hak güçlendirilerek daha sonraki hak sahiplerine karşı ileri sürülebilecek duruma geleceğinden, mahkemece satış vaadi sözleşmesinin tapuya şerh edildiği tarihin araştırılarak, bu tarihin borcun doğumundan önce olması halinde davanın reddine, sonra ise davanın kabulüne karar verilmesi gerekeceğini”²⁴³

√ *“İcra takip tarihinin, “borcun doğum tarihi” olarak kabul edilemeyeceğini”²⁴⁴*

√ *“Alacaklının ‘malen’ kaydını taşıyan bonoya dayanarak iptâl davası açmış olması ve ‘tasarruf’ ile ‘borcun doğum tarihi’nin birbirine yakın olması halinde, mahkemece borcun gerçek doğum tarihinin araştırılması gerekeceğini”²⁴⁵*

√ *“Borçlu tarafından karısına yapılan satış işleminin, daha sonra boşanmış olsalar bile -boşanma; borcun doğumundan sonra gerçekleştiği için- iptâline karar verilmesi gerekeceğini”²⁴⁶*

√ *“Senedin düzenlenmesine esas olan temel borç ilişkisi hangi tarihte doğmuş ise, borcun o tarihte doğmuş sayılacağını (bu durumda, senedin düzenlenme tarihinin, ‘borcun doğum tarihi’ sayılamayacağını)”²⁴⁷*

√ *“Elindeki ‘bonoya’ dayanarak ‘alacaklı sıfatıyla’ iptâl davası açan alacaklının alacağıının -kural olarak- bononun düzenlenme tarihinde doğmuş sayılacağını”²⁴⁸*

√ *“İİK. 278 gereğince ancak alacağın doğumundan sonra yapılan tasarrufların iptâl edilebileceğini”²⁴⁹*

√ *“Davacı-işçinin ‘kıdem tazminatı’, ‘ihbar tazminatı’ ve ‘sosyal hakları’nın, işveren tarafından işine son verildiği tarihte doğmuş sayılacağını”*

²⁴³ Bknz: 17. HD. 22.4.2009 T. 307/2610; 15. HD. 8.1.2001 T. 5713/9.

²⁴⁴ Bknz: 15. HD. 4.7.2000 T. 3016/3499; 19.2.1997 T. 6021/883.

²⁴⁵ Bknz: 15. HD. 18.4.2000 T. 1539/1882; 3.4.1996 T. 1763/1890.

²⁴⁶ Bknz: 15. HD. 20.5.1997 T. 2374/2631.

²⁴⁷ Bknz: 15. HD. 15.4.1997 T. 1170/2110.

²⁴⁸ Bknz: 15. HD. 15.10.1996 T. 5526/5278; 23.1.1992 T. 6156/148; 19.9.1991 T. 3334/4236.

²⁴⁹ Bknz: 15. HD. 24.1.1996 T. 7253/326; 31.5.1994 T. 1744/3418; 12.5.1994 T. 495/3097.

(yoksa; bu alacakların mahkemece karara bağlandığı tarihte doğmuş sayılmayacağını)²⁵⁰

√ “Davacı-alacaklının, davalı-borçlu hakkında açtığı ‘itirazın iptali davası’nın, iptâl davasına konu olan tasarrufun yapıldığı tarihten sonra kesinleşmesinin ‘davacının alacağının tasarruftan sonra doğduğu’ sonucunu doğurmayacağını”²⁵¹

√ “Harç vermek suretiyle müdahil olan kişinin alacağının, tasarruftan sonra doğduğunun anlaşılması halinde, ‘müdahil yönünden de, davanın reddine’ karar verilmesi gerekeceğini”²⁵²

belirtmiştir.

IX- İptâl davası açma hakkı, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan değildir. Bu hak, miras, devir (temlik)²⁵³ ya da yasal halefiyet yolu ile sonradan aciz belgesine sahip olan kimseye de geçer²⁵⁴.

b) İflas yolu ile takiplerde “davacı”;

İptâl davası, «iflas idaresi» tarafından -aciz belgesi sunulmadan- açılır (İİK. mad. 187, 226, 277/2)²⁵⁵.

Ancak, iflas idaresi, bu davayı açmak istemezse, iptâl davası, kendisine -İİK. mad. 245 uyarınca- “dava hakkı devir olunan alacaklı” tarafından açılır²⁵⁶.

Haciz sahibi alacaklı tarafından açılmış olan iptâl davası devam ederken -yargılama sırasında- borçlunun iflas ettiğinin anlaşılması halinde, davaya iflas idaresince devam edilir (İİK. mad. 187, 194)²⁵⁷.

²⁵⁰ Bknz: 17. HD. 10.7.2008 T. 2790/3912; 15. HD. 21.10.1993 T. 2949/4135.

²⁵¹ Bknz: 15. HD. 8.7.1992 T. 2515/725.

²⁵² Bknz: 15. HD. 11.3.1992 T. 5349/1202.

²⁵³ Bknz: 17. HD. 15.10.2009 T. 6930/6417.

²⁵⁴ ATF III 172; jdT 1930 II 67 (Naklen; **Brand, E.**: «Çev. **Aras, F. A.**» İptâl Davası, s. 29).

²⁵⁵ Bknz: 17. HD. 08.04.2013 T. 6700/4976; 15. HD. 17.5.2000 T. 2092/2426; 16.12.1993 T. 4391/5388; 13. HD. 3.4.1978 T. 645/1474.

²⁵⁶ Bknz: 17. HD. 11.11.2008 T. 2109/5231; 15. HD. 26.2.2007 T. 242/1157; 30.4.2001 T. 142/2269; 22.1.2001 T. 3536/358 - 15. HD. 10.5.2004 T. 1892/2621; 1.10.2001 T. 3971/4209.

İflas kapandıktan sonra ise, iptâl davasını açma hakkı, iflâs idaresine aittir (İİK. mad. 255). Elinde “aciz belgesi” bulunan -yani ‘iflâs açığı belgesi’ne dayanan- alacaklı sadece bu aciz belgesine dayanarak -haciz yolu ile takipten farklı olarak- iptâl davası açamaz. Bunun için, alacaklıya bu dava hakkının İİK. mad. 255/III, 245 uyarınca devredilmiş olması gerekir.

Buna karşın, bir iflâs alacaklısı, başkasının sıra cetveline kabul edilen alacağına, bu alacağı doğuran tasarrufun İİK. mad. 278-280’e göre “iptâle tâbi olduğu” gerekçesiyle itiraz etmek istiyorsa (İİK. mad. 235/II), bu halde, İİK. mad. 245’e göre kendisine yetki verilmemiş olsa bile, alacaklı “sıra cetveline itiraz davası” adı altında, ayrıca iptâl davası açabilir²⁵⁸.

“Terekenin iflâs hükümlerine göre tasfiyesi”nde kimin tasarrufun iptâli davası açabileceği konusunda kanunda bir açıklık bulunmamaktadır. **Doktrinde** bu durumda “tasarrufun iptâli davası açma hakkının iflâs idaresi görevini yapan tasfiye memuruna ait olduğu” ifade edilmiştir²⁵⁹.

c) 6183 sayılı Kanuna göre açılan tasarrufun iptâli davalarında “davacı”;

6183 sayılı Kanun uyarınca, kamu alacağından dolayı, kimlerin “iptâl davası” açabileceği adı geçen kanunda -İİK. mad. 277’e benzer bir şekilde- gösterilmediği halde, kime karşı bu davaların açılacağı, kanunun 25. maddesinde²⁶⁰ -İİK. mad. 282’ye paralel şekilde- düzenlenmiştir.

6183 sayılı Kanunda, kamu alacağından dolayı iptâl davasını kimlerin açabileceği açıkça düzenlenmemişse de, gerek **doktrinde**²⁶¹ ve gerekse **Yargıtay içtihatlarında**, bu davaların, “vergi, resim, harç, ceza koğuşturmalarına ait yargılama giderleri, vergi cezası, para cezası ile bunların

²⁵⁷ Bknz: 17. HD. 24.2.2011 T. 686/1624; 15. HD. 22.1.2001 T. 3536/358.

²⁵⁸ **Kuru**, B.: a.g.e., C:4, s. 3521; **Kuru**, B.: El Kitabı, s. 1422.

²⁵⁹ **Deynekli**, A.: Terekenin İflâs Hükümlerine Göre Tasarrufun İptâli Davasını Kim Açabilir? (Prof. Dr. Bilge Öztan Armağanı, 2008, s. 302).

²⁶⁰ **MADDE: 25** - «İptâl, borçlu ile hukuki muamelede bulunan veya borçlu tarafından kendisine ödeme yapılan kimselerle, bunların mirasçılarına ve suiniyet sahibi diğer üçüncü şahıslara karşı istenir.»

²⁶¹ **Kostakoğlu**, C.: 6183 sayılı Kanuna göre Amme Alacaklarının Tahsili Yönünden İptâl Davası (Yarg. D. 1991/1-2, s. 10 vd.; Yasa D. 1990/9, s. 1233 vd.); **Şimşek**, E.: Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Kanun Şerhi, s. 196.

gecikme zammı ve faiz gibi eklentileri ve kamu hizmetlerinin yerine getirilmesinden doğan alacaklar ile bunların takip masrafları” (6183 sayılı K. mad. 1) olarak nitelenen kamu alacaklarını, borçlularından tahsil edememiş olan;

aa) Devlet,

bb) İl özel idareleri,

cc) Belediyeler,

dd) Çeşitli yasalarda nitelikleri belirtilen alacakların tahsili için kendisine takip yetkisi tanınan kurum ve kuruluşlar, tarafından açılır²⁶².

Uygulamada, *Vergi Dairesi Müdürlüğü, Maliye ve Gümrük Bakanlığı, Maliye ve Gümrük Bakanlığı adına Vergi Dairesi Müdürlüğü, Vergi Dairesi Müdürlüğüne izafetle Maliye Hazine, Maliye Hazinesini temsilen Mal Müdürlüğü* vb. tarafından iptâl davalarının açıldığı görülmektedir...

Belirtilen ve kısaca “*kamu idareleri*” diye isimlendirebileceğimiz kurum ve kuruluşların iptâl davası açabilmeleri için,

1- Borçlu hakkında doğmuş olan kamu alacağının kesinleşmiş²⁶³ ²⁶⁴ ve ödeme tarihi geçmiş (muaccel olmuş) bulunmalıdır.

Kamu alacağı, borçlusuna tebliğ edilip onun tarafından süresinde *itiraz olunmaması* veya yaptığı *itirazın vergi mahkemesince reddedilmesi* ile kesinleşir.

Yüksek mahkeme²⁶⁵ “*kamu alacağının en geç yargılama sırasında ve hükümden önce kesinleşmiş olmasını*” açılmış olan tasarrufun iptâli dava-

²⁶² Ayrıntılı bilgi için bkz: **Askan**, F.: 6183 sayılı A.A.T.U.H.K. Uyarınca Kamu İcra Hukukunda Tasarruf İptâl Davaları, s. 97 vd.; **Toktaş**, M.: Kamu Alacağının Korunmasında Tasarrufun İptâli Davaları, s. 126 vd.

²⁶³ Bknz: 17. HD. 11.03.2013 T. 6889/3205; 24.05.2011 T. 10367/5181; 10.05.2011 T. 11572/4547; 31.03.2011 T. 6364/2901; 31.03.2011 T. 2008/2905; 17.6.2010 T. 2805/5638; 24.2.2009 T. 4557/871; 10.5.2011 T. 11572/4547; 31.3.2011 T. 2008/2905; 8.10.2007 T. 3122/2999; 25.9.2007 T. 3274/2799; 25.9.2007 T. 3237/2798; 11.6.2007 T. 2809/2007 vb. - 9.11.1994 T. 5324/6642.

²⁶⁴ Karş: 15. HD. 16.1.1995 T. 6377/76.

sının görülmesi için yeterli saymıştır. Başka bir deyişle, “*kamu alacağıının dava açılmadan önce kesinleşmiş olması*” gerekmemekte ve açılmış olan tasarrufun iptâli davasının reddine neden olmamaktadır...

Ayrıca önemi nedeniyle belirtelim ki, ihtiyaten tahukuk ettirilen ve hakkında ihtiyati haciz kararı verilip uygulanan kamu alacakları için -kesinleşip, ödeme günü gelmemiş olduğu için- iptâl davası açılmaz²⁶⁶.

Yüksek mahkeme bu konuyla ilgili olarak ayrıca;

√ «6183 sayılı AATUHK'nun 24 ve devamı maddeleri gereğince açılmış tasarrufun iptali istemine ilişkin davaların dinlenebilmesi için borçlu hakkındaki takibin kesinleşmiş olması gerekeceği, davacı tarafından davalı borçlu hakkında düzenlenen ödemeye çağrı mektubu, ödeme emri ve bunlara istinaden düzenlenen ihtiyati haciz kararlarının kesinleşmiş mahkeme kararı ile ortadan kaldırıldığından davanın, dava koşulu yokluğundan reddine karar verileceğini»²⁶⁷

√ «Tasarrufun iptal davasında davacı alacaklının (2006 yılı Ocak ayından 2008 Aralık ayına kadar olan döneme ilişkin) vergi borcundan kaynaklanan alacağı hesaplanırken, vadesi geçen vergi borcu miktarının esas alınmasının hatalı olacağını- davacının alacak ve ferilerinin vade tarihine göre değil asıl alacağın; borcun doğduğu tarih, gecikme faizinin ise vade tarihine göre hesaplanması gerektiğinden bilirkişi raporunun hükme esas alınamayacağı, ek rapor veya yeni bir hesap uzmanı bilirkişiden 2006 yılı ocak ayından iptale konu tasarruf tarihine kadar olan idare alacağı ve fer'ileri konusunda rapor alınarak sonucuna göre karar verilmesi gerekeceğini»²⁶⁸

√ «Kamu alacağıından dolayı açılan tasarrufun iptali davasının dinlenebilmesi için borçlu hakkındaki takibin kesinleşmiş olması gerekeceğini; borçlu tarafından kendisine gönderilen ödeme emrinin iptali için vergi mahkemesinde dava açılmış olması ve bu konuda verilen kararın henüz

²⁶⁵ Bknz: 17. HD. 21.03.2011 T. 6922/2511; 7.4.2009 T. 5331/2168.

²⁶⁶ **Kostakoğlu, C.:** a.g.m. (Yarg. D.1991/1-12, s. 12; Yasa D. 1990/9, s. 1235); **Şimşek, E.:** a.g.e., s. 189.

²⁶⁷ Bknz: 17. HD. 11.03.2013 T. 6889/3205.

²⁶⁸ Bknz: 17. HD. 27.11.2012 T. 10816/13091.

kesinleşmemiş olması halinde, verilecek kararın kesinleşmesinin beklenmesi gerekeceğini»²⁶⁹

belirtmiştir...

2- Kesinleşen kamu alacağı için, *icra takibi yapılmış olmalı ve icra takibi de* -süresinde itiraz edilmemesi yahut itirazın kaldırılması suretiyle- *kesinleşmiş olmalıdır.*

3- Borçlu; a) Süresi içinde veya hapsen tazyikine rağmen “*mal beyanında*” bulunmamış olmalıdır veya b) “*Mali bulunmadığını*” bildirmiş olmalıdır yahut c) “*Beyan ettiği malların borcunu ödemeye yetmeyeceği*” anlaşmış olmalıdır (mad. 27; 29).

Belirtilen bu durumlar, “*borçlunun ödeme güçsüzlüğü içinde bulunduğu*” **karine** sayılmıştır.

Bu konu ile ilgili olarak uygulamada önem taşıyan şu hususa da değinelim; kamu idaresinin, iptâl davası açabilmesi için -İİK.’na göre açılan iptâl davalarında olduğu gibi- **aciz belgesi** alıp, bunu mahkemeye sunması zorunlu mudur? Bu konunun doktrinde, tartışmalı olduğunu görüyoruz. Gerçekten, **bir görüşe göre**²⁷⁰, Devlete (kamu idarelerine), özel kişilerden farklı bir ayrıcalık tanınmaz. 6183 sayılı 24 ve onu izleyen maddelerine göre iptâl davası açılabilmesi için, tahsil dairesinin tüm yasa yollarını uygulamasına rağmen, alacağını alamadığını öncelikle kanıtlaması zorunlu ve gerekli sayılmalıdır. İdare, borçlunun bu durumunu “*aciz fişi*” ile (6183 s. K. mad. 75) veya borçlunun haczi mümkün başka malı olmadığını belirten “*haciz tutanağı*” ile kanıtlayabilir. Ancak, 6183 sayılı Kanunun 27 ve 29/I. maddesindeki durumlar, borçlunun ödeme güçsüzlüğü içinde bulunduğu karine sayıldığından, bu durumda alacaklı kamu idaresinin ayrıca *aciz belgesi* sunmasına gerek kalmaz... Katıldığımız **diğer bir görüşe göre**²⁷¹ ise, iptâl davasının görülebilmesi için, alacaklı kamu idaresinin ayrıca kesin ya da geçici aciz belgesi alıp, bunu mahkemeye sunmasına gerek yoktur. Yakın

²⁶⁹ Bknz: 17. HD. 12.11.2012 T. 4538/12378.

²⁷⁰ **Şimşek**, E.: a.g.e., s. 191 vd.

²⁷¹ **Kostakoğlu**, C.: a.g.m. (Yarg. D.1991/1-2, s. 10; Yasa D.1990/9, s. 1233); **Özmen**, İ.: 6183 sayılı Kanundan Kaynaklanan Tasarrufun İptali Davaları (Tür. Not. Bir. Huk. D. Mayıs/2009, s. 144, s. 53 vd.).

zamana -Şubat/2007- kadar tasarrufun iptâli davaları hakkında mahkemelerde verilen kararları temyizen inceleyen **Yargıtay 15. Hukuk Dairesi**²⁷² ve bugün aynı kararları temyizen inceleyen **Yargıtay 17. Hukuk Dairesi**²⁷³ içtihatlarında, ikinci görüşü benimseyerek “*kamu alacağından dolayı idarenin borçlu hakkında aciz belgesi almadan iptâl davası açabileceğini*” belirtmiştir...

Tasarrufun iptali davasında “tasarruf tarihi itibariyle” doğmuş olan vergi borcunun miktarı (borç aslı+fer’ileri) saptanır...²⁷⁴

Alacaklı kamu idaresinin, iptâl davası açabilmesi için, *kamu alacağının, iptâl konusu tasarruftan önce doğmuş olması* zorunlu mudur? Ya da başka bir deyişle, alacaklı kamu idaresi, borçlunun iptâl (dava) konusu tasarrufundan sonra doğan alacağı için, borçlunun daha önce yaptığı tasarrufların iptâlini isteyebilir mi? **Bir görüşe göre**²⁷⁵, davacı kamu idaresinin alacağı, borçlunun iptâl (dava) konusu tasarrufundan önce doğmuş olmalıdır. Eğer, tasarrufun yapıldığı tarihte, vergiyi doğuran olay henüz ortaya çıkmamışsa, süre ne olursa olsun, işlemin iptâli dava edilemez. Çünkü, üçüncü kişi, borçlunun malvarlığını görerek ve vergiyle (kamu borcuyla) bir ilgisi olmadığını düşünerek, onunla işlemde bulunmuştur. Özel hukukta da durum aynıdır. Aksi halde, kişiler arasındaki güvensizlik, hukuksal ilişkilerde de duraksamalar yaratılır... Buna karşın, katıldığımız **diğer bir görüşe göre**²⁷⁶, Hükümet Gereğesinde de ifade edildiği gibi, ileride doğacak kamu borçlarını ödeyemeyecek derecede malvarlığını önceden azaltan kişinin, yaptığı bu tasarrufların kamu idaresine karşı geçersiz sayılması, kamu yararı yönünden gerekli görülmüştür. Kanun tasarının TBMM’de görüşülmesi sırasında bu konu tartışılmış ve “*kamu alacağını doğuran olayın doğumundan önce yapılan tasarrufların maddenin kapsamı dışında bırakılması*”na ilişkin teklif (öneri) reddedilmiş ve kanun bugünkü şekliyle kabul edilmiştir.

²⁷² Bknz: 15. HD. 24.6.2003 T. 1643/3472; 8.12.1997 T. 4752/5269.

²⁷³ Bknz: 5.4.2011 T. 2254/3055; 14.9.2009 T. 6724/5326; 17. HD. 25.12.2008 T. 3555/5754; 6.5.2008 T. 864/2398; 7.2.2008 T. 5281/458.

²⁷⁴ Bknz: 17. HD. 17.6.2010 T. 2805/5638; 24.2.2009 T. 4557/871.

²⁷⁵ **Şimşek**, E.: a.g.e., s. 190.

²⁷⁶ **Kostakoğlu**, C.: a.g.m. (Yarg. D.1991/1-2), s. 14, Yasa D.1990/9, s. 1237).

Bütün bu nedenlerle, 6183 sayılı Kanuna göre yapılan icra takiplerine dayalı iptâl davalarında, “*alacağın tasarrufun yapıldığı tarihten önce veya sonra doğması*” önem taşımaz.

Yüksek mahkeme²⁷⁷ de, bu konudaki içtihatlarında *birinci görüşe* katılmıştır...

Kamu alacağından dolayı *iflasın açılmasından sonra* -borçlunun, iflastan önceki dönemde alacaklılarından mal kaçırmak amacı ile yaptığı bağışlama ve hileli tasarrufların iptâli için- iptâl davası, “*iflas idaresi*” veya -onun masa adına dava açılmasında yarar görmediği durumlarda- “*kendisine dava açma hakkını devrettiği kamu idaresi*” tarafından açılır²⁷⁸.

Ş B. İPTÂL DAVASINDA DAVALI TARAF

İİK. mad.282’de, *tasarrufun iptâli davasının kimler aleyhine (kimlere karşı) açılabileceği* başka bir deyişle bu davalarda kimlerin davalı olabileceği düzenlenmiştir...²⁷⁹

I- 538 sayılı Kanun ile -1965 yılında- yapılan değişiklik sonunda, iptâl davalarında borçlunun da «davalı» olarak gösterilmesi ilkesi kabul edilmiştir. Daha önce, böyle bir zorunluk olmadığı halde uygulamada «*borçlunun da davalı olarak gösterilmesi gerektiğine*» **Yargıtay kararlarında**²⁸⁰ işaret edilmiş olduğu gibi, **doktrinde** de bu görüşü savunan yazarlar²⁸¹ vardı...

²⁷⁷ Bknz: 17. HD. 16.5.2011 T. 4276/4869; 10.5.2011 T. 11572/4547; 01.04.2013 T. 9904/4522; 31.03.2011 T. 6364/2901; 31.03.2011 T. 2008/2905; 24.05.2011 T. 10367/5181; 23.12.2010 T. 3122/11438; 08.07.2010 T. 4306/6635; 9.10.2007 T. 3034/3030; 5.10.2004 T. 2573/4847; 15. HD. 2.4.2002 T. 1363/1549 vb.

²⁷⁸ Bknz: 15. HD. 17.1.1995 T. 6538/115.

²⁷⁹ Bknz: **Uyar**, T.: Tasarrufun İptali Davasının Tarafları (Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan, C:2, s. 2243-2274).

²⁸⁰ Bknz: 4. HD. 17.1.1953 T. E:27, K:150 (TİK. 1953, C:1, s. 438) - 5. HD. 30.12.1952 T. E:4000, K:4694 (TİK. 1952, C:II, s. 1353) - 4. HD. 29.4.1952 T. E:2690, K:2294 (TİK. 1952, C:1, s. 442).

²⁸¹ **Belgesay**, M. R.: İcra ve İflas Hukuku (Sentetik Bölüm), C:2, s. 170; **Arar**, K.: İcra ve İflas Hükümleri, C:2, s. 241.

538 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle, bu konudaki duraksamalara son verilmiş ve «borçlu»nun da -diğer davalılarla birlikte- davalı olacağı kabul edilmiştir^{282 283}.

II- a) Haciz yolu ile takipte açılan iptâl davalarında, aşağıdaki kimselerin davalı olarak gösterilmesi gerekir:

aa) «Asıl borçlu» ve «iptâl konusu tasarruftan yararlanan üçüncü kişi» (yani; «borçlu» ve «borçlu ile iptâl konusu işlemi yapan veya kendisine borçlu tarafından bir ödemede bulunulan kimse») (İİK. mad. 282, c:1)²⁸⁴.

Burada, «iptâl konusu tasarruftan yararlanan üçüncü kişi»nin yani «borçlu ile işlemde bulunmuş olan üçüncü kişi»nin aleyhine iptâl kararı verilebilmesi için; İİK. mad. 278'e dayanılan durumlarda davalı - üçüncü kişinin *kötüniyetli* olması gerekmediği halde, İİK. mad. 279'a dayanılan durumlarda «lehine tasarrufta bulunulan davalı üçüncü kişinin *borçlunun durumunu bilmesi*» (İİK. mad. 279/II) gerektiği gibi, İİK. mad. 280'e göre açılan iptâl davalarında da «davalı üçüncü kişinin *borçlunun durumunu ve zarar verme kasdını bilmesi ya da bilmesini gerektiren açık emarelerin bulunması*» (İİK. mad. 280/I) gerekir...

Hemen belirtelim ki; «borçluya ait taşınmaz vekaleten başkasına satan kişi (vekil)», açılan iptâl davasında «davalı» olarak gösterilemez²⁸⁵.

bb) Asıl borçlu ve iptâl konusu tasarruftan faydalanan kimsenin «mirasçılar»²⁸⁶. Açılan iptal davalarında, «mirasçılar»ın, iptâl davasında

²⁸² Gürdoğan, B.: İptâl Davaları (İcra ve İflâs Kanunu Değişiklik Tasarısı Hakkında Seminer, 1965) s. 163.

²⁸³ Bu düzenlemenin eleştirisi için bkz: UMAR, B.: a.g.e., s. 48, dipn.1.

²⁸⁴ Bknz: 17. HD. 30.05.2011 T. 10068/5481; 17.05.2011 T. 4056/4907; 26.04.2011 T. 12695/3913; 20.01.2011 T. 7836/219; 21.10.2010 T. 2974/8597; 17.06.2010 T. 4967/5636; 25.12.2008 T. 3217/5748; 25.12.2008 T. 3555/5754; 23.12.2008 T. 3807/5724; 26.9.2008 T. 2841/4334 vb. - 15. HD. 12.6.2006 T. 1509/3470; 24.12.2003 T. 6382/6240; 22.10.2003 T. 4033/4936 vb.

²⁸⁵ Bknz: 15. HD. 4.5.1992 T. 1042/2331; 26.6.1989 T. 1614/3044.

²⁸⁶ Bknz: 17.HD. 23.12.2008 T. 3807/5724; 30.10.2007 T. 3575/3296; 15. HD. 19.2.2007 T. 6667/1004 vb. - 15. HD. 24.12.2003 T. 6382/6240; 22.10.2003 T. 4033/4936; 10.6.2003 T. 587/3094 vb.

«davalı» olarak yer alabilmesi için, kendilerinin kötünietli bulunmaları gerekmez. Ancak, üçüncü kişinin bilgisinin arandığı durumlarda (İİK. mad. 279, 280), bu bilgi mirasçılar bakımından değil, miras bırakan bakımından aranmalıdır²⁸⁷.

Yüksek mahkeme, «*mirasçılarının, iptâl davalarında ‘davalı’ olarak gösterilmeleri*» konusu ile ilgili olarak;

√ «*Borçlu miras bırakanın mirasının en yakın bütün mirasçıları tarafından reddedilmiş olması halinde mirasın iflas hükümlerine göre tasfiyesi için yasal prosedürün uygulanması, sonuçlandırıldığı takdirde mirası reddedilen borçlu için atanacak ve yetkilendirilecek bir temsilci ile açılmış olan tasarrufun iptali davasına devam edilmesi ve buna göre taraf teşkili sağlandıktan sonra bir karar verilmesi gerekeceğini*»²⁸⁸

√ «*Borçlunun mirasçısı olan davalıların, dava açılmadan önce mirası reddetmiş olmaları halinde, açılmış olan iptâl davasının ‘husumet nedeniyle’ reddedilmesi gerekeceğini*»²⁸⁹

√ «*Tasarrufun iptâli davası devam ederken, davalı-borçlunun (borçluların) ölüp, mirasçılarının da mirası reddetmesi halinde, durumun sulh mahkemesine bildirilerek, mirasın iflâs kurallarına göre tasfiyesinin sağlanması ve mahkemece mirası reddeden mirasçılar için bir temsilcisi atanarak, onun huzurunda davaya devam edilmesi gerekeceğini*»²⁹⁰

belirtmiştir.

Devlet, MK. mad. 501 gereğince mirasçı olursa, iptâl davası onun aleyhine de açılır²⁹¹. Örneğin; borçlunun iptâl konusu tasarrufu yaptıktan sonra ölmesi ve mirasçılarının da mirası reddetmesi halinde, iptâl davasının, «*borçlu ile işlemde bulunan üçüncü kişi*» (alıcı) ile Hazine aleyhine açılması gerekir²⁹².

²⁸⁷ **Gürdoğan**, B.: İflâs Hukuku Dersleri, s. 241.

²⁸⁸ Bknz: 17. HD. 24.05.2011 T. 10367/5181.

²⁸⁹ Bknz: 15. HD. 19.9.2002 T. 2834/4050.

²⁹⁰ Bknz: 17. HD. 28.06.2012 T. 7326/8329; HGK. 3.7.2002 T. 15-572/577.

²⁹¹ **Umar**, B.: a.g.e., s. 50.

²⁹² Bknz: 15. HD. 30.1.1989 T. 3821/270.

cc) «Asıl borçlu» ve «kötüniyetli dördüncü kişi»ler (İİK. mad. 282, c:2)²⁹³. Buradaki «dördüncü kişi»lerden maksat; «*lehine borçlu tarafından tasarrufta bulunulmuş olan -iptâle tâbi- tasarrufu borçludan devralmış olan kişi»lerdir*²⁹⁴. Bu kişilere karşı iptâl davası açabilmesi için, bu kişilerin kötü niyetli olduklarının -davacı alacaklı tarafından- ispat edilmesi gerekir²⁹⁵. «Dördüncü kişilerin kötüniyetli olduğu» davacı alacaklı tarafından her türlü kanıtla -«tanık» dahil- ispat edilebilir.

Eğer, açılan iptâl davasında, yukarıda belirtilen kişiler «birlikte» davalı olarak gösterilmemişse, örneğin, dava sadece «*borçlu» ya da «üçüncü kişi»ye karşı açılmışsa, davanın hakkında dava açılmamış olan diğer kişiye de yöneltilmesi -daha doğrusu, bu kişilerin de davaya katılmalarının sağlanması- için süre verilmesi gerekir. Yani bu durumda, yeniden dava açılması gerekmeksizin, dava dilekçesinin, davada daha önce «*davalı» olarak gösterilmemiş olan fakat gerçekte «davalı» olarak yer alması gereken kişi (ya da kişilere) tebliğ edilmek suretiyle, tüm davalıların önünde duruşmaya devam edilmesi gerekir. Yüksek mahkeme de bu çözüm doğrultusunda içtihatla bulunmuştur*²⁹⁶. Ancak, kimi kararlarında, bu durumda; «... *mahkemece, öncelikle davacıya, -davada 'davalı' olarak gösterilmemiş olan-* borçlu hakkında da dava açması için mehil verilmeli, açılacak davanın birleştirilmesinden sonra esas hakkında karar verilmelidir...»²⁹⁷ şeklinde bir çözüm önermişse de, bu çözüm şekli, diğeri kadar pratik olmadığı için uygulamada çok tercih edilmemektedir.*

Yukarıda belirtilen durumlarda, borçlu ile lehine tasarruf yapılan üçüncü kişi (ve iptâle tâbi tasarruf konusu mal veya haklı üçüncü kişiden devralmış olan kötüniyetli dördüncü kişi) -şekli anlamda- «*zorunlu dava*

²⁹³ Bknz: 15. HD. 12.6.2006 T. 1509/3470; 24.12.2003 T. 6382/6240; 22.10.2003 T. 4033/4936 vb. - 17. HD. 27.9.2007 T. 3228/2830; 15. HD. 22.3.2005 T. 6529/1708; 3.2.2005 T. 7361/485 vb.

²⁹⁴ Bknz: 17. HD. 8.7.2010 T. 698/6628.

²⁹⁵ Bknz: 17. HD. 27.9.2010 T. 6295/7377; 8.7.2010 T. 698/6628; 18.11.2008 T. 5121/5376; 7.11.2008 T. 2850/5172; 26.9.2008 T. 2667/4332; 3.7.2008 T. 847/3728 vb.

²⁹⁶ Bknz: 17. HD. 25.12.2008 T. 3217/5748; 23.12.2008 T. 3807/5724; 5.6.2008 T. 565/3078; 26.2.2008 T. 4980/848 vb.

²⁹⁷ Bknz: 15. HD. 26.2.2004 T. 324/1042; 19.2.1990 T. 4667/677.

arkadaşı» durumundadır^{298 299}. Bu nedenle, mahkeme, bu kişilerin açılmış olan iptâl davasında «davalı» olarak gösterilmiş olup olmadığını kendiliğinden araştırır³⁰⁰.

Yüksek mahkeme;

√ «Borçlu ile lehine tasarrufta bulunduğu kişi arasında zorunlu dava arkadaşlığı bulunduğundan bu hususun mahkemece res'en gözönünde bulundurulması gerekeceğini»³⁰¹

√ «İİK'nun 282. maddesine göre borçlu ve borçlu ile hukuki işlemde bulunan üçüncü kişiler arasında zorunlu dava arkadaşlığı bulunduğundan, davada taraf gösterilmeyen borçlu için taraf teşkili sağlanıp deliller toplanıldıktan sonra oluşacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekeceğini»³⁰²

√ «İİK'nun 282. maddesi hükmü gereğince tasarrufun iptali davalarında, davalı olarak borçlu ve borçlu ile hukuki muamelede bulunan kişiler arasında mecburi dava arkadaşlığı olduğundan, taraf teşkili sağlanmadan işin esasına girilemeyeceğini»³⁰³

√ «Tasarrufun iptali davalarında takip borçlusunu yasal hasım konumunda olduğundan, davalı olarak gösterilmese de karşı dava dilekçesi ekli duruşma gün ve saatini gösterir uyarılı davetiye ile duruşmaya davet edilip

²⁹⁸ Kuru, B.: a.g.e., C:4, s. 3522; Kuru, B.: El Kitabı, s. 1425; Pekcanitez, H./Atalay, O./Özkan, M. S./Özekes, M.: İcra ve İflas Hukuku, 6. Bası, s. 683; Muşul, T.: İcra ve İflas Hukuku, s. 1312; Yıldırım, M. K.: İcra ve İflas Hukukunda İptâl Davaları, s. 264; Üstündağ, S.: İflâs Hukuku, s. 297, dipn. 242a; Karataş, İ./Ertekin, E.: a.g.e., s. 57 vd.; Oskay, M./Koçak, C./Deynekli, A./Doğan, A.: a.g.e., C:5, s. 6017; Sarısözen, İ.: a.g.m., s. 290; Kostakoğlu, C.: a.g.m. (Ad. D. 1989/6 s. 30 - Yasa D. 1989/8, s. 1054); Ulukapı, Ö.: Medeni Usul Hukukunda Dava Arkadaşlığı, s. 104; Güneren, A.: Tasarruf İptâl Davaları, s. 99.

²⁹⁹ Bknz: 17. HD. 25.12.2008 T. 3217/5748; 23.12.2008 T. 3807/5724; 5.6.2008 T. 565/3078; 26.2.2008 T. 4980/848; 15. HD. 19.2.2007 T. 6667/1004 vb. - 17. HD. 5.11.2007 T. 3606/3386.

³⁰⁰ Bknz: 17. HD. 25.12.2008 T. 3217/5748; 5.6.2008 T. 565/3078; 4.10.2007 T. 3304/2949 vb.

³⁰¹ Bknz: 17. HD. 09.04.2013 T. 7744/5115.

³⁰² Bknz: 17. HD. 14.12.2010 T. 10689/11025.

³⁰³ Bknz: 17. HD. 28.02.2011 T. 5721/1738.

savunmasını yaparak delillerini sunabilme olanağının kendisine tanınması, bundan sonra toplanacak delillere göre işin esası hakkında bir karar verilmesi gerekeceğini»³⁰⁴

√ «İptale konu tasarruf ile açılan tasarrufun iptali davası arasında İİK mad. 284'de öngörülen 5 yıllık hak düşürücü süreden fazla bir sürenin geçmiş olması halinde davanın reddi gerekeceğini- Tasarrufun iptali davasının borçlu ve borçlu ile işlem yapan üçüncü kişiye karşı açılması gerekeceğini (İİK. mad. 282), olayda davalı olarak gösterilen kimse hakkında yapılmış bir icra takibi bulunmadığı gibi adı geçen davalı tarafından yapılan bir tasarruf işlemi de bulunmadığından, bu davalı yönünden davanın husumet nedeniyle reddi gerekeceğini»³⁰⁵

√ «Takip borçlusunun tasarrufun iptali davalarında mecburi dava arkadaşı olarak yasal hasım konumunda olduğunu (İİK mad. 282), tasarrufun iptali dava dilekçesinin borçluya tebliğ edilmemesinin ve borçlunun sadece birleşen istihkak davası nedeni ile duruşmaya çağrılmasının savunma ve adil yargılanma haklarını ihlal edeceğini»³⁰⁶

√ «Dava konusu aracın, yargılama sırasında dava dışı dördüncü kişiye satılmış olması halinde, davacıya bu kişiyi davaya dahil edip etmeyeceği sorularak, davanın bedele dönüşüp dönüşmediğinin saptanması gerekeceğini»³⁰⁷

√ «'Taraf teşkili' kamu düzeni ile ilgili olup, mahkemece kendiliğinden gözetileceğinden, aralarında 'zorunlu dava arkadaşlığı' bulunan 'borçlu' ya da 'üçüncü kişi'nin açılan davada davalı olarak gösterilmemiş olması halinde, bu kişiye usulüne göre dava dilekçesi tebliğ edilip, kendisine savunma olanağı tanınmadan tasarrufun iptali davasının sonuçlandırılmayacağını»³⁰⁸

³⁰⁴ Bknz: 17. HD. 18.02.2013 T. 546/1725.

³⁰⁵ Bknz: 17. HD. 01.11.2012 T. 10386/11800.

³⁰⁶ Bknz: 17. HD. 19.03.2012 T. 1251/3286.

³⁰⁷ Bknz: 17. HD. 10.05.2011 T. 11572/4547.

³⁰⁸ Bknz: 17. HD. 19.01.2009 T. 3284/13; 20.01.2009 T. 2849/87; 19.02.2009 T. 697/805; 09.03.2009 T. 5276/1209; 12.05.2009 T. 2265/3087; 14.05.2009 T. 1792/3136; 01.06.2009 T. 725/3776; 02.07.2009 T. 2018/4866; 21.12.2009 T. 6548/8632; 28.12.2009 T. 8437/9006; 18.01.2010 T. 6390/15; 22.03.2010 T. 442/2543; 23.05.2011

√ «İptâl davasında, ‘borçlu’ ve ‘borçlu ile hukuki ilişkide bulunan üçüncü kişiler’, ‘kötüniyet sahibi üçüncü (dördüncü) kişiler’ ve ‘bunların mirasçuları’nın, ‘zorunlu dava arkadaşı’ durumunda olduğu, mahkemenin bu kişilerin ‘davalı’ olarak gösterilmiş olup olmadığını kendiliğinden araştıracağı ve eğer ‘davalı’ olarak gösterilmemişlerse, kendilerine dava dilekçesi gönderilerek davaya dahil edilmeleri için davacıya süre verilmesi gerekeceğini»³⁰⁹

belirtmiştir.

Buna karşın; «borçlu» ile «dördüncü kişi» (yani üçüncü kişi ile işlemde bulunan, borçlu ile doğrudan doğruya işlemde bulunmamış olan kişi) arasında da «zorunlu dava arkadaşlığı» bulunduğu **doktrinde**^{310 311} ileri sürülmesine rağmen, **yüksek mahkeme** bu durumda «ihtiyari dava arkadaşlığı»nın bulunduğu kabul edilmektedir³¹².

Yüksek mahkeme, bu konu ile ilgili olarak;

√ «‘Borçlu’ ile hukuki işlemde bulunan ‘üçüncü kişi’ arasında ‘zorunlu dava arkadaşlığı’ bulunmasına rağmen ‘borçlu’ ile ‘dördüncü kişi’ arasında ‘ihtiyari dava arkadaşlığı’ bulunduğundan, davacının takibi olmadığı halde, mahkemece kendiliğinden, ‘dördüncü kişinin de davaya dahil edilmesi’ konusunda, davacıya süre verilemeyeceğini»³¹³

T. 11458/5143; 07.02.2011 T. 6554/893; 25.11.2010 T. 5364/10054; 01.04.2013 T. 5724/4509.

³⁰⁹ Bknz: 17. HD. 26.02.2008 T. 4980/848; 15. HD. 10.03.2005 T. 6646/1364; 19.02.2007 T. 6667/1004; 17. HD. 04.10.2007 T. 3304/2949; 05.06.2008 T. 565/3078; 30.10.2007 T. 3575/3296; 26.09.2008 T. 2841/4334; 15. HD. 06.10.2004 T. 1205/4874; 18.10.2004 T. 2503/5194; 18.10.2004 T. 2422/5195; 17. HD. 23.12.2008 T. 3807/5724; 17. HD. 25.12.2008 T. 3217/5748; 25.12.2008 T. 3555/5754; 05.05.2009 T. 6065/2868; 07.05.2009 T. 2710/2908; 17. HD. 30.06.2009 T. 3279/4758; 22.10.2009 T. 5393/6636; 15.12.2009 T. 6557/8458; 29.12.2009 T. 8677/9126; 23.05.2011 T. 11458/5143; 28.03.2011 T. 7348/2748; 10.02.2011 T. 5314/1004; 07.02.2011 T. 6554/893.

³¹⁰ **Kuru, B.:** a.g.e., C:4, s. 3530; **Kuru, B.:** a.g.e., El Kitabı, 2. Baskı, s. 1423.

³¹¹ Karş: **Muşul, T.:** a.g.m., s. 2823.

³¹² Bknz: 17. HD. 5.11.2007 T. 3606/3386 - 15. HD. 5.6.2002 T. 2104/3024.

³¹³ Bknz: 17. HD. 21.10.2010 T. 2974/8597; 5.11.2007 T. 3606/3386.

√ «Dava konusu taşınırı/taşınmazı 'borçlu'dan değil de borçlu ile işlemde bulunan 'üçüncü kişi'den devir (satın) almış olan kişilerin (dördüncü kişilerin), tasarrufun iptâli davalarında 'ihtiyari dava arkadaşı' konumunda olduklarını, bu kişilerin kötünietli olduğunu kanıtlayabilen davacıların bu kişileri açtığı davada 'davalı' olarak gösterebileceğini veya daha sonra haklarında ayrı dava açıp, diğer (önceki) dava ile birleştirebileceğini (yoksa davacıların açmış oldukları davaya 'dahili dava' yoluyla bu kişileri dahil edemeyeceğini)»^{314 315}

belirtmiştir.

İptâl davasında, borçlu ile diğer davalı birlikte hareket etmezlerse, örneğin; biri kararı temyiz eder diğeri etmezse ne olacaktır? Bu konuda da doktrinde görüş ayrılığı belirtmiştir. **Bir görüşe göre**³¹⁶ davalıların birlikte hareket etmesi gerekir. Biri tek başına hükmü temyiz edemez. **Diğer bir görüşe göre**³¹⁷ ise, birinin temyizinin sonucundan diğeri de yararlanır. **Yüksek mahkeme**³¹⁸; «tasarrufun iptali davalarında davalılar arasında zorunlu dava arkadaşlığı bulunduğunu, zorunlu dava arkadaşları usul işlemlerini hep birlikte yapmak zorunda olduklarından, ilk itirazlardan sonra 'yetki itirazı'nın da davalılarca birlikte ileri sürülmesi gerekeceğini, yalnız bir veya birkaç davalı yanca ileri sürülen yetki itirazının sonuç doğurmayacağını» belirtmiştir...

Maddede; «iptâl davasının iyiniyetli üçüncü şahısların haklarını ihlâl etmeyeceği» belirtildiğinden³¹⁹, lehine tasarruf yapılan kimse, iptâl konusu bu tasarrufla iktisap ettiği malı, iyiniyetli yani tasarrufun iptâl konusu olduğunu bilmeyen bir «dördüncü kişi»ye devretmişse, iyiniyetli olan bu «dördüncü kişi» aleyhine iptâl davası açılmaz. Buna karşın dördüncü kişi kötünietli ise, aleyhine iptâl davası açabilir.

³¹⁴ Bknz: 15. HD. 5.6.2002 T. 2104/3024.

³¹⁵ Karş: 15. HD. 24.10.1994 T. 5372/5800; 4.7.1995 T. 3882/4162.

³¹⁶ **Kuru, B.:** İflas ve Konkordato Hukuku, s. 393; **Sarısozen, İ.:** a.g.m., s. 290.

³¹⁷ **Belgesay, M. R.:** İcra ve İflas Kanunu Değişen Maddeler Şerhi, s. 160; **Gürdoğan, B.:** a.g.e., s. 240, dipn. 684; **Üstündağ, S.:** a.g.e., 4. Bası, s. 365.

³¹⁸ Bknz: 17. HD. 20.5.2009 T. 2035/3389.

³¹⁹ Bknz: 15. HD. 12.6.2006 T. 1509/3470; 24.12.2003 T. 6382/6240; 22.10.2003 T. 4033/4936 vb.

Yüksek mahkeme, bu konuyla ilgili olarak ayrıca;

√ «Davacının, dördüncü kişiye karşı da iptal istemini yönelterek ‘onun kötünietli kişi olduğunu’ iddia ve ispat etmek hakkına sahip olduğunu»³²⁰

√ «Tasarrufun iptali davasının, kötünietli dördüncü kişiler aleyhine de açılabilceğini»³²¹

√ «Hakkında tasarrufun iptali davası açılan dördüncü kişinin kötünietli olduğunun davacı alacaklı tarafından isbat edilmesi gerekeceğini»³²²

√ «Yalnız bedel farkının taşınmaz borçludan satın almayan son malik açısından başka delillerle desteklenmediği sürece iptal nedeni olarak kabul edilemeyeceğini»³²³

√ «Dava konusu malların üçüncü kişi tarafından elden çıkarılmış olması halinde, mahkemece davacıdan ‘davasını dördüncü kişilere yöneltip yöneltmeyeceği’ hususunun sorularak ve dördüncü kişinin davaya dâhil edilmesi durumunda delilleri toplanarak sonucuna göre bir karar verilmesi, davanın dördüncü kişiye yöneltilmeyip bedele dönüşmesi halinde ise, İİK 283/II maddesi uyarınca davalı üçüncü kişinin, dava konusu malları elinden çıkardığı tarihteki gerçek değerleri oranında tazminatla sorumlu tutulması gerekeceğini»³²⁴

√ «Tasarrufun iptali davalarının ‘borçlu’, ‘borçlu ile hukuki işlemde bulunan veya borçlunun ödeme yaptığı kişiler’ ile ‘bunların mirasçuları’na ve ‘kötünietli dördüncü kişiler’e karşı açılabilceğini»³²⁵

√ «Doğrudan doğruya borçlu değil de, borçlunun sattığı kişiden dava konusu taşınır/taşınmazı satın almış olanlar (4. kişiler) hakkında iptâl

³²⁰ Bknz: 17. HD. 01.04.2013 T. 15317/4587.

³²¹ Bknz: 17. HD. 25.03.2013 T. 6166/4065.

³²² Bknz: 17. HD. 14.03.2013 T. 6439/3312.

³²³ Bknz: 17. HD. 28.03.2012 T. 1926/3772.

³²⁴ Bknz: 17. HD. 15.03.2011 T. 11906/2280.

³²⁵ Bknz: 17. HD. 07.06.2010 T. 4656/5233; 17.06.2010 T. 4967/5636; 26.06.2010 T. 5795/6835; 30.05.2011 T. 10068/5481; 17.05.2011 T. 4056/4907; 26.04.2011 T. 12695/3913; 20.01.2011 T. 7836/219; 21.10.2010 T. 2974/8597; 17.06.2010 T. 4967/5636; 07.06.2010 T. 4656/5233; 25.03.2013 T. 6166/4065.

davası açılabilmesi (ve yargılama sonunda iptâl kararı verilebilmesi) için 'bu kişilerin kötünietli olduklarının, davacı-alacaklı tarafından kanıtlanması' gerekeceğini»³²⁶

√ *«İyiniyetli dördüncü kişilere (dava konusu taşınırı/taşınmazı, borçlu ile işlemde bulunan üçüncü kişiden devir (satın) almış olan kişilere) karşı iptal davası açılmayacağını, ivazlar arasında aşırı (fahiş) farkın varlığının tek başına dördüncü kişinin kötünietli olduğunu göstermeyeceğini, bu durumun ancak diğer delillerle birlikte 'takdiri delil' niteliğini taşıyacağını»³²⁷*

√ *«Tasarrufa konu malın, üçüncü kişi tarafından elden çıkarılmış olması halinde, davacıya 'dördüncü kişiye davaya dahil edip etmeyeceği'nin sorulması gerekeceğini»³²⁸*

√ *«Dava konusu taşınmazı/taşınırı borçludan satın alan kişinin, borçlunun muhasebecisi olması halinde, 'iyiniyetli' kabul edilerek, hakkındaki davanın reddedilemeyeceğini»³²⁹*

√ *«Kötünietli dördüncü kişiler aleyhine de iptâl davası açılabileceğini, dava devam ederken ve alacaklının koydurduğu tedbir/ihtiyati haciz tapu kaydında mevcutken ve bu bilgiler satışa ilişkin akit tablosunda açıkça belirtilmişken, davalı dördüncü kişilerin, taşınmazın ve borçlunun durumunu, kendilerine taşınmazı satan kişinin borçlunun annesi olduğunu bilmediklerinin kabul edilemeyeceğini»³³⁰*

³²⁶ Bknz: 17. HD. 27.09.2007 T. 3228/2830; 17.07.2007 T. 2808/2531; 13.05.2008 T. 747/2560; 09.06.2008 T. 1247/3111; 19.10.2007 T. 4343/3128; 25.10.2007 T. 3736/3216; 26.09.2008 T. 2667/4332; 03.07.2008 T. 847/3728; 22.11.2007 T. 3428/3802; 07.11.2008 T. 2850/5172; 18.11.2008 T. 5121/5376; 26.01.2009 T. 3403/171; 19.02.2009 T. 5260/802; 02.02.2009 T. 3408/320; 19.03.2009 T. 6033/1528; 02.04.2009 T. 2180/2023; 04.06.2009 T. 2163/3930; 17.11.2009 T. 7699/7593; 15.12.2009 T. 7471/8455; 27.05.2009 T. 2345/4795; 21.03.2011 T. 6991/2512 (www.e-uyar.com).

³²⁷ Bknz: 17. HD. 8.6.2010 T. 2341/5297; 2.2.2010 T. 8712/700; 2.11.2009 T. 3250/6986; 27.9.2007 T. 3228/2830; 15. HD. 22.3.2005 T. 6529/1708; 3.2.2005 T. 7361/485; 20.12.2004 T. 1273/6735 vb.

³²⁸ Bknz: 17. HD. 14.9.2006 T. 5541/5223.

³²⁹ Bknz: 15. HD. 1.7.2004 T. 1901/3706.

³³⁰ Bknz: HGK. 13.11.2002 T. 15-846/907.

√ «Taşınmazın halen adına kayıtlı bulunan kişinin, kendiliğinden harcını da yatırarak davaya katılmış olması halinde, açılan davanın husumet yönünden reddedilemeyeceğini»³³¹

belirtmiştir.

Lehine «borçlu» tarafından iptâle tâbi tasarruf yapılan «üçüncü kişi», aleyhine iptâl davası açıldıktan sonra tasarruf konusu mal ya da hakkı «dördüncü kişi»ye devreder ve bu dördüncü kişi de kötüniyetli ise, davacı «iptâl davasını, dördüncü kişiye yöneltebileceği» (HMK. mad. 125/1a) gibi, iptâl davasına, «üçüncü kişiye karşı tazminat (bedel) davası olarak devam edilmesini» (İİK. mad. 283/II) de isteyebilir (HMK. mad. 125/1b)³³².

Davacı-alacaklı, iyiniyetli üçüncü kişiden, kötüniyetle iktisapta bulunan kimseye karşı da **kanımızca** iptâl davası açılabilir^{333 334}.

Ancak, dava konusu tasarrufun tarafı olmayan kişi aleyhine tasarrufun iptali davası açılmaz...³³⁵

b) İflâs yolu ile takipte iptâl davası sadece;

aa- *İptâle tâbi tasarruftan faydalanan* (yani, borçlu ile iptâl konusu işlemi yapan veya kendisine borçlu tarafından bir ödemede bulunulan) *üçüncü kişiler*,

bb- *Ve, varsa; kötüniyetli dördüncü kişiler*,

cc- (a) ve (b) deki kimselerin *mirasçıları*, aleyhine açılabilir.

«Borçlu» iflâs etmiş olduğundan, iptâl davasında «davalı» olarak gösterilemez, «iflas masası»nı temsilen «iflas idaresi»nin 'davalı' olarak gösterilmesi gerekir...

Yüksek mahkeme³³⁶, «İflâs masası alacaklılarının, bir iddianın takibi hakkını herhangi bir alacaklıya -İİK. 245 uyarınca- devretmiş olmasının,

³³¹ Bknz: 15. HD. 10.2.1995 T. 57/679; 10.2.1992 T. 4848/517.

³³² **Kuru**, B.: a.g.e., C:4, s. 3336; **Kuru**, B.: El Kitabı, s. 1217.

³³³ Aynı görüşte: **Yıldırım**, M. K.: a.g.e., s. 268.

³³⁴ Aksi görüş: **Olgaç**, S.: Yargıtay İçtihatlarının Işığı Altında İcra ve İflas Kanununda İptâl Davaları (Dr. A. Recai Seçkin'e Armağan, 1974, s. 476).

³³⁵ Bknz: 17. HD. 22.12.2009 T. 4699/8781; 7.5.2009 T. 2616/2906.

‘iflâs idaresi’nin davada taraf olma zorunluluğunu ortadan kaldırmayacağı, bu durumda mahkemece ‘davanın husumet (iflâs idaresi) yönünden reddine’ karar verilemeyeceğini» belirtmiştir...

c) «6183 sayılı Kanun’a göre açılan iptâl davalarında»

6183 sayılı Kanun’a göre, *kamu alacağından dolayı* iptâl davalarının kimlere karşı açılacağı, bu kanunun 25. maddesinde- İİK. mad. 282’ye paralel şekilde düzenlenmiş olduğundan, yukarıda -şa. başlığı altında- yaptığımız açıklamalar burada da aynen geçerlidir.

6183 sayılı Yasa’nın 25. maddesinde her ne kadar, «*hakkında iptâl davası açılacak kişiler*» (yani; davalılar) arasında ‘borçlu’³³⁷ öngörülmemişse de, İcra ve İflâs Kanununa göre açılan iptâl davalarında olduğu gibi, bu kanuna göre açılacak olan iptâl davalarında da ‘borçlu’ -’zorunlu dava arkadaşı’ olarak- davada, «*davalı*» olarak gösterilmelidir³³⁸. **Yüksek mahkeme**³³⁹ de bu hususu, içtihatlarında «*6183 sayılı Kanun uyarınca kamu alacağından dolayı açılan iptâl davalarında yasada ‘borçlu’nun da ‘davalı’ gösterileceği belirtilmemişse de, tasarrufun iptâline dair verilecek karardan, borçlu da etkileneneğinden, bu davalarda ‘borçlu’nun da ‘davalı’ olarak gösterilmesi, eğer gösterilmemişse, ‘zorunlu dava arkadaşı’ durumunda bulunan borçluya da dava dilekçesi ve davetiye gönderilerek davaya dahil edildikten sonra, davanın sonuçlandırılması gerekir*» şeklinde belirtmiştir.

Eğer tasarrufun iptali davası **6183 sayılı Kanun’un mükerrer 35 ve 213 sayılı Vergi Usul Kanunu’nun 10.maddesi** uyarınca “*kanuni temsilci*” sıfatıyla tüzel kişinin (örneğin; anonim ve limited şirketin) ödenmeyen kamu borcundan sorumlu olan kişiler aleyhine açılmak isteniyorsa, bu borcun ödenmesinden sorumlu olan *kanuni temsilci (ler)* hakkında, kamu idaresi tarafından –asıl borçlu tüzel kişi hakkında yapılmış olan- icra takibinin bu

³³⁶ Bknz: 17. HD. 11.11.2008 T. 2109/5231.

³³⁷ Kamu icra hukukunda «borçlu» kavramının içeriği hakkında bknz: **Askan**, F.: Kamu İcra Hukukunda Tasarruf İptâl Davaları, s. 108 vd.; **Toktaş**, M.: Kamu Alacağının Korunmasında Tasarrufun İptâli Davaları, s. 129 vd.

³³⁸ **Kostakoğlu**, C.: a.g.m. (Yarg. D. s. 20 vd.; Yasa D. s. 1243 vd.); **Şimşek**, E.: a.g.e., s. 214; **Askan**, F.: a.g.e., s. 117 vd.; **Toktaş**, M.: a.g.e., s. 129.

³³⁹ Bknz: 17. HD. 19.01.2010 T. 31/102; 27.11.2011 T. 11364/427, 15. HD. 15.4.1998 T. 1143/1444; 4.3.1996 T. 1126/1085.

kanuni temsilciye de -6183 sayılı Kanun'un 54.maddeleri uyarınca- yöneltilerek yani bu kanuni temsilciye de ödeme emri gönderilip, onun hakkında bu takibin kesinleşmesi sağlanmış olmalıdır^{340 341}.

Kanuni temsilciye herhangi bir ödeme emri tebliğ edilip, hakkında sorumlu olduğu kamu borcundan dolayı icra takibi yapılmadan ve bu takip kesinleşmeden, alacaklı kamu idaresinin alacağını tahsil etmesini önlemek amacıyla "mallarını kaçırdığı" iddiasıyla kendisine karşı 'tasarrufun iptali davası' açılmaz.

Yüksek mahkeme bu konu ile ilgili -yani; «davalı» sıfatı ile- ilgili diğer içtihatlarında;

√ «'Kötü niyetli 4. kişi olduğu' kanıtlanamayan davalı hakkındaki davanın reddine karar verilmesi gerekeceğini»³⁴²

√ «Ölü kişi aleyhine takip yapılamayacağı gibi, mirası reddeden mirasçılar aleyhine de takip yapılamayacağını, bu durumda, MK. 612 uyarınca 'terekenin resmi tasfiyeye konu olup olamayacağı'nın da araştırılması gerekeceğini»³⁴³

√ «6183 sayılı Kanun uyarınca açılan iptâl davalarında -İİK. 277 vd. göre açılan iptâl davalarında olduğu gibi- 'zorunlu dava arkadaşı' durumunda olan tüm ilgililerin ('borçlu' ve 'borçlu ile hukuki işlemde bulunan üçüncü kişiler'in ve bunların mirasçılarının) davalı olarak gösterilmesi, eğer

³⁴⁰ **Barlas, İ.:** Anonim ve Limited Ortaklarda Kanuni Temsilcinin Vergisel Sorumluluğu, s. 151 vd.; **Coşkun, M.:** Açıklamalı-İçtihatlı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun, 2011, s. 318; **Deynekli, A.:** Sosyal Güvenlik Kurumunun Alacaklarının Tahsilinde 6183 Sayılı Kanunun Uygulanması (Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan, C:1, 2010, s. 754 vd.).

³⁴¹ Bknz: 23. HD. 27.05.2013 T. 2581/3534; 25.06.2012 T. 1780/4316; 05.04.2012 T. 919/2653; 08.12.2011 T. 1022/2425; 17.11.2011 T. 633/1819, 19.HD.02.12.2010 T. 7537/13728; 28.04.2010 T. 3051/5175; 03.06.2009 T. 4660/5222; 23.01.2003 T. 5865/508, 17. HD. 28.03.2011 T. 7587/2753; 17.01.2011 T. 11524/56, 15.HD. 29.05.2002 T. 1468/2870; Danıştay Dava Daireleri Genel Kurulu 24.12.1999 T. 389/607, 15.HD. 8.12.1999 T. 4474/4562; Danıştay 3.Dairesi 26.05.1999 T. 2761/2128. (www.e-uyar.com).

³⁴² Bknz: 17. HD. 7.6.2010 T. 4813/5235.

³⁴³ Bknz: 17. HD. 19.1.2010 T. 31/102.

gösterilmemişse, bu kişilerin de davaya dahil edilmelerinin sağlanması gerekeceğini»³⁴⁴

√ *«Kamu alacağından dolayı tasarrufun iptali davalarının -6183 s.K. 25 ve İİK. 282/II uyarınca- 'borçlu', 'borçlu ile hukuki muamelede bulunan veya borçlu tarafından kendilerine ödeme yapılan kimseler' ile 'bu kişilerin mirasçıları'na ve 'kötüniyetli dördüncü kişiler'e karşı açılacağını»³⁴⁵*

√ *«Kendisine karşı tasarrufun iptali davası açılabilir olan -6183 s.K.'nun 25. maddesinde bahsedilen- «kötüniyetli üçüncü kişiler»den maskadın «iptal davasına konu malı borçlunun alacaklısından mal kaçırmak amacıyla temlik ettiğini bilen veya bilmesi gereken kişiler» olduğunu»³⁴⁶*

√ *«Yöneticisi olduğu anonim şirketin vergi borcunu ödetmeyen kişinin - şirket hakkında yapılan takibin semeresiz kalmasından sonra- sahip olduğu taşınmazdaki hissesini kardeşine satması halinde, bu satışa yönelik açılan iptal davasının kabulü gerekeceğini»³⁴⁷*

√ *«Limited şirket ortaklarının - 6183 s. Kanun'un 4369 sayılı Kanun'la değişik 35. maddesi uyarınca- şirketten tahsil imkanı bulunmayan kamu alacaklarından, sermaye payları oranında sorumlu olduklarından, bu kişilerin ortağı buldukları şirketin vergi borcunu -kendilerine ödeme emirlerinin tebliğine rağmen- ödememek için kendilerine ait taşınmazları üçüncü kişilere satmaları halinde, bu satış işlemleri hakkında iptâl davası açılabilirceğini»³⁴⁸*

√ *«Limited şirket ortaklarının «ödenmemiş olan şirketin kamu borçlarından dolayı» -sermaye payları oranında- 6183 sayılı Kanun'un mükerrer 35. maddesi uyarınca, limited şirket temsilcilerinin de, Vergi Usul*

³⁴⁴ Bknz: 17. HD. 25.04.2011 T. 8851/3888; 20.12.2010 T. 10678/11300; 09.11.2009 T. 7967/7283; 30.06.2009 T. 4367/4763; 28.11.2008 T. 2654/5603; 12.5.2008 T. 1276/2499; 5.5.2008 T. 1308/2352; 25.10.2007 T. 3239/3212; 26.2.2004 T. 324/1042; 29.9.2002 T. 3101/4215 vb.

³⁴⁵ Bknz: 17. HD. 22.4.2009 T. 5542/2567.

³⁴⁶ Bknz: 17. HD. 7.4.2009 T. 5156/2165.

³⁴⁷ Bknz: 17. HD. 9.2.2009 T. 3539/458.

³⁴⁸ Bknz: 17. HD. 10.7.2008 T. 1067/3916; 3.6.2008 T. 986/2995; 7.2.2008 T. 4314/457.

*Kanunu'nun 10/II ve 6183 sayılı Kanun'un mükerrer 35. maddesi uyarınca sorumlu olduklarını*³⁴⁹

√ «*Dava konusu taşınırı/taşınmazı, 'borçlu'dan değil de borçlu ile işlemde bulunan 'üçüncü kişi'den devir (satın) almış olan kişilerin (dördüncü kişilerin), 6183 sayılı Kanun'a göre açılan tasarrufun iptâli davalarında (da) 'ihtiyari dava arkadaşlığı' konumunda oldukları, bu kişilerin kötü niyetli olduğunu kanıtlayamayan davacının, açtığı iptâl davasında bu kişileri de 'davali' olarak göstermeyebileceğini*»³⁵⁰

√ «*Anonim şirketlerin ödenmiş vergi borçlarından; anonim şirketin kanuni temsilcileri'nin (şirket esas sözleşmesi ile temsile yetkilendirilmiş veya kaynağını esas sözleşmeden alan yetki ile idare meclisi ya da genel kurulca temsil selahiyeti verilmiş kişi veya kişilerin, eğer şirket esas sözleşmesinde bu şekilde görevlendirmeye ilişkin herhangi bir kayıt bulunmuyorsa, tüm yönetim kurulu üyelerinin müştereken ve müteselsilen) sorumlu olacağını*»³⁵¹

√ «*İptâl tâbi tasarruf konusu taşınmazı (taşınırı) doğrudan borçludan satın almamış olan ve kötünüyeti isbat edilmemiş olan dördüncü kişi aleyhine iptâl davası açılmayacağını*»³⁵²

√ «*213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 3505 Yasa ile değişik 10. maddesi uyarınca, tüzel kişilerin yasal temsilcilerinin, tüzel kişinin ödenmeyen vergi borçlarından sorumlu olduğunu*»³⁵³

√ «*Borçlunun iflâs etmiş olması halinde, dava dilekçesinin bir örneğinin iflâs idaresine gönderilerek, davacıya dahil edilmesi gerekeceğini*»³⁵⁴

√ «*Şirket mal varlığından, şirketin vergi borcunun tahsil edilememesi halinde Vergi Usul Kanun'un 10. maddesi gereğince şirket yönetim kurulu*

³⁴⁹ Bknz: 17. HD. 28.3.2011 T. 7587/2753; 17.1.2011 T. 11524/56; 15. HD. 29.5.2002 T. 1468/2870; 8.12.1999 T. 4474/4592.

³⁵⁰ Bknz: 15. HD. 18.3.2002 T. 531/1173.

³⁵¹ Bknz: Danıştay 3. Daire, 26.5.1999 T. 2761/2128.

³⁵² Bknz: 17. HD. 15.1.2008 T. 4114/72; 15. HD. 22.4.1998 T. 442/1590; 17.11.1997 T. 5099/5076; 25.2.1997 T. 6141/996.

³⁵³ Bknz: 17. HD. 2.5.2011 T. 914/4200; 15. HD. 3.12.1992 T. 5943/5697; 23.11.1992 T. 4858/5464; 18.5.1992 T. 98/2615.

³⁵⁴ Bknz: 15. HD. 1.7.1993 T. 2570/3198.

üyesinden bu borcun istenebilmesi için öncelikle kendisine hakkında icra takibi yapıp kendisine ödeme emri gönderilmesi gerekeceğini”³⁵⁵

√ *“Sermaye şirketlerinin ödenmeyen kamu borçlarından dolayı kanuni temsilcilerinin Vergi Usul Kanunu’nun 10. maddesi ve limited şirket ortaklarının ise 6183 sayılı Kanun’un 35. maddesi uyarınca sorumlu oldukları, bu kişilere, anılan maddeler uyarınca başvurulabilmesi için haklarında önce takip yapıp bu takibin, kesinleşmesinden sonra takip konusu kamu borcunun ödenmemesi halinde bu kişilerin yaptıkları tasarrufların iptali için -iptal koşullarının olup oluşmadığı araştırılarak- tasarrufun iptali davası açılabilceğini”³⁵⁶*

belirtmiştir.

³⁵⁵ Bknz: Danıştay Dava Daireleri Genel Kurulu 24.12.1999 T. E:389, K:607.

³⁵⁶ Bknz: 15. HD. 8.12.1999 T. E:4474, K:4562.

ÖZEL HUKUK

**OLUMSUZ İŞYERİ UYGULAMASI İLE
BİR İKRAMİYENİN KALDIRILMASI
-YARGITAY HUKUK GENEL KURULU VE 22. HUKUK DAİRESİ-
KARARLARININ İNCELENMESİ**

*Prof. Dr. Mustafa ALP**

I. KARARLAR

1. HUKUK GENEL KURULU KARARI¹

T.C. YARGITAY

Hukuk Genel Kurulu

Esas : 2012/9-1166

Karar : 2013/279

Karar Tarihi : 27.02.2013

DAVA : Taraflar arasındaki <işçi alacağı> davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; ... 2. İş Mahkemesince davanın kısmen kabulüne dair verilen 06.05.2009 gün ve 2008/343 E., 2009/257 K. sayılı kararın incelenmesi taraf vekillerince istenilmesi üzerine, Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 08.12.2011 gün ve 2009/28912 E., 2011/47659 K. sayılı ilamı ile;

(... A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı, davalı şirkete ait işyerinde çalışmasına devam ederken ... Sendikasına üye olduğunu, üye kayıt fişinin davalıya ulaşmasıyla iş akdinin

* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

¹ Kararları bana ulaştıran İzmir Barosu İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Komisyonu'nun değerli Üyelerine teşekkür ederim.

haksız ve geçersiz olarak 11.01.2008 tarihinde fesih edildiğini, yılda iki maaş tutarı ikramiyenin dörde bölünerek ödendiğini, ancak 2005 yılından itibaren ödenmesi gereken ikramiyelerin işverence bu gün vereceğim, yarın vereceğim şeklinde ertelendiğini ileri sürerek, kıdem tazminatı, ihbar tazminatı ve ikramiye alacaklarını istemiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı, işyerinde uygulanmakta olan ikramiyelerin ekonomik nedenlerle 29.12.2003 tarihli yönetim kurulu kararı ile kaldırıldığını, kararın işyerinde duyurulduğunu ve ayrıca yapılan toplantı ile işçilere tebliğ edildiğini, sonrasında davacının yıllarca herhangi bir itirazda bulunmadan ücret bordrolarını çekincesiz imzaladığını, fesih günü davacının tüm haklarını aldığına ilişkin ibraname verdiğini ve bu şekilde ibra edildiklerini, işyerinde çalışan hiç bir işçiye 2004 yılından itibaren ikramiye ödenmediğini, uzun yıllar sonra davacının böyle bir talepte bulunmasının hukuki olmadığını, iş akdinin 4857 Sayılı İş K.nun 17. md.si gereğince ekonomik nedenlerle fesih edildiğini ve yasaya uygun olarak hesaplanan kıdem ve ihbar tazminatlarının davacıya ödendiğini savunarak davanın reddini istemiştir.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece, <davacının iş akdinin 4857 sayılı İş Kanununun 17. maddesi gereği davalı işveren tarafından tazminatlı olarak fesih edildiği ve işverence hesaplanan kıdem-ihbar tazminatlarının davacıya ödendiği; işverence yapılan ödemeleri ihtirazi kayıtsız olarak kabul eden davacının miktar belirten ibranameyi de ihtirazi kayıtsız olarak imzaladığı; işyerinde 2004 yılına kadar iki tam maaş ikramiyenin dörde bölünerek ödendiğinin tarafların beyanlarından ve dosyaya ibraz edilen işyeri kayıtlarından anlaşıldığı; 2004 yılı başında ikramiyelerin işverence kaldırıldığı; davacı her ne kadar ikramiyelerin bu gün vereceğim, yarın vereceğim şeklindeki ertelemeler ile 2005 yılından itibaren ödenmediğini iddia etmiş ise de, ibraz edilen bordroların imzalı olduğu, 31.12.2003 tarihine kadar olan bordrolarda ikramiye ödemelerinin gözüktüğü, bu tarihten sonraki bordrolarda ikramiye hanesinin bulunduğu ancak tahakkuk yapılmadığı; davalı taraf ikramiyelerin kaldırıldığının işçilere duyurulduğunu belirtmiş, tanıkları da bu beyanı doğrulayarak, ikramiyelerin daha sonra ödeneceğine dair bir taahhüde bulunulmadığını beyan

ettikleri; zaten 2004 yılı başından itibaren ikramiye ödenmediğinin davacı tarafın da kabulünde olduğu; uzun süre ödenmeyen ikramiyenin işyeri koşulu haline geldiği; ikramiye ödemesi olmayan bordroları ihtirazı kayıtsız olarak imzalayan davacının aradan dört yıl gibi uzun bir süre geçtikten sonra ikramiye talep etmesinin iyi niyetli bir davranış olarak görülmediği, davacının ikramiyelerin kaldırılmasına rıza gösterdiği ve bunun işyeri uygulaması haline geldiği> gerekçesi ile ikramiye isteklerinin reddine, bakiye kıdem ve ihbar tazminatı isteklerinin ise ikramiye ilavesi olmadan yapılan hesaplama göre kabulüne karar verilmiştir.

D) Temyiz:

Kararı taraflar temyiz etmiştir.

E) Gerekçe:

1) Davalının temyizi bakımından:

5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun 8 inci maddesine göre, iş mahkemelerince verilen nihai kararlara karşı kanun yoluna başvurma süresi, karar yüze karşı verilmişse nihai kararın taraflara tefhimi, yokluklarında verilmiş ise tebliği tarihinden itibaren sekiz gündür.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 118/1, 343 ve 365 inci maddeleri uyarınca, dilekçenin temyiz defterine kaydedildiği tarihte temyiz yapılmış sayılır. Yasanın 344 üncü maddesi gereğince, temyiz dilekçesi verilirken, başvuru harcı ve tebliğ giderleri de dâhil olmak üzere tüm giderler ödenir. Bunların hiç ödenmediği veya eksik ödenmiş olduğu sonradan anlaşılırsa, mahkeme tarafından verilecek bir haftalık kesin süre içinde tamamlanması, aksi hâlde başvurudan vazgeçmiş sayılacağı hususu başvurana yazılı olarak bildirilir. Verilen kesin süre içinde harç ve giderler tamamlanmadığı takdirde, mahkeme başvurunun yapılmamış sayılmasına karar verir. Bu karara karşı istinaf yoluna başvurulması hâlinde, 346 ncı maddenin ikinci fıkrası hükmü kıyas yoluyla uygulanır.

Somut olayda, mahkeme kararı,06.05.2009 tarihinde usulüne uygun olarak yüze karşı tefhim edilmiştir.

Temyiz dilekçesi yasada öngörülen süre geçirildikten sonra ibraz edilerek, harcı da yatırılmadan 17.09.2010 tarihinde temyiz defterine kaydedildi-

ğinden, davalının temyiz talebinin 6100 sayılı Yasanın 346 ncı maddesi gereğince REDDİNE,

2) Davacının temyizine gelince:

Taraflar arasındaki uyuşmazlık, işyeri uygulaması olarak işveren tarafından ödenmekte olan ikramiyelerin 2004 yılı başından beri ödenmemiş olması nedeni ile ikramiye alacağı ile kıdem ve ihbar tazminatının ikramiye ilaveli olarak ödenmesi gerekip gerekmediği noktasında toplanmaktadır.

4857 sayılı İş Kanununun 32 nci maddesinin ilk fıkrasına göre, genel anlamda ücret, bir kimseye bir iş karşılığında işveren veya üçüncü kişiler tarafından sağlanan ve para ile ödenen tutar olarak tanımlanmıştır. Yasada ücretin eklerinin neler olduğu müstakilen düzenlenmemiş olmakla birlikte, değinilen maddenin ikinci fıkrasındaki <...banka hesabına yatırılacak ücret, prim, ikramiye ve bu nitelikteki her çeşit istihkakının..> ibaresi gereğince, ücretin yanı sıra prim, ikramiye ve bu nitelikteki her türlü ödemelerin banka hesabına yatırılması öngörüldüğünden, <prim> ve <ikramiye> ücretin eki olarak İş Kanununda ifadesini bulmuştur.

İşçinin işyerine olan katkıları sebebiyle işverenin memnuniyetini ifade etmek üzere bir defada veya dönemsel olarak belli zaman dilimlerinde ya da işçiyi ilgilendiren doğum, ölüm, evlenme gibi nedenlere bağlı olarak yapılan ücretin eki niteliğindeki ödemeler ikramiye olarak adlandırılabilir. İşçinin başarısına bağlı olarak ödenen primden farklı olarak ikramiye genel bir nitelik taşır ve uygulamadan işyerinde çalışan tüm işçiler yararlanır. Başka bir anlatımla, işveren tarafından ayrımı haklı kılan geçerli nedenler olmadığı sürece ikramiye yönünden eşit davranma borcuna uygun davranılmalıdır.

İşçinin ikramiyeye hak kazanması için işyerinde ikramiye ödemesini gerektiren dönemin sonuna kadar çalışmış olması gerekmez. İşyerinde çalışılan süreyle sınırlı olmak üzere işçinin ikramiye talep hakkı vardır.

6772 sayılı Yasada, kamu kurum ve kuruluşlarında çalışan işçiler yönünden ikramiye ödenmesi yasal bir yükümlülük olarak öngörülmüştür.

İkramiye bireysel ya da toplu iş sözleşmeleri ile karşılaştırılabilir. İş sözleşmesinde karşılaştırılmamış olsa dahi, işverence tek taraflı olarak düzenli şekilde yapılan ikramiye ödemesinin <işyeri koşulu> olduğu kabul

edilmelidir. Her durumda ikramiyelerin tek taraflı olarak işverence ortadan kaldırılması ya da azaltılması mümkün olmaz.

İkramiyeler yönünden işçi aleyhine çalışma koşullarında değişiklik, 4857 sayılı Yasanın 22 nci maddesi kapsamında gerçekleştirilmelidir (Yargıtay 9. HD. 22.1.2009 gün 2007/34717 E, 2009/638 K.). Toplu iş sözleşmesi ile öngörülen ikramiyeler yönünden değişiklik, işçinin bireysel feragati ile dahi geçerli değildir. Toplu iş sözleşmesini imzalamaya yetkili olan kişilerce bu yönde yapılabilecek değişiklik, ancak ileriye dönük olarak hüküm ifade eder.

İşçinin işe iade kararı üzerine çalıştırılmadığı dört aya kadar boşta geçen süreye ait Yasada geçen <diğer haklar> kavramına ikramiye de dahildir. Başka bir anlatımla işçinin Yasanın 21 inci maddesinin üçüncü fıkrasında sözü edilen çalışmadığı en çok dört aya kadar süre için ikramiye talep hakkı da vardır (Yargıtay 9. HD. 14.10.2008 gün 2007/29383 E, 2008/27243 K.).

Asıl işveren alt işveren ilişkisinde, işçinin ödenmeyen ikramiye alacaklarından her iki işveren birlikte sorumludur.

Geçici iş ilişkisinde, işçiye ödenmeyen ikramiyelerden ödünç alan ve ödünç veren işverenler birlikte sorumlu tutulmalıdır (Yargıtay 9.HD. 16.12.2008 gün 2007/26179 E, 2008/33761 K.).

İkramiyenin gününde ödenmemesi halinde işçinin 4857 Yasanın 24/II-e maddesi uyarınca iş sözleşmesini haklı olarak feshetmesi mümkündür (Yargıtay 9. HD. 17.10.2008 gün 2007/28997 E, 2008/27421 K.). Yine ikramiyenin yirmi gün ve daha fazla süreyle ödenmemiş olması da Yasanın 34 üncü maddesine göre işçiye iş görmekten kaçınma hakkı sağlar.

2821 sayılı Sendikalar Kanununun 31 inci maddesinin üçüncü fıkrasında, işverenin işçiler arasında sendikal nedenle ikramiye ödemeleri konusunda bir ayrıma gitmesi yasaklanmış olup, aksine uygulama diğer yasal koşulların da varlığı halinde sendikal tazminatı gerektirir (Yargıtay 9. HD. 2.2.2009 gün 2008/10999 E, 2009/1019 K.).

İkramiyelerin ödendiğini ispat yükü işverene aittir. Yasanın 5754 sayılı Kanunla değişik 32 nci maddesine göre, belli bazı işyerleri bakımından ikramiye ödemeleri, işçi adına açılan banka hesabına yatırılarak yapılmalıdır (Yargıtay 9. HD. 5.2.2009 gün 2007/34175 E, 2009/1681 K.).

İkramiyenin ödeme günü taraflarca açıkça kararlaştırılmamışsa Borçlar Kanununun 101 inci maddesi uyarınca, temerrüt için işçinin ihtarı gereklidir (Yargıtay 9.HD. 21.1.2009 gün 2007/34591 E, 2009/604 K).

İkramiye Yasadan ya da bireysel iş sözleşmesi ile işyeri uygulamalarından doğmaktaysa, gününde ödenmeyen ikramiye için 4857 sayılı Kanununun 34 üncü maddesinde öngörülen, bankalarca mevduata uygulanan en yüksek faiz uygulanmalıdır. 1475 sayılı Yasa döneminde doğan ikramiye bakımından temerrüt tarihinden 4857 sayılı İş Kanununun yürürlüğe girdiği 10.6.2003 tarihine kadar yasal faize, bu tarihten sonrası için ise bankalarca mevduata uygulanan en yüksek faize karar verilmelidir.

Toplu iş sözleşmesinden doğan ikramiye alacaklarında ise 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanununun 61 inci maddesinde sözü edilen en yüksek işletme kredisi faizi uygulanır. Bununla birlikte, süresi sona eren toplu iş sözleşmesinin ardından yenisi imzalanıncaya kadar iş sözleşmesi hükmü olarak uygulanmaya devam eden ikramiye uygulamasında en yüksek işletme kredisi faizi geçerli olmaz (Yargıtay 9. HD. 7.10.2008 gün 2008/2654 E, 2009/25720 K.).

4857 sayılı Yasanın 25/II-ı maddesinde sözü edilen otuz günlük ücret kavramına ikramiyeler dahil değildir (Yargıtay 9. HD. 10.10.2008 gün 2007/27614 E, 2008/26208 K.).

Kıdem tazminatına esas alınacak olan ücretin tespitinde İş Kanununun 32 nci maddesinde sözü edilen asıl ücrete ek olarak işçiye sağlanan para veya para ile ölçülebilen menfaatler göz önünde tutulur. Buna göre ikramiye ödemeleri kıdem tazminatı hesabında dikkate alınmalıdır (Yargıtay 9.HD. 10.10.2008 gün 2007/27615 E, 2008/26209 K.).

İkramiye alacağı, Borçlar Kanununun 126 ncı maddesinin üçüncü fıkrasına göre beş yıllık zamanaşımına tabidir.

Somut olayda, işyerinde çalışanlara verilmekte olan ikramiyenin 2004 yılı başından itibaren kaldırıldığı ve bu hususun işverence duyurulduğu, bir kısım işçiler işverenin ikramiyelerin kaldırılması yolundaki değişikliği imzalı beyanları ile kabul etmiş ise de davacının iş şartındaki aleyhe olan bu değişikliği kabul ettiğine ilişkin beyanı olmadığı anlaşılmaktadır. Bu durum göz önüne alındığında işverence ikramiyenin tek taraflı olarak kaldırılma-

sının işçi yönünden bağlayıcı nitelikte olmadığı ve 4857 Sayılı Kanunun 22. Maddesi uyarınca işyeri koşulu haline gelmediği sonucuna ulaşılmalıdır.

Saptanan bu durum karşısında ve yukarıda açıklanan maddi ve hukuki olgular göz önünde tutulduğunda, davacı işçinin ikramiye alacakları ile ikramiye ilaveli kıdem ve ihbar tazminatına esas ücretine göre fark kıdem ve ihbar tazminatı alacaklarının hüküm altına alınması gerekirken ikramiye isteklerinin reddi ile kıdem ve ihbar tazminatı isteklerinin ikramiye ilavesi olmadan hesaplanıp hüküm alınması isabetsizdir....)

gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN : Davacı vekili

Karar: Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Dava, ikramiye alacağı ile fark kıdem ve ihbar tazminatı alacağı istemine ilişkindir.

Davacı vekili, davalı şirkete ait işyerinde çalışmasına devam ederken ... Sendikasına üye olduğunu; üye kayıt fişinin davalıya ulaşmasıyla iş akdinin haksız ve geçersiz olarak 11.01.2008 tarihinde fesih edildiğini; yılda iki maaş tutarı ikramiyenin dörde bölünerek ödendiğini, ancak 2005 yılından itibaren ödenmesi gereken ikramiyelerin işverence <bu gün vereceğim, yarın vereceğim> şeklinde ertelendiğini ileri sürerek, fark kıdem tazminatı, fark ihbar tazminatı ve ikramiye alacaklarını talep ve dava etmiştir.

Davalı şirket vekili, işyerinde uygulanmakta olan ikramiyelerin ekonomik nedenlerle 29.12.2003 tarihli yönetim kurulu kararı ile kaldırıldığını; kararın işyerinde duyurulduğunu ve ayrıca yapılan toplantı ile işçilere tebliğ edildiğini; sonrasında davacının yıllarca herhangi bir itirazda bulunmadan ücret bordrolarını çekincesiz imzaladığını; fesih günü davacının tüm haklarını aldığına ilişkin ibraname verdiğini ve bu şekilde ibra edildiklerini; işyerinde çalışan hiç bir işçiye 2004 yılından itibaren ikramiye ödenmediğini; uzun yıllar sonra davacının böyle bir talepte bulunmasının hukuki olmadığını; iş akdinin 4857 sayılı İş Kanununun 17. md. si gereğince ekonomik nedenlerle fesih edildiğini ve yasaya uygun olarak hesaplanan kıdem ve

ihbar tazminatlarının davacıya ödendiğini savunarak davanın reddine karar verilmesini istemiştir.

Mahkemece; <davacının iş akdinin 4857 sayılı İş Kanununun 17. maddesi gereği davalı işveren tarafından tazminatlı olarak fesh edildiği ve işverence hesaplanan kıdem-ihbar tazminatlarının davacıya ödendiği; işverence yapılan ödemeleri ihtirazi kayıtsız olarak kabul eden davacı, miktar belirten ibranameyi de ihtirazi kayıtsız olarak imzaladığı; işyerinde 2004 yılına kadar iki tam maaş ikramiyenin dörde bölünerek ödendiği tarafların beyanlarından ve dosyaya ibraz edilen işyeri kayıtlarından anlaşıldığı; 2004 yılı başında ikramiyelerin işverence kaldırıldığı; davacı her ne kadar ikramiyelerin bu gün vereceğim, yarın vereceğim şeklindeki ertelemeler ile 2005 yılından itibaren ödenmediğini iddia etmiş ise de, ibraz edilen bordroların imzalı olduğu, 31.12.2003 tarihine kadar olan bordrolarda ikramiye ödemelerinin görüldüğü, bu tarihten sonraki bordrolarda ikramiye hanesinin bulunduğu ancak tahakkuk yapılmadığı; davalı taraf ikramiyelerin kaldırıldığına işçilere duyurulduğunu belirtmiş, tanıkları da bu beyanı doğrulayarak, ikramiyelerin daha sonra ödeneceğine dair bir taahhüde bulunmadığını beyan ettikleri; zaten 2004 yılı başından itibaren ikramiye ödenmediğinin davacı tarafın da kabulünde olduğu; uzun süre ödenmeyen ikramiyenin işyeri koşulu haline geldiği; ikramiye ödemesi olmayan bordroları ihtirazi kayıtsız olarak imzalayan davacının aradan dört yıl gibi uzun bir süre geçtikten sonra ikramiye talep etmesinin iyi niyetli bir davranış olarak görülmediği, davacının ikramiyelerin kaldırılmasına rıza gösterdiği ve bunun işyeri uygulaması haline geldiği> gerekçesi ile ikramiye isteklerinin reddine, bakiye kıdem ve ihbar tazminatı isteklerinin ise ikramiye ilavesi olmadan yapılan hesaplama göre kabulüne dair verilen karar, davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Özel Dairece, yukarıda belirtilen nedenle bozulmuştur.

Yerel Mahkemece; önceki gerekçelerle direnme kararı verilmiştir.

Direnme kararı, davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; işyeri uygulaması ile oluşan <ikramiye uygulamasının>, işverence, işçi aleyhine olarak değiştirilip değiştirilemeyeceği noktalarında toplanmaktadır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun <Çalışma Koşullarında Değişiklik ve İş Sözleşmesinin Feshi> başlıklı 22.maddesinde iş yeri koşullarında yapılacak esaslı değişikliklerin yapılabilme koşulları düzenlenmiştir.

İK'nun 22. maddesinde:

<İşveren, iş sözleşmesiyle veya iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ya da işyeri uygulamasıyla oluşan çalışma koşullarında esaslı bir değişikliği ancak durumu işçiye yazılı olarak bildirmek suretiyle yapabilir. Bu şekilde uygun olarak yapılmayan ve işçi tarafından altı işgünü içinde yazılı olarak kabul edilmeyen değişiklikler işçiye bağlamaz. İşçi değişiklik önerisini bu süre içinde kabul etmezse, işveren değişikliğin geçerli bir nedene dayandığını veya fesih için başka bir geçerli nedenin bulunduğunu yazılı olarak açıklamak ve bildirim süresine uymak suretiyle iş sözleşmesini feshedebilir. İşçi bu durumda 17 ila 21 inci madde hükümlerine göre dava açabilir.

Taraflar aralarında anlaşarak çalışma koşullarını her zaman değiştirebilir. Çalışma koşullarında değişiklik geçmişe etkili olarak yürürlüğe konulamaz.>

hükümünü içermektedir.

Madde metninde de açıkça <...işyeri uygulamasıyla oluşan çalışma koşullarında esaslı bir değişikliği ancak durumu işçiye yazılı olarak bildirmek suretiyle yapabilir. Bu şekilde uygun olarak yapılmayan ve işçi tarafından altı işgünü içinde yazılı olarak kabul edilmeyen değişiklikler işçiye bağlamayacaktır.

Somut olay bu çerçevede irdelendiğinde: Davalı işveren tarafından iş yeri koşulu olan ikramiyenin kaldırıldığı ile ilgili şirket yönetim kurulu kararı 31.12.2003 tarihinde iş yerinde ilan edilmiş ise de davacının ikramiye uygulamasının kaldırılması ile ilgili değişikliği altı işgünü içinde yazılı olarak kabul ettiğini gösterir yazılı belge bulunmamaktadır.

Bu konuda, Hukuk Genel Kurulunda yapılan görüşmelerde azınlıkta kalan görüş sahipleri; 4857 Sayılı Yasanın 22. maddesinin lafzi yorumlanmaması gerektiği, davacının ikramiyenin kaldırılmasına ilişkin yazılı bildirimde itiraz etmeyerek uzun süre sessiz kalıp, ücret bordrolarını imzalamış olması nedeniyle ikramiye ödenmemesinin iş yeri uygulaması haline

geldiği, bu nedenle mahkeme kararının yerinde olduğu savunulmuşsa da, çoğunlukça bu görüş benimsenmemiştir.

Hal böyle olunca; Yerel Mahkemece, Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulması gerekirken; yanılığılı gerekçeyle önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

Bu nedenlerle direnme kararı bozulmalıdır.

Sonuç: Davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı 6217 sayılı Kanunun 30. maddesi ile 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na eklenen <Geçici Madde 3> atfıyla uygulanmakta olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 429. maddesi gereğince BOZULMASINA, istek halinde temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine, 5521 sayılı Kanunun 8/son maddesi uyarınca karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere, 27.02.2013 gününde yapılan ikinci görüşmede oyçokluğuyla karar verildi.

II. YARGITAY 22. HUKUK DAİRESİ KARARI

T.C

YARGITAY

22.HUKUK DAİRESİ

Esas No : 2012/12745

Karar No : 2013/2608

Tarihi : 11.02.2013

DAVA : Davacı, kıdem tazminatı, fazla mesai, ikramiye ile ücret alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi K. Keleş tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünöldü:

Davacı vekili, davacının 27.07.2004 tarihinden 29.04.2011 tarihine kadar çalıştığını, müvekkilinin işyerinde haftanın beş günü sabah 07:30 da servise binip işe geldiğini akşam 17:30 a kadar çalıştığını, Cumartesi günleri

ise 12:30 a kadar çalıştığını ancak fazla çalışma ücretlerinin ödenmediğini, işyerinde son yedi aylık maaşının geç ödendiğini, müvekkilinin işe girdiğinden beri her dört ayda bir, bir maaş tutarı ikramiye ödenmekteyken müvekkilinin muvafakati alınmadan 2008 yılından sonra verilmediğini, bu hususa ilişkin hiç bir bildirimde bulunulmadığını, müvekkilinin bunun farkına varınca iş sözleşmesini haklı sebeple feshettiğini belirterek kıdem tazminatı, ikramiye ve ücret alacağına tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı vekili davacının son ay ücretinin banka hesabına yatırılarak ödendiğini, feshin haklı olmadığını, haftalık çalışma süresi dışında çalışılmadığından fazla çalışma ücreti alacağına olmadığını, zamanaşımı def'i'inde bulunarak davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece yapılan yargılama sonunda iş sözleşmesinin fazla çalışma ücretlerinin ödenmemesi ve ücretlerin gecikmeli ödenmesi nedeniyle davacı tarafından haklı sebeple feshedildiği, tanık beyanlarına göre 2009 yılına kadar yılda üç aylık ücret tutarında ikramiye verildiği halde 2009 ve 2010 yıllarında ikramiye ödenmediği gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiştir.

Karar davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

1-Dosyadaki yazılara, toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre davalı vekilinin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2-Dosya içeriğine göre davacının işyerinde sekreter olarak çalıştığı, iş sözleşmesinin davacı tarafından fazla çalışma ücret alacaklarının ödenmemesi ve ücretlerinin sürekli gecikmeli olarak ödendiği gerekçesiyle 29.04.2011 günlü fesih bildirimini ile feshedildiği anlaşılmaktadır.

Davacı işe girdiğinden beri her dört ayda bir, bir aylık ücret tutarı ikramiye almakta iken davacının muvafakati alınmadan 2008 yılından sonra ikramiye ödenmesi uygulamasına son verildiği iddiasıyla ikramiye alacağı isteğinde bulunmuş, mahkemece dinlenen davalı tanıkları davacının ikramiye iddiasını doğrulamışlar, davalı tanıkları ise davalı şirketin ekonomik krizden etkilenmesi sebebi ile 2009 yılının başından itibaren ikramiye ödemesinin kaldırıldığını beyan etmişlerdir. İşyerinde davalı işverenin ikramiye ödemesine ilişkin toplu iş sözleşmesi veya bireysel iş sözleşmesi

bulunmamaktadır. İşyerindeki ikramiye ödenmesine ilişkin işyeri uygulamasının ise 2008 yılı sonundan itibaren ekonomik kriz sebebi ile davalı işveren tarafından kaldırıldığı anlaşılmaktadır. Davacı, ikramiye uygulamasının kaldırıldığı 2009 yılının başından iş sözleşmesini feshettiği 24.09.2011 tarihine kadar çalışmasını sürdürmüş ve ikramiyenin kaldırılmasına itiraz etmemiştir. Bu durumda uzun süre ikramiye ödenmemesinin iş koşulu haline geldiğinin kabulü gerekir. Bu itibarla ikramiye isteğinin reddi yerine yazılı gerekçe ile kabulü hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 12.02.2013 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

Somut olayda davacı işçi yılda birer aylık ücret tutarında üç ikramiye ödendiğine ilişkin işyeri uygulamasının bulunduğunu, işverence 2008 yılından itibaren ikramiye ödenmediğini ileri sürerek ikramiye alacağı isteğinde bulunmuş, mahkemesi isteğin kabulüne karar verilmiştir.

Karar davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

İşyerinde 2008 yılı sonuna kadar ikramiye uygulamasının bulunduğu ve daha sonra ödenmediği konusu taraflarca dinletilen tanık anlatımlarından anlaşılmaktadır.

4857 sayılı İş Kanununun 22. maddesinde, “işveren, iş sözleşmesiyle veya iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ya da işyeri uygulamasıyla oluşan çalışma koşullarında esaslı bir değişikliği ancak durumu işçiye yazılı olarak bildirmek suretiyle yapabilir. Bu şekilde uygun olarak yapılmayan ve işçi tarafından altı işgünü içinde yazılı olarak kabul edilmeyen değişiklikler işçiyi bağlamaz...” kuralına yer verilmiştir.

İş Kanunu'nun 22. maddesinin birinci fıkrasının asıl konuluş amacı işverenin tek taraflı değişiklik işlemlerine karşı işçiyi korumak; işçinin isteği dışında işini, işyerini ve diğer çalışma koşullarını değiştirecek işveren davranışlarına engel olmaktır. Somut olayda işyerinde yılda üç ikramiye uygulaması bulunduğu dosya içeriği ile sabit olmasına rağmen, işverence davacının yazılı muvafakati alınmadan tek taraflı olarak 2008 yılından itibaren kaldırıl-

mıştır. Davalı işverence çalışma koşullarında bu şekilde yapılan değişiklik davacı işçiyi bağlamaz. Bu nedenle mahkeme kararının onanması gerektiği kanaati ile sayın çoğunluğun bozma yönündeki görüşüne katılmıyorum.
12.02.2013

III. HUKUKİ SORUN VE DAİRELERİN GÖRÜŞLERİ

Kıdem ve ihbar tazminatları hesabında esas alınan ücretin geniş anlamda ücret olduğu, bu kapsamda ikramiyelerin de kıdem-ihbar tazminatı hesaplanırken dikkate alınacağı konusunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Sorun, işyeri uygulamasına dayanan bir ikramiyenin işveren tarafından tek taraflı sona erdirilmesine itiraz etmeyen işçinin, sonradan kıdem-ihbar tazminatlarının hesabında bu ikramiyenin de hesaba katılmasını talep etmesi durumunda doğabilmektedir. Bu durumda yargılama yapan mahkeme, işçinin ödenmemiş ikramiye talebinin yanında, bir süredir uygulanmayan bu ikramiyenin hesaba katılarak talep edilen fark kıdem ve ihbar tazminatları hakkında da karar vermek durumundadır. Karar verilirken, işyeri uygulamasına dayanan bir çalışma koşulu olan ikramiye uygulamasının hangi koşullar altında kaldırılacağı, yani çalışma koşullarında esaslı değişiklik ve İş Kanunu m. 22 irdelenmek zorundadır. Tam da bu noktada yani bir ikramiyenin kaldırılması konusunda Yargıtay 22. Hukuk Dairesi ile 9. Hukuk Dairesi ve Hukuk Genel Kurulu'nun farklı görüşleri kabul ettiği görülmektedir.

9. Hukuk Dairesi'nin 08.12.2011 gün ve 2009/28912 E., 2011/47659 K. sayılı ilamı üzerine yerel mahkemenin direnmesi ile konu HGK önüne gelmiş ve HGK Esas: 2012/9-1166 Karar: 2013/279 Karar Tarihi: 27.02.2013 kararı ile 9. Daire ile aynı sonuca varmıştır. Davanın konusu, iş sözleşmesi feshedilip kıdem ve ihbar tazminatı ödenen işçinin, fark kıdem ve ihbar tazminatı ile ikramiye talebidir. İşyeri uygulaması olarak işveren tarafından ödenmekte olan ikramiyelerin 2004 yılı başından sözleşmenin işveren tarafından feshedildiği 2008 yılına kadar ödenmediği anlaşılmakta, davacı işçi ikramiyeler yanında ikramiye farkına göre ek kıdem ve ihbar tazminatı talep etmektedir.

Taraflar arasında işyeri uygulaması olarak ikramiyenin varlığı ve bu uygulamanın 2004 yılına kadar sürdüğü tartışmasızdır. 2004 yılı başında

işverenin tek taraflı olarak ikramiye uygulamasına son verdiği, bu hususu ilan eden işçilere duyurduğu, bir kısım işçilerin ikramiyelerin kaldırılması yolundaki değişikliği imzalı beyanları ile kabul ettikleri anlaşılmaktadır. Fakat davacının iş şartındaki aleyhe olan bu değişikliği kabul ettiğine ilişkin beyanı yoktur. Yerel mahkeme buna rağmen davacı işçinin talebini şu gerekçe ile reddetmiştir: “2004 yılı başında ikramiyelerin işverence kaldırıldığı; davacı her ne kadar ikramiyelerin bu gün vereceğim, yarın vereceğim şeklindeki ertelemeler ile 2005 yılından itibaren ödenmediğini iddia etmiş ise de, ibraz edilen bordroların imzalı olduğu, 31.12.2003 tarihine kadar olan bordrolarda ikramiye ödemelerinin gözüktüğü, bu tarihten sonraki bordrolarda ikramiye hanesinin bulunduğu ancak tahakkuk yapılmadığı; davalı taraf ikramiyelerin kaldırıldığının işçilere duyurulduğunu belirtmiş, tanıkları da bu beyanı doğrulayarak, ikramiyelerin daha sonra ödeneceğine dair bir taahhüde bulunulmadığını beyan ettikleri; zaten 2004 yılı başından itibaren ikramiye ödenmediğinin davacı tarafın da kabulünde olduğu; uzun süre ödenmeyen ikramiyenin işyeri koşulu haline geldiği; ikramiye ödemesi olmayan bordroları ihtirazi kayıtsız olarak imzalayan davacının aradan dört yıl gibi uzun bir süre geçtikten sonra ikramiye talep etmesinin iyi niyetli bir davranış olarak görülmediği, davacının ikramiyelerin kaldırılmasına rıza gösterdiği ve bunun işyeri uygulaması haline geldiği”. Mahkeme sonuçta davacının ikramiye isteklerinin reddine, bakiye kıdem ve ihbar tazminatı isteklerinin ise ikramiye ilavesi olmadan yapılan hesaplama göre kabulüne karar vermiştir.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi ise işçinin yazılı kabulü olmadan tek taraflı olarak ikramiye uygulamasına son verilmesinin bağlayıcı olmayacağını kabul etmiştir. Daireye göre “bu durum göz önüne alındığında işverence ikramiyenin tek taraflı olarak kaldırılmasının işçi yönünden bağlayıcı nitelikte olmadığı ve 4857 Sayılı Kanununun 22. Maddesi uyarınca işyeri koşulu haline gelmediği sonucuna ulaşılmalıdır.”. Daire yerel mahkeme kararını, “davacı işçinin ikramiye alacakları ile ikramiye ilaveli kıdem ve ihbar tazminatına esas ücretine göre fark kıdem ve ihbar tazminatı alacaklarının hüküm altına alınması gerekirken ikramiye isteklerinin reddi ile kıdem ve ihbar tazminatı isteklerinin ikramiye ilavesi olmadan hesaplanıp hüküm alınması isabetsizdir” gerekçesi ile bozmuştur. Yerel mahkemenin direnmesi üzerine konuyu tartışan HGK da 9. Daire ile aynı sonuca ulaşmıştır.

HGK gerekçe olarak İK 22 metnine dayanmakta, “işveren işyeri uygulamasıyla oluşan çalışma koşullarında esaslı bir değişikliği ancak durumu işçiye yazılı olarak bildirmek suretiyle yapabilir. Bu şekle uygun olarak yapılmayan ve işçi tarafından altı işgünü içinde yazılı olarak kabul edilmeyen değişiklikler işçiyi bağlamayacaktır.” sonucuna varmaktadır. HGK’na göre işverenin esaslı değişikliği sadece işyerinde ilan etmesi yeterli değildir. İşçinin kabulüne dair yazılı belge sunulmadıkça ikramiye uygulamasına geçerli olarak son verildiği kabul edilemez. HGK kararı oyçokluğu ile alınmış olup, azınlık görüşündekilerin, “4857 Sayılı Yasanın 22. maddesinin lafzi yorumlanmaması gerektiği, davacının ikramiyenin kaldırılmasına ilişkin yazılı bildirimde itiraz etmeyerek uzun süre sessiz kalıp, ücret bordrolarını imzalamış olması nedeniyle ikramiye ödenmemesinin işyeri uygulaması haline geldiği, bu nedenle mahkeme kararının yerinde olduğu savunması” çoğunluk tarafından kabul edilmemiştir.

9. Daire ve HGK’nun bu görüşüne karşılık 22. Daire’nin 2013 yılına ait bir kararında, işverence tek yanlı kaldırılan ve kaldırılmasına uzun süre itiraz edilmeyen ikramiye konusunda tam aksi görüşü kabul ettiği görülmektedir². Daire’nin Esas No. 2012/12745, Karar No. 2013/2608 Tarihi: 11.02.2013 kararına konu olayda, fazla çalışma ücretlerinin ödenmemesi ve ücretlerinin geç ödenmesi gerekçeleri ile iş akdi işçi tarafından haklı nedenle feshedilmiştir. Davacı işçi, kıdem tazminatı, ücret ve ikramiye alacağı talebi ile dava açmıştır. Somut olayda işyeri uygulaması olarak ikramiye ödendiği, fakat işveren tarafından ikramiye uygulamasına tek taraflı son verildiği, iş akdi son bulmadan önceki 2009 ve 2010 yıllarında ikramiye ödenmediği anlaşılmaktadır. Yerel mahkeme davacının feshinin haklı sebebe dayandığı gerekçesi ile kıdem tazminatı talebini kabul etmiş, ikramiye konusunda da davacı işçiyi haklı bularak ikramiyelerin ödenmesine hükmetmiştir. Davalı işverenin temyizi üzerine dosyayı inceleyen 22. Daire ise kıdem tazminatı ve fazla mesai ücret taleplerini kabul etmekle birlikte, ikramiye talebi bakımından kararı bozmuştur. Daire’nin gerekçesi şöyledir: “davalı tanıkları davalı şirketin ekonomik krizden etkilenmesi sebebi ile 2009 yılının başından itibaren ikramiye ödemesinin kaldırdığını beyan etmişlerdir. İşyerindeki ikramiye ödenmesine ilişkin işyeri uygulamasının 2008 yılı sonundan

² Çalışma ve Toplum, 2013/3, S. 38, s. 654 vd.

itibaren ekonomik kriz sebebi ile davalı işveren tarafından kaldırıldığı anlaşılmaktadır. Davacı, ikramiye uygulamasının kaldırıldığı 2009 yılının başından iş sözleşmesini feshettiği 24.09.2011 tarihine kadar çalışmasını sürdürmüş ve ikramiyenin kaldırılmasına itiraz etmemiştir. Bu durumda uzun süre ikramiye ödenmemesinin iş koşulu haline geldiğinin kabulü gerekir.” Karar oy çokluğu ile alınmış olup karşı oy yazısında İK 22’ye dayanılarak şu gerekçeler yer almaktadır: “İş Kanunu’nun 22. maddesinin birinci fıkrasının asıl konuluş amacı işverenin tek taraflı değişiklik işlemlerine karşı işçiyi korumak; işçinin isteği dışında işini, işyerini ve diğer çalışma koşullarını değiştirecek işveren davranışlarına engel olmaktır. Somut olayda işyerinde yılda üç ikramiye uygulaması bulunduğu dosya içeriği ile sabit olmasına rağmen, işverence davacının yazılı muvafakati alınmadan tek taraflı olarak 2008 yılından itibaren kaldırılmıştır. Davalı işverence çalışma koşullarında bu şekilde yapılan değişiklik davacı işçiyi bağlamaz.”

IV. DEĞERLENDİRME

Kanımızca 9. Daire ve HGK’nun kararları ile 22. Daire karşı oyu doğrudur. 22. Daire’nin “işçinin itiraz etmeyip çalışmasını sürdürmesi nedeni ile ikramiye ödenmemesinin çalışma koşulu haline geldiği görüşüne” ise katılmamız mümkün değildir. İş Kanunu m. 22 hükmü, sadece metni ile değil, tarihi gelişimi ve getiriliş amacı dikkate alındığında da işverenin tek taraflı esaslı değişiklik yapmasını yasaklamaktadır. Tek taraflı değişikliğin önüne geçilmesinin temel aracı olarak da hükümde açıkça “işçinin yazılı kabulüne dayanmayan değişiklikler işçiyi bağlamaz” yani “geçersizdir” denmektedir. 4857 sayılı İş Kanunu yürürlüğe girmeden önce bir işyeri uygulamasının aksi yönde tekrarlanan uygulama ile tek taraflı ortadan kaldırılabilceği, olumsuz işyeri uygulaması ile bir ikramiyeye son verilebileceği kabul edilmiştir. Ancak 4857 sayılı Kanun m. 22’nin açık emredici ifadesi karşısında bu görüş artık geçerli değildir. M. 22’de Türk öğretisinde çoğunluğun kabul ettiği görüşe uygun olarak, işyeri uygulamasının iş sözleşmesi ile aynı düzeyde olduğu kabul edilmiştir. Bir ikramiye ister iş sözleşmesinden ister işyeri uygulamasından kaynaklansın, değiştirilmesi ve sona erdirilmesi İK 22 hükmüne tabidir. Ekonomik nedenlerle haklı gerekçelere dayansa dahi işveren, yasanın açık hükmünü ihlal edip tek taraflı olarak bir

işyeri uygulamasına son veremez. İşçilere durumun ilan edilmesi, işçilerin itiraz etmemesi, üst üste ikramiye ödenmemesinin tekrarı vb., esaslı değişikliği bağlayıcı kılamaz. Esaslı değişiklik yasanın lafzı ve ruhuna uygun olarak ancak işçinin yazılı kabulü alınmak sureti ile yapılabilir.

İK 22'nin bu düzenlemesi geçmiş dönemdeki işçi aleyhine kararlara ve yoruma bir tepki niteliğindedir. Geçmişte 1475 sayılı İK 16/II-e'deki bir ifade nedeniyle, esaslı değişikliğe 6 işgünü içinde itiraz edip haklı nedenle iş akdini feshetmeyen işçi bakımından değişikliğin bağlayıcı olduğu kabul edilmişti. Çeşitli Milli Komite toplantılarındaki tartışmalarda bu durumun doğru olmadığı, değişikliğin riskini işçinin taşımak zorunda olmadığı, işverenin değişikliği kabul etmeyen işçinin iş sözleşmesine son vererek kıdem ihbar tazminatlarını ödemesi ve fesih riskini üstlenmesi şeklinde bir düzenlemenin gerekli olduğu belirtilmişti. İK 22 hem bu tartışmalarda öne çıkan görüşü ifade etmekte hem de aslında sözleşme hukukunun temel bir ilkesine karşılık gelmektedir: Çalışma koşulları iş sözleşmesine dayanmaktadır ve her sözleşmede olduğu gibi iş sözleşmesinin de değiştirilmesi ancak tarafların anlaşması ile olabilir; tek taraflı olamaz. İşverenin fiili gücü nedeni ile işçiye tek taraflı değişikliği dayatmasına karşı sözleşme hukukuna uygun olarak İK 22'de her türlü esaslı değişiklik, anlaşma ve işçinin kabulü koşuluyla bağlanmaktadır. Yasa bu güvenceyi bir de yazılı şekil koşulu ile kuvvetlendirmekte, yazılı olmayan kabul konusundaki tartışma ve iddiaların önüne geçmekte, değişikliğin ancak işçinin yazılı kabulü ile bağlayıcı olacağını kabul etmektedir. Aksinin kabulü ile yazılı şekil koşulunu bir kenara atmak, yasanın amacı ve lafzına aykırı bir yorum olur.

İşçinin yazılı kabulü yani yazılı şekil kuralı İK 22 uyarınca geçerlilik koşuludur. Tüm şekil kurallarında olduğu üzere burada da, dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanımı yasağı yani MK 2 üzerinden bir istisna yapılmasının haklı olacağı durumlar bulunabilir. Fakat dikkate alınması gereken husus, emredici hükme dayanan bir şekil kuralının dürüstlük kuralı ile her zaman ve her durumda bertaraf edilemeyeceğidir. Somut olayda hakkın kötüye kullanıldığı, gerçekte mevcut bir kabul iradesi varken, sonradan kötüniyetli olarak şekil kuralının gerekçe gösterildiği açıkça ortaya konabilmeli ve kabul edilebilmelidir. Bu bakımdan çalışma koşullarında değişikliği de ücret ve diğer çalışma koşullarındaki değişiklikler olarak ikiye ayırmak mümkündür. Diğer çalışma koşullarında, örneğin bir işyeri veya görev

değişikliğinde işverenin gönderdiği işyerine giden veya yeni görevi kabul eden işçinin, uygun bir davranışla değişikliğe rıza gösterdiği kabul edilebilir. Örneğin gidip yeni işyerinde aylarca görev yapan işçinin sonradan şekil kuralına uyulmadığı için işyeri değişikliğinin bağlayıcı olmadığını ileri sürmesi hakkın kötüye kullanımı olarak görülebilir. Burada da önemli bir koşul, bu durumun geçici olmadığını işçinin bilmesidir. Buna karşılık ücret yani işverenin edimi söz konusu olduğunda, düşük ücret almaya, bir ikramiyenin verilmemesine itiraz etmemek değişikliği kabul anlamında yorumlanamaz. İşverenin tek yanlı olarak kendi edimini yerine getirmemesine veya eksik yerine getirmesine karşılık işçinin çalışmaya devam etmesi, kabul anlamına gelmez. İşçi zamanaşımı süresi içinde her zaman ücret farkını dava etmek ve haklı nedenle sözleşmesini feshetmek hakkına sahiptir. Ücretin eksik ödenmesi halinde işçinin haklı fesih yetkisi bakımından altı işgünlük sürenin işlemediği, ücret ödenmediği yani işverenin akde aykırı davranışı sürdüğü müddetçe işçinin haklı fesih hakkının olduğu da isabetli olarak yargı kararları ve öğretide kabul görmektedir. İkramiyesi ödenmediği için her zaman iş akdini haklı nedenle feshedebilen işçinin, itiraz etmediği için değişikliği kabul ettiği söylenemez. Ayrıca iş hukukunun, iş ilişkisi devam ederken verilen ibranamenin geçerli olmadığı ilkesi karşısında, işverence tek yanlı ödenmeyen bir ikramiyenin sonradan talep edilemeyeceği görüşü de zaten çelişkili olur. Bu nedenlerle ilke olarak MK 2 üzerinden de işçinin itiraz etmemesi ile bir ikramiye uygulamasına tek yanlı son vermenin geçerli olacağı kabul edilemez.

Olması gereken hukuk bakımından 22. Daire çoğunluk görüşünün haklı kabul edileceği durumlar olabilir. Alman hukukunda kabul edilen görüş uyarınca işyeri uygulaması, iş sözleşmesi değerinde değildir. Belirli objektif koşulların, haklı gerekçelerin varlığı halinde örneğin ciddi bir ekonomik kriz olduğunda işverenin tek yanlı olarak bir işyeri uygulamasına son verebilmesi mümkündür. Türk öğretisinde de azınlık görüşü bu yöndedir. Kazançlı dönemlerde işçileri ödüllendirmek için bir ikramiye uygulamaya başlayan işverenin, ikramiye ödediği dönemdeki koşullar ortadan kalktığında bu işyeri uygulamasına son verebileceği olması gereken anlamında doğru kabul edilebilir. İşyeri uygulamasını doğuran koşullar ortadan kalktığı takdirde uygulamanın da ortadan kaldırılabilmesi haklı olarak savunulabilir. Bu durumda da işverene denetimsiz bir yetki sağlamak söz konusu değildir. Mahkemenin

açılan davada işverenin gösterdiği gerekçeleri denetleyerek haklı bulabileceği, bu takdirde tek yanlı olarak bir işyeri uygulamasına son vermenin de geçerli olması gerektiği kabul edilebilir³. Ancak birincisi, bu görüş hukukumuzda kabul edilemez, zira İK 22 nedeni ile işyeri uygulamasının değiştirilmesi de iş sözleşmesi değişikliği ile aynı koşula yani işçinin yazılı kabulüne tabidir. İkincisi, tek yanlı son verme kabul edilse dahi işyeri uygulamasını doğuran koşulların ortadan kalktığı işveren tarafından deliller ile kanıtlanmalı, mahkeme tarafından da denetlenmelidir. Sadece işverenin soyut olarak “ekonomik kriz” var beyanına dayanılarak işçi aleyhine esaslı değişikliği geçerli kabul etmek söz konusu olamaz.

³ **Soyer**, Polat: Genel İş Koşulları, 1987, s. 217 vd.; **Alp**, Mustafa: İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, Ankara 2005, s. 217.

SÜREKLİ BORÇ İLİŞKİLERİNDE (DAUERSCHULDVERHAELTNISSE) ZAMANAŞIMI

*Prof. Dr. Şeref ERTAŞ**

1. Sorunun Takdimi

Zamanaşımı bir alacak hakkının uzun süre kullanılmamış olması sebebiyle dava edilebilme hakkını ortadan kaldıran bir hukuki olgudur. Buna söndürücü zamanaşımı da denir. Zamanaşımı ile alacak hakkı ortadan kalkmaz, sadece yargı yönünden etkisizleşir. Bu bakımdan *hak düşürücü* sürelerden farklıdır. Hak düşürücü süreler hakkı ortadan kaldırır. *Kazandırıcı zamanaşımı* ise tersine, önceden var olmayan bir hakkın kazanılmasını sağlar. Kazandırıcı zamanaşımı süresi diğer taraf için bir hak düşürücü süre arz eder. Zamanla ilgili kurallar, her üç kavramda da uzun süre devam eden bir fiili durumun hukuka uygun olmasa hukuk güvenliği, istikrarı açısından korunması düşüncesine dayanmaktadır.

Hukukumuzda zamanaşımı süreleri, genel zamanaşımı, özel zamanaşımı diye ikiye ayrılmaktadır. Borçlar Kanunu 72.m.de düzenlenmiş olan on yıllık zamanaşımına genel zamanaşımı, diğer yasa hükümlerinde düzenlenmiş olan zamanaşımı sürelerine de özel zamanaşımı denilir.

Bundan başka hukuki dayanaklarına göre zamanaşımı haksız fiil zamanaşımı (TBK 72), sebepsiz zenginleşme zamanaşımı (TBK.82) ve sözleşme zamanaşımı (TBK.146) olarak türlere ayrılır.

Biz burada, aynı zamanda genel zamanaşımı da denilen sözleşmeden doğan zamanaşımını sürekli borç ilişkileri açısından inceleyeceğiz.

Zamanaşımı konusunda şunu da belirtmek gerekir ki, zamanaşımı sürelerini düzenlemek yasa koyucunun yetkisindedir. Eğer aksine bir hüküm

* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Emekli Öğretim Üyesi

yoksa, genel zamanaşımına ilişkin temel ilkeler, diğer zamanaşımı hatta hak düşürücü sürelerle de uygulanır. TMK.714.m. kazandırıcı zamanaşımında dahi TBK. zamanaşımı hükümlerine yollama yapmıştır.

Ani edimli sözleşmelerde, zamanaşımının başlangıcını söylemek kolaydır. TBK.149.m. uyarınca ani edim borcunun muaccel olduğu andan itibaren süre başlar. Sürekli borç ilişkisi yaratan bir borç ilişkisinde alacak hakkının zamanaşımının hangi andan itibaren başlayacağını tayin etmek kolay değildir. Muacceliyet için bir süre kararlaştırılmamış ise, sürekli edimli sözleşme de olsa TBK 90.m. uyarınca alacak borç ilişkisi kurulur kurulmaz zamanaşımı süresi başlayacaktır. Sürekli bir borç ilişkisi 20 yıllık periyodu kapsıyorsa alacaklının On yıldan sonraki alacağı zamanaşımına mı uğramış sayılacaktır?. Örneğin 20 yıllık kira sözleşmesinde kiralayanı, kira konusunu sözleşmeye uygun tutma borcu, on yıl geçtikten sonra sona erecek fakat kiracının kira ödeme borcu devam mı edecektir.

2. Sürekli Borç İlişkisi Kavramı

Tek edim ile sona ermeyen (ani edimli) borçluyu belli bir süre devamlı, kesintisiz olarak bir edim yükümlülüğü altında bırakan borç ilişkilerine, sürekli borç ilişkisi adı verilir¹. Hizmet akdi, kira akdi, ödünç, saklama, ortaklık, abonman, acentalık akitleri bu niteliktedir. Kiralayan kiraladığı şeyin kiracı tarafından devamlı olarak kullanılmasına, işçi her işgünü taahhüt ettiği işi ifa etmekle yükümlüdür. Abonman sözleşmesinde, abone veren, taahhüt ettiği zaman periyodu içinde devamlı taahhüt ettiği hizmeti ifa veya ürünü teslim etmek ile yükümlüdür. Acentalık sözleşmesinde ise (TTK.102), acenta ticari bir işletmeyi ilgilendiren sözleşmelerin yapılmasında aracılık etmeyi veya bunları işletme sahibi adına yapmayı sürekli olarak taahhüt eder. Sürekli borç ilişkilerinde genellikle, bir çekinme, katlanma (Unterlassen, Dulden) şeklinde olabileceği gibi, belli periyotlarla tekrarlan olumlu bir edim de olabilir²

¹ **Tekinay**, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 6. Bası, s. 14; **Antalya**, Borlar Hukuku, Genel Esaslar, s. 38; **Seliçi**, Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi.

² **Larans**, Lehrbuchdes Schuldrecht, s. 25.

Sürekli edimli borç ilişkilerinde, borç ilişkisi tek bir edimin ifası ile sona ermez, borç ilişkisi birçok defalık edimle veya süresi belli bir zaman dilimi içinde devam eden bir edim ile ifa edilerek sona erer³. Sürekli borç doğuran sözleşme süresiz de olabilir. Örneğin bu tür sözleşme olan kira sözleşmesi belli süreli olarak da kurulabilir, süresiz(TBK.328) de olabilir.

Sürekli borç doğuran sözleşmelerle devri edimleri karıştırmamak lazımdır. Borçlunun borcunu “belli fiil veya hareketlerle belirli zaman aralıkları ile tekrarlayarak ifa ettiği borç ilişkilerine” devri borç ilişkisi adı verilir⁴. Sürekli borç ilişkisinde ise borç devri edimde olduğu gibi belli aralıklarla tekrarlanan ifa şeklinde değil, borçluyu belli bir süre boyunca kesintisiz bir ifa veya katlanma yükümlülüğü altına girmektedir.

Bir ürünün devamlı temini ve pazarlanmasına yönelik sözleşmeler (Bezugsvertraege) bu tür sözleşmelerdendir. Bu sözleşmelerde temin edici gaz, elektrik gibi ticari tüketime yönelik bir ürünü, belli aralıklarla devamlı, abonesine veya acentasına teslim yükümlülüğü altındadır.

Eğer başlangıçta kararlaştırılmış belli miktarda (para meblağı, gıda maddeleri gibi) misli bir şeyin kısım kısım zaman periyotları ile teslimi taahhüt edilmiş ise bu sürekli bir borç ilişkisi olarak nitelendirilmez. Burada zaman dilimleri borcun kapsamıyla değil ödeme şekliyle ilgilidir (devri borçlar, TBK.126).

Sürekli borç ilişkisi bir zamanla sınırlı kurulmuş ise, bu sürenin dolması ile sona erer. Süresiz kurulmuş ise, ya sözleşmede taraflara, belli şartlarda ilişkiyi fesih etmek hakkı tanınmıştır, ya da kanunda, kira sözleşmelerinde olduğu gibi (TBK.328) taraflara, belli periyotlar içinde fesih yetkisi verilmiştir. Süresiz olan sürekli borç ilişkilerinde ne sözleşmede ne de yasada taraflara bir fesih hakkı öngörülmemiş ise, tarafların haklı sebeplerle sözleşmeyi fesih edebileceği kabul olunur⁵. Sürekli borç ilişkilerinin bir özelliği de bu feshin ileriye yönelik (exnunc) olmasıdır⁶. İlerde doğması mümkün edim-

³ **Larenz**, Lehrbuchdes Schuldrechts, s. 24; **Fikentscher**, Schuldrecht s. 33.

⁴ **Telinay**, age., s. 14, **Rox/Walker**, Allgemeines Schuldrecht, Auflage 30, s. 9.

⁵ **Seliçi**, Borçlar kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi.

⁶ **Antalya**, age., 39.

ler varsa bunlar artık doğmaz. Ancak geçmişe yönelik ifalar varlık ve geçerliliğini korur. Bunlar iadesi söz konusu olmaz. Yeni TBK.126.m.sinde özel bir hüküm konarak bu tür sözleşmelerde borçlunun temerrüdü nedeniyle alacaklı sözleşmeyi fesih etmişse, sözleşmenin süresinden önce sona ermesi yüzünden alacaklı uğradığı zararların giderilmesini isteyebileceği hükmü konmuştur. Buradaki alacaklının talep edebileceği zarar miktarı, geri kalan sözleşme süresi içinde borç ifa edilseydi alacaklı için sağlayacağı ifa menfaattir. Kira ve ödünç akitlerinde, kiralananı veya ödünç alınanını iade borcu fesihle birlikte doğmaktadır. Bu akitlerde fesih, borç ilişkisini tam olarak ileriye yönelik olarak sona erdirdiği söylenmez. Çünkü iade borcu fesihle birlikte ileriye yönelik olarak doğmaktadır.

Sürekli borç ilişkilerinde mevcut doğmuş tüm edimlerin ifa edilmiş olması, borç ilişkisini sona erdirmez. Çünkü borç ilişkisi varlığını korudukça, yeni edimler doğabilecektir. Borçlunun tek bir ifası ile alacaklının ifa menfaatlerinin tam olarak karşılanması ancak ani edimli sözleşmeler de mümkündür.

Sürekli borç ilişkisi, tarafların birbirine karşı güven, dürüstlük kurallarına uyulmasını, borçlunun ifa fiilinde özel bir dikkat ve özen göstermesini gerekli kılar. Bu güven, iyiniyet ve özen ilişkisi sarsılırsa, bu durum taraflara sözleşmeyi fesih için özel bir neden yaratabilir. Bu sebeple, konunda ve sözleşmede bir fesih hakkı öngörülme bile, sürekli borç ilişkilerinde taraflara haklı sebepler varsa bu sözleşmeleri fesih hakkı tanınmaktadır⁷. Sözleşme borç ilişkisinin o vakte kadar süresi içinde ilişkisinin devamı dürüstlük kurallarına göre artık beklenemeyecek bir hal almış ise, böyle bir haklı sebebin varlığı kabul edilmektedir⁸.

Sürekli borç doğan sözleşmeye örneği olarak, taraflar arasında yapılmış olan bir sözleşmede, on yıl süreyle (B) Şirketi, (A)ı şirketine karşı, (A) şirketinin petrol ürünlerini bu şirketin marka ve ünvanıyla birlikte satmayı, başka bir şirketin petrol ürünlerini satmamayı taahhüt etmiştir. Bu şekilde (A) şirketi ve (B) Şirketi arasında belli marka petrol ürünü temini ve Pazarlanması konusunda, devamlı borç ilişkisi yaratan bir acentalık sözleşmesi

⁷ RGZ. 78, 389; BGHZ nJW 68, 1880.

⁸ **Larenzasge**, s. 28.

oluşmuştur. (B) Şirketi ,(A) şirketine karşı devamlı şekilde bir rekabet yasağı taahhüdünde bulunmuştur.

2. Zamanaşımı Sürelerinin Başlangıcı

TBK:149.m.ye göre zamanaşımı alacağın muaccel olduğu anda başlamaktadır. Muacceliyet anı ise, alacaklının, borçludan alacağını talep edebileceği andır. Yasada bu “ifa anı” şeklinde ifade olunmuştur. TBK.90.m.ye göre “ifa zamanı taraflarca kararlaştırılmamış olmadıkça veya hukuki ilişkinin özelliklerinden anlaşılmadıkça her borç, doğduğu anda muaccel” olmaktadır. Bu kural hukuki işlemlerden doğan borçlar için geçerlidir. Borçluya ayrıca ihtar gönderip temerrüde düşmesi gerekli görülmemiştir. Eğer muacceliyet alacaklının bir bildirim (ihbar) de bulunmasına bağlı ise, bu alacaklar TBK.148 II. m.ye göre bu bildirim alacaklı tarafında yapıldığı andan değil yapılabileceği andan itibaren başlamaktadır. Böylelikle alacaklının ihbarı geciktirerek zamanaşımının ilânihaye uzaması önlenmektedir.

Haksız fiillerde, sebepsiz zenginleşmeden doğan borçlarda sürenin başlangıcı yasa tarafından farklı şekilde düzenlenmiştir. Haksız fiillerde zararı öğrenme⁹ veya haksız fiil tarihinden (TBK.72), Sebepsiz zenginleşmede de yine öğrenmeden veya sebepsiz zenginleşmenin gerçekleştiği tarih-ten itibaren (TBK.82) başlatılmaktadır.

Alman Medeni Kanunu BGB 199 paragrafında zamanaşımın başlangıcı bakımından farklı bir esası benimsemiştir. Buna göre zamanaşımı, hukuki işlemlerde borcun doğduğu veya alacaklının borcu doğuran olayı öğrendiği andan itibaren başlamaktadır. Haksız fiillerde ise zararın doğum anı esas alınmıştır. Eğer borç olumsuz bir edimse (Unterlassen), zamanaşımı bu borcun ihlali ile (Zuwiderhandlug) başlamaktadır.

Borçlar Kanunumuz sözleşmeden doğan borçlarda, zamanaşımının başlangıcı konusunda borç ilişkisinin ani edimli veya sürekli edimli borç ilişkisi olup olmadığı konusunda bir ayırım yapmamıştır. BGB paragraf 197/2 de, devri ve sürekli borç ilişkisinde zamanaşımı için özel bir hüküm yer almaktadır.

⁹ YGHK. 4:6.2003 T., 4-400/393 sayı. “Zararın öğrenilmesi, kapsamının ne olduğunun bilinebildiği ve bilinmesinin mümkün olduğu andır” 4.HD. 22.11.1981 T., 980/12753 E., 415 K., T. **Uygur**, age., s. 2727.

Zamanaşımının başlangıcını tayin ederken TBK.153.m.de sayılan zamanaşımını durduran nedenlerden birinin olup olmadığının da dikkate alınması gerekir. Eğer bu sebeplerden biri varsa, bu sebepler ortadan kalkmadıkça zamanaşımı başlamaz. Alacak için bir vade kararlaştırılmış olsa bile bu sebeplerden biri varsa ve henüz bu sebep devam ediyorsa, zamanaşımı süresinin başlaması mümkün olamaz.

TBK.154.m.deki zamanaşımı süresini kesen bir hal varsa, zamanaşımı n yeniden başlar. Yeniden başlayan süre eski zamanaşımı süresinin aynıdır. Örneğin bir kira alacağı ise eski süre beş yıldır, kesilmeden sonraki yeni süre de beş yıl olacaktır.

Kesme sebebi temadisi olan bir sebepse, sürenin bu sebebin ortadan kalkması ile başlaması lazımdır. Örneğin TBK 154/2.m.ye göre alacaklının dava açması süreyi kesecektir. Dava 15 yıl devam etmiş ise yeni süre davanın bitiminden itibaren başlamalıdır. Alacak bir senetle ikrar olunmuş veya bir mahkeme veya hakem kararına bağlanmış ise, TBK.156 /2.m.. on yıllık yeni bir zamanaşımının geçerli olacağını belirtmiştir. Bu yeni zamanaşımı süresinin başlangıcı, seneden düzenlendiği tarih veya mahkeme ve hakem kararının kesinleştiği tarihtir.

3. Sürekli Borç İlişkilerinde Zamanaşımının Başlangıcı

Sürekli borç ilişkileri doğuran sözleşmelerinden en önemlisi şüphesiz hizmet sözleşmeleridir.

TBK.149.m.ye göre zamanaşımı alacağın muacceliyetinden itibaren başlarsa da, TBK.153.m. sayılan hallerden biri varsa zamanaşımı süresi işlemez. Eski BK. 132.m.4.bendine göre, “hizmet mukavelelerinde”, mukavele devam ettiği müddetçe hizmetçilerin, istihdam edene karşı alacakları “hakkında zamanaşımı” işlemez¹⁰. Yeni TBK.153.m.4.bent maalesef hükmü, “hizmet ilişkisi süresince ev hizmetçilerinin onları çalıştıranlardan alacağı” için zamanaşımı durur haline sokularak, zamanaşımının durması sadece ev hizmetçileri ile sınırlanmıştır.

¹⁰ YHGK. 5.7.2000 T., 9-1079712103 “İşçilerin yıllık izin alacağı iş akdi bitmeden muaccel olmaz (N. Kaçak, age., BK., m. 128 s. 589), Buna karşılık memurların eksik ödenen maaşları için 3.2.1954 T., 21/4 sayılı YİBK”. “Her ay tekrarlansa da zamanaşımını durduran, kesen bir neden yoktur” demektedir.

Biz bu hükmün geniş yorumlanarak hukukumuzda, iş, vekalet ve istisna akitleri, hizmet görmeye yönelik üç sözleşmeyi kapsayacak şekilde yorumlanması gerektiğini savunurken maalesef kapsam daraltılmıştır... Hizmet akitlerinde, hizmetli durumunda olan tarafın, sözleşmenin devamı esnasında haklarını iş sahibine karşı ileri sürebilmesindeki zorluklar nedeniyle bu istisna konmuştu. İşini kaybetme korkusu ile işçi, patronu mahkemeye vermekten çekinir. Bu korku vekalet akitlerinde daha yüksektir. Çünkü iş sözleşmelerinde, işverenin sözleşmeyi tek taraflı feshini önleyici hükümler olduğu halde vekalet akdinde tersine, bu tür hükümlerin konulması yasaklanmıştır. (TBK.42, 512). Acente sözleşmeleri de vekalet akdinin özel türü sayılmaktadır. 6102 sayılı TTK.121.m.ye göre işveren üç ay önceden bildirmek suretiyle, her zaman acentelik sözleşmesini sona erdirmek hakkına sahiptir. BU durum taraflara talep hakkının kullanılmasını zorlaştırmaktadır.

Uygulaması son derece yaygın acentelik sözleşmesi de, sürekli borç doğuran sözleşmelerdendir. Bu tür sözleşmelerde, tarafların alacaklarının zamanaşımının, sözleşme ilişkisinin bitiminden itibaren başlayacağı, sözleşmenin niteliğinden hareket edilerek kabul edilmelidir. Bir sözleşmenin geçerliliği ve devam ettiği kabul edildiği sürece o sözleşmeden doğan devamlılığı olan haklar, zamanaşımına uğraması kabul edilemez.

Selahattin TEKİNAY¹¹, özellikle sürekli borç doğuran akitlerden olan vekalet akitlerine ilişkin olarak şöyle demektedir.

“İsabetli bulduğumuz fikir gereğince vadiadan veya vekaletten doğan borçlarda zamanaşımı, sözü edilen akitlerinin anlaşma ile tayin edilen sürelerinin dolması ya da dönme veya vekilin azli gibi sebeplerle sona ermesi üzerine işlemeye başlayacaktır.”

İsviçre Hukukunda Widmer, Gautschi gibi yazarlar da bu görüşü kabul ettiği gibi, İsviçre Federal Mahkemesi de bu görüşü benimsemiştir¹².

Yargıtay 13.Hukuk Dairesi de, sürekli borç ilişkisi yaratan adi ortaklık sözleşmesinde “adi ortaklıktan, ortakların haklarının, ortaklığın mahkemece feshi tarihinden itibaren başlayacağına” karar vermiştir¹³.

¹¹ Borçlar Genel Hukuku Kitabının 1403. sayfasında, 6. bası.

¹² BGE 91 II 422.

¹³ T. Uygur, Borçlar Kanunu, C. 2, md. 128, s. 4165.

Özellikle *Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun* 17.3.1976 tarih 1974/11 E., 298 K. sayılı kararında “davacının davalı **acentede kalan alacağı** hakkında zamanaşımının taraflar arasındaki acentalık sözleşmesinin feshinden itibaren başlayacağı” hususundaki içtihadı bu görüşe uymaktadır¹⁴.

Yargıtay periyodik ifaları öngören, sürekli borç ilişkilerine benzer bir durum yaratan inşaat sözleşmelerinde de, iş sahibinin alacaklarının tabi olduğu beş yıllık zamanaşımının işin kabulünden itibaren başlayacağı yerleşmiş içtihatlarındandır. 15.Hukuk Dairesinin 9.10.1995 tarih, 5147 E., 5377 K. sayılı kararında aynen şöyle denilmektedir:

“Sözleşme ilişkisi devam ettiği sürece zamanaşımı başlamaz, Zamanaşımı alacağın muaccel olduğu tarihten başlar ancak davalı arsa sahibinin sözleşmeden caydıkları ve bunu davacı yüklenicinin öğrendiği veya öğrenmesi gerektiği tarihten itibaren sözleşmeden doğan talep hakları muaccel olur ve beş yıllık zamanaşımı süresi bu tarihten itibaren başlar”¹⁵,

“Yine 15. Hukuk Dairesinin 1.12.1877 tarih 1984 E., 2162 K. sayılı kararına göre “taraflar arasında eser sözleşmesi 1964 yılında sona erdiğine göre, zamanaşımı da bu tarihten başlayacaktır”¹⁶. Sayılı karara göre “ilk sözleşme tarihinden teslim tarihi 31.1.1991 tarihine ertelendiğine ve dava 18.2.1994 tarihinde açıldığına göre zamanaşımı gerçekleşmemiştir”¹⁷.

15. HD.sinin şu kararı, yukarıda savunduğumuz görüşü tam olarak pekiştirmektedir”¹⁸.

“Taraflar arasında sözleşme ilişkisi henüz sona ermiş ve hesaplama da yapılmamış olmasına göre, dava zamanaşımı işlemeye başlamaz”.

¹⁴ İKİD 1976, s. 4755.

¹⁵ Turgut Uygur, Borçlar Kanunu, C. 7, s. 7986.

¹⁶ T. Uygur, age., s. 7990. 21.3.1996 tarih, 7160 E., 1552 K.

¹⁷ T. Uygur, age., s. 7991.

¹⁸ 25.5.1991 tarih, 1689 E., 2822 K., T. Uygur, s.7998.

4. Borcun Yenilenmesi ve Zamanaşımı

Tecdit, yenileme (TBK.133), eski borç ilişkisinin ortadan kaldırılıp onun yerine yeni bir borç ilişkisi kurduğundan, yenileme, önceki süreyi keser, süre yeniden başlar. Yenileme TBK.154.m. anlamında zamanaşımını kesmektedir. Zaten yenilemeyle, önceki borç ilişkisi sona ermekte yeni borç ilişkisinde zamanaşımı sıfırdan yeniden başlamaktadır. Bu sadece sürekli borç ilişkileri için değil diğer bütün borç ilişkilerinde geçerli olan bir durumdur.

5. Zamanaşımını Durduran, Kesen Sebeplerin Dikkate Alınması

Zamanaşımının durma sebepleri, zamanaşımın dolup dolmadığının tespitinde önemli bir etkidir. Zamanaşımı savunması bir defa ise de bu savunma yapıldıktan sonra kanımızca zamanaşımını durduran bir sebep varsa hakim resen dikkate almalıdır.

Zamanaşımının durma sebepleri TBK.1583.m.de sekiz bent halinde sayılmıştır. Diğer yasa hükümlerinde de zamanaşımını durduran bir sebep öngörülmüş olabilir. Örneğin mirasta terekenin defterinin tutulması prosedürü süresi içinde de tereke alacaklıları için zamanaşımı durmaktadır (TMK. 625). TBK. 153.m. düzenlenen iki durma sebebini üzerinde burada özellikle incelemek istiyoruz.

5. bente göre borçlu alacak üzerinde intifa hakkına sahip ise, zamanaşımının durması kuralıdır. Hükümde sadece intifa hakkından söz edilmektedir. Borçlunun, alacak konusu üzerinde daha geniş haklar bahşeden bir aynı hakka sahip olması halinde zamanaşımı durmayacak mıdır? Örneğin borçlunun borç konusu taşınmaz üzerinde, intifa hakkı değil de üst hakkı veya mülkiyet hakkına sahip olması aynı etkiyi sağlamayacak mıdır? İrat senedinde, irat borçlusu taşınmaz üzerinde mülkiyet hakkına sahiptir. Kanımızca bu gibi durumlarda da TBK.153/5.m. uyarınca zamanaşımının durması lazımdır. Yargıtay¹⁹, taşınmaz satış vaadi sözleşmelerinde, satış konusu taşınmazın zilyetliği alıcıya devredilmiş ise, satıcının mülkiyeti devir borcunun zamanaşımına uğramayacağı içtihadındadır. Buradan zilyetliğe zaman-

¹⁹ 13. HD. 17.10.1978 T., 78/3207 E., 78/4202.

aşımını durdurma işlevi yüklenmiştir. Diğer yandan bu ilişki de borçlu taşınmaz maliki, borç konusu üzerinde mülkiyet hakkına sahip olması da TBK.153.m.5. bent anlamında bir durma sebebi sayılabilir. Yine Yargıtay²⁰, şeklen geçersiz bir taşınmaz satış sözleşmesinde, zilyetliğin alıcıya devredildiği hallerde, alıcının semeni iade alacağı için zamanaşımının durduğu görüşündedir.

TBK.153.m.7. bende göre, alacağın Türk Mahkemelerinde ileri sürülmesi imkanı olmadığı sürece zamanaşımının durmaktadır.

Türk mahkemelerinde dava açmayı engelleyen sebep, hak sahibinin subjektif durumu ile ilgili olmamalı, gerçekleştiğinde herkes için dava açmayı engelleyebilen objektif bir neden olmalıdır. Bu mücbir sebep olabileceği gibi, Türk mahkemelerinde dava açmayı engellen bir hukuki engel de olabilir. Bunun hukukumuzda en belirgin örneği 3402 sayılı Kadastro kanunundaki 12 m.de 3.f.daki 10 yıllık artım süresidir. Buna göre, kadastro tutanaklarının kesinleşmesinden itibaren on yıl geçtikten sonra, kadastro öncesi hukuki sebeplere dayanarak artık dava açılmaz. Muris muvazaasında, mirasçılar muris hayatayken, kadastro öncesi bir muris muvazaasına dayanarak tapu iptali dava açmaları hukuken mümkün değildir. Eğer burada süreaşımını süresini işletirseniz, murisin bu on yıllık süre dolduktan sonra ölmesi durumunda artık mirasçılar muris muvazaası sebebiyle dava açamayacaklardır. Bu sebeple 12.m.deki on yıllık süreyi, murisin ölümünden sonra başlatılması gerekmektedir.

Yargıtayın asıl alacak için kesilen zamanaşımı ferî alacaklar özellikle faizler için kesilmiş olmaz²¹, fazlaya ilişkin hakkın saklı tutma kaydı²², talep dışında meblağ için zamanaşımını durmaz şeklinde içtihatlarına katılmıyoruz. Zamanaşımı borç ilişkisinin tamamı için kesilir veya durur.

TBK.154.m.de alacaklının alacak için dava açması, zamanaşımını kesen bir sebep olarak sayılmıştır. Davanın devamı süresinde de zamanaşımı TBK.153 son f.uyarınca durması lazımdır. Dava kesin hükme bağlandıktan sonra yeni bir zamanaşımı süresi başlar (TBK.156).

²⁰ 10.7.1940 T., 2/7 YİBK.

²¹ 2. HD. 14.04.1976 T., 3008/3292, N. Kaçak, age., s. 592.

²² 9. HD. 18.09.1978 T., 9466/10578, N. Kaçak, age., s. 598.

Burada kastedilen dava alacaklı tarafından açılmış davalardır. Borçlunun, menfi tespit davası için açtığı dava zamanaşımını kesmiş olmaz. Zamanaşımının dolması alacaklının lehine ise (örn. TMK.777.m), alacaklının kendi lehine sonuç doğurmak üzere açtığı bir dava zamanaşımını kesmemelidir. Bu bakımdan 19.01.2007 tarih 2005/1 E., 2007/1 sayılı YİBK.da zilyedin , kendi lehine sonuç doğurmak üzere TMK.713.m.ye göre açtığı tescil davası ile kendi aleyhine olmak üzere 20 yıllık zamanaşımı süresini kesmiş sayılacağı,zamanaşımının sıfırdan yeniden başlayacağı şeklinde içtihadına katılmak mümkün değildir.

6. İki Tarafa Borç Yükleyen Akitlerde - Dürüstlük Kuralı ve Zamanaşımı

İki taraflı bir borç ilişkisinde, bir tarafın alacağı zamanaşımına uğramamışsa, diğer tarafın alacağının yasada öngörülen zamanaşımı süresinin zamanaşımına uğradığı savunmasını dürüstlük kuralına uymaz.

Örneğin devamlı borç ilişkisi doğuran acentalık sözleşmesinde, bir tarafın bir para alacağı doğduğunda bu alacak beş yıl sonra zamanaşımına uğrayacaktır. Halbuki o tarafın diğer tarafa bu ilişkiden doğan devamlı edim borcu sürüyor olacaktır. Onun bu yükümlülüğü devam ediyorken diğer taraftan alacağının zamanaşımına uğradığını kabul etmek, tarafların menfaatlerini dengeleye çalışan Borçlar Hukukunun temel ilkeleri ile bağdaşmaz.

Federal Mahkeme ve Yargıtay²³ (Kararlarında, babalık davasında babanın çocuğu tanıyacak gibi kandırıcı davranışları ile anneyi oyaladıktan, dava süreaşımı geçirttikten sonra zamanaşımı definde bulunmasını dürüstlük kuralına aykırı bularak reddetmiştir²⁴. Buradan süreaşımına ilişkin savunmaların, dürüstlük kuralına aykırı olarak ileri sürülemeyeceği sonucu çıkmaktadır.

İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, iki tarafın borcu birbirinin karşılığıdır, bir tarafın alacağı zamanaşımına uğramamış ise borcуда zamanaşımına uğraması kabul olunamaz. İki tarafın borcu birbirinin karşılığı olduğundan bir tarafın alacağının zamanaşımına uğraması, diğer taraf lehine bir sebepsiz zenginleşme yaratacaktır.

²³ BGE 46 II 90, 83 II 93; HGK.13.3.1946, 211/22; HGK. 18.5.196, 11; 11.HD. 5.4.1977, 896/1669-BATIDER 1977, 237.

²⁴ **Oğuzman/Barlas**, Medeni Hukuk Giriş, 15. Bastı, s. 231.

Haksız fiillerde, iki taraf karşılıklı borç içine girmiş ise TBK. 72.m. 2.f, şu hükmü koymuştur:

“Haksız fiil dolayısıyla zarar gören bakımından” bir borç doğmuş ise, zarar gören haksız fiilden doğan tazminat istemi zamanaşımına uğramış olsa bile her zaman bu borcu ifadan kaçınabilir. Bu kural 82.m.. 2.f.da sebepsiz zenginleşme için tekrarlanmıştır.

Bu hükme göre bir haksız fiil sonunda iki taraf, bir sözleşmede olduğu gibi, karşılıklı birbirine karşı borçlu duruma düşmüş ise, bir tarafın alacağı zamanaşımına uğramış ise borcuda zamanaşımına uğramış sayılmaktadır. Hükümün mefhumu muhalifinden çıkan sonuç ise, bir tarafın alacağı zamanaşımına uğramadıkça, borcu da zamanaşımına uğramaz. İki tarafa borç yükleyen akit ile iki tarafa borç yükleyen haksız fiilde, tarafların durumları aynıdır.

Hukuki işlemlere ilişkin zamanaşımı kurallarından TBK.146.m.de de böyle hüküm olmasa da TBK. 114.m. 2.f.da bu durum dikkate alınarak, haksız fiilden doğan sorumluluğa ilişkin hükümlerin, akde aykırı fiillere de uygulanacağı belirtilmiştir.

GRUP İMTİYAZININ KABUL EDİLDİĞİ BANKALARDA GRUP İÇİNDEKİ BÜTÜN PAYLAR NİTELİKLİ PAY SAYILIR MI?

*Prof. Dr. Tekin MEMİŞ**

GİRİŞ

Bankacılık Kanunu'nun 3. maddesinde nitelikli pay tanımlanmıştır. Bu paylara sahip olanlar için yine Bankacılık Kanunu'nun değişik hükümlerinde özel düzenlemeler getirilmiştir. Aşağıda inceleyeceğimiz sorun ise birçok banka esas sözleşmesinde yer alan grup imtiyazlarına ilişkin bir sorundur. Sorun, grup imtiyazının kabul edildiği hallerde, gruba dahil pay sahiplerinin ya da payların nitelikli pay olup olmayacağıdır.

Bu soruya, mevzuatımızda doğrudan bir çözüm getiren düzenleme bulunmamaktadır. Grup imtiyazına ilişkin yasal düzenleme, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile getirilmiştir. Buna karşın Bankacılık Kanunu'nda nitelikli pay tanımı ve buna ilişkin düzenlemeler, eski Türk Ticaret Kanunu zamanından bu yana yürürlüktedir.

Sorunun önemine aşağıda ayrıca değinilecek olmakla birlikte burada sorunu kısaca özetleyebiliriz: Bankada yöneticileri belirleyecek olan grup imtiyazı tanınmış ise bu halde bu gruba dahil bazen binleri bazen de milyonlarca payın her birini Bankacılık Kanunu m.3 anlamında nitelikli pay olarak kabul edebilecek miyiz?

Aşağıdaki çalışmada bu sorun ayrıntıları ile ele alınıp konuya ilişkin doktrinde bulunan görüşlere de değinilerek görüşüm açıklanacaktır. Yine belirtmek isterim ki, bu çalışmada ele aldığım tartışma, sadece teorik bir

* İstanbul Şehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Öğretim Üyesi

tartışma olmayıp, sonucu uygulanacak olan hükümleri değiştirecek bir tartışmadır ve pratik önemi ve karşılığı da vardır.

Ele alınan konuya ilişkin tartışmanın daha iyi yapılabilmesi bakımından Türkiye’de faaliyet gösteren banka ve katılım bankalarının esas sözleşmelerinden örnekler verilecektir. Bu şekilde esasen sorun daha net bir şekilde ortaya konulabilecek ve tartışılacaktır¹.

¹ Esas Sözleşme Örnekleri:

Türkiye Vakıflar Bankası Anonim Şirketi

YÖNETİM KURULU

Kuruluş Tarzı, Tayin ve Seçim, Hizmet Müddeti

Madde:48-(24.10.2005 tarihli Olağanüstü Genel Kurul kararı ile değişik şekli) Bankanın Yönetim Kurulu; Genel Müdür dahil dokuz üyeden oluşur. (A) grubu üyelerden biri Vakıflar Genel Müdürlüğü’nü temsil etmek üzere Başbakan tarafından, (A) grubunun diğer üç üyesi ile (B) Grubunun bir üyesi ve (C) grubunun iki üyesi, kendi gruplarının çoğunluğunun göstereceği adaylar arasından, bir üye de ortakların önereceği adaylar arasından Genel Kurulca seçilir.

Bu adayın belirlenmesinde (D) Grubunun tercihleri öncelikli olarak dikkate alınır.

Türkiye Finans Katılım Bankası

Madde 10

10.1. Şirketin yetkili organları aşağıda gösterildiği gibidir.

A. Genel Kurul

B. Yönetim Kurulu

C. Yönetim Kurulu’na Bağlı Komiteler

10.2. Yönetim Kurulu, Türk Ticaret Kanununun 367. maddesinde belirtildiği şekilde iç yönergelerle göre yönetimi kısmen veya tamamen bir veya bir kaç Yönetim Kurulu Üyesine veya üçüncü kişiye devretmeye yetkili kılınmıştır. Yönetim Kurulu, gerekli gördüğü takdirde, Yönetim Kurulu kararları almak yoluyla, ilgili mevzuat gereğince bankalar tarafından kurulması zorunlu komiteler de dahil olmak üzere Şirket’in işleri hakkında tam yetki ve sorumluluğa sahip belirli komitelerin düzenlenecek iç yönerge doğrultusunda kurulmasını ve faaliyet göstermesini sağlayacaktır, şöyle ki; Aliye Boydak, Arif Budak, Bekir Boydak, Deniz Boydak, Elif Bozdağ, Erol Boydak, Fatma Konuk, Gülhanım Budak, Hacı Boydak, (Hacı) Mustafa Boydak, Huriye Boydak, İbrahim Boydak, İlyas Boydak, İsmail İlkurşun, Mehmet Boydak, Mehmet Kılınç, Mehmet Konuk, Mehtap Boydak, Memduh Boydak, Meral Boydak, Mustafa (Sami) Boydak, Mustafa Budak, Müjgan Boydak, Nazıf Türkoğlu, Nuran Şenozan, Sami Boydak, Şahnur Boydak, Şükran Bozdağ, Şükrü Boydak, Tülay Konuk, Türkan Boydak, Yusuf Akdağ, Yusuf Boydak, Boydak Holding A.Ş., Gözde Girişim Sermayesi Yatırım

I. TÜRK TİCARET KANUNU'NDA GRUP İMTİYAZI YA DA GRUP HAKLARI

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu, esasen daha öncesinde de Yargı kararları ile de kabullenilen grup imtiyazının yanına ilave olarak yine grup imtiyazı başlığı altında tanımladığı, ancak bir imtiyazdan ziyade grup hakkı olarak nitelendirilebilecek bir düzenlemeyi de getirmiştir. TTK.m.360 hükmüne göre, 'Esas sözleşmede öngörülme şartı ile, belirli pay gruplarına, özellik ve nitelikleriyle belirli bir grup oluşturan pay sahiplerine ve azlığa

Ortaklığı A.Ş. ("Mevcut Pay Sahipleri")'nin sahip olduğu paylar tedavüldeki tüm payların %10'unun altında olmadığı sürece, The National Commercial Bank ("Çoğunluk Pay Sahibi") tarafından atanmış Yönetim Kurulu Üyeleri, Mevcut Pay Sahipleri tarafından aday gösterilmiş bir (1) üyenin bu komitelere her birine atanmasına izin vermektedir.

B. YÖNETİM KURULU

Madde 17

17.1. Şirket Genel Müdür ("CEO") de dâhil olmak üzere yedi (7) üyeden oluşan bir Yönetim Kurulu tarafından idare edilir.

17.2. Çoğunluk Pay Sahibi, (Genel Müdür de dâhil olmak üzere) beş (5) üyeyi aday gösterme hakkına sahiptir ve Mevcut Pay Sahipleri, Şirket'de tedavüldeki toplam payların %20'sinden az olmayan kısma sahip olduğu sürece, Mevcut Pay Sahipleri tarafından aday gösterilen iki (2) üyenin Yönetim Kurulu'na atanmasını sağlayacak şekilde oy kullanacaktır. Mevcut Pay Sahipleri, Şirket'de tedavüldeki payların %20'sinden az fakat %10'undan fazla paya sahip oldukları takdirde, Çoğunluk Pay Sahibi (Genel Müdür de dahil olmak üzere) altı (6) üyeyi aday gösterme hakkına sahiptir ve Mevcut Pay Sahipleri tarafından aday gösterilen bir (1) üyenin Yönetim Kurulu'na atanmasını sağlayacak şekilde oy kullanacaktır. Mevcut Pay Sahiplerinin Şirket'deki payı, tedavüldeki payların %10'unun altına düştüğü takdirde, Mevcut Pay Sahipleri'nin Yönetim Kurulu üyesi aday gösterme hakkı olmayacaktır.

Asya Katılım Bankası AŞ.

B-YÖNETİM KURULU TEŞKİLİ

MADDE 32: Yönetim Kurulu, Genel Kurula iştirak eden (A) grubu hissedarların toplam oylarının en az %51'ine sahip olanlar tarafından gösterilecek adaylar arasından Genel Kurulca seçilecek dokuz üyeden oluşur. Genel Müdür, bulunmadığı hallerde vekili Yönetim Kurulu'nun doğal üyesidir. Üyeler, Bankacılık Kanunu'nun öngördüğü şartlara ve vasıflara haiz olmalıdır. Üyeler aralarından bir başkan ve bir başkan vekili seçerler. Yönetim Kurulu Üyelerinin görev süresi üç yıldır. Görev süresi biten üyelerin yeniden seçilmeleri caizdir.

yönetim kurulunda temsil edilme hakkı tanınabilir'. Hükmün devamında ise bu hakkın bu gruplara, yönetim kurulu üyelerinin bunlar arasından seçilebilmesi şeklinde öngörülebileceği gibi yönetime aday gösterme şeklinde de düzenlenebilmesine imkan tanınmıştır (TTK.m.360/1). Bu hakkın imtiyaz olduğu ise ayrıca belirtilmiştir (TTK.m.360/2). Madde gerekçesinde 'Söz konusu hak, imtiyaz gibi her paya değil, belirli pay sahipleri grupları ile belirli pay gruplarına ve azlığa bir bütün olarak tanınmaktadır' denilmektedir.

TTK.m.360 hükmünde düzenlenen grup imtiyazını ve grup haklarını, diğer imtiyazlı paylardan ayırt eden bir takım özellikler bulunmaktadır. Bunları özellikle vurgulamamız gerekir.

- a) İmtiyazlı payda imtiyaz, doğrudan paya bağlanmıştır. Buna karşın grup imtiyazında imtiyaz, pay sahibi tarafından değil o gruptakiler tarafından kullanılır.
- b) İmtiyazlı payda, imtiyazın bağlandığı pay bellidir. Buna karşın pay sahipliği grup imtiyazında (grup haklarında) önem taşımaz. Gruba dahil olmanın özellikleri önem kazanır.
- c) Daha da önemli bir fark, azlığa da grup imtiyazı tanınabilmektedir. Bu halde azlık kavramı, grup ve azlığa dahil paylar değişebilmektedir. Oysa imtiyazlı payda imtiyaz doğrudan paya bağlanmıştır.

TTK.m.360'da belirli grupların yönetim kurulunda temsil edilmesine ilişkin imtiyaz hususunda üç ihtimâlden söz edilir. Buna göre esas sözleşmede öngörülmek şartı ile, 1) *belirli pay gruplarına*, 2) *özellik ve nitelikleriyle belirli bir grup oluşturan pay sahiplerine* ve 3) *azlığa*, yönetim kurulunda temsil edilme hakkı tanınabilir².

Bu hükümde düzenlenen belirli pay gruplarına imtiyaz tanınmasına ilişkin düzenleme dışında özellik ve nitelikleriyle belirli bir grup oluşturan pay sahipleri ile azlığa yönetimde temsil edilme hakkının verilmesi yenidir³.

² Bkz. İsmail Kırca, 6102 Sayılı Kanunda Anonim Şirket Yönetim Kurulu-Başlıca Yenilikler, EÜHFD., C. XVI, S. 3-4 (2012) s. 124.

³ İsmail Kırca/Feyzan Hayal Şehirli Çelik/Çağlar Manavgat, Anonim Şirketler Hukuku, C.I, Ankara 2013, s. 426.

Esas sözleşmede öngörülme şartı ile tesis edilen grup imtiyazı ya da grup hakkının kaynağı, İsviçre Borçlar Kanunu'nun 709. maddesidir.

Uygulamada, esas sözleşme ile paylar A, B ve C gibi gruplara ayrılmakta ve bu gruplardan biri ya da bir kaçına yönetime seçme ya da aday gösterme konusunda hak tanınmaktadır. Bu usulde tanınan hak, belirli pay grubuna imtiyaz sağlanmasıdır. Burada imtiyaz tek bir pay sahibine değil de pay grubuna tanınmaktadır. İmtiyazlı pay grubuna dahil payın yeni sahibi de grup içinde grupla birlikte grup imtiyazını elde etmektedir.

TTK.m.360'da sözü edilen 'belirli pay grubu'na imtiyazın tanınması durumu esasen yeni değildir. Gerçekten 6762 sayılı TTK.m. 401'de 'bazı nevi hisse senetleri' ibaresi, imtiyazın paya değil de pay grubuna tanınmasına imkan verdiği şeklinde de yorumlanmakta idi⁴. Belirli pay grubuna imtiyaz tanınması uygulamada kullanılmakta ve Yargı kararları ile de kabul edilmekte idi⁵. Aşağıda kısmen alıntılarımız Yargıtay Kararı'nda imtiyazın paya bağlanması esas iken belirli bir grup paya tanınan ayrıcalığı da imtiyaz olarak nitelendirmiştir.

⁴ Bkz. Abuzer **Kendigelen**, İsviçre Hukukunda Farklı Pay Sahibi Kategori veya Gruplarının Şirket Organlarında Temsili (OR Art. 709), Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 1999, s. 399 vd.

⁵ Bkz. TTK.m.360 Gereği: *Bu madde, yönetim kurulunda temsil edilme hakkını hem pahasahibi gruplarına hem azlığa hem de pay gruplarına tanımıştır. Kârda, oyda, tasfiye payında veya diğer herhangi bir malvarlığı hakkında imtiyazlı olan bir pay grubuna yönetim kurulunda temsil hakkı tanınabilir. Söz konusu hak, imtiyaz gibi her paya değil, belirli pahasahipleri grupları ile belirli pay gruplarına ve azlığa bir bütün olarak tanınmaktadır. Böylelikle bu hükümde 478 inci maddeye bir istisna getirilmiştir. Bu istisna tarihi sebeplere dayanmaktadır. Çünkü 6762 sayılı Kanunda bu tür bir istisnaya yer verilmiş olmamasına rağmen Yargıtay'ın otuz yılı aşkın süreden beri uygulanan yerleşik içtihadı "grup imtiyazı"nın tanınması yönündedir. Teori ile bağdaştırılması güç olan bu istisna, ilkesel kararlar ve öğretisi ile kendini kabul ettiren bir hukuk haline gelmiştir. Bu yolla oluşan hukuka gerekli önemin verilmesi ve bu hukukun tanınması hukuk biliminin kabul ettiği bir olgudur. Aksi yönde bir değişiklik, uygulamada büyük güçlükler yaratabilir ve tanınacak uyarılma olanak ve süreleri amacın elde edilmesine yetmeyebilirdi. Bu sebeple ikinci fıkra öngörülerek Yargıtay kararlarında yer alan ilke kanunlaştırılmıştır.*

11. HUKUK DAİRESİ, E. 1992/6626, K. 1993/6317, T. 8.10.1993

Genel olarak, TTK.nun (401) madde uyarınca imtiyazın “paya” bağlanması icap etmektedir. Ne var ki, belli bir pay grubuna tanınan üstün hak da imtiyaz olarak nitelendirilmektedir ve imtiyazların korunması sistemine tabi tutulmaktadır. (Y.11.H.D.16.10.1979 gün E: 1979, 4286 K: 4769 G. Eriş. Türk Ticaret Kanunu - Ticari İşletme ve Şirketler 1992 sh: 1253, Somut olayda da Anasözleşmenin 14. maddesi B grubu pay sahiplerine Yönetim Kuruluna aday gösterme ve bu gruptan bir ortağın seçilmesi konusunda grup imtiyazı tanıdığı kabul edilmelidir. Uyuşmazlığın bu maddenin yorumundan kaynaklandığı anlaşılmaktadır. 14. madde 2 şıklı olarak yazılmıştır. 3 grubunun aday göstermesi halinde ki bu adaylar B grubu dışında da olabilir. Bu adayın seçilmesi ancak B grubu tarafından aday gösterilmemesi halinde yine B grubu hissedarlar arasından Yönetim Kurulu’na bir ortağın seçileceği anlamında yorumlanması gerekmektedir. Bu yorum Türk Ticaret Kanuna alınmamakla birlikte İsviçre B.K.nun 708/4 ve 5 maddesine uygun bulunduğu aksinin kabulü maddenin yazılış amacına aykırı olduğu gibi, maddenin bu şekilde iki şıklı yazılmasını da anlamsız kılar. Olayda seçilen Yönetim kurulu üyelerinden birisi (B) grubu pay sahibi olduğuna göre, seçimde Anasözleşmeye aykırılık yoktur. Bu nedenle davacıların yerinde görülmeyen tüm temyiz itirazlarının reddiyle hükmün onanması gerekir.

TTK.m.360 hükmünde yönetimde temsile ilişkin imtiyazın tanınabileceği diğer bir kesim pay sahipleri, özellik ve nitelikleriyle belirli bir grup oluşturan pay sahipleridir. Sadece süt ürünleri ile iştigal eden bir anonim şirkette, çiftlik sahibi pay sahiplerine yönetimde temsil hakkı verilmesi hali buna örnek olarak gösterilebilir. Burada pay sahibi, payını çiftçi olmayan birine devrettiği takdirde artık esas sözleşme ile tanınan yönetimde temsile ilişkin haktan istifade edemez. TTK.m. 360 hükmünde diğer yönetimde temsil hakkı tanınabilecek olan grup ise azlıktır. Azlık, sadece 6102 sayılı Kanun’da belirlenen dar ve teknik anlamda sermayenin %10’unu ya da halka açık ortaklıklarda %20’sini oluşturan pay sahiplerini değil, aynı zamanda

çoğunluk karşısındaki herhangi bir azlığı ifade etmektedir⁶. Bu azlığın da belirlenebilir olması önemlidir⁷.

Doktrinde haklı olarak belirtildiği üzere⁸, özellik ve nitelikleriyle belirli bir grup oluşturan pay sahipleri ile azlığa verilen yönetimde temsil hakkının, esasen bir imtiyaz değil de grup hakkı olarak nitelendirilmesinin daha doğru olacağını düşünmekteyim. Zira burada paya bağlanan temel bir ayrıcalık bulunmamaktadır. Bu olsa olsa bir grup hakkı olabilir. Bu arada bir tartışmaya daha değinmek gerekir. Özellik ve nitelikleri itibariyle belirlenebilir pay sahiplerine yönetimde temsil imkanının sağlanması, şirket esas sözleşmesinde isim göstermek suretiyle olabilir mi? Kanaatimce, bu konuda yasaklayıcı bir hüküm bulunmamaktadır. Yine TTK.m.340'da belirlenen emredici hükümler ilkesi de buna engel değildir. Ancak bu bir grup imtiyazı (hakkı) teşkil eder mi sorusu ise her seferinde farklı cevaplanmalıdır. Örneğin birden fazla kişi ismi zikredilerek gösterilen payların sahiplerine böyle bir hakkın tanınması halinde yine TTK.m.360 anlamında bir grup hakkından bahsetmek mümkün olmalıdır. Aynı şekilde bunun bir kişi olmasını da engelleyen bir durum yoktur⁹.

Bu arada burada asıl makale konumuzun odağını teşkil ettiği için söylemek istediğim bir husus daha vardır. O da bazen bu türden grup imtiyazı, ortaklıktaki bütün pay grupları için de öngörülmüş olabilir¹⁰. Diğer bir ifade ile anonim ortaklıkta bulunan bütün paylar bir gruba dahil edilmiş ve belirli oranlarda kendilerine yönetimde temsil edilme yetkisi verilmiş

⁶ **Kırca**, Başlıca Yenilikler, EÜHFD, s. 126.

⁷ Bkz. TTK.m.360 gerekçesi.

⁸ Abuzer **Kendigelen**, Anonim Şirkette İmtiyazlı Paylara İlişkin Değişiklik Önerileri, Fahiman Tekil'in Anısına Armağan, İstanbul 2003, s. 323; Abuzer **Kendigelen**, Anonim Ortaklıkta Yönetime Katılma Haklarında İmtiyaz, İstanbul 2009, s. 212, ayrıca bkz. Abuzer **Kendigelen**, Yeni Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, 2. Baskı, İstanbul 2012, s. 252.

⁹ Benzer görüş için bkz. Ersin **Çamoğlu**, 6102 sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda Anonim Ortaklık Yönetim Kurulunda Belirli Grupların Temsili, Arslanlı Bilim Arşivi, www.arslanlibilimarsivi.com (erişim tarihi, 4.1.2015) s. 3; aksi görüş için bkz. **Kırca/Şehirali Çelik/Manavgat**, s. 428.

¹⁰ Dipnot 1'de verdiğim esas sözleşme örneklerinden Türkiye Vakıflar Bankası AŞ'nin Esas Sözleşmesi'nin 48. maddesi bu şekildedir.

olabilir. İşte bu durumlar, aşağıda 5411 sayılı Kanun'da belirlenen nitelikli payları belirlemede büyük önem taşıyacaktır.

II. NİTELİKLİ PAY TANIMI VE NİTELİKLİ PAYA İLİŞKİN DÜZENLEMELER

A. Kavram ve Nitelikli Payın Öngörülme Nedenleri

5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 3. maddesinde nitelikli pay, 'bir ortaklığın sermayesinin veya oy haklarının doğrudan veya dolaylı olarak yüzde on veya daha fazlasını teşkil eden paylar ile bu oranın altında olsa dahi yönetim kurullarına üye belirleme imtiyazı veren paylar' olarak tanımlanmıştır. Nitelikli pay tanımı, esasen Avrupa Birliği mevzuatına uyum kaynaklı olarak hukukumuzda girmiş bir kavramdır. Avrupa Birliği'nin değişik yönergeleri ile nitelikli pay sahipliği kavramı da tanımlanarak 5411 sayılı Kanun'da olduğu üzere nitelikli pay sahiplerine ilişkin özel düzenlemelere yer verilmiştir¹¹. Avrupa Birliği'nin 86/635/EEC Yönergesi'nin 4. maddesinin 11. bendinde nitelikli sermaye payı¹², bir teşebbüste sermayenin ya da oy haklarının %10'unu veya daha fazlasını doğrudan doğruya ya da dolaylı biçimde temsil eden yahut teşebbüsün yönetimini önemli ölçüde etkilemeye olanak veren sermaye payı olarak tanımlanmıştır¹³. Esasen bu tanım 4389 sayılı (eski) Bankalar Kanunu'nun 7/2-bc, 8/2-b ve 14. maddesinde de benzer şekilde tanımlanmıştır. 5411 sayılı Kanun, nitelikli paya ilişkin özel bir tanımlama getirmiştir (m.3)¹⁴. Kaynağın Avrupa Birliği direktifleri olduğunu

¹¹ Bu konuda geniş açıklamalar için bkz. Gürkan **Çelebican**, Avrupa Birliği'nde Kredi Kurumlarının Kurulmaları, Faaliyet İzni Almaları ve Faaliyetlerinin Sona Ermesi, AÜHFD. C.56, Sa. 3, Yıl 2007, s. 53 vd.

¹² İngilizce karşılığı qualifying holding, Almanca karşılığı ise qualifizizierte Beteiligung olarak ifade edilmektedir.

¹³ **Çelebican**, s. 65.

¹⁴ Tekinalp, burada bu pay oranlarını açıklarken Kanun'da geçen %10'luk pay oranının TTK'da belirlenen azlığı ifade ettiğini, oysa halka açık ortaklıklarda bu oranın TTK tarafından %5 olarak belirlendiğini, bu nedenle de burada bir açıklık ve bir zafiyet olduğunu belirtmektedir (bkz. Ünal **Tekinalp**, Ünal Tekinalp'in Banka Hukukunun Esasları, İstanbul 2009, Baskı 2, s. 150, 151). Bu görüşe katılmak mümkün değildir. Zira Bankacılık Kanunu'nda kabul edilen %10'luk oran, TTK'daki azınlığı belirleyen orandan değil Avrupa Birliği düzenlemelerinden kaynaklanmaktadır.

tespit, bu kavramın içinin nasıl doldurulacağı noktasında bize yardımcı olacaktır.

5411 sayılı Kanun'un 3. maddesinde verilen tanımdan anlaşılacağı üzere, nitelikli payın belirlenmesinde iki unsura bakılır. Bunlardan ilki bir oy eşiği diğeri ise yönetime etki etme unsurudur.

Burada özellikle belirtelim ki, 5411 sayılı Kanun, her ne kadar nitelikli payı tanımlamış ise de esasen tanımlanması gereken nitelikli pay sahipliği olmalıdır. Zira 'bir ortaklığın sermayesinin veya oy haklarının doğrudan veya dolaylı olarak yüzde on veya daha fazlasını teşkil eden paylar' ibaresi, hukuki bir tanım değildir¹⁵. Bu ibarenin bir anlam taşıyabilmesi için pay sahipliğine atfen düzenlenmesi gerekirdi. Gerçekten 5411 sayılı Kanun'un sonraki düzenlemeleri incelendiğinde nitelikli paya sahip olanlara ilişkin düzenlemeler getirilmektedir. Ancak Kanun'un bu yanlış düzenlemesi, bizim bu hükmü doğru anlamamıza da engel değildir. Bu ibare, bir ortaklığın sermayesinin veya oy haklarının doğrudan ya da dolaylı olarak yüzde on veya daha fazlasını teşkil eden paylara sahip ortak 'nitelikli pay sahibi' olarak anlaşılmalıdır. Avrupa Birliği düzenlemelerinde esasen doğrudan ya da dolaylı ibaresinin hukuki ve fiili durumları da karşılar tarzda yorumlandığını belirtelim. Yani kişinin gerek kendi sahip olacağı gerekse etki ederek bu pay oranına ulaşabileceği durumlarda nitelikli pay ve sahipliği söz konusu olur¹⁶.

Nitelikli payın bir diğer türü ise, 'yönetim kurullarına üye belirleme imtiyazı veren paylar'dır. Ancak bu ibare dahi esasen hatalı bir ifadedir. Yönetim kuruluna üye seçimi münhasıran genel kurulun uhdesinde olan bir yetki olup esasen burada doğru ifade 'üye önerme' hakkı olmalıdır. Burada işaret etmek istediğim bir diğer husus da, yönetim kuruluna üye belirleme yetkisi veren payın, kanaatimce sadece Türk Ticaret Kanunu'nda belirlenen imtiyazlı payları ifade etmediğidir¹⁷. İmtiyazlı payların yanı sıra aynı şekilde

¹⁵ Aynı yönde bir eleştiri için bkz. Sami **Karahan**, Bankacılık Kanunu'nda Nitelikli Pay Sahipliği Kavramı ve Bu Kavrama Bağlanan Hukuki Sonuçlar, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Yıl: 9, Sayı 18, Güz 2010, s. 41.

¹⁶ **Çelebican**, s. 65.

¹⁷ Bu noktada, Kanun'un 3. maddesinin sadece imtiyazları düzenlediği şeklinde yorumlanabilecek olan görüşlerden ayrılmaktayız. Bu görüşler için bkz. **Karahan**, s. 41 vd.;

yönetimi belirleme yetkisi veren başkaca düzenlemeler ve grup hakkı ya da pay sahipliği hakkı veren paylar da nitelikli pay olarak kabul edilir. Nitekim vardığımız bu sonucun dayanağı, madde metninde geçen ibarenin bizatihi kendisidir. Gerçekten madde metninde ‘*yönetim kurullarına üye belirleme imtiyazı veren paylar*’ ibaresi kullanılmış olup yoksa yönetimde imtiyazlı pay ibaresi kullanılmamıştır. Kanun koyucunun bu düzenleme ile amacı, esasen yönetime etki edebilecek nitelikteki paylara ilişkin bir tanımlama yapmaktır. Bu arada Avrupa Birliği düzenlemelerindeki anlayışın da bu yönde olduğunu vurgulamalıyız.

Nitelikli pay ve nitelikli pay sahipliğine ilişkin özel düzenlemelerin öngörülmesinin çok sayıda nedeni vardır. Ancak bu çerçevede Kanun’un gerekçelerine değinmekte yarar vardır.

Öncelikle bu türden paylar, Banka gibi güven sağlayan bir kurumda kötüye kullanılması mümkün olacak kadar önem taşıyan paylardır ve banka bakımından sistemik riskleri taşır. Bu nedenle bu türden paylara ilişkin özel düzenlemelerin getirilmesi kaçınılmazdır. Bu nedenle Kanun’un Genel Gereğesi’nde ‘*4389 sayılı Bankalar Kanununa paralel olarak bankalarda nitelikli paya sahip ortakların kurucularda aranan nitelikleri taşımaları şartı öngörülmüş ve buna ilâveten uluslararası standartlar dikkate alınarak, bu niteliklerin kaybı hâlinde ortaklık haklarının kullanımına ilişkin esaslar hüküm altına alınmıştır*’¹⁸.

Yine Kanun’un 8. maddesinin gerekçesinde de ‘*Tüzel kişiliği haiz olan kurucuların gerçek iradelerini idare ve temsile yetkili organları göstermekle birlikte, bu irade üzerinde nitelikli paya sahip gerçek kişi ortakların etkisi malumdur. Bu itibarla gerçek kişi kurucularda aranan niteliklerin tüzel kişi kurucuların gerçek kişi nitelikli pay sahiplerinde de gözetilmesi öngörülmüştür*’ denilmektedir. Aynı şekilde Kanun’un 49. maddesinin gerekçesinde de bu durum izah edilmiştir: ‘*Özellikle bankada nitelikli pay sahibi olan ortakların bankadan kredi kullanma imkânları yönetim üzerindeki etkilerine bağlı olarak oldukça kolay olabilmektedir. Bu ilişkilerin yeterli düzeyde*

Mehmet **Özdamar**, Türk Banka Hukukunda ‘Nitelikli Pay’ Kavramı, Haluk Konuralp Anısına Armağan, C. III, Ankara 2009, s. 735, 736; **Tekinalp**, s. 150).

¹⁸ Kanun’un Genel Gereğesi, no 9.

izlenmemesi kullandırılan kredilerden kaynaklanan risklerin büyük tutarlara ulaşmasına, çeşitli suiistimallerin yaşanmasına sebebiyet verebilmektedir’.

B. Nitelikli Pay Sahipleri İçin Getirilen Özel Düzenlemeler

Esasen konumuz, nitelikli paya bağlanan hukuki sonuçların ayrıntılı bir şekilde incelenmesi değildir. Bu nedenle sadece çok kısa başlıklar halinde genel bir açıklama yapılacaktır¹⁹.

Nitelikli paya sahip ortaklarda banka kurucuları için aranan özellikler aranmıştır (m.8, m. 18). Kurucularda aranan nitelikleri kaybedenler, temettü dışındaki haklardan yararlanamazlar (m.18). Nitelikli payın iktisabı ve kazanılması özel usullere tabi tutulmuştur (m.18). Bankalar, nitelikli pay sahiplerine açtığı kredileri BDDK’ya düzenli olarak raporlar (m. 49 ve 50). Bazı durumlarda iyileştirme taahhüdünde bulunmak yükümlülüğü getirilmiştir (m. 67). Nitelikli pay sahipleri için örnek kabilinden verilen bu kanuni düzenlemeler yanında yönetmelik ve diğer düzenlemelerle başkaca yükümlülükler ve sınırlamalar da getirilmiştir.

Bütün bu düzenlemelerin amacı ise, bankaların daha sağlıklı bir ekonomik yapıda olmasının teminidir. Bu nedenle banka yönetiminde etkin olabilecek olan paylara ilişkin özel düzenlemeler getirilmiştir. 5411 sayılı Bankacılık Kanunu’nun değişik hükümlerinin gerekçelerinde de bu hususa özellikle işaret edilmiştir.

III. GRUP İMTİYAZINA SAHİP PAYLARIN HEPSİ NİTELİKLİ PAY SAYILIR MI?

Yukarıda izah edildiği üzere, TTK.m. 360’da düzenlenen birbirinden ayrı iki durumun var olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Bunlardan ilki, belirli pay gruplarına tanınan imtiyazdır ki, klasik anlamda grup imtiyazı olarak adlandırılır. Diğer ikisi ise özellik ve nitelikleriyle belirli pay sahipleri (yukarıdaki örnekte çiftçiler) yahut azlığa tanınan ve mahiyeti itibarıyla grup hakkı olması gereken yönetimde temsildir. Kanun, bu son saydığımız iki grubu da imtiyazlı paylar olarak nitelendirmiştir²⁰.

¹⁹ Bu konuda geniş açıklamalar için bkz. **Özdamar**, s. 736 vd; **Karahan**, s. 53 vd.

²⁰ Yukarıdaki eleştirilerim saklıdır.

Doktrinde bir görüş, söz konusu grup imtiyazının da Bankacılık Kanunu m. 3 anlamında nitelikli pay sayılacağını savunur²¹. Bu görüş, temelini Bankacılık Kanunu'nun 3. maddesindeki tanıma dayanır.

Bu görüşe göre madde metninde geçen '*bu oranın altında olsa dahi yönetim kurullarına üye belirleme imtiyazı veren paylar*' ibaresi, grup imtiyazını da içerir. Bu halde, gruba üye bir pay dahi nitelikli pay kabul edilmediğidir.

Öncelikle bu yoruma katılma imkanı bulamadığımı belirtmeliyim. Kanaatimce grup imtiyazı ya da grup hakkı, klasik anlamda sadece tek bir paya bağlanan bir imtiyaz değildir ve burada tek bir pay sahibinin dahi nitelikli pay sahibi olacağını ileri sürmek mümkün olmasa gerektir.

Bir kere TTK.m.360'da, 1) *belirli pay gruplarına*, 2) *özellik ve nitelikleriyle belirli bir grup oluşturan pay sahiplerine* ve 3) *azlığa* grup imtiyazı sağlanabilmektedir. Hal böyle olunca örneğin çoğunluğun karşısında azlık olarak tanımlanan bir grubun hepsinin nitelikli pay sahibi olacağını ya da yukarıda örneklediğim banka²² esas sözleşmesinde olduğu gibi bütün payların imtiyazlı olması nedeniyle bütün payların da nitelikli olduğunu söylemek mümkün olmasa gerektir.

Bir diğer bankada²³ ise, yönetime aday gösterme yetkisine sahip kılınmış A grubu paylar, 360.000.000 adettir. -Yazı ile yazdığımızda- bu bankada üçyüz altmış milyon adet nitelikli pay olduğu söylenebilir mi? Buna olumlu cevap vermek mümkün olmasa gerektir.

²¹ **Karahan**, s. 41, 44, açıkça belirtmemekle birlikte **Özdamar**, s. 735, 736. **Özdamar**, burada pay sahibinin değişmesi ile birlikte m.18'e göre Kurul'un izninin aranacağını belirtmektedir (s. 736).

²² Bkz. Türkiye Vakıflar Bankası AŞ. Esas Sözleşmesi, m. 48.

²³ Bkz. Asya Katılım Bankası Anonim Şirketi Esas Sözleşmesi, SERMAYE MADDE 8: Şirketin sermayesi, beheri 1,- TL (bir Türk Lirası) nominal değerde 900.000.000 adet nama yazılı paya bölünmüş olup 900.000.000,-TL (Dokuzyüzmilyon Türk Lirası)'dır. Sermayenin tamamı muvazaadan arı şekilde ödenmiştir. Şirket sermayesinin 360.000.000,-TL (Üçyüzaltmışmilyon Türk Lirası)'lık kısmı (A) grubu paylardan, 540.000.000,-TL (Beşyüzkırkmilyon Türk Lirası)'lık kısmı ise (B) grubu paylardan oluşmaktadır.

Sermayenin belirli bir çoğunluğuna ya da ismen tanınan ve belirli bir çoğunluğu teşkil eden pay sahiplerine yönetime aday önerme yetkisinin verildiği bankada da²⁴ bütün paylar nitelikli pay olarak kabul edilemezler.

Ayrıca %50+1'in karşısındaki geniş anlamdaki azlığa sahip herkesin nitelikli pay sahibi olması da düşünülemez. Bu nedenle grup içinde bulunan her bir pay sahibi nitelikli pay sahibi sayılamaz.

Grup imtiyazının mahiyeti de bu yoruma elverişli değildir. Şu örnekten yola çıkıldığında bu daha da iyi anlaşılacaktır. Bayilerin ellerindeki paylardan oluşan bir gruba imtiyaz tanınabilir. Bunlar, mahiyeti itibarıyla belirlenebilir bir grup oluşturur. Bu gruba ait kimselerce kullanılan imtiyaz, pay sahiplerinden birine ait değildir. Bir bayinin elinde bulundurduğu payı bayi olmayan bir kimseye devrettiğinde bu halde, pay sahibi artık grup içinde yer almayacaktır. Bu halde devirden önce nitelikli pay sahibi sıfatı tanınacak buna karşın devirden sonra ise nitelikli pay sahibi ortadan kalkacaktır. Bunun aksi de mümkündür. Bir bankanın payının bir bayi tarafından alınması halinde, devirden önce adi bir pay kabul edilen pay, devirle nitelikli paya mı dönüşecektir? Bu sürekli değişebilen bir pay sahipliğinin nitelikli pay sahipliği olarak kabulü mümkün olmasa gerektir.

Bankacılık Kanunu'nun gerekçelerinden yola çıkıldığında da esasen grup imtiyazının tanındığı hallerde doğrudan ve kendiliğinden nitelikli pay sahibinden bahsedilemeyeceği açıktır. Gerçekten metnini yukarıda aldığımız 8. madde gerekçesinde 'Tüzel kişiliği haiz olan kurucuların gerçek iradelerini idare ve temsile yetkili organları göstermekle birlikte, bu irade üzerinde nitelikli paya sahip gerçek kişi ortakların etkisi malumdur. Bu itibarla gerçek kişi kurucularda aranan niteliklerin tüzel kişi kurucuların gerçek kişi nitelikli pay sahiplerinde de gözetilmesi öngörülmüştür' denilmiştir. Aynı şekilde 49. maddenin gerekçesinde de '*Özellikle bankada nitelikli pay sahibi olan ortakların bankadan kredi kullanma imkânları yönetim üzerindeki etkilerine bağlı olarak oldukça kolay olabilmektedir*' denilmektedir. Bütün bu izahatlar, esasen grup imtiyazını değil doğrudan paya bağlanan ve yönetimde imtiyaz olarak karşımıza çıkan imtiyazı anlatmaktadır.

²⁴ Bkz. Türkiye Finans Katılım Bankası AŞ. Esas Sözleşmesi m.10.

Bir de tarihi bir gerçeğe de işaret etmemiz gerekir. 5411 sayılı Bankacılık Kanunu 2005 tarihlidir ve o dönemde grup imtiyazı, özellikle de grup hakkı, 6762 sayılı Kanunda yer almamakta, buna karşın yukarıda metnini verdiğimiz üzere Yargı kararları belirli pay gruplarına grup imtiyazının tanınmasını kabul etmekte idi. Ancak kanaatimizce Bankacılık Kanunu'nun 3. maddesinde yer alan tanım bile, gruptaki bütün pay sahiplerinin nitelikli pay sayılmasını amaçlamamaktadır.

Bankacılık Kanunu'nun 3. maddesinde yönetim kurullarına üye belirleme imtiyazı veren pay, bir grup imtiyazından çok doğrudan paya bağlanan imtiyazlardır. Çünkü bu durumda esasen bir ya da bir kaç pay, diğer paylardan ayrılarak doğrudan ya yönetime girmekte ya da yöneticiyi seçmektedir. Eğer bir grup imtiyazı ise bu halde dahi grubun belirli bir çoğunluğunun bulunması aranmalıdır. Çünkü, grup imtiyazında paylar değil grup ayrıcalıklıdır ve grubun belirli bir çoğunluğunun varlığı şarttır.

IV. GRUP İMTİYAZININ OLDUĞU HALLERDE NİTELİKLİ PAY SAHİPLİĞİ NASIL BELİRLENİR?

Kanaatimce, grup imtiyazı ya da grup hakkının olduğu hallerde, payların baştan nitelikli pay sayılması ne kadar hatalı ise hiç bir incelemeye tabi tutulmaksızın nitelikli pay sayılmaması da o kadar hatalıdır. Hemen belirtelim ki, grup imtiyazının ya da grup hakkının olduğu hallerde de nitelikli pay sahipliği söz konusu olabilir. Yukarıda belirttiğim üzere, bu gruba dahil her pay sahibinin nitelikli pay sahibi sayılması gerekmez. Ancak burada dahi nitelikli pay sahipliğinden bahsedilmelidir.

Kanun koyucunun amacı yönetime etkili pay sahiplerini tespit etmek ise ve bu tespit Kanun'un 3. maddesinde doğrudan ya da dolaylı %10 pay sahipliği ölçü olarak alınmışsa kanaatimce grup imtiyazlarının varlığı halinde de bu ölçüden yararlanılmalıdır.

Buna göre grup imtiyazı ya da grup hakkı kime ve nasıl verilirse verilsin Bankacılık Kanunu bakımından nitelikli pay sahipliği Şu şekilde belirlenmelidir. İster azınlık isterse belirli özellikteki kimselere yönetici seçme imkanı veren grup imtiyazının olduğu hallerde, kanaatimce artık Kanun'un 3. maddesindeki %10'luk pay ölçütünün kullanılması gerekir. Bu halde grup imtiyazının tanındığı azlık ya da belirli nitelikteki pay sahipleri-

rinin %10'u yönetime etkisi bakımından önemli sayılmalıdır dolayısıyla da nitelikli pay olarak kabul edilmelidir.

Örnekeleyecek olursak, grupta sadece 4 pay varsa, bunların grup içindeki pay oranları %25 olacağına göre bunların hepsi elbette nitelikli pay sahibi sayılır. Buna karşın grupta yüzbinlerce ya da milyonu bulan pay varsa bunların hepsinin nitelikli pay ya da sahiplerinin nitelikli pay sahibi olduğunu söylemek mümkün olmasa gerektir. Bu halde grup imtiyazına sahip olan payların %10'una sahip olanlar nitelikli pay sahibi sayılmalıdır. Aksi düşünce kanaatimce son derece gereksiz bir zorlama da teşkil edecektir.

Bu görüşlerime karşı akla gelebilecek bir diğer itiraz da şu olabilir: Eğer genel kurula sadece bir A grubu pay sahibi katılırsa ya da gruptan bir kişi katılırsa o kişi yönetime aday gösterebilecektir. Bu durum, elbette -faraziyeler altında- doğrudur. Ancak bu hal bile banka genel kuruluna katılarak yönetimi belirleyen pay sahibinin nitelikli pay sahibi olmasını gerektirmez. Zira bu sonuç, esasen bütün banka genel kurullarında karşılaşılabilecek olan bir durumdur. Zira, aynı durum, yönetimde temsile ilişkin herhangi imtiyazın ya da grup hakkının tanınmadığı bir bankanın genel kurul toplantısında çoğunluğun sağlanamadığı durumlarda ikinci olağan genel kurul toplantısı için de geçerlidir. Bilindiği üzere ikinci toplantı için bir nisap aranmaz (TTK.m.418). Bu ikinci toplantıya gelen kişi de -çok az bir pay sahibi de olsa hatta farazi olarak bir pay sahibi bile- yönetimi seçebilecektir. Hal böyle olunca, eğer faraziyelerle devam edilecek olursa vermiş olduğum ihtimalde gelen tek pay sahibini bile Kanun'un 3. maddesinde tanımlanan nitelikli pay sahibi saymamız gerekecektir. Bu ise Kanun koyucunun hükmü koyarken izlediği bir amaç değildir.

Bu incelemelerim sonrasında gruba dahil A grubu pay sahiplerinin²⁵ tek tek her birinin Bankacılık Kanunu anlamında nitelikli pay sahibi olmayacağı kanaatindeyim. Zira burada sadece aday göstermeye ya da belirlemeye ilişkin verilmiş hakkın bir pay sahibine bırakılmadığı, bütün pay grubuna ait olduğu, bu nedenle de her bir pay sahibinin nitelikli pay sahipliğine bağlanan hukuki sonuçlara tabi tutulamayacağı görüşündeyim. A grubu pay sahiplerinden bazılarının şirket oylarının ya da sermayesinin %10'una ulaşması

²⁵ Dipnot 1'de örneklenen Asya Katılım Bankası AŞ.dir.

halinde ise A grubu pay sahipliğinden değil ancak sahip olunan oran nedeniyle nitelikli pay sahibi sayılması gerektiği kanaatindeyim.

Aynı şekilde bütün paylara değişik oranlarda yönetimde temsil edilme hakkının tanındığı bankada da²⁶ bütün payların değil her bir pay grubu içindeki %10'luk pay sahibinin nitelikli pay sahibi olarak kabul edilmesi gerekir.

Yine imtiyazdan daha çok grup hakkı olarak belirli isimlerin tanınarak ve belirli bir oy çoğunluğuna göre yönetimde temsil hakkının verildiği bankada da²⁷ yine grup içindeki her bir payın nitelikli pay sayılmamasını, gruptaki %10'luk payların sahiplerinin nitelikli pay sahibi olarak kabul edilmeleri gerektiği inancındayım.

Aynı şekilde eğer bankada azlığa yönetime aday önerme hakkı verilmiş olsa idi, bu azlık paylarının hepsinin nitelikli pay sahibi sayılması da düşünülemezdi. Kaldı ki azlık payını çoğunluğa sattığı anda ya da çoğunluk payından bir kaç payın azlık tarafından alındığında sürekli değişen bir nitelikli pay kavramını ve buna bağlanan hukuki sonuçları kabul etmemiz de zorlaşır.

SONUÇ

5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 3. maddesinde 'nitelikli pay', banka sermayenin ya da payın doğrudan ya da dolaylı olarak yüzde onuna sahip olması yahut yönetim kurullarına üye belirleme imtiyazı veren paylar olarak tanımlanmaktadır. Tanımın kaynağı, bankacılığa ilişkin Avrupa Birliği Direktifleridir.

Tanımın bütün hata ve eleştirilerine rağmen yine de bankacılık uygulamasında halen yürürlükte olan ve kendisine hukuki sonuçlar bağlanan bir kavram olduğunu belirtmemiz gerekmektedir. Yönetim kurullarına üye belirleme imtiyazı verme ifadesi, yönetime etki etmek olarak anlaşılmalıdır. Bu çerçevede yönetime etki etmek, bir imtiyaza dayanacağı gibi özel bir pay sahipliği hakkına ya da grup hakkına yahut grup imtiyazına da dayanabilir. Ancak nitelikli payın belirlenmesi bir yana buna bağlanan hukuki sonuçlar da düşünüldüğünde kavramın içinin doldurulması gerektiği açıktır.

²⁶ Dipnot 1'de örneklenen Türkiye Vakıflar Bankası AŞ.dir.

²⁷ Dipnot 1'de örneklenen Türkiye Finans Katılım Bankası AŞ.dir.

Yönetim kuruluna aday önerme yetkisi sadece bir pay sahibine bırakılmış ise bunun Bankacılık Kanunu anlamında nitelikli pay sayılacağı açıktır. Ancak birden fazla paya ya da pay grubuna bırakılmış bir aday önerme hakkı varsa, grup içindeki her pay sahibi nitelikli pay sahibi olarak kabul edilemez. Aksi halde bir bankada bulunan grup içinde bazen binleri bazen milyonu bulan payların her birisi nitelikli pay olarak kabul edilemez.

6102 sayılı TTK. ile belirli pay grupları yanında özellik ve nitelikleriyle belirlenebilen pay sahiplerine ya da azlığa da yönetimde temsil edilebilme imkanı getirilmektedir. Bu hallerde grup imtiyazının içinde ya da grup hakkının içindeki oy oranlarının dikkate alınması gerekir. Kanaatimce, bu tür gruplardaki pay oranına bakmak gerekir. Şayet yine Kanunun 3. maddesindeki gibi her bir grup içinde pay oranı %10'a ulaşmış ise ancak bu halde bu orandaki payın nitelikli pay ve sahibinin de nitelikli pay sahibi olarak kabul edilmesi gerekir.

DIE SCHWEIZ UND DAS RÖMISCHE RECHT*

EIN BILD IN GROBEN ZÜGEN

*Prof. Dr. Pascal PICHONNAZ***

Das römische Kaisertum des Westens ging im Jahre 476 n. Chr. unter, als der germanische König Odoaker den letzten weströmischen Kaiser Romulus Augustulus absetzte (Meder, 2008, S. 90 f.; Stein, 2003, S. 34 ff.; Pichonnaz, 2008a, Rz. 150 ff.). Das römische Kaisertum dauerte im Osten fort, mit Konstantinopel (heute Istanbul) als Hauptstadt, bis zu seinem Niedergang im Jahre 1453 n. Chr. Die Schweiz liegt im Westen, existiert aber erst seit 1291 n. Chr. Man könnte also denken, dass das Thema dieses Aufsatzes eigentlich kein Thema sei, da das römische Kaisertum im Westen Jahr-hunderte vor der Entstehung der Schweiz niederging. Sollte man sich also diese Zeit nicht ersparen?

Wenn man aber das Generalthema des Buches «Das Vermächtnis der Römer» in Betracht zieht, wird das Ganze viel klarer. Ich werde mir hier Gedanken über die Nach- oder sogar die Fortwirkung des Römischen Rechts machen, da das (Römische) Recht das wichtigste Vermächtnis der Römer für unsere Zeit darstellt. Man sagt oft, dass die europäische Identität, Kultur und somit auch die schweizerische Identität sich aus drei Merkmalen herauskristallisiert hat: die Christlichkeit, die Aufklärung und das Römische Recht (Cannata, S. 3 ff.). Ich werde mich aber nur um den letzten Punkt dieser Trias kümmern: das Römische Recht.

* Pascal **Pichonnaz**: “Die Schweiz und das Römische Recht, Ein Bild in groben Zügen”, Das Vermächtnis der Römer, Römisches Recht und Europa (Editör: **Fagnoli**, Iole/**Rebenich**, Stefan), Bern/Stuttgart/Wien 2012, s. 21-46.

** Fribourg Üniversitesi Hukuk Fakültesi Özel Hukuk ve Roma Hukuku Kürsüsü Profesörü

Ich werde zuerst einige allgemeine Gedanken über das Recht der Römer präsentieren (I.) und mich dann vor allem mit dem Weiterleben des Römischen Rechts in der Schweiz während des Mittelalters und der Neuzeit beschäftigen (II.). Schliesslich werde ich einige römischrechtliche Aspekte im gegenwärtigen schweizerischen Recht aufzeigen (III.).

I. Einige Gedanken über das Recht der Römer

Ubi societas, ibi ius, «Wo es eine Gesellschaft gibt, da ist auch Recht.» Und in der Tat glaubt man noch heute, dass es schon in der römischen Königszeit, d.h. von der Gründung Roms bis 509 v. Chr., einige Gesetze (*leges regiae*) gab (Pomp., D. 1, 2, 2, 2). Das Recht jener Zeit war vor allem durch zwei Merkmale geprägt: einerseits von religiösem Recht (*fas*), denn das Recht lag in den Händen der Priester, bei jeder Entscheidung war die Beziehung mit den Göttern mindestens so wichtig wie die Lösung zwischen den Privaten; andererseits war es die Zeit der Dominanz des Mündlichen, zentral waren vorwiegend die Aussagen der Priester und das Gewohnheitsrecht (Gaudemet, 1967, S. 224; Fögen, 2002, S. 33; Capogrossi Colognesi, 2004, S. 26).

Mit der Entstehung der römischen Republik ab 509 v. Chr. wandelte sich die Gesellschaft allmählich. Die Plebejer wurden unruhig und verlangten mehr Rechte gegenüber den Patriziern und vor allem das Recht, ihre Rechte zu kennen; dies gab Anlass zu einem ersten wichtigen Gesetz, nämlich zum Zwölftafelgesetz der Jahre 451-450 v. Chr. Die Plebejer hatten als Garantien ihrer Freiheit Rechtsklarheit und Rechtsicherheit verlangt (was heute noch von den Rechtsadressaten gewünscht wird): Alle Gesetze sollten öffentlich bekannt sowie zugänglich gemacht werden und zugleich für alle Bürger verbindlich sein. Das Zwölftafelgesetz ist uns nur indirekt überliefert; die Juristen haben sich aber oft daran orientiert, so dass es die Entwicklung des Römischen Rechts stark geprägt hat. Das Zwölftafelgesetz war auch der Beginn einer Befreiung von der religiösen Bindung des Rechts und somit der Anfang seiner Verweltlichung, wie sie heute noch unserem abendländischen Verständnis zugrunde liegt (Pichonnaz, 2008a, Rz. 79 f.).

Das so genannte klassische Römische Recht beginnt sich gegen Ende der römischen Republik zu entfalten (um 100 v. Chr.), erlebt seine Blütezeit

während des Kaisertums und dauert fort bis zum Ausbruch der grossen Zivilkriege in der Mitte des 3. Jh. n. Chr. Während dieser Zeit (die etwa 350 Jahre währt) vollbrachten Juristen eine bis dahin unübertroffene und unglaubliche Entwicklung und Verfeinerung des Rechts. Zentral war dabei die Sprache: auf dem Forum, vor dem römischen Prätor und vor dem Richter wurden die Streitfälle hauptsächlich mündlich abgewickelt, obwohl die Prozessformel (*formula*), die einem Zugang zum Richter verschaffte, schriftlich abgefasst war. Daneben aber haben berühmte Juristen auch (fiktive und reale) Fälle zusammengetragen (*Regulae, Digesta, Responsa*) und diese schriftlich festgehalten, und zwar so, dass sie eigentliche kasuistische Regeln formulierten (Cannata, 1989, S. 109 ff.; Pichonnaz, 2008a, Rz. 224 ff.). Heute haben wir Bestimmungen in Gesetzbüchern, damals hatten die Römer Fallregeln in Sammelbüchern.

Diese klassische Epoche war auch die Zeit der grossen Juristen, die wir heute noch kennen, Pomponius, Gaius, Papinianus, Ulpianus oder Paulus, um nur die wichtigsten zu erwähnen. Laut Cannata gab es aber insgesamt eine geringe Zahl von etwa 90 Juristen zwischen 200 v. Chr. und 250 n. Chr. (Cannata, 1989, S. 126).

Nach einer 50-jährigen Zeit der Unruhe folgte eine weitere Epoche des Römischen Rechts mit der so genannten nachklassischen Zeit, die von 284 n. Chr. bis 565 n. Chr. dauerte. Während dieser zweiten, kaiserlichen Zeit (von Domitian bis Justinian) hat sich das Recht verschriftlicht. Die hohe juristische Präzision und Fachlichkeit der Juristerei der klassischen Epoche entwickelte sich in pragmatischer Art weiter, was auch damit zusammenhing, dass die Kaiser dieser Zeit ihre Macht viel autoritärer ausübten. Da die damaligen Juristen die Feinheiten der Überlegungen ihrer klassischen Vorgänger nicht mehr verstehen konnten, kam es vor den Richtern zum Vorlesen von Meinungen der klassischen Juristen in einer sehr strukturierten, vielleicht gar starren Art und Weise (Cannata, 1989, S. 159; Pichonnaz, 2008a, Rz. 121 ff.). Im Mittelpunkt stand weniger die Überzeugungskraft der Argumente, sondern vielmehr die Anzahl wichtiger klassischer Juristen, die für eine Argumentation zitiert werden konnten. Deshalb brauchte man mehr Bücher aus der klassischen Zeit, welche aber schwierig zu beschaffen waren. Ausserdem benötigte man vor allem auch

solche Bücher, die Sondermeinungen vertraten, so dass immer auch Fälschungen auf dem Markt angeboten wurden (Pichonnaz, 2008a, Rz. 123).

Kaiser Konstantin erliess in den Jahren 321 und 327 n. Chr. zwei so genannte Zitiergesetze (kaiserliche Konstitutionen), die den Gebrauch der klassischen Schriften regelten (CTh. 1,4,1, eine Konstitution vom Kaiser Constantin aus dem Jahre 321 n. Chr.; CTh. 1,4,2, eine weitere Konstitution von Constantin aus dem Jahre 327 n. Chr. [Capogrossi Colognesi, 2009, S. 461 f.; Pichonnaz, 2008a, Rz. 126]). Und Theodosian II. erliess ein ähnliches Zitiergesetz im Jahre 426 n. Chr, dessen Text wie folgt lautet (CTh. 1, 4, 3):

Imp. Theod. et Valentin. A A. ad Sen Urbis Rom. Post alia. Papiniani, Pauli, Gai, Ulpiani atque Modestini scripta universa firmamus ita, ut Gaium quae Paulum, Ulpianum et ceteros comitetur auctoritas lectionesque ex omni eius corpore recitentur. Eorum quoque scientiam, quorum tractatus atque sententias praedicti omnes suis operibus miscuerunt, ratam esse censemus, ut Scaevolae, Sabini, Iuliani atque Marcelli omniumque, quos illi celebrarunt, si tamen eorum libri propter antiquitatis incertum codicum collatione firmentur. Ubi autem diversae sententias proferuntur, potior numerus vincat auctorum, vel, si numerus aequalis sit, eius partis praecedat auctoritas, in qua excellentis ingenii vir Papinianus emineat, qui ut singulos vincit, ita cedit duobus. Notas etiam Pauli atque Ulpiani in Papiniani corpus factas, sicut dudum statutum est, praecipimus infirmari. Ubi autem eorum pares sententiae recitantur, quorum par censetur auctoritas, quos sequi debeat, eligat moderatio iudicantis. Pauli quoque sententias semper valere praecipimus. et cetera. Dat. VII Id. Novemb. Ravenna DD.NN. THEOD (OSIO) XII ET VALENT(INIANO) II AA. CONSS.

Die Kaiser Theodosius II. und Valentinianus III., die Erhabenen, an den Senat der Stadt Rom. Nach Anderem. Wir bekräftigen die gesarnten Schriften von Papinian, Paulus, Gaius, Ulpianus und Modestinus dergestalt, dass Gaius dieselbe Geltung wie Paulus, Ulpian und die übrigen besitzt und Stellen aus seinem gesarnten Werk vorgetragen werden können. Auch die Auffassungen derer, deren Abhandlungen und Meinungen alle soeben Genannten in ihren Werken anführen, erklären wir für gültig, wie diejenigen des Scaevola, des Sabinus, des

Iulianus und des Marcellus und aller, die jene zitieren, wenn nur ihre Bücher wegen der altersbedingten Unsicherheit durch einen Vergleich von Handschriften bestätigt werden. Wo aber verschiedene Meinungen vorgetragen werden, dort soll die Mehrheit der Autoren siegen, oder, wenn die Anzahl gleich ist, soll diejenige Seite vorgehen, auf der der scharfsinnige Papinian hervorragt, der, wie er Einzelne besiegt, so Zweien weichen muss. Auch ordnen wir an, dass die Anmerkungen von Paulus und Ulpian zu dem Gesamtwerk Papinians, wie es bereits früher festgesetzt wurde, ungültig sind. Wo sich aber gleichviel Meinungen solcher Juristen gegenüberstehen, deren Ansehen als gleich anzusehen ist, soll der Richter nach seinem Ermessen entscheiden, welcher er folgen will. Wir ordnen auch an, dass die «*Sententiae*» des Paulus stets gültig sein sollen. Und das Übrige.

Ein solches Zitiergesetz findet sich in der *Lex Romana Curiensis* wieder, auf die ich noch zurückkommen werde (Soliva 1986, S. 189 ff.; Meyer-Marthaler [1968]).

Um das geltende Recht festzulegen, kam es somit unter Kaiser Theodosian dem Zweiten (408-450 n. Chr.) etappenweise zu einer Kodifikation der kaiserlichen Erlasse, den so genannten *Constitutiones*. Der hieraus entstehende *Codex Theodosianus* wurde für beide Teile des römischen Reichs im Jahre 439 n. Chr. in Kraft gesetzt (Meder, 2008, S. 86; Pichonnaz, 2008a, Rz. 139; für eine neue Analyse, vgl. Sirks, [2007]). Wenige Jahre darauf ging das römische Reich im Westen aber unter.

Als der grosse Kaiser Justinian 527 n. Chr. kaiserliche Würden erlangte, wollte er zuerst die Gebiete der Barbaren im Westen zurückerobern und das römische Reich im Westen wiederaufleben lassen, was ihm für einige Jahre gelang (darum kann man heute noch die wunderbaren Mosaik in Ravenna in Italien besichtigen). Dafür brauchte er aber auch klares Recht. Wie Theodosius II. hat er also 529 n. Chr. eine erste Kodifikation in Kraft gesetzt, die alle noch gültigen kaiserlichen Erlasse umfasste. Hiermit war jedoch noch nicht das ganze geltende Recht gesammelt. Er entschloss sich darum 530 n. Chr., eine Kompilation aller wichtigen Fallsammlungen der klassischen Zeit zu erarbeiten. Eine Kommission von elf Mitgliedern wurde ernannt, die im Dezember 533 n. Chr. eine Sammlung dieser Fälle in 50

Büchern publizierte, die so genannten *Digesta*, Digesten, oder *Pandectae* (aus dem Griechischen). Gleichzeitig wurde auch ein kleines Lehrbuch erarbeitet (*Institutiones*), um den Umgang mit den Digesten zu erleichtern. Ein Jahr später publizierte Justinian zudem eine neue, umfassendere Auflage seiner Konstitutionenkompilation, den *Codex Iustiniani* (529 n. Chr.) (Capogrossi Colognesi, 2009, S. 464 f.; Pichonnaz, 2008a, Rz. 157). Diese drei Teile, Institutionen (das Lehrbuch), Digesten (die Fällesammlungen) und *Codex* (die Konstitutionensammlungen) wurden dann später, im Mittelalter (1583), als *Codex iuris civilis* bezeichnet seit deren Gesamtausgabe des französischen Humanisten Dionysius Gothofredus von 1583 (siehe Hausmanninger/Selb, 2001, S. 56).

Neben dieser Kompilation durch die Römer fanden auch römische Entscheidungen und kaiserliche Erlasse ihren Weg in die Gesetze der Barbaren. Einerseits deshalb, um die Probleme zwischen Barbaren und Römern mit angepassten Bestimmungen zu regeln, andererseits aber auch, um gute Lösungen in das barbarische Recht aufzunehmen. Die *Lex Romana Visigothorum* (506 n. Chr.), die *Lex Romana Burgundionum* (Ende des 5. Jh.) und weitere Gesetze der verschiedenen Sippen haben auf diese Weise gewirkt. Man kennt z. B. eine *Lex Romana Curiensis*, die eine Bearbeitung und Vereinfachung der *Lex Romana Visigothorum* darstellte (Soliva, 1986, S. 194) und in Graubünden, in der Nähe von Chur, in der 1. Hälfte des 8. Jh. angewendet wurde (zu diesem Gesetz vgl. u.a. Meyer-Marthaler, 1968, S. 7 ff.; Soliva, 1986, S. 189-206 [mit Bibliographie]). Nach neueren Kenntnissen war dieses «Gesetz» wahrscheinlich nie geltendes Recht, sondern vielmehr ein künstliches Konstrukt, eine literarische Rezeption weströmischen Vulgarrechts (Soliva, 1986, S. 201 f.; *contra* noch Gaudemet, 1965, S. 50), welches den Vorrang des geltenden, ebenfalls römisch geprägten Gewohnheitsrechts nicht antastete, sondern durch Letzteres vielmehr verfremdet wurde (Arquint, 1998-2010; Soliva, 1986, S. 203 ff., besonders S. 205).

Nach dem sozusagen zweiten Niedergang des Römischen Rechts im Westen hätte man gedacht, dass das Römische Recht nur noch in einer geänderten Form, nämlich in den Gesetzen der so genannten Barbaren, weiterleben wird. Das war zum Teil so. Es kam aber bald darauf zu einer

Wiedergeburt, die ein echtes Fortleben und gleichzeitig eine Weiterentwicklung des Römischen Rechts bewirkte.

II. Das Weiterleben des Römischen Rechts in der Schweiz, während des Mittelalters und in der Neuzeit

Die Wiederentdeckung eines Manuskripts der Justinianischen Digesten (dieser Fallsammlung aus dem 6. Jh.) in Italien gegen Ende des 11. Jh. hat das Schicksal des Rechts im Westen völlig verändert. Dieses Manuskript wurde in der Folge systematisch bearbeitet. Es war unter anderem Anlass für die Gründung von Universitäten und juristischen Fakultäten nicht nur in Italien, sondern später auch in ganz Europa. Von Bologna aus (1088 n. Chr.) erreichte die Welle der Fakultätsgründungen sogar den Norden von England und somit natürlich auch die Schweiz (Basel im Jahre 1460). Überall hat man an den rechtswissenschaftlichen Fakultäten dasselbe studiert: die Digesten und den *Codex Justinians*. Das älteste uns bekannte Manuskript der Justinianischen Digesten (der *Codex Florentinus*), stammt aus dem 6. Jh. Es befindet sich in der Bibliothek Medicea Laurenziana in Florenz (*Justiniani augusti pandectarum codex florentinus*, vol. I, S. 11 ff.).

Eine ganze Reihe von Schweizer Juristen ging nach Bologna, um dort zu studieren. In ihrem 1960 erschienenen Buch «Les juristes suisses à Bologne» haben Susan und Sven Stelling-Michaud 225 Schweizer Studenten in Bologna zwischen 1265 und 1300 registrieren können und weitere 85 zwischen 1300 und 1330. Man weiss also heute von etwa 310 Schweizer Studenten in Bologna in diesen 65 Jahren. Aber vor allem seit Beginn des 14. Jh. gingen Schweizer Studenten häufiger nach Frankreich, an die rechtswissenschaftlichen Fakultäten von Orléans (gegründet 1230), Montpellier (gegründet 1260), Perpignan (gegründet 1349) oder Bourges (gegründet 1464), weil der Glanz von Bologna verblasste (Stelling-Michaud, 1960, S. 277 ff.). Obwohl sich die Denkweise zwischen den italienischen und den neuen französischen Universitäten unterschied (man spricht von *mos [docendi] italicus* und *mos [docendi] gallicus*), wurde immer mit denselben Büchern gearbeitet, d.h. mit den Justinianischen Digesten und dem *Codex*. Diese Texte wurden glossiert, d. h. mit Randanmerkungen bereichert, und später kommentiert, sprich in Bruchstücken erklärt. Man stritt über die Bedeutung, die Zusammenhänge oder Gegensätze von

speziellen Fällen. Das Ganze entwickelte die juristische Argumentation. Eines blieb aber immer identisch: Bis ins 16. Jh. hinein blieb der eigentliche Text der Digesten und des *Codex* unversehrt. Es war wie eine zweite Heilige Schrift nach der Bibel. Man betrachtete den Text als vollständig, widerspruchslös und unabänderbar; genau gleich wie die Bibel. Das erinnert an den Spruch des römischen Juristen Ulpian (3. Jh. n. Ch.), der meinte: «Mit Grund kann man uns Priester der Gerechtigkeit nennen. Denn wir dienen der Gerechtigkeit und lehren das Wissen vom Guten und Gerechten, indem wir Recht von Unrecht trennen, Erlaubtes von Unerlaubtem scheidend und danach streben, die Menschen nicht nur durch Furcht vor Strafe, sondern auch durch Verheissen von Belohnung zum Guten zu führen. [...]» (Ulp. D. 1.1.1 [1 inst.]: «*Cuius merito quis nos sacerdotes appellet: iustitiam namque colimus et boni et aequi notitiam profiteamur, aequum ab iniquo separantes, licitum ab illicito discernentes, bonos non solum metu poenarum, verum etiam praemiorum quoque exhortatione efficere cupientes, veram nisi fallor philosophiam, non simulatam affectantes.*»).

Für die Schweiz bedeutete dies, dass die meisten Universitätsjuristen des 15. und 16. Jh. dasselbe gelernt hatten - dieselben Techniken, dieselbe Methodologie (Schröder, 2001, S. 23 ff.; Vogenauer, 2001, S. 430-662) und dasselbe (gelehrte) Recht. Das Recht der schweizerischen Täler unterschied sich tatsächlich stark, da das Gewohnheitsrecht und die Spiegel des Rechts («coutumiers») unterschiedlich waren (Huber, 1893, § 108, S. 18 ff., sowie § 112, S. 99 für die Landbücher und Thalrecht; auch Poudret, [1996-2006]). Bei der Anwendung aber, d.h. bei der Auslegung und vor allem bei der Lückenfüllung dieser mündlichen oder schriftlichen Gewohnheitsrechte, wendeten die gebildeten Juristen dasselbe Instrumentarium an. Die Erarbeitung der Quellen in einer wissenschaftlichen Art hat seit den Glossatoren den Juristen die Möglichkeit gegeben, die Reproduzierbarkeit des Rechts durch wissenschaftliche Methoden zu gewährleisten (Samuel, 1995, S. 109, S. 149 ff.; Caroni, 2011, S. 62). Es ist also zuerst eine Sache der Methode, der Wissenschaft, dann aber auch des Inhaltes (Samuel, 2007, S. 216 ff.; Caroni, 2011, S. 62). In der Tat gab es in den Landrechten auch Lücken, so dass das «gelehrte» Römische Recht allmählich diese verschiedenen Rechte beeinflussen konnte. Es bildete sich in diesen Zeiten ein so genanntes *ius commune*, ein Gemeines Recht, in ganz Europa und

somit auch in gewisser Weise in der Schweiz heraus. D.h. nicht, dass überall genau dasselbe Recht angewendet wurde, aber man verwendete dieselbe Denkweise, dieselbe Sekundärliteratur und dieselbe Art von Lückenfüllung. Recht wurde schon damals auf dem Kontinent als eine Wissenschaft betrachtet.

Wie Ferdinand Elsener (1975, S. 20 ff.) und andere Autoren (Caroni, 2011, S. 56 f.; Bühler, 2003, S. 1 ff., insbesondere auch S. 60: «Die Rechtsentwicklung in der Schweiz ist somit keine andere als in Süddeutschland, Italien und Frankreich»; zurückhaltend Pahud de Mortanges, 2007, S. 134 ff.; und im allgemeinen Zimmermann, 2002, S.13 ff., S. 98 ff.; Pichonnaz, 2011a, S. 58 ff.) gezeigt haben, meinen wir, dass E. Huber diesen Aspekt zu wenig gewichtet hat, wenn er in seinem «System und Geschichte des Schweizerischen Rechts» 1893 schreibt: «doch bedeutet das nur eine kleine Ingredienz, nicht viel bedeutsamer, als das besondere Recht, unter welchem die Juden und teilweise auch die italienischen Kaufleute, die sogenannten Laparten, lebten» (Huber, 1975, S. 115). Das bedeutet aber nicht, dass das Römische Recht eine starke formelle Rolle gespielt hat; vielmehr ist es nicht auszuschliessen, dass es in der Schweiz im 17.-18. Jh. keine eigentliche Rechtswissenschaft gab (Caroni, 2011, S. 76). Vielleicht kann man eine solche noch für Städte annehmen, wie man es zum Beispiel bei der Gründung einer rechtswissenschaftlichen Akademie im Jahre 1763 in Fribourg sehen kann: Römisches Recht und Naturrecht sind die beiden Fächer, die unterrichtet wurden und nicht die Gewohnheitsrechte (De Raemy/Corpataux, 1922, S. 13 ff.; Elsener, 1975, S. 346).

Mit dem Humanismus des 16. Jh. und seinem neuen Wissenschaftsprogramm (Hattenhauer, 2004, Rz. 1173; Stein, 2003, S. 90 ff.; Coing, 1985, S. 67 ff.; Senn, 2003, S. 172 ff., S. 179 ff.; Basedow/Hopt/Zimmermann, 2009, S. 833 ff.) und dann vor allem mit der Zeit des Naturrechts im 17./18. Jh. (Hattenhauer, 2004, Rz. 1225 ff.; Stein, 2003, S. 117 ff.; Pichonnaz, 2008a, Rz. 292 ff.; Meder, 2008, S. 240 ff.; Basedow/Hopt/Zimmermann, 2009, S. 1099 ff.; Coing, 1985, S. 72 ff.; Wieacker, 1967, S. 249 ff., S. 599 ff.) begann das *Corpus iuris civilis* eine andere Rolle zu spielen. Es wurde nicht mehr als das Kompendium des einzigen unantastbaren Rechts betrachtet, sondern eher als eine *ratio scripta*, eine schriftliche Vernunft, eine mögliche Konkretisierung des Naturrechts. Das

Werk *De iure belli ac pacis* von Hugo Grotius aus dem Jahre 1625 war u. a. das Buch, das diese Wende herbeiführte.

Das Römische Recht blieb weiterhin zentral, um die juristischen Prinzipien, die man in der Natur lesen und finden konnte, zu veranschaulichen; es war aber nicht mehr die einzige Quelle, Im Jahre 1689 schrieb z. B. der französische Jurist Jean Domat (1625-1696) ein Kompendium von Texten und Fällen unter dem Titel: *Les loix civiles dans leur ordre naturel*. Das Buch enthielt in hohem Grade Römisches Recht, was die Einführung bestätigt:

«Il paroît bien étrange que les Loix Civiles, dont l'usage est si necessaire, soient si peu connuës, & que n'étant presque toutes que des regles de l'équité, dont la connoissance nous est naturelle, l'étude qui devoit en être également facile & agreable, soit si difficile et si épineuse. Cependant il faut reconnoître que de la manière dont ces Loix sont recueillies dans les Livres du Droit Romain, qui en sont l'unique dépôt, il n'est pas aisé de les bien apprendre. Et c'est ce qui fait que parmi ceux que leur profession oblige à les sçavoir, plusieurs les ignorent, et que personne n'y devient habile que par une longue et penible étude. [...]» (Domat, 1723, «préface»).

Etwa hundert Jahre später entschloss sich der Franzose Robert-Joseph Pothier (1699-1772), die Texte der Digesten und des *Codex Iustinians* zu reorganisieren, um gleichartige Themen, die in beiden Sammlungen abgehandelt wurden, zusammenzustellen. Das dreibändige Werk *Pandectae* wurde dann 1748-1752 publiziert (siehe Pothier, [1818]).

Auf der Basis dieses Werks, das von der fast schon unheimlichen Beherrschung des Römischen Rechts zeugt, schrieb Pothier daraufhin einen *«Traité des Obligations»* (Traktat der Obligationen) (1. Aufl. 1761; siehe Pothier, [1824]). Dieses Buch wurde, was den obligationenrechtlichen Teil angeht, vom französischen Gesetzgeber gegen Ende des 18. Jh. fast wörtlich übernommen. Der *Code civil français* von 1804 hält sich somit in vielen Teilen sehr nahe an die Ausführungen Pothiers (und zum Teil Domats; siehe Halpérin, 1992, S. 21, S. 121), die sich beide auf das Römische Recht des Mittelalters und die Digesten stützten. Nachstehend die Ausführungen von Halpérin:

«A proprement parler, le droit décrit par Pothier ne s'appliquait nulle part en France, mais il avait vocation à inspirer et à convaincre, par sa clarté, les juristes de toute la France.» (Halperin, 1992, S. 21, S. 121).

Der Einfluss von Pothier war aber schon im ersten Entwurf Cambacérés (9. August 1793) spürbar, da fast alle Bestimmungen über die allgemeine Theorie der Obligationen und der besonderen Verträge aus dem Traktat von Pothier stammten (Halperin, 1992, S. 21, S. 121).

Ein ähnliches Phänomen fand in Preussen statt. Friedrich der Zweite wünschte eine neue Gesetzgebung im Stil des Jahrhunderts der Aufklärung («*siècle des Lumières*»). Die Kompilation stützte sich auch wieder sehr stark auf die römischen Fälle, ihre langjährige Bearbeitung durch die Juristen des Mittelalters und auch auf die Idee, dass das Römische Recht als *ratio scripta* des Naturrechts gelte. Somit ist das 1794 in Kraft getretene Allgemeine Landrecht der Preussischen Staaten (ALR) voll von römischrechtlichen Lösungen und Denkweisen.

In Österreich fand etwas Ähnliches statt. Carl Anton von Martini war auch vom Naturrecht beeinflusst, insbesondere von Wolffs Rechtsdenken (Senn, 2003, S. 268). Der zweite Redaktor, Franz von Zeiller, stand noch unter naturrechtlichem Einfluss, aber eher von Seiten Kants (Senn, 2003, S. 268). Beide lehnten den Gesetzestext des österreichischen ABGB ebenfalls stark an das Römische Recht an. Man könnte Hunderte von Beispielen nennen; ich werde nur ein einziges Beispiel geben, die juristische Definition der Sache im ABGB:

«§ 285. Alles, was von der Person unterschieden ist, und zum Gebrauche der Menschen dient, wird im rechtlichen Sinne eine Sache genannt.

§ 291. Die Sachen werden nach dem Unterschiede ihrer Beschaffenheit eingeteilt: in körperliche und unkörperliche; in bewegliche und unbewegliche; in verbrauchbare und unverbrauchbare; in schätzbare und unschätzbare.»

Diese Definition stimmt überein mit derjenigen von Gaius, einem Rechtsprofessor des 2. Jh. n. Chr., der im Jahre 160 n. Chr. ein berühmtes Lehrbuch (*Institutiones*) verfasst hat.

Gai. 1,8: «Omne autem ius quo utimur vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones» und dann Gai. 2,12: «Quaedam praeterea res corporales sunt, quaedam incorporales».

Bevor ich spezifischer über den damaligen Einfluss des Römischen Rechts auf die Schweiz sprechen kann, muss ich noch einiges über die Situation in Deutschland zu jener Zeit erklären. Auf die Naturrechtswelle folgte ein neues Rechtsverständnis, die so genannte Historische Rechtsschule, die von Gustav Hugo (1764-1844) und Friedrich Carl von Savigny (1779-1861) gegründet wurde. Ihre Ideen können folgendermassen zusammengefasst werden: Um eine Gesetzgebung für Deutschland auszuarbeiten, muss man zuerst den Volksgeist historisch erörtern. Diesen Volksgeist sah Savigny (im Gegensatz z. B. zu Otto von Gierke) nicht im germanischen Recht, sondern im Römischen Recht. *«Back to the origins»* könnte das Motto geheissen haben. Savigny erblickte die Ursprünge im klassischen Römischen Recht, also in der Fallsammlung der Digesten. Die Bearbeitung der Materie war aber besonders. Die (kelsianische) Idee, dass das Recht ein System darstelle, brachte Savigny dazu, das Römische Recht so aufzuarbeiten, dass das System an sich im Vordergrund stand. Er versuchte prinzipiell, diese Idee des hochabstrakten und systematischen Rechts auf die römischen Quellen zu stützen. So kam es zu seinem weltberühmten achtbändigen Werk von 1840, «Das System des heutigen Römischen Rechts». Dieses Buch, wie auch weitere Bücher, etwa das Pandektenrecht von Bernhard Windscheid und weitere Werke der Historischen Rechtsschule, wirkten auf die deutsche Gesetzgebung ein. Eine Detailschilderung dieser Einflüsse ist hier in aller Kürze nicht möglich und auch nicht nötig.

Die Schweiz wurde mehrfach von diesen Entwicklungen erfasst, und ich spreche hier vor allem über das Privatrecht, wo sich diese am anschaulichsten darbietet. Wie Caroni mit überzeugenden Argumenten kürzlich gezeigt hat, war die Praxis in einigen Kantonen stark vom deutschen Gewohnheitsrecht geprägt (Caroni, 2011, S. 74 ff., und die Zitate aus Briefen von Keller und Bluntschli, S. 76, S. 78). Die Geschichte verläuft aber nichtlinear, so dass das Römische Recht nicht nur an der Universität unterrichtet wurde, sondern auch in Akademien auf dem Land, wie man es in Freiburg beispielsweise sieht (De Raemy/Corpataux, 1922, S. 1 ff.). Dazu

kamen auch Einflüsse auf die schweizerische Kodifikation, welche wiederum aus Gesetzbüchern anderer Länder stammten, die selbst aus dem Römischen Recht beeinflusst wurden.

Nach dem Scheitern eines gemeinsamen Zivilgesetzbuches (*Code civil unique*), welches von Napoléon für die Schweiz in Anlehnung an den französischen *Code civil* vorangetrieben wurde, mussten die Schweizer Kantone ihren eigenen Weg finden (siehe Pahud de Mortanges, 2007, S. 197 ff., S. 208 ff.). Die meisten haben sich für ein Gesetzbuch, also für eine Kodifikation entschlossen. Praktisch alle kantonalen Gesetzbücher der Westschweiz und der Südschweiz stellen mehr oder weniger Bearbeitungen bzw. Übersetzungen des französischen *Code civil von 1804* dar (so in Genf, Waadt [1803/1819], Wallis [1853/1855], Neuenburg und z. T. in Freiburg [1849] oder sogar im Tessin [1837]) (Pichonnaz, 2011b, S. 126). Wir haben gesehen, wie sehr der französische *Code civil* römischrechtlich geprägt war (und immer noch ist). Es handelt sich dabei aber nicht um das klassische Römische Recht, sondern um das Römische Recht, wie es sich durch die tiefgreifende Arbeit des Mittelalters entwickelt hatte. Zum Beispiel hatten die Überlegungen des niederländischen Juristen Hugo Grotius im 17. Jh. einen Einfluss auf Domat (man weiss z. B., dass er ihn gelesen hat; siehe Gazzaniga, 1992, S. 144 und Arnaud, [1964], der Ähnlichkeit in der Disposition findet) und auch auf Pothier (mindestens durch Barbeyrac [1674-1744]; zu Jean Barbeyrac siehe u.a. Meylan, [1937]) und Pufendorf (zum Einfluss von Pufendorf auf Pothier siehe Gazzaniga, 1992, S. 172 und Arnaud, 1964, S. 208). Grotius entnahm den römischen Quellen z. B. die Möglichkeit der Eigentumsübertragung durch reinen Konsens, in Anlehnung an die Besitz- und somit Eigentumsübertragung *animo solo* (Schmidlin, 2011, S. 68 f.).

Einige Kodifikationen wurden vom österreichischen ABGB von 1811 stark beeinflusst. Das war in Bern und daraufhin in Luzern, Solothurn und Aargau der Fall (Pichonnaz, 2011b, S. 126). Die Verwurzelung in der naturrechtlichen Kodifikation, und somit in einer gewissen Weise im Römischen Recht, war deshalb sehr präsent.

Dazu kommt noch Johann Caspar Bluntschli (siehe Meili, 1908, S. 1 ff.), ein Zürcher Jurist, der um 1827 ein Schüler von Savigny in Berlin war (Bluntschli, 1884, S. 62 f., über seine Korrespondenz mit ihm siehe auch S.

248). Als er beauftragt wurde, ein Gesetzesbuch für den Kanton Zürich zu verfassen, versuchte er das pandektistische Verständnis darin umzusetzen. Das Zürcher PGB stellt eine Synthese zwischen überliefertem Zürcher Recht, gelehrtem pandektistischem Recht und modernem Handelsrecht dar. Man halte sich nur das Beispiel der Eigentumsübertragung kurz vor Augen. In § 646 PGB heisst es: «Das Eigenthum an einer beweglichen Sache wird von dem Eigenthümer auf seinen Nachfolger übertragen durch die Uebergabe des Besitzes in Folge eines auf Übergang des Eigenthums gerichteten Rechtsgeschäftes, z. B. Kauf, Tausch, Schenkung» (siehe Bluntschli, 1855, S. 167). Diese Besitzübertragung (auf Lateinisch *traditio*) und ein dazu berechtigender Grund (*iusta causa traditionis*) waren die eigentlichen Voraussetzungen der Eigentumsübertragung im Römischen Recht, wie man es z. B. bei Paulus lesen kann (D. 41, 1, 31 pr): «*Numquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, si venditio aut alia iusta causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur*» («Niemand überträgt die blosse Übergabe das Eigentum, sondern nur, wenn ein Verkauf oder ein anderer rechtfertigender Grund vorangegangen ist, aufgrund dessen die Übergabe erfolgt ist»); Übersetzung bei Rainer/Filip-Fröschl, 1998, S. 46).

Das zürcherische Zivilgesetzbuch übte dann einen erheblichen Einfluss auf die Kodifikationstätigkeiten der Ost- und Zentralschweiz aus (Schaffhausen, Zug, Thurgau, Nidwalden, Glarus und z. T. Graubünden).

Man sieht somit, dass, auch wenn die Praxis im Mittelalter in der Ostschweiz vor allem germanisches Recht angewandt hatte, die Gesetzbücher des 19. Jh. vom Römischen Recht stark geprägt wurden und somit insgesamt auch die Schweiz beeinflusst haben.

III. Die schweizerische Kodifikation und das Römische Recht

Grundlage der ersten Arbeiten für ein schweizerisches Obligationenrechtsgesetzbuch war selbstverständlich nicht die Idee einer Kodifikation des Römischen Rechts als solche. Die anderen europäischen Kodifikationen waren aber wichtig im Entwurf von Munzinger (1869-1873; zu Munzinger siehe Fasel, [2003a]; Fasel, 2003b, S. 345-352; Pichonnaz, 2011b, S. 126 f.; Honsell, 2011, S. 9 f.). Die Schwierigkeit und Eigenart des schweizerischen Rechts lag aber darin, den verschiedenen juristischen

Traditionen irgendwie Rechnung zu tragen und trotzdem ein verständliches und sinnvolles Gesetz auszuarbeiten. Wie Meili in seiner Abhandlung von 1901 es auch betont hat, «was das Privatrecht anbetrifft, so muss in der Schweiz namentlich darnach gestrebt werden, eine Versöhnung der romanischen und deutsch-schweizerischen Anschauungen herbeizuführen.» (Meili, 1901, S. 12).

Alle diese gesetzgeberischen Traditionen waren vom Römischen Recht beeinflusst; man könnte also denken, dass dieses Vorhaben letztlich einfach war. Dies war aber nicht der Fall, weil die Grandphilosophie der verschiedenen Traditionen sehr unterschiedlich war. In seinem Referat vor der Versammlung des Schweizerischen Juristenvereins in Chur, betont Carrard 1873 mit Nachdruck, dass es nicht möglich sei, das Zürcher Privatgesetzbuch für die ganze Schweiz anzunehmen, weil man darin die Eigenschaften des Zürcher Gewohnheitsrechts noch zu stark findet, was nicht unbedingt für die ganze Schweiz passen würde (Carrard, 1873, S. 15: «[Le code zurichois] a conservé avec soin les particularités du droit zurichois. Ce qui fait son mérite pour le canton de Zurich, et peut-être pour le territoire occupé par l'ancien Gau alémanique de la Thur serait un défaut capital dès qu'il s'agirait de l'imposer à la Suisse entière.»).

Dies kann man durch zwei Beispiele veranschaulichen. Es gäbe aber noch weitere!

Was ist ein Vertrag? Die Definition des Vertragskonzepts («*contractus*») war bereits dem Römischen Recht bekannt. Als er über die «*conventio*» sprach, sagte z. B. Ulpian, dass es, gemäss den eleganten Worten von Pedius, keinen Vertrag gäbe, keine Verpflichtung, die nicht eine *conventio* in sich habe (Ulp. D. 2,14,1,3: «*Adeo autem conventionis nomen generale est, ut eleganter dicat Pedius nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem, sive re sive verbis fiat: nam et stipulatio, quae verbis fit, nisi habeat consensum, nulla est.*»).

Diesem Verständnis folgend, setzt ein Vertrag voraus, dass man eine Vereinbarung trifft, in welcher die Parteiwillen zusammenkommen («*cum-venire*»). Der Vertrag betont also die Wichtigkeit der Übereinkunft der Vertragsparteien. Dies steht sehr nahe beim pandektistischen Verständnis des Vertrags, wo der Wille das zentrale Element des Rechtsgeschäfts bildet.

Die übliche Definition des Rechtsgeschäfts zeigt es deutlich: «Rechtsgeschäft ist eine private (nicht hoheitliche) Willenserklärung, die darauf gerichtet ist, - allein oder mit anderen Tatbestandselementen - eine dem erklärten Willen entsprechende Rechtsfolge eintreten zu lassen.» (Gauch/Schlupe/ Schmid/Emmenegger, 2008, Rz. 119).

Eine weitere Definition des Vertrages (*contractus*; siehe Nelson/Manthe, 1999, S. 446 ff.) findet man bei Labeo (gestorben 10/11 n. Chr.). Für ihn ist ein Vertrag eine «*obligatio ulro citroque*», d.h. eine gegenseitige Verpflichtung; ein Synallagma, wie es die Griechen nennen («[...] *contractum autem ulro citroque obligationem, quod Graeci συνάλλαγμα vocant [...]*»; Ulp. D. 50,16,19). Diese Definition hat vor allem Grotius benutzt, um die Idee zu verwirklichen, dass ein Vertrag ein Austausch von Versprechen sei. Er schreibt in seinem *De iure belli ac pacis* (lib. II, cap. XII, § VII [1993, S. 344]): «*Omnes autem actus aliis utiles extra mere beneficos contractuum nomine appellantur*» («In der Tat, alle Geschäfte die an anderen ein Nutzen erteilen, ausser die nur aus <*bienfaisance*> sind, sollen <Vertrag> benannt werden»; siehe u.a. Schmidlin, 1999, S. 187 ff., vor allem S. 190 f.).

Deswegen versteht sich der Vertrag vor allem als gegenseitige Verpflichtung Grotius, *De iure belli ac pacis*, lib. II, cap. XII, § V siehe [1993, S. 343 f.]). Die Idee eines Vertrages nicht als «*conventio*», als Zusammenkunft von Willen, sondern als Austausch von Versprechen, findet man im französischen *Code civil*, in dem Sinne, dass der Vertrag nur gültig erzwungen werden kann, wenn es eine *causa* gibt, d.h. wenn ein Versprechen seinen Grund im Gegenversprechen hat. In dieser Hinsicht übernimmt das französische Recht die römischen Vorstellungen (Ulp./Lab, D. 17, 1, 8 pr): «*Si procuratorem dedero nec instrumenta mihi causae reddat, qua actione mihi teneatur? Et Labeo putat mandati eum teneri nec esse probabilem sententiam existimantium ex hac causa agi posse depositi: uniuscuiusque enim contractus initium spectandum et causam.*» («Wenn ich einen Prozessvertreter bestelle und dieser mir die für den Rechtsstreit überlassenen Urkunden nicht zurückgibt - mit welcher Klage haftet er mir dann? Labeo meint, er hafte mit der Auftragsklage und die Ansicht derjenigen sei nicht billigenwert, die annehmen, wegen dieses Rechtsverhältnisses könne mit der Klage aus Verwahrung geklagt werden.

Es sei nämlich bei jedem Vertrag auf den Anfang und den rechtlichen Grund abzustellen.» Übersetzung von R. Knütel, in: *Corpus Iuris Civilis*, Text und Übersetzung, III, Dig. 11-20, 1999, S. 360).

Sollte man also den Vertrag «nur» auf den Willen der Vertragsparteien abstützen, wie im Zürcher Gesetzbuch (Bluntschli, 1855, III, § 903, S. 1), oder sollte man ihn als Ergebnis gegenseitigen Versprechens mit einer gültigen *causa* bezeichnen, wie in den welschen Gesetzbüchern? Bluntschli und dann der Text des Art. 1 des Obligationenrechtsgesetzbuch von 1881 haben sich für die modernere Fassung entschieden, also für eine Übereinstimmung des Willens: «Zum Abschluss eines Vertrages ist die übereinstimmende gegenseitige Willensäusserung der Parteien erforderlich». Das steht im Einklang mit dem berühmten Text von Ulpian (D. 2,14,7), wonach es eben keine besondere *causa* braucht, wenn es sich um einen Nominalvertrag handelt.

Die Losung ist immer dieselbe, auch im heutigen Obligationenrecht. Beide Traditionen haben ihre Grundlage im Römischen Recht, aber der Entscheid, eher die eine Lösung auszuwählen als die andere, hat immer tiefgreifende Konsequenzen.

Nun widme ich mich der Eigentumsübertragung und dem Gefahrübergang beim Kauf: Im französischen Recht gilt die Grundidee, die aus den vernunftrechtlichen Überlegungen stammt, dass der Vertragsabschluss das Eigentum überträgt (CCfr. 711 i.V.m. CCfr. 1583). Der Ursprung der Idee kann hier auch wieder auf einige Quellen des Römischen Rechts, vor allem aber wiederum auf Grotius zurückgeführt werden, der sagt: «*quae perfecta promissio est, similem habens effectum qualem alienatio dominii*» («Jedes perfekte Versprechen hat eine ähnliche Wirkung wie die Übertragung des Eigentums») [Grotius, *De iure belli ac pacis*, lib. II, cap. XI, § IV, 1993, S. 329]; siehe auch Schmidlin, 2011, S. 62).

Diese Lösung war auch diejenige der französisch-sprechenden Westkantone. Die vom Zürcher Gesetzbuch beeinflussten Kantone kannten hingegen die Eigentumsübertragung, die auf der Besitzübergabe beruhte. Nachdem in Vorentwürfen verschiedene Lösungen vorgeschlagen worden waren, entschied sich der eidgenössische Gesetzgeber von 1881 schliesslich

für die Option der Eigentumsübertragung durch Besitzübergabe, wobei allerdings die Besitzübergabe durch Besitzkonstitut und *brevi manu traditio* sehr stark erleichtert wurde (Egli, 1926, S. 67). Art. 199 aOR wurde also wie folgt verabschiedet: «Soll in Folge eines Vertrages Eigenthum an beweglichen Sachen übertragen werden, so ist Besitzübergabe erforderlich.» Die welschen Kantone hatten also «verloren». Die Debatte wurde aber immer noch intensiv im Parlament geführt.

Da die Widerstände in den parlamentarischen Kommissionen weiter bestanden, wurde bei der Schlussberatung des Gesetzesentwurfs im Parlament ein Kompromiss vorgeschlagen, nämlich die Einführung eines Art. 204 aOR (siehe vor allem Egli, 1926, S. 65-70; darauf aufbauend Cortesi, 1996, S. 11 ff.; Bucher, 1970, S. 288 f.; Cavin, 1977, S. 29; Pichonnaz, 2008b, S. 190). Sein Inhalt war ein Nachgeben gegenüber der französisch-sprechenden Minderheit des schweizerischen Parlaments von 1881 (Bucher, 1970, S. 288 f.; Egli, 1926, S. 65 ff.; Pichonnaz, 2008b, S. 190). Diese hatte sich zum Anwalt des Gefahrübergangs beim Kauf schon bei Vertragsabschluss gemacht, weil sie damit den praktisch wichtigsten Punkt der ihr vertrauten Regelung beim Kauf noch retten wollte. Mit anderen Worten, bei Vertragsabschluss sollte der Käufer die finanziellen Folgen des zufälligen Untergangs der Kaufsache tragen, indem er trotz Untergangs der Sache den Preis weiterhin bezahlen musste. Dies gilt auch, wenn sich die Sache immer noch beim Verkäufer befindet und deshalb das Eigentum noch nicht auf den Käufer übergegangen ist. Dieser «glückliche» Kompromiss ist das auffälligste Beispiel des Kollidierens von zwei juristischen Traditionen (Egli, 1926, S. 68; Pichonnaz, 2008b, S. 190). Es ist aber bemerkenswert, dass diese «*periculum emptoris*»-Kompromiss-Lösung und die Eigentumsübertragung durch Besitzübergabe die Lösung des klassischen Römischen Rechts widerspiegelt. Diese findet man aber auch noch in Chile (Chile Zivilgesetzbuch, Art. 1820; für Südafrika siehe Bauer, 1998, S. 182 ff. und Zimmermann, 1996, S. 292)! Dieser salomonische Entscheid wurde 1907 bei der Revision des alten Obligationenrechts abermals in Zweifel gezogen, aber letztlich nicht mehr geändert (Pichonnaz, 2011b, S. 133). Die Angst, den Streit wieder von vorne zu beginnen, führte dazu, dass sämtliche Änderungsvorschläge zurückgewiesen wurden. Art.

185 OR über die Gefahrtragung beim Kauf ist somit seinem Vorgänger sehr ähnlich.

Obwohl diese Lösung nicht direkt aus dem Römischen Recht stammt, hat ihre Ähnlichkeit mit diesem das Bundesgericht veranlasst, in einem Entscheid von 2002 über die Auslegung des Art. 185 OR eine historische Analyse vorzunehmen. Damit wollte es die Grenzen des Prinzips des *periculum emptoris* erörtern (BGE 128/2002 III 370 [12.3.2002, 4C.336/2000]; siehe auch Pichonnaz, 2008b, S. 183 ff.; Pfeiffer, 2003, S. 884 ff.). Das war ein Zeichen, dass das Römische Recht irgendwie noch unter uns weilt, wenn auch manchmal inkognito. Das Bundesgericht zitiert im Entscheid selbst nicht nur Justinian (den Kaiser aus dem 6. Jh.), sondern auch mittelalterliche Juristen wie Cuiacius (16. Jh.) oder Pothier. Dies ist doch sehr eigenartig für ein oberstes Gericht auf dem Kontinent. Das Römische Recht wurde somit als historische Argumentation benutzt, nicht um die römischrechtliche Lösung auf die gegenwärtigen Probleme zu übertragen, aber um die Hintergründe, die Struktur der Lösung besser zu erklären.

IV. Schluss: Die dritte Geburt des Römischen Rechts

Die Kodifikationen haben den Eindruck erweckt, Lösungen seien versteinert. Dies ist aber bekanntlich nicht der Fall, da die richterliche «Anwendung des Gesetzes» jeden Tag neue Probleme aufzeigt. Die Lösungen stehen nicht einfach «im» Gesetz, sie müssen vielmehr neu gefunden werden. Das Römische Recht «spukt» noch im Obligationenrecht und zum Teil im Zivilgesetzbuch -diese sind «*hantés*», wie Derrida sagen könnte. Diese Erkenntnis ist umso wichtiger, als man damit die Herkunft unseres Rechts besser verstehen und dieses zugleich zukunftsgerichtet (weiter) entwickeln kann.

Das Römische Recht spielt also - manchmal direkt, oftmals aber indirekt - eine wichtige Rolle für den Schweizer Juristen, selbstverständlich nicht unbedingt in Alltagsgeschäften eines Richters oder eines Anwalts, aber sicher bei «schwierigen» Fällen. Das Bundesgericht hat es zum Beispiel im vorher erwähnten Fall gezeigt, aber auch in weiteren Entscheidungen, z. B. im berühmten Papageienfall, BGE 133/2006 III 257 (besprochen u. a. von

Pichonnaz, 2011a, S. 63 ff.; Pichonnaz, 2011c, S. 407 ff.; Werro, 2009, S. 5 ff.; Honsell, 2007, S. 154 ff.; Keller, 2007, S. 780 ff.; Zellweger-Gutknecht, 2007, S. 769; Coendet, 2008, S. 15 ff.; Tercier, 2008, S. 295 f.; Brunner/Vischer, 2008, Rz. 13 ff.; Koller, 2008, S. 9 ft; Vischer, 2009, S. 129; Schmid, 2010, S. 600).

Es ist also eine Chance, dass dieses Fach heute in der Schweiz von Lehrstuhlinhabern vertreten wird, die sowohl Römisches Recht wie geltendes Recht unterrichten und erforschen. Es ermöglicht nämlich, historische Forschung zu betreiben anhand von aktuellen Fragen. Diese dynamische Entwicklung zeigt sich in einigen bemerkenswerten Dissertationen der letzten Jahrzehnte.

Die so genannte «dritte Geburt» des Römischen Rechts sollte aber im Hinblick auf die Entwicklung eines Vertragsrechts auf europäischer Ebene stattfinden (siehe Caroni, 2011, S. 74, der von «Wiederbelebung» spricht). Es ist nicht im Sinn historischer Untersuchungen, römischrechtliche Lösungen im geltenden Recht anzuwenden; die sozio-ökonomischen Verhältnisse haben sich zu stark geändert. Die Untersuchung des Römischen Rechts soll uns aber dabei helfen, die richtigen Fragen zu stellen, die verschiedenen europäischen Lösungen zu dekonstruieren, um dann die dahinter stehenden Werte zu identifizieren, damit die neuen Regelungen nicht nur das Ergebnis eines Verhandels zwischen nationalen Systemen sind, sondern eine durchdachte Lösung anbieten. Das wird aber das Thema der nächsten Veranstaltung sein.

«Die Schweiz und das Römische Recht». Ein auf den ersten Blick überraschendes Paar. Ich hoffe aber, gezeigt zu haben, dass das Römische Recht immer noch die Wurzel des geltenden Rechts darstellt. Ein Baum wächst dank seiner Wurzeln, wie sich das geltende Recht aus dem Römischen Recht entwickelt; die Wurzeln des Rechts erklären seine Funktion, können diese aber nicht ersetzen. Im dogmatisch-historischen Hinblick auf das geltende Recht erfüllt das Römische Recht eine wichtige Rolle, nicht nur für eine sinnvolle Entwicklung der Juristen, sondern auch als Überlegungsinstrument. Die Lösungen müssen aber nach den sozialen und ökonomischen Gegebenheiten neu erfunden werden; es geht also immer noch über das Römische Recht hinaus, aber dank dem Römischen Recht.

Literaturverzeichnis

- Arquint**, Jon-Peider (1998-2010). *Lex romana Curiensis, Historisches Lexikon der Schweiz* [Online im Internet]. Verfügbar im Internet: <http://hls-dhs-dss.ch/textes/d/D8943.php?PHPSESSID=6706f18e6677b72323bc0f97f7be7ee6a> [2011-19-10].
- Arnaud**, André-Jean (1964). *Les origines doctrinales du code civil français*. Paris.
- Basedow**, Jürgen/**Hopt**, Klaus J./**Zimrnermann**, Reinhard (Hg.) (2009). *Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts* (2 Bände). Tübingen.
- Bauer**, Martin (1998). *Periculum emptoris. Eine dogmengeschichtliche Untersuchung zur Gefahrtragung beim Kauf*. Berlin.
- Bluntschli**, Johann Caspar (1884). *Denkwürdiges aus meinem Leben*, Vol. I, Nördlingen.
- Bluntschli**, Johann Caspar (1855). *Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton, Zürich*.
- Brunner**, Christoph/**Vischer**, Markus (2008). Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Kaufvertragsrecht im Jahr 2007. *Jusletter*, 13. Oktober 2008. Verfügbar im Internet: http://jusletter.weblaw.ch/article/de/6802?lang=fr#titel_2_32 [2011-19-10].
- Bucher**, Eugen (1970). Notizen zu Art. 185 OR (Gefahrtragung durch den Käufer), *Zeitschrift für Schweizerisches Recht (ZSR)*, n. F. 891, S. 281-294.
- Bühler**, Theodor (2003). Die Methoden der Rezeption des römisch-gemeinen Rechts in die Erbrechte der Schweiz, *SZ-RA*, 120, S. 1 ff.
- Capogrossi Colognesi**, Luigi (2004). *Lezioni di storia del diritto romano*. Neapel.
- Caroni**, Pio (2011). Ius romanum in Helvetia: a che punto siamo? In Paola Guglielmotti, Isabella Lazzarini und Gian Maria Varanini (Hg.),

- Europa e Italia. Studi in onore di Giorgio Chittolini* (S. 55-79). Florenz.
- Cavin**, Pierre (1977). Kauf, Tausch, Schenkung. In Frank Vischer (Hg.), *Schweizerisches Privatrecht* (Bd. VII/1), *Obligationenrecht - Besondere Vertragsverhältnisse*. Basel/Stuttgart.
- Coendet**, Thomas (2008). Schadenszurechnung im Kaufrecht. *Recht*, S. 15-26.
- Going**, Helmut (1985). *Europäisches Privatrecht* (Bd I.), *Älteres Gemeines Recht (1500 bis 1800)*. München.
- Corbino**, Alessandro/**Santalucia**, Bernardo (Hg.) (1988). *Justiniani augusti pandectarum codex florentinus*, Vol. I. Florenz.
- Cortesi**, Oreste (1996). *Die Kaufpreisgefahr*. Zürich.
- Domat**, Jean (1723). *Les lois civiles dans leur ordre naturel. Le droit public et legum delectus*. Nouvelle édition, Tome I. Paris.
- Egli**, Walter (1926). *Die Gefahrtragung beim Kaufvertrag*. Affoltern.
- Fasel**, Urs (2003a). *Bahnbrecher Munzinger*. Bern.
- Fasel**, Urs (2003b). Walther Munzinger. Vorreiter der Schweizer Rechtseinheit. *Zeitschrift für europäisches Privatrecht (ZEuP)*, S. 345-352.
- Fögen**, Marie-Theres (2002). *Römische Rechtsgeschichten*. Göttingen.
- Gauch**, Peter/**Schluep**, Walter R./**Schmid**, Jörg/**Emmenegger**, Susan (2008). *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil* (2 Bände) (9. Aufl.). Zürich/Basel/Genf.
- Gaudemet**, Jean (1967). *Institutions de l'Antiquité*. Paris.
- Gaudemet**, Jean (1965). Le bréviaire d'Alaric et les épitomes. *Ius Romanum Medii Aevi* (Pars I, 2 b, aa, b) (S. 1-57). Mailand.
- Gazzaniga**, Jean-Louis (1992). *Introduction historique au droit des obligations*. Paris.
- Halpérin**, Jean-Louis (1992). *L'impossible Code civil*. Paris.

- Hattenhauer**, Hans (2004). *Europäische Rechtsgeschichte* (4. Aufl.). Heidelberg.
- Hausmanninger**, Herbert/**Selb**, Walter (2001). *Romisches Privatrecht* (9. Aufl.). Wien.
- Honsell**, Heinrich (2007). Der Mangelfolgeschaden beim Kauf-Papageienfall des Bundesgerichts. *Recht*, S. 154-158.
- Honsell**, Heinrich (2011). 100 Jahre Schweizerisches Obligationenrecht. *Zeitschrift für Schweizerisches Recht (ZSR)*, II, S. 5-115.
- Huber**, Eugen (1893). *System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechtes* (Bd IV). Basel.
- Keller**, Roland (2007). Bemerkungen zum 4C. 180/2005 (BGE 133 III 257). *Aktuelle Juristische Praxis (AJP)*, S. 780-783.
- Koller**, Alfred (2008). *Leistungsstörungen: Nicht- und Schlechterfüllung von Verträgen*. St. Gallen.
- Meder**, Stephan (2008). *Rechtsgeschichte* (3. Aufl.). Köln/Weimar/Wien.
- Meili**, Friedrich (1901). *Die Kodifikation des schweizerischen Privat- und Strafrechts*. Zürich.
- Meili**, Friedrich (1908). *Johann Caspar Bluntschli und seine Bedeutung für die moderne Rechtswissenschaft. Erinnerungsblatt zum Hundertsten Geburtstag (7. März 1908)*. Zürich.
- Meyer-Marthaler**, Elisabeth (1968). *Römisches Recht in Rätien im frühen und hohen Mittelalter*. Zürich.
- Meylan**, Philippe (1937). *Jean Barbeyrrac (1674-1744) et les débuts de l'enseignement du droit dans l'ancienne académie de Lausanne, contribution à l'histoire du droit naturel*. Lausanne.
- Nelson**, Hein L. W./**Manthe**, Ulrich (1999). *Gai Institutiones III 88-181*. Berlin.
- Pahud de Mortanges, René (2007). *Schweizerische Rechtsgeschichte. Ein Grundriss*, Zürich/St. Gallen.
- Pfeiffer**, Guido (2003). «Periculum est emptoris» - Gefahrtragung bei Sukzessivlieferung von Aktien, Entscheidung der Schweizerischen Ire

Cour Civile vom 12. März 2002. *Zeitschrift für europäisches Privatrecht (ZEuP)*, S. 884-894.

- Pichonnaz**, Pascal (2008a). *Les fondements romains du droit privé*. Genf/Zürich/Basel.
- Pichonnaz**, Pascal (2008b). Periculum emptoris und das schweizerische Recht: Ein Fall des Rückgriffs auf Römisches Recht durch das Schweizerische Bundesgericht, In Wolfgang Ernst/Eva Jakab (Hg.), *Kaufen nach Romischem Recht. Antikes Erbe in den europäischen Kaufrechtsordnungen* (S. 183-201). Berlin/Heidelberg.
- Pichonnaz**, Pascal (2011a). Droit romain: enseignement, méthode et contribution à la réflexion du juge. *Index*, 39, S. 58 ff.
- Pichonnaz**, Pascal (2011b). Le Centenaire du Code des obligations. Un code toujours plus hors du code. *Zeitschrift für Schweizerisches Recht (ZSR)*, II, S. 117-227.
- Pichonnaz**, Pascal (2011c). L'obligation de réparer issue du contrat: réflexions diachroniques à propos de l'art. 208 CO. In Jean-Baptiste Zufferey/Jacques Dubey (Hg.), *L'homme et son droit, Mélanges Marco Borghi* (S. 399-414). Genf/Basel/Zürich.
- Pothier**, Robert-Joseph (1818). *Pandectae Justinianae in novum ordinem redactae* (4. Aufl.). Paris.
- Pothier**, Robert-Joseph (1824). *Traité des obligations*. In André Dupin/Jacques Marie-Jean (Hg.), *Œuvres de Pothier* (Band I). Paris.
- Poudret**, Jean-François (1998-2006). *Coutumes et coutumiers. Histoire comparative des droits des pays romands du XIIIe à la fin du XVIe siècle* (6 Bände). Bern.
- De Raemy**, Tobie/**Corpataux**, Georges (1922). Les origines de L'école de droit de Fribourg [Neudruck aus: *Annales fribourgeoises* (1922) 10, S. 193-207; (1923) 11, S. 248-257; (1925) 13, S. 53-66 und S. 104-123, S.1-56]. Fribourg.
- Rainer**, Michael/**Filip-Fröschl**, Johanna (1998). *Texte zum Römischen Recht*. Wien/New York.

- Samuel, Geoffrey** (2007). Taking Methods Seriously (Part Two). *Journal of Comparative Law*, S. 210-237.
- Samuel, Geoffrey** (2005). *Epistemology and Method in Law*. Aldershot.
- Schmid, Jörg** (2010). Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2006 und 2007, Obligationenrecht. *Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins* (ZBJV), 146, S. 554-631.
- Schmidlin, Bruno** (1999). Die beiden Vertragsmodelle des europäischen Zivilrechts: das naturrechtliche Modell der Versprechensübertragung Die Schweiz und das Römische Recht und das pandektistische Modell der vereinigten Willenserklärung. In Reinhard Zimmerman (Hg.), *Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik* (S. 187-205). Heidelberg.
- Schmidlin, Bruno** (2011). *Der Vertrag im europäischen Zivilrecht/Le contrat en droit civil européen*. Genf/Zürich/Basel.
- Schröder, Jan** (2001). *Recht als Wissenschaft, Geschichte der juristischen Methode vom Humanismus bis zur historischen Schule (1500-1850)*. München.
- Senn, Marcel** (2003). *Rechtsgeschichte* (3. Aufl.). Zürich/Basel/Genf.
- Sirks, Adriaan Johan Boudewijn** (2007). *The Theodosian Code. A Study*. Friedrichsdorf.
- Soliva, Claudio** (1986). Römisches Recht in Churrätien. *Jahrbuch der Historisch-antiquarischen Gesellschaft von Graubünden*, 116, S. 189-206.
- Stein, Peter** (2003). *Le droit romain et l'Europe. Essai d'interprétation historique*. Genf/Basel/München.
- Stelling-Michaud, Sven** (1960). *Les juristes suisses à Bologne (1255-1330). Notices biographiques et Regestes des actes bolonais*. Genf.
- Tercier, Pierre** (2008). Le point sur la Partie spéciale du droit des obligations/ Entwicklung im Obligationenrecht, Besonderer Teil. *Schweizerische Juristen-Zeitung* (SJZ), 104, S. 294-298.
- Vischer, Markus** (2009). Die Rolle des Verschuldens im Gewährleistungsrecht beim Unternehmenskauf. *Schweizerische*

Juristen-Zeitung (SIZ), 105, S. 129-140. Vogenauer, Stefan (2001). *Die Auskung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent* (Bd I). Tübingen,

Werro, Franz (2009). La vente dans la jurisprudence récente. In Pascal Pichonnaz/Franz Werro (Hg.), *La pratique contractuelle: actualité et perspectives, Symposium en droit des contrats* (S. 1-9), Genf/Zürich/Basel.

Wieacker, Franz (1967). *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* (2. Aufl.). Göttingen. Zellweger-Gutknecht, Corinne (2007). Gewährleistung, Mangelfolgeschaden und Verjährung. *Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins* (ZBJV), 143, S. 763-784.

Zimmermann, Reinhard (1996). *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*. Oxford,

Zimmermann, Reinhard (2002). *Roman Law, Contemporary Law, European Law, The Civilian Tradition Today*. Oxford.

^HİSVİÇRE VE ROMA HUKUKU* ÖZET HALİNDE BİR GÖRÜNÜŞ

*Prof. Dr. Pascal PICHONNAZ***

*(Çev.) Arş. Gör. Nilgün DİNÇER****

Cermen kralı Odoaker, son Batı Roma İmparatoru Romulus Augustulus'u M.S. 476'da tahttan indirdiğinde, Batı Roma İmparatorluğu yıkıldı (Meder, 2008, s. 90 vd.; Stein, 2003, s. 34 vd.; Pichonnaz, 2008a, no.: 150 vd.). Doğuda Roma İmparatorluğu, başkent olarak Konstantinopolis ile (günümüzde İstanbul) M.S. 1453 yılındaki çöküşüne kadar varlığını sürdürdü. İsviçre batıda bulunmakla birlikte, ancak M.S. 1291'den itibaren varlığını sürdürmektedir. Batı'da Roma İmparatorluğu, İsviçre'nin oluşumundan yüzyıllar önce çökmüş olduğu için, aslında bu makalenin konusunun hiçbir anlam taşımadığı düşünülebilir. O halde bu zamanın boşa harcandığı mı düşünülmelidir?

Ancak "Das Vermächtnis der Römer (Romalıların Mirası)" kitabının ana teması göz önüne alındığında, her şey daha da aydınlığa kavuşur.

^H Hakem incelemesinden geçmiştir.

* Pascal **Pichonnaz**: "Die Schweiz und das Römische Recht, Ein Bild in groben Zügen", Das Vermächtnis der Römer, Römisches Recht und Europa (Editör: **Fagnoli**, Iole/**Rebenich**, Stefan), Bern/Stuttgart/Wien 2012, s. 21-46.

** Fribourg Üniversitesi Hukuk Fakültesi Özel Hukuk ve Roma Hukuku Kürsüsü Profesörü

*** Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Roma Hukuku Anabilim Dalı
Bu makalenin çevirisinde, bazı kavramların Türkçe karşılığını bulmamı sağlayan Prof. Dr. Sevilay **Uzunalli**'ya ve Prof. Dr. Oruç Hami **Şener**'e; ayrıca çevirinin kontrolüne yardımcı olan Prof. Dr. Havva **Karagöz**'e ve Yrd. Doç Dr. Pelin **İşintan**'a çok teşekkür ederim.

(Roma) Hukuk(u), zamanımız için Romalıların en önemli mirasını oluşturduğundan, burada Roma Hukuku'nun ardıl sonuçları veya devam eden etkileri hakkındaki düşüncelerimden bahsedeceğim. Avrupalılık kimliğinin, Avrupa kültürünün ve bu suretle İsviçrelilik kimliğini, Hristiyanlık, Aydınlanma ve Roma Hukuku'ndan oluşan üç niteliğin karakterize ettiği sıklıkla söylenir (Cannata, s. 3 vd.). Ancak ben bu üçlemenin sadece son noktasıyla, yani Roma Hukukuyla ilgileneceğim.

En başta Romalıların Hukukuyla ilgili olarak birkaç genel düşünceyi belirteceğim (I.) ve sonrasında, her şeyden önce Yeniçağ ve Ortaçağ boyunca İsviçre'de Roma Hukuku'nun etkisini sürdürmesiyle ilgileneceğim (II.). Son olarak, günümüz İsviçre Hukuku'ndaki birkaç Roma Hukuku görünüşünü açıklayacağım (III.).

I. ROMALILARIN HUKUKU ÜZERİNE BAZI DÜŞÜNCELER

Ubi societas, ibi ius. “Nerede toplum varsa, orada hukuk da vardır.” Gerçekten de, bugün hâlâ, daha Roma Krallık döneminde, yani Roma'nın kuruluşundan M.Ö. 509'a kadar olan dönemde, bazı yasaların (*leges regiae*) var olduğu düşünülmektedir (Pomp. D. 1, 2, 2, 2). Her şeyden önce, o dönem hukukuna iki özellik egemendi. Bunlardan biri, hukuk rahiplerin tekelinde bulunduğu için, her kararda tanrılarla ilişki en azından insanlar arasındaki uyumsuzlukların çözümü kadar önemli olduğundan dinsel hukuk (*fas*) iken; diğeri de, merkezde daha ziyade rahiplerin görüşleri ve teamül hukuku yer aldığından, o dönemdeki sözlü yöntemin hâkimiyetiydi (Gaudemet, 1967, s. 224; Fögen, 2002, s. 33; Capogrossi Colognesi, 2004, s. 26).

M.Ö. 509'dan itibaren Roma Cumhuriyetinin oluşumuyla, toplum gitgide dönüşmekteydi. *Pleb*'ler bu gelişmelerden hoşnut değildi ve *patricius*'lardan her şeyden önce kendi haklarını tanımaları olmak üzere, daha çok hak talep ediyorlardı. Bu da ilk önemli yasanın, yani M.Ö. 451-450 yıllarına tekabül eden XII Levha Kanunu'nun çıkarılmasına neden olmuştu. *Pleb*'ler özgürlüklerinin garantisi olarak, hukuki belirlilik ve hukuki güvenlik talep etmişlerdi (ki günümüzde hâlâ hak sahipleri tarafından arzulanır): Bütün kanunlar yürürlüğe girer girmez herkesçe bilinir olmalıdır ve aynı zamanda bütün vatandaşlar için bağlayıcı olmalıdır. XII Levha Kanunu, bize sadece dolaylı yoldan aktarılmıştır. Buna rağmen hukukçular, bu kanunun

Roma Hukuku'nun gelişimine kuvvetli bir iz bıraktığı fikrini benimsemişlerdir. XII Levha Kanunu, hukukun dinsel bağlantıdan kurtulmasının başlangıcı olduğu gibi, Batı'nın bugünkü anlayışının özünde yatan hukukun dünyevileşmesinin de başlangıcıydı (Pichonnaz, 2008a, no.: 79 vd.).

Klasik dönem Roma Hukuku, Roma Cumhuriyeti'nin sonuna doğru gelişmeye başlamış (yaklaşık olarak M.Ö. 100), en parlak zamanını imparatorluk sırasında yaşamıştır. M.S. 3. yüzyılın ortalarındaki büyük iç savaşların baş göstermesine kadar da devam etmiştir. Bu dönem boyunca (yaklaşık 350 yıla tekabül eder) hukukçular, hukuku görülmemiş bir biçimde geliştirmişler ve ilerletmişlerdir. Bu bağlamda merkezde ifade tarzı (*die Sprache*) yer almaktaydı. Zira yargıç önüne çıkmayı temin eden usul kuralları (*formula*) yazılı olarak düzenlenmesine rağmen, *forum*'da, Romalı *praetor* ve yargıcın önünde uyuşmazlık esasen sözlü bir şekilde halledilirdi.

Ancak bunun yanında ünlü hukukçular (farazi ve gerçek) olayları bir araya getirip (*Regulae, Digesta, Responsa*) bunları yazıya dökmüşler ve hatta olaylardan hareket ederek gerçek kazuistik kuralları belirlemişlerdi (Cannata, 1989, s. 109 vd.; Pichonnaz, 2008a, no.: 224 vd.). Daha o zaman Romalıların kitaplarında bulunan olaylardan çıkarmış oldukları kurallar, bugün kanunlarımızdaki hükümlerde yer almaktadır.

Ayrıca söz konusu klasik hukuk dönemi, bugün hâlâ bildiğimiz ve sadece en önemlileri oldukları için andığımız *Pomponius, Gaius, Papinianus, Ulpianus* veya *Paulus*'un, yani büyük hukukçuların dönemiydi. Cannata'ya göre M.Ö. 200 ile M.S. 250 arasında toplamda, sadece 90 kadar hukukçu vardı (Cannata, 1989, s. 126).

Huzursuz bir şekilde geçen 50 yıllık zamandan sonra bunu, M.S. 284'den M.S. 565'e kadar süren, Roma Hukuku'nun klasik sonrası hukuk dönemi olarak adlandırılan diğer dönemi izledi. İmparatorluğun ikinci dönemi (*Domitianus*'dan *Iustinianus*'a kadar olan son imparatorluk dönemi) sırasında, hukuk yazıya döküldü. Klasik dönem hukukçularının faaliyetlerindeki yüksek hukuki uzmanlıkları ve netlikleri, sonraki dönem imparatorlarının güçlerini daha otoriter kullanmalarıyla bağlantılı olarak, pragmatik bir tarzda gelişti. Çünkü o dönemin hukukçuları, klasik dönemki seleflerinin düşüncelerinin ayrıntılarını anlayamadıkları için, klasik dönem hukukçularının görüşlerinin hâkimin önünde yüksek sesle okunması çok etkili, belki de

gayet sert bir usulde gerçekleşmekteydi (Cannata, 1989, s. 159; Pichonnaz, 2008a, no.: 121 vd.). Odak noktasında da, gerekçenin ikna gücünden ziyade, daha çok bu gerekçe için alıntı yapılan klasik dönem hukukçularının sayısı önemliydi. Bu yüzden de tedarik edilmesi zor olan klasik dönem kitaplarına daha çok ihtiyaç vardı. Bundan başka özellikli görüşlerin temsil edildiği öyle kitaplara ihtiyaç vardı ki, bunların sahteleri de her zaman piyasada bulunmaktaydı (Pichonnaz, 2008a, no.: 123).

İmparator *Constantinus*, M.S. 321 ve 327'de, klasik eserlerden yararlanılmasını düzenleyen alıntı yapma hakkındaki kanunları (*Zitiergesetze*) çıkardı (CTh. 1, 4, 1, M.S. 321 yılında İmparator *Constantinus* tarafından çıkarılan bir *constitutio*; CTh. 1, 4, 2, M.S. 327'de *Constantinus*'un bir diğer *constitutio*'su). [Capogrossi Colognesi, 2009, s. 461 vd.; Pichonnaz, 2008a, no.: 126]. Buna ek olarak *II.Theodosius*, metni aşağıdaki gibi olan benzer bir kanunu M.S. 426 yılında çıkardı (CTh. 1, 4, 3):

Imp. Theodosius et Valentinianus AA. ad senatum urbis Rom. Post alia. Papiniani, Pauli, Gai, Ulpiani atque Modestini scripta universa firmamus ita, ut Gaium quae Paulum, Ulpianum et ceteros comitetur auctoritas lectionesque ex omni eius corpore recitentur. eorum quoque scientiam, quorum tractatus atque sententias praedicti omnes suis operibus miscuerunt, ratam esse censemus, ut Scaevolae, Sabini, Iuliani atque Marcelli, omniumque, quos illi celebrarunt, si tamen eorum libri, propter antiquitatis incertum, codicum collatione firmentur. Ubi autem diversae sententias proferuntur, potior numerus vincat auctorum, vel, si numerus aequalis sit, eius partis praecedat auctoritas, in qua excellentis ingenii vir Papinianus emineat, qui ut singulos vincit, ita cedit duobus. Notas etiam Pauli atque Ulpiani in Papiniani corpus factas, sicut dudum statutum est, praecipimus infirmari. Ubi autem eorum pares sententiae recitantur, quorum par censetur auctoritas, quos sequi debeat, eligat moderatio iudicantis. Pauli quoque sententias semper valere praecipimus. et cetera. Dat. VII. Id. Novemb. Ravenna DD. NN. THEOD(OSIO) XII ET VALENT(INIANO) II AA. CONSS.

Ulu imparatorlar II. Theodosius ve III. Valentinianus, Roma şehrinin Senatosu'na. Diğerlerinden sonra. Papinianus, Paulus, Gaius, Ulpianus ve Modestinus'un bütün eserlerini bir araya topluyoruz, öyle ki Gaius da, aynı

Paulus ve Ulpianus gibi geçerliğe sahiptir ve onun toplu eserindeki paragraflar ve geri kalanlar ileri sürülebilir (mahkemeye ibraz edilebilir). İncelemeleri ve görüşleri hep yukarıda adı geçenlerin eserlerinde ortaya konulan ve alıntı yapılan Scaevola, Sabinus, Iulianus ve Marcellus gibi, diğer herkesin yorumları da, bunların kitapları sadece eskilik bakımından belirsizlik nede-niyle el yazmalarıyla karşılaştırılması yoluyla onaylandığında geçerli sayılır. Ancak nerede farklı düşünceler ileri sürülürse, orada yazarların çoğunluğu üstün gelir ya da sayı eşit olduğunda Papinianus'un düşüncesi tek başına üstün geldiği için, diğer ikisinin ona uymak zorunda olduğu (Papinianus'un) düşüncesi kabul edilir. Ayrıca önceden tespit edildiği gibi, Paulus ve Ulpianus'un, Papinianus'un toplu eseri üzerine notlarının geçersiz olduğunu tespit ediyoruz. Ancak aynı miktarda hukukçuların görüşleri birbirine karşıt olduğunda, onların görüşlerinin denk olduğu kabul edilir ve hâkim hangisine katılmak istiyorsa, kendi kanaatine göre karar verir. Aynı şekilde Paulus'un "*Sententiae*'sinin" her zaman geçerli olduğunu tespit ediyoruz. Ve diğerleri.

Tekrar geri döneceğim *Lex Romana Curiensis*'de de, benzer bir alıntı yapma hakkındaki kanun (*Zitiergesetz*) bulunmaktadır (Soliva 1986, s. 189 vd.; Meyer-Marthaler [1968]).

Geçerli olan hukuku tespit amacının sonucu olarak *II. Theodosius* (M.S. 408-450) tarafından, *Constitutiones* olarak adlandırılan imparator emirnamelerinin kodifikasyonu gerçekleştirildi. Bu şekilde meydana gelen *Codex Theodosianus*, M.S. 439'da Roma İmparatorluğu'nun her iki kısmı içinde yürürlüğe konuldu. (Meder, 2008, s. 86; Pichonnaz, 2008a, kenar numarası 139; yeni bir inceleme için, krş. Sirks, [2007]). Ancak bundan kısa bir zaman sonra da, Batı'da Roma İmparatorluğu yıkıldı.

Büyük İmparator *Iustinianus* M.S. 527'de imparatorluk makamını elde ettiğinde, ilk olarak Batı'da barbarların bölgesini yeniden fethetmek ve Batı'da Roma İmparatorluğu'nu yeniden canlandırmak istiyordu ki, bunu birkaç senede başardı (bunun için İtalya Ravenna'daki muhteşem mozaikler hâlâ ziyaret edilebilir). Ancak bunun için belirlilik arz eden bir hukuka ihtiyacı vardı. Böylece *II. Theodosius* gibi o da, hâlâ kullanılmakta olan bütün imparator emirnamelerini içeren birinci kodifikasyonunu M.S. 529'da yürürlüğe koydu. Bununla birlikte, yürürlükteki bütün hukuk kaynakları henüz toplanmamıştı. M.S. 530'da klasik dönemin bütün önemli olay derle-

melerinin (klasik dönem eserlerinin), düzenlenip toplanmasına (kompilasyonuna) karar verdi. Tayin edilen onbir üyeden oluşan bir komisyon, M.S. 533 yılının Aralık ayında bu olay derlemelerini, *Digesta* veya *Pandectae* (Yunancası) olarak adlandırılan 50 kitapta yayımladı. Aynı zamanda *Digesta*'nın kullanımını kolaylaştırmak için, bir ders kitabı (*Institutiones*) üzerinde çalışılıp yayımlandı. Buna ek olarak bir yıl sonra, *Iustinianus, constitutio* derlemesinin daha geniş kapsamlı, yeni bir baskısı olan *Codex Iustiniani*'yi yayımladı (M.S. 534)(Capogrossi Colognesi, 2009, s. 464 vd.; Pichonnaaz, 2008a, no.: 157). *Institutiones*'den (öğrenci kitabı), *Digesta*'dan (olaylar derlemesi) ve *Codex*'den (*constitutio*'ların derlemesi) oluşan bu üç kısım, sonradan Ortaçağ'da (1583), Fransız hümanist *Dionysius Gothofredus*'un 1583 tarihli külliyyatından beri, *Codex iuris civilis*(*corpus iuris civilis*) olarak adlandırılmıştır (bkz. Hausmaninger/Selb, 2001, s. 56).

Romalılar tarafından yapılan bu derlemenin (kompilasyonun) yanında, Romalılarca verilen hükümler ve imparator emirnameleri de, Barbarların kanunlarında da kendi yollarını buldu. Bunun nedeni, bir taraftan Barbarlarla Romalılar arasındaki anlaşmazlıkların, daha önceden denenmiş hükümlerle düzenlenmesi ve ayrıca diğer taraftan da, Barbar Hukuku'na iyi uyumsuzluk çözümlerinin yerleştirilmesi idi. *Lex Romana Visigothorum* (M.S. 506), *Lex Romana Burgundionum* (5. yüzyılın sonları) ve farklı soyların diğer yasaları, bu yolla etkilerini icra etti. Mesela *Lex Romana Visigothorum*'un bir uyarılması ve sadeleştirilmesi şeklinde olan *Lex Romana Curiensis*'in (Soliva, 1986, s. 194), Grizon kantonundaki Chur şehrinin yakınlarında, 8. yüzyılın birinci yarısında uygulandığı bilinir (bu yasayla ilgili olarak krş. Meyer-Marthaler, 1968, s. 7 vd.; Soliva, 1986, s. 189-206 [kaynakçayla birlikte]). Yeni bilgiler ışığında muhtemelen bu “yasa” hiçbir zaman yürürlükteki hukuka ait değildi; fakat daha çok, geçerli olan hukuka üstünlük sağlayan ve aynı şekilde Romalıların örf ve adet hukukunun izlerine dokunmayan, sonuncusu yoluyla daha ziyade yabancılaştırılan, Batı'daki *Diocletianus*'dan sonra uygulanan Roma Hukukunun (*Vulgarrecht*) (Soliva, 1986, s. 201 f.; *contra* Gaudemet, 1965, s. 50) yapay bir formu, yazınsal bir resepsiyonuydu (Arquint, 1998-2010; Soliva, 1986, s. 203 vd., özellikle s. 205).

Tabiri caiz ise, Roma Hukuku'nun Batı'daki ikinci çöküşünden sonra, onun öncelikle değişmiş bir formda, yani Barbarların yasalarında yaşadığı düşünülmekteydi. Bu kısmen de öyleydi. Ancak sonradan gerçek bir yaşama

devam ve aynı zamanda, Roma Hukuku'nun daha da geliştirilmesine etki eden yeniden doğuş meydana geldi.

II. ORTAÇAĞ VE YENİÇAĞ BOYUNCA İSVİÇRE'DE ROMA HUKUKU'NUN İKİNCİ HAYATI

Iustinianus Digesta'sının bir el yazması (6. yüzyıla ait bir *Digesta*), 11. yüzyılın sonlarına doğru İtalya'da yeniden keşfedildiğinde, Batı'da hukukun kaderi tamamıyla değişti. Bu el yazması üzerinde, sonradan sistemli bir şekilde çalışmalar, araştırmalar yapıldı. Bu sadece İtalya'da değil de, ayrıca sonradan bütün Avrupa'da da üniversitelerin ve hukuk fakültelerinin kuruluşu için bir neden olarak görüldü. Fakültelerin kuruluş dalgası, Bologna'dan (M.S.1088) İngiltere'nin kuzeyine kadar ve bu suretle tabii ki, İsviçre'ye de ulaştı (1460 yılında Basel). Her yerdeki hukuk fakültelerinde, aynı şeyin öğretimi yapılyordu: *Iustinianus*'un *Digesta*'sı ve *Codex*'i. *Iustinianus*'un bildiğimiz en eski *Digesta* el yazması (*Codex Florentinus*), 6. yüzyıldan kalmadır ve bu el yazması, Floransa'da Medicea Laurenziana Kütüphanesi'nde bulunmaktadır (*Justiniani augusti pandectarum codex florentinus*, C. 1, s. 11 vd.).

Birçok İsviçreli hukukçu, Bologna'ya eğitim almak için gitmişti. 1960 yılında yayımladıkları "Bologna'daki İsviçreli Hukukçular" kitabında Susan ve Sven Stelling-Michaud, 1265-1300 yılları arasında Bologna'da 225 İsviçreli öğrenci ve 1300-1330 yılları arasında da, diğer 85 tanesini kayda geçirebildiler. Belirtilen 65 yıl içerisinde, bugün Bologna'da yaklaşık 310 İsviçreli öğrenci olduğu bilinmektedir. Ancak her şeyden önce, 14. yüzyılın başlarından itibaren İsviçreli öğrenciler, Bologna artık ihtişamını yitirdiği için, Fransa'ya, özellikle de Orléans'ın (1230'da kuruldu), Montpellier'nin (1260 yılında kuruldu), Perpignan'ın (1349'da kuruldu) ya da Bourges'un (1464'de kuruldu) hukuk fakültelerine gittiler (Stelling-Michaud, 1960, s. 277 vd.). İtalya ve Fransa'daki yeni hukuk fakülteleri arasındaki düşünce yöntemi farklı olmasına rağmen (*mos [docendi] italicus* ve *mos [docendi] gallicus*'dan bahsedilir), hep aynı kitaplarla, yani *Iustinianus*'un *Digesta*'sı ve *Codex*'iyle çalışıldı. Bu metin üzerinde *glossa*'lar yapıldı, yani metnin kenarlarına alınan açıklayıcı notlarla zenginleştirildi ve daha sonra da yorumlandı, yani *fragment*'ler açıklandı. Somut olayların anlamı, bağlan-

tıları veya karşıtlıkları hakkında tartışıldı. Bunların hepsi, hukuki düşünüş yöntemini geliştirmiş oldu. Ancak bir şey değişmemişti:16. yüzyıla kadar, *Digesta* ve *Codex*'in asıl metni el sürülmemiş bir şekilde aynen kalmıştı. Bu tıpkı İncil'den sonraki ikinci bir Kitab-ı Mukaddes gibiydi. Zira bu metne tıpkı İncil gibi eksiksiz, muhalefetsiz ve değiştirilemez gibi bakıldı. Bunlar da Romalı hukukçu *Ulpianus*'un (M.S. 3. yy.) bir metnini hatırlatır:

«Bu nedenle biz hakkaniyetin rahipleri olarak adlandırılabiliriz. Çünkü biz adalete hizmet eder ve içinde haklı-haksız ayırdığımız, izinli olanı izinsizden ayırt ettiğimiz, iyi ve adaletli olanın bilgisini öğretiriz. Sonrasında da insanları, sadece cezadan korkmaları yoluyla değil de, ayrıca iyi olanın ödüllendirilmesini vaat etmekle yönlendirmeyi amaçlarız. [...]» (Ulp. D.1.1.1 [1 inst.]: «Cuius merito quis nos sacerdotes appellet: iustitiam namque colimus et boni et aequi notitiam profitemur, aequum ab iniquo separantes, licitum ab illicito discernentes, bonos non solum metu poenarum, verum etiam praemiorum quoque exhortatione efficere cupientes, veram nisi fallor philosophiam, non simulatam affectantes.»).

İsviçre için bu, 15. ve 16. yüzyıl çoğu üniversite hukukçuları tarafından aynı şeyin, yani aynı tekniğin, aynı metodun (Schröder, 2001, s. 23 vd.; Vogenauer, 2001, s. 430-662) ve aynı hukukun öğretilmiş olduğu anlamına gelmekteydi. Örf ve adet hukuku ve hukukun aynası «*coutumiers (gelenek ve görenekler)*» farklı olduğu için, İsviçre vadilerinde uygulanan hukuklar da, birbirinden gerçekten sert bir şekilde farklıydı (Huber, 1893, § 108, s. 18 vd., ülke hukukları ve vadilerde uygulan hukuk için aynı şekilde §112, s. 99; Poudret de [1996-2006]). Ancak uygulamada, yani yorum yapmada ve yine söz konusu sözlü veya yazılı örf ve adet hukukunun boşluklarının doldurulmasında, donanımlı hukukçular hep aynı araçları kullanmaktaydı. Bilimsel yöntemlerle kaynaklar üzerinde çalışma, *glossator*'lardan beri hukukçulara, bilimsel metodlarla hukukun iktibas edilebilirliğini (resepsiyonunu) teminat altına alma olanağı verdi (Samuel, 1995, s. 109, s. 149 vd.; Caroni, 2011, s. 62). Bununla birlikte bu çalışmalar, metodun ve bilimin konusunu oluşturmakla birlikte, aynı zamanda da içeriğini de oluştururdu (Samuel, 2007, s. 216 vd.; Caroni, 2011, s. 62). Gerçekten de ülke hukuklarında boşlukların olması nedeniyle, «öğretilen» Roma Hukuku farklı hukuklara, hukuk sistem-

lerine yavaş yavaş etki edebilmekteydi. Bu dönemde bütün Avrupa’da ve bu suretle kesin bir şekilde İsviçre’de de, *ius commune* olarak adlandırılan ortak hukuk oluştu. Bu ifade, her yerde tamamıyla aynı hukukun uygulanmış olduğu anlamına gelmemekteydi. Bilakis aynı düşünce tarzının, aynı ikincil literatürün ve boşlukların doldurulmasında, aynı usûlün kullanıldığı anlamına gelmekteydi. Öyleyse daha o zamanlarda hukuk, kıt’ada bilim olarak görülmekteydi.

Ferdinand Elsener’in (1975, s. 20 vd.) ve diğer yazarların (Caroni, 2011, s. 56 vd.; Bühler, 2003, s. 1 vd., özellikle de s. 60: «Bu suretle İsviçre’de hukukun gelişimi, güney Almanya, İtalya ve Fransa’dakinden farklı değildir»; fikrini açığa vurmayan Pahud de Mortanges, 2007, s. 134 vd.; ve genellikle Zimmermann, 2002, s. 13 vd., s. 98 vd.; Pichonnaz, 2011a, s. 58 vd.) işaret ettiği gibi, E. Huber 1893 yılında «*System und Geschichte des Schweizerischen Rechts* (İsviçre Hukukunun tarihi ve sistemi) »adlı eserinde, «yine debu, Yahudilerin ve kısmen de Laparten olarak adlandırılan İtalyan tacirlere uygulanan hususi hukuktan çok önemli olmayan, sadece küçük bir unsurdur» (Huber, 1975, s. 115) görüşünü belirttiğinden, Huber’in bu bakış açısına çok az ağırlık verdiğini düşünmekteyiz. Ancak bu, Roma Hukuku’nun katı, şekli bir rol oynadığı anlamına gelmemekle birlikte, ayrıca İsviçre’de, 17. ve 18. yüzyılda gerçek bir hukuk biliminin olmadığı sonucuna da götürmez (Caroni, 2011, s. 76). Belki de böyle bir şey, örneğin Fribourg’da 1763 yılında bir hukuk akademisinin kuruluşunda görülebildiği gibi, bazı şehirler için kabul edilebilir. Zira buralarda örf ve adet hukuku değil de, Roma Hukuku ve doğal hukuk öğretilen iki hukuk idi (De Raemy/Corpataux, 1922, s. 13 ff.; Elsener, 1975, s. 346).

16. yüzyılın hümanizması ve onun yöntemiyle (Hattenhauer, 2004, no.: 1173; Stein, 2003, s. 90 vd.; Coing, 1985, s. 67 vd.; Senn, 2003, s. 172 vd., s. 179 vd.; Basedow/Hopt/Zimmermann, 2009, s. 833 vd.), sonrasında da 17./18. yüzyılda doğal hukuk dönemiyle birlikte (Hattenhauer, 2004, no.: 1225 vd.; Stein, 2003, s. 117 vd.; Pichonnaz, 2008a, no.: 292 vd.; Meder, 2008, s. 240 vd.; Basedow/Hopt/Zimmermann, 2009, s. 1099 vd.; Coing, 1985, s. 72 vd.; Wieacker, 1967, s. 249 vd., s. 599 vd.) *Corpus iuris civilis* farklı bir rol oynamaya başladı. Artık dokunulamaz, yegâne küçük özetlenmiş hukuk ders kitabı (*das Kompendium*) olarak değil de, daha ziyade *ratio scripta*,

yazılı akıl, yani doğal hukukun somutlaştırılması şeklinde, rasyonel hukuk olarak görülüyordu. Hugo Grotius'un 1625 yılında *De iure belli ac pacis* adıyla çıkan eseri, söz konusu değişikliğe sebebiyet verdi.

Bununla birlikte Roma Hukuku, doğada öğrenilebilen ve bulunabilen hukuki prensipleri açıklamak için merkezde kaldı. Ancak artık yegâne kaynak değildi.

Mesela 1689 yılında, Fransız hukukçu Jean Domat (1625-1696), *Les loix civiles dans leur ordre naturel* (doğal düzenleri içinde medeni kanunlar) başlığı altında, olaylardan ve metinlerden oluşan bir ders kitabı yazdı. Ön sözünün onayladığı üzere, kitap yüksek ölçüde Roma Hukuku içermektedir:

«Kullanılması son derece gerekli olan Medeni Kanunların az bilinmeleri tuhaf görünmektedir ve bilinmesi bizim için doğal olan hakkaniyet kurallarının neredeyse hepsini kapsadığından, kolay ve hoş olması gereken inceleme, bir o kadar zor ve güçlüklerle doludur. Bununla birlikte, bu kanunların yegâne toplandığı yer olan Roma Hukuku kitaplarında derlendiği biçimde öğrenilmelerinin kolay olmadığını kabul etmek gerekir. Bazılarının meslekleri gereği, bu durum onları bilmeye zorlar, birçoğu da onları bilmez. Hiç kimse uzun ve yorucu bir araştırma yapmadan da bu konuda yetkin olamaz. [...]» (Domat, 1723, «önsöz»).

Yaklaşık yüz yıl sonra Fransız Robert-Joseph Pothier (1699-1772), hem *Digesta*'da hem de *Codex*'de aynı türden ele alınan konuları bir araya getirmek için, *Iustinianus*'un *Digesta*'sını ve *Codex*'ini yeniden düzenlemeye karar verdi. Sonradan 1748-1752'de, üç ciltlik eseri olan *Pandectae*'yi yayımlandı (bkz. Pothier, [1818]).

Pothier çok daha önceden Roma Hukuku'nun fevkalade geniş hâkimiyetini açıklayan bu eseri temel alarak, "*Traité des Obligations*" (Traktat der Obligationen-Borçların Bilimsel İncelenmesi-) kitabını yazdı (1. Bası 1761; bkz. Pothier, [1824]). Borçlar Hukuku kısmıyla başlayan bu kitap, Fransız kanunkoyucu tarafından, 18. yüzyılın sonuna doğru, neredeyse harfî hafine kabul edildi. Bununla birlikte 1804 tarihli *Code civil français* (Fransız Medeni Kanunu), birçok bölümünde Ortaçağ Roma Hukuku'na ve *Digesta*'ya dayanan Pothier'in açıklamalarını çok yakından takip eder (ve

kısmen Domat; bkz. Halpérin, 1992, s. 21, s. 121). Halpérin'in açıklamaları da aşağıdaki gibidir:

“Doğrusunu söylemek gerekirse, Pothier tarafından betimlenen hukuk, Fransa'nın hiçbir yerinde uygulanmıyordu. Ama söz konusu hukuk açıklı-ğıyla, Fransa'nın bütün hukukçularına ilham vermeye ve onları ikna etmeye elverişliydi.” (Halpérin, 1992, s. 21, s. 121).

Ancak Pothier'in etkisi, daha ilk Cambacérès tasarısında (9 Ağustos 1793) hissedilmekteydi. Çünkü borçların ve özel sözleşme türlerinin genel teorisi hakkındaki neredeyse bütün hükümler, Pothier'in bilimel incelemesinden kaynaklanmaktaydı (Halpérin, 1992, s. 21, s. 121).

Benzer bir durum, Prusya'da meydana geldi. II. Friedrich aydınlanma çağı (“*siecle des Lumieres*”) üslûbunda bir kanun yapımını arzuladı. Söz konusu derleme, yine Ortaçağ hukukçularının uzun yıllar çalışması yoluyla oluşan birçok romanist meselelere ve Roma Hukuku'nun, doğal hukukun *ratio scripta*'sı olduğu düşüncesine dayanmaktaydı. Bununla birlikte, 1794'de yürürlüğe giren Prusya devletinin kodifikasyonu (ALR), Romalı düşünce tarzı ve uyuşmazlık çözümleriyle doluydu.

Avusturya'da da benzer bir durum meydana geldi. Carl Anton von Martini de, doğal hukuktan, özellikle de Wolff'un hukuki düşünce tarzından etkilendi (Senn, 2003, s. 268). Önceleri Kant'tan etkilenen, ikinci düzenleyici (*Redaktor*) Franz von Zeiller ise, doğal hukukun etkisi altında kaldı (Senn, 2003, s. 268). Aynı şekilde her iki ABGB (Avusturya Medeni Kanunu) kanun metni de, güçlü bir şekilde Roma Hukuku'na dayanmaktaydı. Bu konuda yüzlerce örneğe değinilebilir; ama ben burada sadece birkaç örnek vereceğim. Örneğin eşyanın ABGB'deki hukuki tanımına göre:

“§ 285. Şahıstan farklı olan ve insanların kullanmasına hizmet eden her şey, hukuki anlamda eşya olarak tabir edilir.

§ 291. Eşyalar kendi niteliklerinin farklılıklarına göre türlere ayrılır: maddi varlığı olan ve maddi varlığı olmayan, taşınır ve taşınmaz, tüketilebilir ve tüketilemez, maddi değeri olan ve olmayan.”

Bu tanım, M.S. 160 yılında ünlü bir ders kitabını (*Institutiones*) kaleme almış olan, M.S. 2. yüzyıl hukukçusu *Gaius*'un metniyle de uyum içerisindedir:

Gai. 1,8: “Omne autem ius quo atimur vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones” ve sonrasında Gai. 2,12: “Quaedam praeterea res corporales sunt, quaedam incorporales”.

Gai. 1,8: “Uyguladığımız bütün hukuk kuralları ya kişilere ya eşyalara ya da davalara ilişkindir. En başta kişilerden bahsetmek istiyoruz.” ve sonrasında Gai. 2,12: “Bunun dışında bazı eşyalar maddi varlığı olanlardan (*res corporales*), diğerleri de maddi varlığı olmayanlardandır (*res incorporales*).”

Roma Hukuku'nun İsviçre üzerindeki o dönemki etkilerinden bahsetmeden önce, söz konusu dönemde Almanya'daki durum üzerine açıklamalarda bulunmak zorundayım. Doğal hukuk doktrinini, Gustav Hugo (1764-1844) ve Friedrich Carl von Savigny (1779-1861) tarafından kurulan ve tarihi hukuk mektebi olarak adlandırılan yeni bir hukuk doktrini izledi. Tarihi hukuk mektebinin düşünceleri şu şekilde özetlenebilir: Almanya'da bir kanun koyma faaliyeti için, ilk önce tarihsel bağlamda halkın ruhu (*Volkgeist*) ele alınmalıydı. Savigny (örneğin Otto von Gierke'nin aksine), halkın ruhunu (*Volkgeist*) Cermen Hukuku'nda değil de, Roma Hukuku'nda görmekteydi. Bu düşünce ilke olarak “*Back to the origins (kökenlere dönüş)*” şeklinde adlandırılabilirdi. Savigny, klasik dönem Roma Hukuku kaynaklarını, yani *Digesta*'daki olaylar toplamını gözlemledi. Kaynaklar üzerinde çalışması, kendine özgüydü. Hukukun bir sistemi betimlediği düşüncesi, Savigny'yi sistemi ön planda tutacak şekilde Roma Hukuku çalışmalarına yöneltti. Esasen sistematik ve yüksek ölçüde soyut hukukun bu düşüncelerini, Roma Hukuku'na dayandırmayı deniyordu. Bunun sonucunda 1840 tarihli, sekiz ciltlik dünyaca ünlü “*Das System des heutigen Römischen Rechts (Günümüz Roma Hukuku'nun Sistemi)*” eseri meydana geldi. Bu kitap, diğer eserler, yani Bernard Windscheid'ın Pandekt Hukuku ve tarihi hukuk mektebinin diğer eserleri gibi, Alman kanun koyucusuna etki etti. Bu etkinin ayrıntılı açıklamasının burada özet halinde yapılması, olanaklı ve ayrıca gerekli de değildir.

İsviçre birçok kez bu ilerlemeye dâhil oldu ve ben burada her şeyden önce, bu etkinin en iyi gözle görülür şekilde ortaya çıktığı, özel hukuktan bahsedeceğim. Caroni'nin inandırıcı delillerle kısaca gösterdiği gibi, bazı kantonlardaki uygulamada, Alman örf ve adet hukukunun izleri çok fazla

görülmekeydi (Caroni, 2011, s. 74 vd., ayrıca Keller ve Bluntschli'nin mektuplarından alıntılar, s. 76, s. 78). Ancak tarih doğrusal bir şekilde ilerlememekteydi. Öyle ki, Roma Hukuku sadece üniversitelerde öğretilmiyordu. Ayrıca Freiburg'daki örnekte görüldüğü gibi, ülkedeki akademilerde de öğretilmekteydi (De Raemy/Corpataux, 1922, s. 1 vd.). Bundan başka, bizatihi Roma Hukuku'ndan etkilenmiş olan diğer ülkelerin kanunlarında kökeni bulunan İsviçre kodifikasyonuna etkileri meydana geldi.

Napoléon tarafından Fransız Medeni Kanunu'na (*Code civil*) dayanarak İsviçre için geliştirilen Müşterek Medeni Kanunun (*Code civil unique*) başarısızlığa uğramasından sonra, İsviçre Kantonları kendi yollarını bulmak zorundaydı (bkz. Pahud de Mortanges, 2007, s. 197 vd., s. 208 vd.). Çoğu bir kanun için, yani bir kanunlaştırma (kodifikasyon) hakkında karar verdi. Uygulamada güney ve batı İsviçre'nin bütün kantonlarının kanunları, az ya da çok 1804 tarihli Fransız Medeni Kanunu'nun (*Code civil*) uyarlamasını -daha doğru bir ifadeyle çevirisini- ifade etmekteydi (böylelikle Genf'de, Waadt'te [1803/1819], Wallis'de [1853/1855], Neuenburg'da ve kısmen Freiburg'da [1849] veya hatta Tessin'de bile [1837]) (Pichonnaz, 2011b, s. 126). Fransız Medeni Kanunun'da (*Code civil*), Roma Hukuku'nun ne kadar çok izi olduğunu gördük(hâlâ bu etkileri devam etmektedir). Ancak bahis konusu olan klasik dönem Roma Hukuku değil de, ortaçağ hukukçularının esaslı çalışmaları sonunda geliştirilen Roma Hukuku'dur. Meselâ Hollandalı 17. yüzyıl hukukçusu Hugo Grotius'un düşünceleri, Domat'dan (örneğin onu okuduğu biliniyor, bkz. Gazzaniga, 1992, s. 144 ve planda bir benzerliği bulan Arnaud [1964]), ayrıca Pothier'den (en azından Barbeyrac aracılığıyla [1674-1744]; Jean Barbeyrac üzerine bkz. Meylan, [1937]) ve Pufendorf'dan da etkiler taşımaktadır (Pufendorf'un Pothier'e etkisi üzerine bkz. Gazzaniga, 1992, s. 172 ve Arnaud, 1964, s. 208). Grotius,örneğin Roma Hukuku kaynaklarından, *animo solo* zilyetlik ve mülkiyet devrine dayanarak, mülkiyet naklinin, salt irade uyuşması yoluyla gerçekleşme olasılığını aldı (Schmidlin, 2011, s. 68 vd.).

Bazı kanunlaştırmalar da, 1811 tarihli Avusturya ABGB'sinden kuvvetli bir şekilde etkilenmişti. Aynı durum Bern'de, Luzern'de, Solothurn'da ve Aargau'da da geçerliydi (Pichonnaz, 2011b, s. 126). Bu nedenle de, doğal hukuk kodifikasyonundaki ve bununla birlikte tartışmasız bir şekilde Roma Hukuku'daki kök salma, hâlâ çok günceldi.

Bundan sonra, 1827 yılında Berlin’de Savigny’nin öğrencisi olan, Zürih’li hukukçu (Bluntschli, 1884, s. 62 vd., onunla mektuplaşmaları hakkında da bkz. s. 248) Johann Caspar Bluntschli (bkz. Meili, 1908, s. 1 vd.), ortaya çıkar. Kendisi Zürih Kantonu için bir kanun hazırlamakla görevlendirildiğinde, bu konuda pandekt anlayışını benimsetmeyi denedi.

Zürih PGB’si (Zürih Medeni Kanunu) geleneksel Zürih Hukuku, öğretilen Pandekt Hukuku ve modern Ticaret Hukuku arasında bir sentezi göstermekteydi. Sadece mülkiyetin devri örneği kısaca göz önünde bulundurulduğunda, § 646 PGB’ye göre “Taşınır bir malın mülkiyeti malikten halefe, satım, trampa, bağışlama gibi mülkiyetin devrine yönelik hukuki işlemler sonucunda, zilyetliğin geçirilmesi yoluyla devredilir” (bkz. Bluntschli, 1855, s. 167). Söz konusu zilyetliğin devri (Latince *traditio*) ve buna ek olarak haklı sebep (*iusta causa traditionis*), Roma Hukuku’nda mülkiyetin devrinin asıl şartlarıydı. Paulus’a ait olan metinde de görüldüğü gibi (D. 41, 1, 31pr): “*Numquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, si venditio aut alia iusta causa praecesserit, propter quam traditio sequetur*” (“Hiçbir zaman sadece teslim, mülkiyeti devretmez. Bilakis önceden gerçekleşen satım veya başka bir haklı sebep sonucunda yapılan teslimle (mülkiyetin devri) meydana gelir”; çeviri için bkz. Rainer/Filip-Fröschl, 1998, s. 46).

Doğu ve merkez İsviçre’nin kanunlaştırma çalışmalarına, Zürih Medeni Kanunu’nun dikkate değer bir etkisi oldu (Schaffhausen, Zug, Thurgau, Nidwalden, Glarus ve kısmen Graubünden).

Bununla birlikte Orta Çağ’da, doğu İsviçre’de, her şeyden önce Cermen hukukunun uygulamada kullanıldığı, 19. yüzyıl kanunlarının Roma Hukuku tarafından güçlü etkiler içerdiği ve bu yüzden de, sonuçta İsviçre’yi etkilemiş olduğu görülür.

III. İSVİÇRE KODİFİKASYONU VE ROMA HUKUKU

İsviçre Borçlar Kanunu hakkındaki ilk çalışmaların temeli, kendiliğinden anlaşılacağı üzere, Roma Hukuku’nun kanunlaştırılması gibi bir düşünce değildi. Ancak diğer Avrupa kodifikasyonları, Munzinger’in tasarısında önemliydi (1869-1873; Munzinger üzerine bkz. Fasel, (2003a); Fasel, 2003b, s. 345-352; Pichonnaz, 2011b, s. 126 vd.; Honsell, 2011, s. 9 vd.).

İsviçre hukukunun zorluğu ve orijinalliği, farklı hukuksal gelenekleri göz önünde bulundurmaktan ve buna rağmen anlaşılır, anlamlı bir kanunu kaleme almaktan kaynaklanmaktaydı. Meili'nin 1901 tarihli bilimsel incelemesinde vurguladığı gibi, “özel hukuku ilgilendiren her şey, İsviçre’de, romanist ve Alman-İsviçreli bakış açısının uzlaşması temin edilerek elde edilmelidir” (Meili, 1901, s. 12).

Bütün bu kanun koyuculuk gelenekleri, Roma Hukuku’ndan etkilenmişti. Bu yüzden, söz konusu tasarı hazırlıklarının aslında basit olduğu düşünülebilse de, somut durum bu şekilde gerçekleşmemiştir. Zira farklı geleneklerin temel felsefesi, birbirinden çok farklıydı. Carrard, Chur’da 1873 yılında İsviçreli hukukçular derneğinin toplantısından önceki konuşmasında, Zürih Medeni Kanunu’nun bütün İsviçre için kabul edilmesinin olanaksızlığını şiddetle vurguladı. Çünkü aslında bu sistemin içerisinde, bütün İsviçre’ye kesinlikle uymayan Zürih örf ve adet hukuku, ağırlıklı bir şekilde bulunmaktaydı (Carrard, 1873, s. 15: «[Zürih Kanunu] Zürih Hukuku’nun özelliklerini özenle korudu. Bu da Zürih Kantonu için saygınlık kazandırmaktayken, Thur’un eski Alman Galyası (Gau) tarafından işgal edilen toprakları için belki de, bunu bütün İsviçre’ye zorla kabul ettirmesi söz konusu olmasından itibaren, büyük bir eksiklik olabilecekti.»).

Bu husus iki örnekle açıklanabilir. Ancak daha fazlası da verilebilir!

Sözleşme nedir? Sözleşmeler sisteminin («*contractus*») tanımlanması, önceleri daha Roma Hukuku’nda bilinmekteydi. Örneğin *Ulpianus* «*conventio*’dan» bahsettiğinde, *Pedius*’un incelikli sözlerine uygun olarak, eğer içinde bir *conventio* barındırmıyorsa, herhangi bir sözleşme veya yükümlülüğün de olmadığını belirtir (Ulp. D. 2, 14, 1, 3: “*Adeo autem conventionis nomen generale est, ut eleganter dicat Pedius nullum esse contractum, nullam obligationem, quae habeat in se conventionem, sive re sive verbis fiat: nam et stipulatio, quae verbis fit, nisi habeat consensum, nulla est.*”) (Ulp. D. 2, 14, 1, 3: “*Conventio* -anlaşma- kavramı *Pedius*’un yerinde olarak söylediği gibi, o şekilde genel anlamdadır ki, eşyanın teslimi -*re*- veya sözler aracılığıyla meydana geldiğinde, eğer bir anlaşma -uyuşma- içermiyorsa, sözleşme veya borç ilişkisi oluşmaz. Çünkü sözlerle meydana gelen *stipulatio* da, *consensus* -iradelerin uyuşması- içermediğinde geçersizdir.”

Öyle ki bu düşünce, bir sözleşmenin varlığı için, taraf iradelerinin birbiriyle uyuşmasını şart koşar (“*cumvenire*”). O halde sözleşme, sözleşme taraflarının anlaşmasının önemini vurgular. Bu düşünce, iradeyi hukuki işlemin merkez noktasına koyan, sözleşmeler hakkındaki pandekt görüşüne çok yakındır. Hukuki işlemin alışlagelmiş tanımının açıkça gösterdiği gibi: “Hukuki işlem, tek başına veya diğer unsurlarla birlikte, açıklanan iradeye uygun hukuki sonucu gerçekleştirmeye yönelik, özel bir (devletin egemenlik yetkisini kamusal biçimde kullanmasıyla ilgili olmayan) irade beyanıdır.” (Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, 2008, no.: 119).

Sözleşmenin bir diğer tanımı (*contractus*; bkz. Nelson/Manthe, 1999, s. 446 vd.) *Labeo*’da (ölümü M.S. 10/11) bulunur. *Labeo* için sözleşme, “*obligatio ultro citroque*”yi, yani karşılıklı borcu; Yunanlıların belirttiği gibi («[...] *contractum autem ultro citroque obligationem, quod Graeci συνάλλαγμα vocant [...]*»; Ulp. D. 50, 16, 19) synallagma’yı (borçta sözleşmesel karşılıklığı) ifade eder. Her şeyden önce bu tanımı Grotius, sözleşmenin karşılıklı taahhütlerin değiş-tokuşu olduğu düşüncesini gerçekleştirmek için kullandı. *De iure belli ac pacis*(lib. II, cap. XII, § VII [1993, s. 344]) eserinde yazdığı gibi: «*Omnes autem actum aliis utiles extra mere beneficos contractuum nomine appellantur*» («Gerçekten sadece <*bienfaisance* (hayır işlerinden, yardım severlikten ya da iyilik yapmayı amaçlayan hatır ilişkisinden)>’dan kaynaklanmayan, diğerlerine bir fayda sağlayan bütün işlemler <sözleşme> olarak adlandırılabilir»; bkz. Schmidlin, 1999, s. 187 vd., her şeyden önce s. 190 vd.).

Bu yüzden sözleşme, her şeyden önce karşılıklı borç olarak anlaşılır (Grotius, *De iure belli ac pacis*, lib. II, cap. XII, § V bkz [1993, s. 343 f.]). Bir sözleşme düşüncesi «*conventio*», yani iradelerin görüşülmesi olarak değil, bilakis taahhütlerin değiş tokuşu anlamında Fransız Medeni Kanunu’nda (*Code civil*) bulunurken, bir sözleşme ancak *causa* söz konusuysa, yani bir taahhüt, nedenini karşı taahhütte barındırıyorsa, geçerli bir şekilde dava edilebilir. Bu bakımdan Fransız Hukuku romanist düşünceleri kabul etmiştir (Ulp./Lab. D. 17, 1, 8 pr): «*Si procuratorem dedero nec instrumenta mihi causae reddat, qua actione mihi teneatur? Et Labeo putat mandati eum teneri nec esse probabilem sententiam existimantium ex hac causa agi posse depositi: uniuscuiusque enim contractus initium spectandum et causam.*» («Bir dava temsilcisi tayin ettiğimde ve bu kimse, dava için

bana bırakılan belgeleri geri vermediğinde, bana karşı hangi davayla sorumlu olur?

Labeo onun vekâletten doğan davayla sorumlu olacağını düşünür. Ancak onun görüşü, vadiadan kaynaklanan davanın açılabilmesinin kabulü şeklinde olsaydı, hakkaniyet kurallarına uygun olmazdı. Yani her sözleşmede, esas ve hukuki nedeni belirlemek gerekir.» (Çeviri R. Knütel, *Corpus Iuris Civilis*, Metin ve Çeviri, III, Dig. 11-20, 1999, s. 360).

O halde sözleşme, Züriç Kanunu'ndaki gibi (Bluntschli, 1855, III, § 903, s. 1) «sadece» tarafların iradesini mi desteklemelidir, yoksa sözleşme, güney Avrupa (İtalyan, Fransız, Romanş veya İspanyol) kanunlarındaki gibi geçerli bir *causa* ile birlikte, karşılıklı taahhütlerin sonucu olarak mı görülmelidir? Bluntschli ve sonra 1881 tarihli Borçlar Kanunu'nun 1. maddesinin ifadesi, modern metin için «*consensus*'u», yani karşılıklı iradelerin uyuşmasını kabul etti: «Bir sözleşmenin kurulması için, tarafların karşılıklı, birbirine uygun irade açıklamaları gerekir». Bu ifade, *Ulpianus*'un ünlü metniyle (D.2, 14, 7) uyum halindedir. Öyle ki taraflar arasında isimli sözleşmelerden biri -tipik sözleşmelerden biri- (*Nominatvertrag*) söz konusu olduğunda, *causa*'ya da ihtiyaç yoktur.

Çözüm, günümüz Borçlar Hukukunda da her zaman aynıdır. Görüldüğü üzere, her iki görüş de temelini Roma Hukuku'nda bulur. Ancak diğerlerine nazaran bir çözümün tercih edilmesine karar verilmesi, her zaman esaslı sonuçları haizdir.

Şimdi de satım sözleşmesinde mülkiyetin nakli ve hasarın intikaliyle ilgilenmek istiyorum: Fransız Hukuku'nda geçerli olan, rasyonel hukuk görüşünden (doğal hukuk doktrininden) kaynaklanan temel düşünceye göre, sözleşmenin kurulmasıyla mülkiyet de devredilir (CCfr. -Fransız Medeni Kanunu- 711 i.V.m. CCfr. -Fransız Medeni Kanunu- 1583). Bu düşüncenin kökeni tekrar Roma Hukuku kaynaklarına dayanmakla birlikte, diğer taraftan da, Grotius'un «*quae perfecta promissio est, similem habens effectum qualem alienatio dominii*» («Tamamlanmış, geçerli (*perfekt*) her taahhüt, mülkiyetin devri gibi benzer bir etkiyi haizdir» [Grotius, *De iure belli ac pacis*, lib. II, cap. XI, § IV, 1993, S. 329]; ayrıca bkz. Schmidlin, 2011, s. 62) ifadesine dayandırılmaktadır.

Bu çözüm tarzı, Fransızca konuşan batı kantonları için de geçerliydi. Buna karşı Zürih Kanunu'ndan etkilenen kantonlar, zilyetliğin devrine dayanan mülkiyetin devrini tanımaktaydı. Ön tasarımlarda farklı çözümler sunulduktan sonra, 1881 tarihli federal kanun koyucu sonunda zilyetliğin devrinin, hükmen teslim ve *brevi manu traditio* ile çok fazla hafifletilmiş olmasının yanında, mülkiyetin devrinin zilyetliğin devri yoluyla geçeceğine karar verdi (Egli, 1926, s. 67). Şu şekildeki eski İsviçre Borçlar Kanunu (aOR) md. 199'a da veda edildi: "Taşınır bir malın mülkiyeti bir sözleşme sonucunda devredildiyse, zilyetliğin devri geçerlidir. Bu nedenle güney Avrupa dillerini konuşankantonlar(*die welschen Kantone*) "kaybolmuştu". Ancak mecliste her zaman yoğun bir şekilde tartışma yürütüldü.

Parlamento komisyonlarında muhalefetler devam ettiği için, parlamentoda kanun tasarısının son görüşmesinde, eski İsviçre Borçlar Kanunu'nun (aOR) 204. md.'e giriş bağlamında, bir uzlaşma önerisi yapıldı (her şeyden önce bkz. Egli, 1926, s. 65-70; buna dayanarak Cortesi, 1996, s. 11 vd.; Bucher, 1970, s. 288 vd.; Cavin, 1977, s. 29; Pichonnaz, 2008b, s. 190). İçeriği de, 1881 tarihli İsviçre parlamentosunun Fransızca konuşan azınlığı karşısında bir boyun eğiş şeklindeydi (Bucher, 1970, s. 288 vd.; Egli, 1926, s. 65 vd.; Pichonnaz, 2008b, s. 190). Ancak bunlar, satım sözleşmesinde güvendikleri kuralın en önemli noktasını hala korumak istedikleri için, daha satım sözleşmesinin kurulması anında, hasarın intikalinin savunuculuğunu yapmışlardı. Diğer bir deyişle alıcı, satım konusu şeyin beklenmeyen haller neticesinde telef olmasının ekonomik sonuçlarını, eşyanın telef olmasına rağmen hâlâ semeni ödemek zorunda kalmasıyla taşımaktaydı. Bu durum, satım konusu şey henüz satıcıda bulunsa ve bu nedenle mülkiyet daha satıcıya geçmemiş olsa dahi geçerliydi. Söz konusu "başarılı" uzlaşma, iki hukuki geleneğin (görüşün) birbiriyle tartışmasının dikkat çekici bir örneğiydi (Egli, 1926, s. 68; Pichonnaz, 2008b, s. 190). Ancak söz konusu "*periculum emptoris* (hasar alıcıya aittir)" uzlaşmayı ifade eden çözümünün ve zilyetliğin devri yoluyla mülkiyetin devrinin, klasik dönem Roma Hukuku çözümlerini yansıtmaması dikkate değerdir. Bu durum hâlâ Şili'de geçerlidir (Şili Medeni Kanunu, md. 1820; Güney Afrika için bkz. Bauer, 1998, s. 182 vd. ve Zimmermann, 1996, s. 292)! Bu bilgelik dolu karar, eski Borçlar Kanunu'nun 1907 tarihli revizyonunda şüpheli görülmüş olsa da, artık değiştirilmedi (Pichonnaz, 2011b, s. 133). En başta anlaşmazlığa neden

olan korku, sonuçta bütün değişiklik önerilerinin geri çevrilmesine neden oldu. Bununla birlikte, satım sözleşmesinde hasarın intikaliyle ilgili OR (İsviçre Borçlar Kanunu) md. 185 selefleriyle de çok benzerdir.

Bu çözüm tarzı doğrudan Roma Hukuku'ndan kaynaklanmasa da, bununla benzerlikleri, 2002 tarihli bir kararında Federal Mahkeme'nin, OR (İsviçre Borçlar Kanunu) md.185'tarihsel analiz yaparak yorumlamasına neden oldu. Zira *periculum est emptoris* (hasar alıcıya aittir) kuralının sınırları tartışılmak istenmekteydi. (BGE 'Federal Mahkeme Kararları, resmi arşiv' 128/2002 III 370 (12.3.2002, 4C.336/2000); Pichonnaz'ya da bkz., 2008b, s. 183 vd.; Pfeiffer, 2003, s. 884 vd.). Bu husus, Roma Hukuku'nun bazen kendini belli ettirmeden hâlâ aramızda herhangi bir şekilde yaşadığının işaretiydi. Federal mahkeme, kararında sadece *Iustinianus*'a değil de (6. yüzyıl İmparatoru), ayrıca Cuiacius (16. yy) veya Pothier gibi ortaçağ hukukçularına da atıf yapar. En yüksek mahkeme için bu, kendine özgü bir durumdur. Böylece Roma Hukuku, günümüz problemlerine romanist çözümlerin aktarılması için değil de, çözümün arka planını, yani çözümün yapısını daha iyi açıklamak için, tarihsel gerekçelendirme olarak kullanılmıştır.

IV. SONUÇ: ROMA HUKUKUNUN ÜÇÜNCÜ HAYATI

Kodifikasyonların artık eskimiş çözümleri uyandırmaya etkisi oldu. Ancak "hâkimin kanunu uygulaması" her gün yeni uyumsuzluk çözümlerini gösterdiğinden, somut durumlarda farklı çözümler gerçekleşti. Zira çözümler basit bir şekilde "kanunda" yer almadığı için, çoğu zaman yeniden bulunmalıdır. Esasen Roma Hukuku, Borçlar Hukukunda ve kısmen medeni Hukukta yeniden canlandı -Hatta Derrida gibi söylenebilirse, bunlar «*hantés* (cinli, perili)» dir. Roma Hukuku bilgisi, şimdiki hukuk sistemimizin daha iyi anlaşılabilmesi ve gelecekteki hukuk sistemiyle karşılaştırma yapılabilmesi için oldukça önemlidir.

Roma Hukuku bazen doğrudan, ancak çoğunlukla dolaylı bir şekilde İsviçre hukukçuları üzerinde önemli bir rol oynamaktadır. Anlaşıldığı üzere, bu husus kesinlikle bir hâkimin veya avukatın günlük işlerinde değil de, mutlaka uyumsuzluk çözümünün "zor" olduğu durumlarda gerçekleşir.

Federal mahkeme, bu hususu örneğin, önceden değinilen durumda ve ayrıca ünlü papağan olayında olduğu gibi, diğer kararlarında da gösterdi,

BGE (Federal Mahkeme kararları, resmi arşivi) 133/2006 III257 (bkz. Pichonnaz, 2011a, s. 63 vd.; Pichonnaz, 2011c, s. 407 vd.; Werro, 2009, s. 5 vd.; Honsell, 2007, s. 154 vd.; Keller, 2007, s. 780 vd.; Zellweger-Gutknecht, 2007, s. 769; Coendet, 2008, s. 15 vd.; Tercier, 2008, s. 295 vd.; Brunner/Vischer, 2008, no.: 13 vd.; Koller, 2008, s. 9 vd.; Vischer, 2009, s. 129; Schmid, 2010, s. 600).

Roma Hukuku'nun kürsülerce günümüz hukuku gibi, hem öğretilmesi hem de araştırmalarının yapılması, aynı zamanda da bir şanstır. Zira bu durum, güncel sorular aracılığıyla tarihsel araştırmaların yürütülmesine imkân sağlamaktadır. Bu dinamik gelişme son on yıllık dönemin dikkate değer bazı doktora tezlerinde de görülmektedir.

Adı geçen Roma Hukuku'nun "üçüncü hayatı", sözleşmeler hukukunun Avrupa zemini bakımından gelişiminde meydan geldi (bkz. "yeniden canlanmadan" bahseden Caroni, 2011, s. 74). Tarihsel araştırmalar bağlamında, Roma Hukuku çözümlerini günümüz hukukunda kullanmak anlamlı değildir. Zira sosyo-ekonomik ilişkiler son derece değişmiştir. Ancak yeni kurallar, farklı milli sistemler arasındaki bir görüşmenin sonucu olarak değil de, bilakis üzerinde iyice düşünülen çözümleri ifade ettiği için, Roma Hukuku farklı Avrupa düşünce sistemine dayalı çözümleri bulmak için doğru soruları yöneltmeye de yardım eder. Ancak bu husus bir sonraki konferansın konusu olacaktır.

"İsviçre ve Roma Hukuku", ilk bakışta şaşırtıcı bir çift olarak görülür. Ancak Roma Hukuku'nun her zaman günümüz hukukunun köklerini gösterdiğinin açıklandığını umut ediyorum. Bir ağaç kökleri sayesinde yetiştiği gibi, günümüz hukuku da Roma Hukuku'ndan gelişmiştir. Hukukun kökleri, onun işlevlerini açıklar, ancak pek tabiidir ki onun yerine geçemez. Günümüz hukukuna dogmatik-tarihsel bakış açısından Roma Hukuku, sadece hukukçuların amaca uygun gelişimi açısından değil de, ayrıca yorum aracı olması açısından da önemli bir rol oynamaktadır. Ancak çözümler, sosyal ve ekonomik gerçekliklere göre, yeniden bulunmuş olmalıdır. Bu durum da, her zaman Roma Hukuku'nu aşan bir şekilde, fakat Roma Hukuku sayesinde gerçekleşmektedir.

Kaynakça

- Arquint**, Jon-Peider (1998-2010); Lex romana Curiensis, Historisches Lexikon der Schweiz [Online im Internet].Verfügbar im Internet: <http://hls-dhs-dss.ch/textes/d/D8943.php?PHPSESSID=6706f18e6677b72323bc0f97f7be7ee6a> [2011-19-10].
- Arnaud**, André-Jean (1964); *Les origines doctrinales du code civil français*. Paris.
- Basedow**, Jürgen/**Hopt**, Klaus J./**Zimmermann**, Reinhard (Hg.) (2009); Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts (2 Bände). Tübingen.
- Bauer**, Martin (1998); *Periculum emptoris. Eine dogmengeschichtliche Untersuchung zur Gefahrtragung beim Kauf*. Berlin.
- Bluntschli**, Johann Caspar (1884); *Denkwürdiges aus meinem Leben*, Vol. I, Nördlingen.
- Bluntschli**, Johann Caspar (1855); *Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton*. Zürich.
- Brunner**, Christoph/**Vischer**, Markus (2008); Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Kaufvertragsrecht im Jahr 2007. *Jusletter*, 13. Oktober 2008. Verfügbar im Internet: http://jusletter.weblaw.ch/article/de/_6802?lang=fr#titel_2_32 [2011-19-10].
- Bucher**, Eugen (1970); Notizen zu Art. 185 OR (Gefahrtragung durch den Käufer): *Zeitschrift für Schweizerisches Recht (ZSR)*, n. F. 89 I, S. 281-294.
- Bühler**, Theodor (2003); Die Methoden der Rezeption des römisch-gemeinen Rechts in die Erbrechte der Schweiz, *SZ-RA*, 120, s. 1 ff.
- Capogrossi Colognesi**, Luigi (2004); *Lezioni di storia del diritto romano*. Neapel.
- Caroni**, Pio (2011); Ius romanum in Helvetia: a che punto siamo? In Paola Guglielmotti, Isabella Lazzarini und Gian Maria Varanini (Hg.), *Europa e Italia. Studi in onore di Giorgio Chittolini* (S. 55-79). Florenz.

- Cavin**, Pierre (1977); Kauf, Tausch, Schenkung. In Frank Vischer (Hg.), *Schweizerisches Privatrecht* (Bd. VII/1), *Obligationenrecht-Besondere Vertragsverhältnisse*. Basel/Stuttgart.
- Coendet**, Thomas (2008); Schadenszurechnung im Kaufrecht. *Recht*, S. 15-26.
- Coing**, Helmut (1985); *Europäisches Privatrecht* (Bd.I.), Älteres Gemeines Recht (1500 bis 1800). München.
- Corbino**, Alessandro/**Santalucia**, Bernardo (Hg.) (1988); *Justiniani augusti pandectarum codex florentinus*, Vol. I. Florenz.
- Cortesi**, Oreste (1996); *Die Kaufpreisgefahr*. Zürich.
- Domat**, Jean (1723); *Les loix civiles dans leur ordre naturel. Le droit public et legum delectus*. Nouvelle édition, Tome I. Paris.
- Egli**, Walter (1926); *Die Gefahrtragung beim Kaufvertrag*. Affoltern.
- Fasel**, Urs (2003a); *Bahnbrecher Munzinger*. Bern.
- Fasel**, Urs (2003b); Walther Munzinger. Vorreiter der Schweizer Rechtseinheit. *Zeitschrift für europäisches Privatrecht (ZEuP)*, S. 345-352.
- Fögen**, Marie-Theres (2002); *Römische Rechtsgeschichten*. Göttingen.
- Gauch**, Peter/**Schluep**, Walter R./**Schmid**, Jörg/**Emmenegger**, Susan (2008); *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil* (2 Bände) (9. Aufl.). Zürich/BaselGenf.
- Gaudemet**, Jean (1967); *Institutions de l'Antiquité*. Paris.
- Gaudemet**, Jean (1965); Le bréviaire d'Alaric et les épitomes. *Ius Romanum Medii Aevi* (Pars I, 2 b, aa, b) (S.1-57). Mailand.
- Gazzaniga**, Jean-Louis (1992); *L'impossible Code civil*. Paris.
- Hattenhauer**, Hans (2004); *Europäische Rechtsgeschichte* (4. Aufl.). Heidelberg.
- Hausmanninger**, Herbert/**Selb**, Walter (2001); *Römisches Privatrecht* (9. Aufl.). Wien.

- Honsell**, Heinrich (2007); Der Mangelfolgeschaden beim Kauf-Papageienfall des Bundesgerichts. *Recht*, S. 154-158.
- Honsell**, Heinrich (2011); 100 Jahre Schweizerisches Obligationenrecht. *Zeitschrift für Schweizerisches Recht (ZSR)*, II, S. 5-115.
- Huber**, Eugen (1893); *System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechtes* (Bd IV). Basel.
- Keller**, Roland (2007); Bemerkungen zum 4C.180/2005 (BGE 133 III 257): *Aktuelle Juristische Praxis (AJP)*, S. 780-783).
- Keller**, Alfred (2008); *Leistungssötungen: Nicht- und Schlechterfüllung von Verträgen*. St. Gallen.
- Meder**, Stephan (2008); *Rechtsgeschichte* (3. Aufl.) Köln/Weimar/Wien.
- Meili**, Friedrich (1901); *Die Kodifikation des schweizerischen Privat- und Strafrechts*. Zürich.
- Meili**, Friedrich (1908); *Johann Caspar Bluntschli und seine Bedeutung für die moderne Rechtswissenschaft. Erinnerungsblatt zum Hundertsten Geburtstage (7. März 1908)*. Zürich.
- Meyer-Marthaler**, Elisabeth (1968); *Römisches Recht in Rätien im frühen und hohen Mittelalter*. Zürich.
- Meylan**, Philippe (1937); *Jean Barbeyrac (1674-1744) et les débuts de l'enseignement du droit dans l'ancienne académie de Lausanne, contribution à l'histoire du droit naturel*. Lausanne.
- Nelson**, Hein L. W./Manthe, Ulrich (1999); *Gai. Institutiones III 88-181*. Berlin.
- Pahud de Mortanges**, René (2007); *Schweizerische Rechtsgeschichte. Ein Grundriss*. Zürich/St. Gallen.
- Pfeiffer**, Guido (2003); «Periculum est emptoris»- Gefahrtragung bei Sukzessivlieferung von Aktien, Entscheidung der Schweizerischen Ire Cour Civile vom 12. März 2002. *Zeitschrift für europäisches Privatrecht (ZEuP)*, s. 884-894.

- Pichonnaz**, Pascal (2008a); Les fondements romains du droit privé. Genf/Zürich/Basel.
- Pichonnaz**, Pascal (2008b); Periculum emptoris und schweizerische Recht: Ein Fall des Rückgriffs auf Römisches Recht durch das Schweizerische Bundesgericht. In Wolfgang Ernst/Eva Jakab (Hg.), *Kaufen nach Römischem Recht. Antikes Erbe in den europäischen Kaufrechtsordnungen*(S. 183-201). Berlin Heidelberg.
- Pichonnaz**, Pascal (2011a); Droit romain: enseignement, méthode et contribution à la réflexion du juge. *Index*, 39, S. 58 ff.
- Pichonnaz**, Pascal (2011b); Le Centenaire du Code des obligations. Un code toujours plus hors du code. *Zeitschrift für Schweizerisches Recht (ZSR)*, II, S. 117-227.
- Pichonnaz**, Pascal (2011C); L'obligation de réparer issue du contrat: réflexions diachroniques à propos de l'art. 208 CO. In Jean-Baptiste Zufferey/Jacques Dubey (Hg.). *L'homme et son droit, Mélanges Marco Borghi* (S. 399-414). Genf/Basel/Zürich.
- Pothier**, Robert-Joseph (1818); *Pandectae Justinianee in novum ordinem redactae* (4. Aufl.). Paris.
- Pothier**, Robert-Joseph (1824); Traité des obligations. In André Dupin/Jacques Marie-Jean (Hg.), *Œuvres de Pothier* (Band I). Paris.
- Poudret**, Jean-François (1998-2006); *Coutumes et coutimiers. Histoire comparative des droits des pays romands du XIIIe à l fin du XVIe siècles* (6Bände). Bern.
- De Raemy**, Tobie/**Corpataux**, Georges (1922); Les origines delécole de droit de Fribourg [Neudruck aus: *Annales fribourgeoises* (1922) 10, S. 193-207; (1923) 11, S. 248-257; (1925) 13, S. 53-66 und S. 104-123, S. 1-56]. Fribourg.
- Rainer**, Michael/**Filip-Fröschl**, Johanna (1998); *Texte zum Rmischen Recht*. Wien/New York.
- Samuel**, Geoffrey (2007); Taking Methods Seriously (Part Two). *Journal of Comparative Law*, S. 210-237.

- Samuel**, Geoffrey (2005); *Epistemology and Method in Law*. Aldershot.
- Schmid**, Jörg (2010); Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2006 und 2007, Obligationenrecht. *Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins* (ZBJV), 146, s. 554-631.
- Schmidlin**, Bruno (1999); Die beiden Vertragsmodelle des europäischen Zivilrechts: das naturrechtliche Modell der Versprechensübertragung und das pandektistische Modell der vereinigten Willenserklärung. In Reinhard Zimmermann (Hg.), *Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik* (S. 187-205). Heidelberg.
- Schmidlin**, Bruno (2011); *Der Vertrag im europäischen Zivilrecht/Le contrat en droit civil européen*. Genf/Zürich/Basel.
- Schröder**, Jan (2001); *Recht als Wissenschaft, Geschichte der juristischen Methode von Humanismus bis zur historischen Schule (1500-1850)*. München.
- Senn**, Marcel (2003); *Rechtsgeschichte* (3. Aufl.). Zürich/Basel/Genf.
- Sirks**, Adriaan Johan Boudewijn (2007); *The Theodosian Code. A Study*. Friedrichsdorf.
- Soliva**, Claudio (1986); Römisches Recht in Churrätien. *Jahrbuch der Historisch-antiquarischen Gesellschaft von Graubünden*, 116, S. 189-206.
- Stein**, Peter (2003); *Le droit romain et l'Europe. Essai d'interprétation historique*. Genf/Basel/München.
- Stelling-Michaud**, Sven (1960); *Les juristes suisses à Bologne (1255-1330). Notices biographiques et Regestes des actes bolonais*. Genf.
- Tercier**, Pierre (2008); Le point sur la Partie spéciale du droit des obligations/Entwicklung im Obligationenrecht, Besonderer Teil. *Schweizerische Juristen-Zeitung* (SJZ), 104, S. 294-298.
- Vischer**, Markus (2009); Die Rolle des Verschuldens im Gewährleistungsrecht beim Unternehmenskauf. *Schweizerische Juristen-Zeitung* (SJZ), 105, S. 129-140.

Vogenauer, Stefan (2001); *Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent* (Bd. I). Tübingen.

Werro, Franz (2009); La vente dans la jurisprudence récente. In Pascal Pichonnaz/Franz Werro (Hg.), *La pratique contractuelle: actualité et perspectives, Symposium en droit des contrats* (S. 1-9), Genf/Zürich/Basel.

Wieacker, Franz (1967); *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* (2. Aufl.). Göttingen.

Zellweger-Gutknecht, Corinne (2007); Gewährleistung, Mangelfolgeschaden und Verjährung. *Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins* (ZBJV), 143, S. 763-784.

Zimmermann, Reinhard (1996); *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*. Oxford.

Zimmermann, Reinhard (2002); *Roman Law, Contemporary Law, European Law, The Civilian Tradition Today*. Oxford.

DER NEUE VERTRAGSTYP DES BEHANDLUNGSVERTRAGES IM DEUTSCHEN BGB

*Prof. Dr. Peter A. WINDEL**

I. Zueignung

Hakan Pekcanitez gehört nicht nur zu den herausragenden und einflussreichen Zivilprozessualisten der Türkei, sondern auch zu den weltweit bekanntesten. Seine Berührungspunkte mit dem deutschen Verfahrensrecht nehmen unter seinen zahlreichen Aktivitäten eine hervorragende Stellung ein. Dies nährt die Hoffnung, dass sich der Jubilär über einige bescheidene Zeilen zum Behandlungsvertrag freuen wird, der kürzlich Eingang in das deutsche BGB gefunden hat. Nach einem Überblick über das besondere Vertragsrecht des BGB (II.) soll der Behandlungsvertrag vorgestellt werden (III.). Ein Schwerpunkt liegt dabei naturgemäß auf dessen prozessualen Implikationen (III. 3., 5.).

II. Die Entwicklung des besonderen Vertragsrechts im BGB

Das deutsche BGB ist nach dem Pandektensystem in fünf Bücher gegliedert, einen allgemeinen Teil, das Schuldrecht, das Sachenrecht, das Familienrecht und das Erbrecht. Das zweite Buch „Recht der Schuldverhältnisse“ (§§ 241-853 BGB) unterteilt man üblicherweise seinerseits in einen allgemeinen (Abschnitte 1-7, §§ 241-432 BGB) und einen besonderen Teil (Abschnitt 8, §§ 433-853 BGB). Dieser besondere Teil regelt in 27 Titeln *Einzelne Schuldverhältnisse*, von denen viele auf Vertrag beruhen. Wir werden uns einen Überblick über die Entwicklung

* Lehrstuhlinhaber für Prozessrecht und Bürgerliches Recht an der juristischen Fakultät der Ruhr-Universität Bochum

dieser Vertragstypen seit Inkrafttreten des BGB verschaffen. Die Schuldrechtsmodernisierung der Jahre 2001/2002 hat insoweit zu wichtigen, wenn auch nicht zu den einzigen Veränderungen geführt. Auf dieser historisch-genetischen Grundlage wollen wir den 2013 in das BGB eingeführten Vertragstyp des Behandlungsvertrages kritisch würdigen.

1. Die Ursprungsfassung des BGB

Das besondere Vertragsrecht in der zum 1.1.1900 in Kraft getretenen Ursprungsfassung des BGB lässt sich dogmengeschichtlich bis zum römischen Vertragsrecht und dessen verschiedenen Entwicklungsstufen zurückverfolgen¹. Diese Dogmengeschichte ist stark von der Entwicklung verschiedener Modi des Vertragsschlusses geprägt, die ihrerseits auf verschiedenen Rechtfertigungen der Vertragsbindung beruhten². Diese Entwicklung hat mit dem BGB insoweit einen (vorläufigen?) Abschluss gefunden, als der bindende Konsens (jedenfalls) im Schuldrecht als Modus des Vertragsschlusses allgemein anerkannt ist³.

Wir können uns hier folglich auf die andere Entwicklungslinie der Vertragstypenbildung konzentrieren, die das Verhältnis von Rechtsordnung und Verkehr betrifft. Insoweit ist das Vertragstypenrecht historisch nicht durch gesetzliche Regelung, wenn man so will „deduktiv“, sondern aus den Übungen und Gepflogenheiten des Verkehrs, also „induktiv“ entstanden⁴. Gesetz und Recht reagieren im Vertragstypenrecht mehr als sonst auf wirtschaftliche, soziale und nicht zuletzt technische Entwicklungen, die sich zunächst vereinzelt, dann immer häufiger und schließlich massenhaft in vertraglichen Abreden niederschlagen.

¹ Dazu *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. II, Das Rechtsgeschäft, 3. Aufl., Berlin/Heidelberg/New York 1979, § 12, II.1.-3., S. 160 ff.; *Harke*, Allgemeines Schuldrecht, Berlin/Heidelberg 2010, Rn. 48 ff.

² Als Stichworte müssen hier genügen die *stipulatio* als Wirkform, der Realvertrag, der Arrhalvertrag, der Konsensualvertrag und die Verträge *bonafides*.

³ Der „allgemeine Schuldvertrag“ i.S. von *Flume*, AT Bd. II (Fn. 1), § 1, 8., S. 12 f. mit § 12, II., 1.-3., S. 160-166, ist „Typus“ ehestens in diesem dogmengeschichtlichen Sinne.

⁴ *Heck*, Grundriß des Schuldrechts, Tübingen 1929, § 80, 2, S. 243 f.

Welche Vertragstypen in eine Zivilrechtskodifikation aufgenommen werden, unterliegt der Auswahl durch den Gesetzgeber. Bei Schaffung des BGB blieben⁵ zunächst die Handelsgeschäfte als (Unter-⁶)Typen von Schuldverträgen im parallel novellierten HGB ausgegliedert. Dem liegt die bis heute fortwirkende Strukturentscheidung für ein Sonderprivatrecht für Kaufleute zugrunde⁷.

Im Übrigen war das ursprüngliche Vertragsrecht des BGB eine Auswahl der zu seiner Entstehungszeit im Rechtsverkehr vorkommenden Typen. Maßgeblich dafür, was aufgenommen wurde, waren die wirtschaftliche Bedeutung sowie der Grad der dogmatischen Aufbereitung am Ende des 19. Jahrhunderts. Die Grundtypen unterscheiden sich nach ihren Hauptleistungspflichten⁸ und sind jeweils in eine entgeltliche und eine unentgeltliche Form untergliedert: Kauf und Tausch als Güter austauschverträge mit der unentgeltlichen Schenkung, Miete und Pacht als Gebrauchsüberlassungsverträge mit der unentgeltlichen Leihe, verzinsliches und unverzinsliches Darlehen als Verbrauchsgestattung. Dienst-, Werk- und Maklervertrag als Vertragstypen, die in unterschiedlicher Weise dazu verpflichtet, für einen anderen tätig zu werden. Die unentgeltliche Form zu Dienst-, Werk- und Maklervertrag ist im deutschen Recht der Auftrag. Typologie wie Terminologie weichen hier vom schweizerischen Recht und den von ihm geprägten Rechtsordnungen ab.

Dogmengeschichtlich besonders bedeutsam ist, dass Miete und Pacht sowie Dienstvertrag und Werkvertrag im römischen und gemeinen Recht ein einheitliches Institut, die *locatioconductio* (eingedeutscht etwa „Verdingung“) darstellten. Insoweit wurde durch das BGB ein bis dahin einheitlicher rechtlicher Typus in mehrere selbständige Typen aufgespalten.

⁵ Schon das ADHGB von 1869 hatte in den Art. 337-431 den (Handels-) Kauf, das Kommissionsgeschäft, das Speditionsgeschäft und das Frachtgeschäft geregelt.

⁶ Haupttypen dazu sind Kauf-, Dienst- und Werkvertrag bzw. Geschäftsbesorgung (im schweizerischen Recht: Auftrag).

⁷ Daraus ergeben sich Friktionen mit dem an der Verbraucher- und der Unternehmerrolle orientierten modernen Zivilrecht, näher *Windel*, *ZJapanR*, Sonderheft 7 (2013), S. 203, 207 f.

⁸ Nach der scholastischen Begriffslehre die „essentialianegotii“, *Oechsler*, Vertragliche Schuldverhältnisse, 2013, Rn. 15; kritisch dazu *Gauch*, FS Honsell, 2002, S. 3, 6 f.

Hervorzuheben ist weiter, dass dem Grundtypus des Kaufvertrages in der ursprünglichen Fassung des BGB nicht nur der Handelskauf, sondern auch der Kauf nach⁹ sowie der auf Probe sowie Wiederkauf und Vorkauf als Untertypen an die Seite gestellt wurden. Die Bildung von Untertypen¹⁰ wie die Aufspaltung eines Typus in mehrere selbständige Grundtypen hat einerseits den Vorteil, dass die im Rechtsleben vorkommenden Vertragsverhältnisse vom Gesetz genauer abgebildet werden. Andererseits trübt eine überbordende Differenzierung die Übersichtlichkeit und schafft zudem Abgrenzungsprobleme gegenüber einem Gesetz, das sich auf die Regelung von Archetypen als groben Vertragsmustern beschränkt.

2. Die Entwicklung seit dem Inkrafttreten des BGB

Die Ausdifferenzierung der Vertragstypen ist seit Inkrafttreten des BGB immer weiter fortgeschritten. Material stand oft das Bedürfnis im Vordergrund, strukturell unterlegenen Vertragsparteien besseren Schutz zu gewähren. Viele der neuen Regelungen sind deshalb zwingend oder halb zwingend. Formal beruhen die neuen Vertragstypen auf mehr oder weniger vollständig kodifiziertem Richterrecht¹¹, auf der Integration von Nebengesetzen in das BGB¹² oder auf europäischen Richtlinien¹³. Begnügen wir uns mit einer Bestandsaufnahme:

Geld- und Sachdarlehen wurden im äußeren System des Gesetzes weit voneinander getrennt (§§ 488-512 einerseits, §§ 607-609 BGB andererseits), dem allgemeinen Gelddarlehens- außerdem der seinerseits aufgespaltene Untertyp des Verbraucherdarlehensvertrags an die Seite gestellt. Selbst das Kaufrecht ist durch den europarechtlichen Verbrauchsgüterkauf in Bewegung geraten¹⁴.

⁹ Dieser Untertypus wurde im Zuge der Schuldrechtsmodernisierung aufgegeben.

¹⁰ Zu ihnen *Gauch*, FS Honsell, 2002, S. 3, 10 f.

¹¹ Namentlich Arbeitsvertrag und Behandlungsvertrag.

¹² So zum Teil der (Verbraucher-) Kreditvertrag und die Wohnraummiete.

¹³ So die heutigen Fassungen des Reisevertrages und des (Verbraucher-)Kreditvertrages sowie diejenigen des Verbrauchsgüterkaufs und des Time-Sharing.

¹⁴ Dazu etwa *Windel*, ZJapanR, Sonderheft 7 (2013), S. 203, 214 ff.; *Harke* in: *Artz/Gsell/Lorenz* (Hrsg.), Zehn Jahre Schuldrechtsmodernisierung (2014), S. 237 ff.

Geradezu inflationär erscheinen die Spezifikationen, die aus der früher einmal einheitlichen *locatioconductio* oder „Verdingung“ hervorgegangen sind. Im ursprünglich in sich geschlossenen Mietrecht finden wir Regeln für Mietverhältnisse über Wohnraum (§§ 549-577a BGB) und über andere Sachen (§§ 578-580a BGB), zur Pacht (§§ 581-584b BGB) den Untertypus der Landpacht (§§ 585-597 BGB). Inhaltlich eigentlich auch der Miete zuzuordnen sind die Regelungen der hier schlagwortartig als Time-Sharing bezeichneten Einzelverträge (§§ 481-487 BGB)¹⁵. Weiter wurde der Geschäftsbesorgungsvertrag (§§ 675 ff. BGB) mit dem Untertyp der Zahlungsdienste (§§ 675c-676c BGB) in insgesamt 31 – überwiegend lange – Paragraphen gegossen, während hierfür in der ursprünglichen Fassung des BGB zwei kurze Vorschriften als Annex zum Auftrag genügten (§§ 675, 676 BGB a.F.). Sogar das Maklerrecht (§§ 652-656 BGB) kennt mit der – neuen – Vermittlung von Verbraucherdarlehensverträgen (§§ 655a-655e BGB) und der – altehrwürdigen – Ehevermittlung (§ 656 BGB) mittlerweile zwei Untertypen.

Der tiefste Einschnitt besteht aber sicherlich darin, dass sich das Arbeitsrecht vom allgemeinen Zivilrecht weitgehend emanzipiert hat¹⁶, womit der Arbeitsvertrag als sonderprivatrechtlich überformter Untertyp¹⁷ des Dienstvertrages dem „selbständigen Dienstvertrag“ gegenübergetreten ist. Dieser selbständige Dienstvertrag wurde neuestens durch den Untertyp des Behandlungsvertrages ausdifferenziert (§§ 630a-630h BGB), wie dies mit dem Reisevertrag (§§ 651a-651m BGB) als Untertyp zum Werkvertrag bereits 1979 geschehen war.

III. Die Kodifizierung des Verkehrstypus Behandlungsvertrag

Diedurch das Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten neu in das BGB eingefügten §§ 630a–630h¹⁸ bilden den Abschluss

¹⁵ Teilzeit-Wohnrechtverträge, Verträge über langfristige Urlaubsprodukte, Vermittlungsverträge und Tauschsystemverträge.

¹⁶ Dazu *Windel*, ZJapanR, Sonderheft 7 (2013), S. 203 ff.

¹⁷ Die grundlegenden Regelungen finden sich nach wie vor in den §§ 611 ff. BGB.

¹⁸ Vom 20. Februar 2013, BGBl. I, S. 277 ff.

einer Diskussion, die bereits im Jahre 1978 beim 52. Deutschen Juristentag geführt worden war¹⁹. Wie sehen diese Regelungen aus und genügen sie den Anforderungen, die an einen neu kodifizierten Vertragstypus hinsichtlich Klarheit, gesetzgeberischer Präzision und praktischer Handhabbarkeit zu stellen sind?²⁰

1. Abgrenzung zu anderen Vertragstypen

§ 630a I BGB erfasst medizinische Behandlung durch einen besonders akzentuierten Dienstvertrag oder jedenfalls einen dem Dienstvertrag deutlich nahestehenden Vertrag²¹. Letzteres ergibt sich aus der Gliederung von Abschnitt 8, Einzelne Schuldverhältnisse, Titel 8: Dienstvertrag und ähnliche Verträge, Untertitel 1 Dienstvertrag, Untertitel 2 Behandlungsvertrag²². Die positive Folge dieser Systematik besteht darin, dass etwa die §§ 612 II, 613 und 627 BGB auf den Behandlungsvertrag anwendbar sind²³. Damit wird sich andererseits aber auch unter der Geltung des kodifizierten Rechts die schon bisher brisante Streitfrage stellen, ob medizinische Verträge, die auf einen Erfolg gerichtet (*obligations de résultat*) und damit nach deutschem Recht als *Werkverträge* einzuordnen sind, von den §§ 630a ff. BGB erfasst werden. Da solche Verträge recht häufig vorkommen – An- und Einpassung von Prothesen, Labor- und Diagnoseverträge – bleibt insoweit eine erhebliche Grauzone²⁴. Die tiefere Ursache dieser Unschärfen liegt freilich weniger in den neuen Regelungen über den Behandlungsvertrag als vielmehr in der in Deutschland nach wie

¹⁹ Zur Rückschau näher *Spickhoff*, ZRP 2012, S. 65; *Thole*, MedR 2013, S. 145.

²⁰ Dazu allgemein *Gauch*, FS Honsell, 2002, S. 3, 10 f., 25, sowie speziell für den Behandlungsvertrag *Thurn*, MedR 2013, S. 153, 154 und passim; *Preis/Schneider*, NZS 2013, S. 281 ff.

²¹ *Spickhoff*, ZRP 2012, S. 65, 66.

²² Die Systematik entspricht der von Titel 9 hier bekannten: Werkvertrag und ähnliche Verträge, Untertitel 1 Werkvertrag, Untertitel 2 Reisevertrag.

²³ *Katzenmeier*, NJW 2013, S. 817, 818.

²⁴ Dazu *Spickhoff*, ZRP 2012, S. 65, 66; *Looschelders*, Schuldrecht Besonderer Teil, 9. Aufl. 2014, Rn. 613.

vor stark betonten Unterscheidung zwischen Dienst- und Werkvertrag²⁵. Im DCFR etwa, der einheitliche Regeln für *services* als Grundmodell (IV.C.-1:101-2:111) und – darauf aufbauend – verschiedene besondere Serviceverträge wieder *treatment* bereitstellt (IV.C.-8:101-111), können solche Probleme nicht auftauchen²⁶.

Das nächste Abgrenzungsproblem ergibt sich daraus, dass *kosmetische Behandlungen* von den §§ 630a ff. BGB nicht erfasst sein sollen²⁷. Wie ist das von medizinischen Behandlungen abzugrenzen, insbesondere, wenn entweder eine ausschließlich kosmetischen Zwecken dienende Behandlung mit medizinischen Mitteln erfolgt (landläufig: „Schönheitsbehandlung“) oder wenn umgekehrt eine kosmetische Behandlung medizinisch indiziert ist (etwa zur Überdeckung von Unfallfolgen)? Bezweifelt wird ferner, ob die in der Rechtsprechung für Ärzte entwickelten, relativ strengen *Standards* der Behandlung für jede Form der Heilkunde und damit *für alle Heilberufe* bis hin zu medizinischen Bademeistern angemessen sind²⁸. Vom Gesetz werden letztere²⁹ jedenfalls erfasst, während Apotheker, die man noch am ehesten den gleichen Regeln unterwerfen könnte wie Ärzte, dem neuen Recht nicht unterworfen sein sollen³⁰. Der Gesetzgeber hat sich einer Regelung der stationären *Krankenhausaufnahme*³¹ ebenfalls enthalten, obwohl diese mit der medizinischen Behandlung in einem engen und zudem nicht immereinheitlichen Verhältnis steht³². Nicht problematisiert wurde schließlich, ob die Behandlung von Patienten, die als sozialversicherungsrechtliche Leistung erfolgt, überhaupt im Rahmen eines zivilrechtlichen Vertrages erbracht wird. Eine starke, im Rahmen der

²⁵ Zu Parallelproblemen etwa beim Architekturvertrag nach schweizerischem Recht *Gauch*, FS Honsell, 2002, S. 3, 7 ff.

²⁶ Zum systematischen Verhältnis von Dienst- und Werkvertrag näher *Windel*, ZJapanR, Sonderheft 7 (2013), S. 203, 218.

²⁷ Dazu *Spickhoff*, ZRP 2012, S. 65, 66.

²⁸ *Katzenmeier*, NJW 2013, S. 817 f.; *Thurn*, MedR 2013, S. 153, 154.

²⁹ Statt aller *Spickhoff*, ZRP 2012, S. 65, 66.

³⁰ Krit. dazu *Thurn*, MedR 2013, S. 153, 154.

³¹ Zu deren unterschiedlichen Erscheinungsformen *Looschelders*, Schuldrecht Besonderer Teil, 9. Aufl. 2014, Rn. 619-621.

³² *Spickhoff*, ZRP 2012, S. 65, 67; *Katzenmeier*, NJW 2013, S. 817 f.

sozialrechtlichen Lehre und Rechtsprechung wohl vorherrschende Ansicht nimmt insoweit ein öffentlich-rechtliches Sonderverhältnis an³³. Gleichwohl ergibt sich aus § 630a I a.E. BGB, dass gerade auch die sozialversicherte Behandlung erfasst werden soll.

2. Vertragspflichten

Vertragstypen werden durch ihre Hauptleistungspflichten konturiert und damit erkenn- und unterscheidbar³⁴. Beim Behandlungsvertrag finden sich Pflichten in großer Fülle und von verschiedener Rechtsqualität³⁵ – freilich fast nur zu Lasten des Behandelnden.

a) Pflichten des Patienten

Der Patient muss die Vergütung entrichten, sofern dazu nicht ein anderer, d.h. ein Sozialleistungsträger verpflichtet ist (§ 630a I a.E. BGB) und „soll“ mit dem Behandelnden zur Durchführung der Behandlung zusammenwirken (§ 630c I BGB). Hinter dieser „blassen Formulierung“³⁶ steckt die an sich selbstverständliche, vom Gesetzgeber in einem Wahljahr aber offenbar nicht aussprechbare Notwendigkeit, dass der Patient den Anordnungen des Arztes Folge leisten muss, um den Behandlungserfolg zu erreichen (*compliance*). Als Rechtsfolge eines Verstoßes des Patienten gegen diese Obliegenheit wird die Reduzierung eines allfälligen Schadensersatzanspruchs wegen Mitverschuldens gem. § 254 BGB genannt³⁷. Dies würde aber wohl nicht anders gelten, wenn es § 630c I BGB nicht geben würde.

³³ Dazu und zu den Konsequenzen *Rehborn*, MDR 2013, S. 497; *Preis/Schneider*, NZS 2013, S. 281, 282.

³⁴ *Oechsler*, Vertragliche Schuldverhältnisse, 2013, Rn. 15.

³⁵ *Hart*, MedR 2013, S. 159, 160, unterscheidet Haupt- und Nebenleistungs- von bloßen Nebenpflichten.

³⁶ So *Katzenmeier*, NJW 2013, S. 817, 818; krit. auch *Rehborn*, MDR 2013, S. 497, 498, und namentlich *Thurn*, MedR 2013, S. 153, 154.

³⁷ *Looschelders*, Schuldrecht Besonderer Teil, 9. Aufl. 2014, Rn. 618; *Olzen/Kaya*, JURA 2013, S. 661, 663; *Preis/Schneider*, NZS 2013, S. 281, 282.

b) Pflichten des Behandelnden

Der Pflichtenkatalog zu Lasten des Arztes knüpft an dem durch die Judikatur rechtsfortbildend erarbeiteten Stand an³⁸. Dies ist an sich billigenswert³⁹. Andererseits erfolgten aber Akzentverschiebungen, die als diskussionswürdig, teilweise auch als verfehlt erscheinen: Die Behandlung als solche wird an den zum Zeitpunkt ihrer Vornahme allgemein anerkannten fachlichen Standards gemessen, soweit nicht etwas anderes vereinbart ist, § 630a II BGB. Darin wird von manchen zwar eine Beschränkung innovativer Behandlungsmethoden gesehen⁴⁰, die Norm dürfte aber die regelmäßige Erwartung eines Patienten zutreffend einfangen⁴¹. Überwiegend kritisch wird beurteilt⁴², dass die bisher synonym gebrauchten Begriffe der „Informationspflichten“ (§ 630c II-IV BGB) und der „Aufklärungspflichten“ (§ 630e BGB) getrennt werden. Dies führt zusammen mit der begleitenden Dokumentationspflicht nicht nur zu einem Übermaß von Einzelpflichten⁴³, sondern auch zu Überschneidungen und Abgrenzungsschwierigkeiten. Der gesetzgeberische Fehler⁴⁴ liegt darin, dass die Normen von den Rechtsfolgen her konzipiert wurden, statt einfache und klar abgrenzbare Tatbestände zu umreißen, an die dann verschiedene Rechtsfolgen geknüpft werden. Nur von den Rechtsfolgen her wird die Differenzierung nämlich verständlich: § 630c II 1, IV BGB regeln die behandlungsspezifischen Informationspflichten, die der Arzt als Haupt- und Nebenleistungen schuldet und deren Verletzung zu

³⁸ „Vergessen“ wurde aber wohl die sog. Verlaufsaufklärung, s. *Rehborn*, MDR 2013, S. 497, 501.

³⁹ *Hart*, MedR 2013, S. 159 ff., fordert demgegenüber eine an interdisziplinären Erkenntnissen orientierte Differenzierung zwischen Behandlung und Behandlungsprozess. Das würde das Gesetz vollends unlesbar machen.

⁴⁰ *Katzenmeier*, NJW 2013, S. 817, 818.

⁴¹ Zur Verteidigung *Thole*, MedR 2013, S. 145, 146.

⁴² *Spickhoff*, ZRP 2013, S. 65, 67; *Katzenmeier*, NJW 2013, S. 817, 818; *Thurn*, MedR 2013, S. 153, 155; *Hart*, MedR 2013, S. 159, 161; *Olzen/Kaya*, JURA 2013, S. 661, 670; verteidigend aber *Thole*, MedR 2013, S. 145, 146 f.

⁴³ *Montgomery/Brauer/Hübner/Seebohm*, MedR 2013, S. 149, 150, 151.

⁴⁴ Er wurde auch schon bei der Schuldrechtsmodernisierung gemacht, s. zu den §§ 281, 282; 323, 324 und zu § 286 BGB *Windel*, ZJapanR, Sonderheft 7 (2013), S. 203, 228 ff.

Schadensersatzansprüchen gem. § 280 I BGB führen kann; § 630e BGB regelt die Aufklärung, von der die Wirksamkeit der Einwilligung des Patienten gem. § 630d BGB abhängt⁴⁵. Die mittelbare Rechtsfolge einer Verletzung der Pflichten aus § 630e BGB besteht darin, dass sich der Behandelnde wegen Körperverletzung strafbar (§§ 223 ff. StGB) und deliktsrechtlich haftbar (§ 823 I BGB) macht. Denn nach in Deutschland nach wie vor herrschender Meinung erfüllt die Heilbehandlung den Tatbestand der Körperverletzung, so dass der Behandelnde zu seiner Rechtfertigung einer wirksamen Einwilligung bedarf⁴⁶. Hält man sich das Ergebnis der Kodifizierung nochmals vor Augen – § 630c II 1, IV als Grundlage eines Schadensersatzanspruches aus § 280 I, § 630e als Grundlage eines Schadensersatzanspruches aus § 823 I – kann man den Gesetzgeber an dieser Stelle nicht scharf genug kritisieren⁴⁷.

Weniger kritisch sehe ich demgegenüber die Pflicht des § 630c II 2 BGB zur *Offenbarung von eigenen Behandlungsfehlern*. Mag sie haftungsrechtlich i.a.R. keine eigenständige Bedeutung haben, weil schon für den zugrunde liegenden Behandlungsfehler selbst gehaftet wird⁴⁸, und mag sie schon deshalb oft leerlaufen, weil der Behandelnde seinen früheren Fehler gar nicht als solchen erkennt⁴⁹, so erscheint der Appell doch wichtig, erkannte Fehler offenzulegen, damit die Behandlung künftig auf einen besseren Weg gebracht werden kann. In § 630c II 3 BGB findet sich ein strafrechtliches Beweisverwertungsverbot⁵⁰, das demjenigen des § 97 I 3 InsO entspricht. Die Beweisverwertung im Zivilrechtsstreit wird nicht geregelt, was offenbar an dieser Übernahme aus dem Insolvenzrecht liegt: Dort bedarf es einer solchen Regelung nicht, weil die Haftung des Insolvenzschuldners mit seinem gesamten Vermögen bereits feststeht, während es bei § 630c BGB um die *Begründung* von Haftung geht, für die es

⁴⁵ Thole, MedR 2013, S. 145, 146 ff.

⁴⁶ Spickhoff, ZRP 2012, S. 65, 68; Olzen/Kaya, JURA 2013, S. 661, 665; Looschelders, Schuldrecht Besonderer Teil, 9. Auf. 2014, Rn. 616, 616 a, 616 d.

⁴⁷ Zutr. daher Thurn, MedR 2013, S. 153, 155.

⁴⁸ Dies kritisiert Katzenmeier, NJW 2013, S. 817, 819.

⁴⁹ Darauf weist Thurn, MedR 2013, S. 153, 155, zutr. hin.

⁵⁰ Dazu etwa Katzenmeier, NJW 2013, S. 817, 819.

auf die Beweislage ankommt. Die an § 630c II 3 BGB geübte Kritik⁵¹ ist daher verständlich.

Die ebenfalls auf § 630c II 2 BGB beruhende Pflicht zur *Offenbarung fremder Behandlungsfehler* ist kritischer zu sehen⁵². Vernünftiger Weise kann es hier nicht um gesetzlich verordnetes *Whistleblowing* gehen, das nicht nur die kollegiale Zusammenarbeit der Behandelnden gefährden müsste, sondern auch vor dem Hintergrund des § 186 StGB problematisch werden könnte: Wegen Verleumdung macht sich ja strafbar, wer eine Tatsache behauptet, die *nicht erweislich wahr* ist, während das Vorliegen eines Behandlungsfehlers oft *zweifelhaft oder gar streitig* sein wird. Nun mag gerade die Möglichkeit, die Dinge so oder anders zu beurteilen, der Vorschrift die Spitze nehmen, so dass sie praktisch (wenigstens weitgehend) leerlaufen dürfte⁵³. Es bleibt aber dennoch das Spannungsverhältnis, dass man über den Interessen, die der Whistleblower unterstützt, auch die Persönlichkeitsrechte derjenigen, deren Fehler er offenbart, nicht vergessen darf⁵⁴. Hinzu kommt, dass es bei einer noch laufenden Behandlung zunächst einmal darum gehen muss, wie dem Patienten in der aktuellen Lage am besten geholfen werden kann⁵⁵. Darauf soll die Regelung denn auch begrenzt sein⁵⁶; klar aus dem Gesetz ersichtlich ist das freilich nicht.

Einige Verwirrung hat die Statuierung der Pflicht zur „wirtschaftlichen Information“ in § 630c III BGB verursacht. Zweifelhaft ist schon, ob sie den Behandelnden nur gegenüber sozialversicherten Patienten⁵⁷ treffen soll, obwohl sie auch für Privatversicherte relevant ist⁵⁸.

⁵¹ *Montgomery/Brauer/Hübner/Seebohm*, MedR 2013, S. 149, 151.

⁵² Insoweit ist *Thurn*, MedR 2013, S. 153, 155, also voll zuzustimmen.

⁵³ In diesem Sinne *Thurn*, MedR 2013, S. 153, 155.

⁵⁴ Vergleiche dazu *Windel*, Fasikül CEHAMER Aylık Hukuk Dergisi, Yıl: 4, Sayı: 33, 2012, s. 6 v.d.; *ders.*, Anm. zu EMRK, AP Nr. 235 zu § 626 BGB.

⁵⁵ In diesem Sinne *Montgomery/Brauer/Hübner/Seebohm*, MedR 2013, S. 149, 151.

⁵⁶ *Katzenmeier*, NJW 2013, S. 817, 819.

⁵⁷ Auch dazu berechtigte Kritik bei *Montgomery/Brauer/Hübner/Seebohm*, MedR 2013, S. 149, 153.

⁵⁸ So schon BGH, NJW 1983, S. 2630 f.

Manche wollen die wirtschaftliche Information zudem „streng“ von der eigentlichen Leistungsinformation trennen⁵⁹, was aber realitätsfern wäre. Die Rechtsprechung wird sich voraussichtlich ohnehin nicht darauf, sondern eher auf die Frage zu konzentrieren haben, wie detailliert die Information sein muss⁶⁰. Als Rechtsfolge kann ein Pflichtverstoß dem Vergütungsanspruch entgegengehalten werden⁶¹; wohl einredeweise, weil für eine (rechtshindernde) Einwendung kein Bedürfnis ersichtlich ist⁶².

3. Beweislast

Einer Denksportaufgabe kommt die Beweislastregelung des § 630h BGB gleich. Nicht nur, dass die bisherige Rechtsprechung im Wesentlichen⁶³ übernommen wurde, was zu sechs Fallgruppen in fünf Absätzen (!) führt, die zudem fünf Mal als gesetzliche Vermutung und einmal auch terminologisch als Beweislastregelung formuliert sind⁶⁴. Den Zugang zu der Norm erschwert weiter, dass sich hinter den Fallgruppen letztlich vertragstypische Spezifikationen der „Pflichtverletzung“ i.S.v. § 280 I 1 BGB verbergen, die aus der Beweislastregelung erst erschlossen werden müssen. Wir haben also eine Beweislastregelung ohne klare Haftungsnorm vor uns. Außerdem wurde nicht geregelt, ob neben § 630h BGB, der sich auf die *objektive Pflichtverletzung* bezieht, auch § 280 I 2 BGB gelten soll, der die Beweislast für das *subjektive Erfordernis des Vertretenmüssens* umkehrt⁶⁵. Wir finden also auch zwei wenig durchsichtig miteinander verbundene Beweislastkonzepte; die einzelnen Absätze des § 630h BGB sind zu allem Überfluss thematisch wenig geordnet:

⁵⁹ So *Hart*, MedR 2013, S. 159, 162.

⁶⁰ Dazu ausführlich *Rehborn*, MDR 2013, S. 497, 500.

⁶¹ *Spickhoff*, ZRP 2012, S. 65, 67; *Katzenmeier*, NJW 2013, S. 817, 819.

⁶² *Rehborn*, MDR 2013, S. 497, 499 f., nimmt dagegen Formnichtigkeit gem. § 125 BGB an, wenn es an der Textform der Information fehlt.

⁶³ Einige Kriterien wurden aber ohne klare Begründung weggelassen, siehe *Thurn*, MedR 2013, S. 153, 156. Dies findet eine Parallele in § 311 III 2 BGB, dazu *Windel*, ZJapanR, Sonderheft 7 (2013), S. 203, 213 f.

⁶⁴ Dazu *Katzenmeier*, NJW 2013, S. 817, 821.

⁶⁵ Dazu *Katzenmeier*, NJW 2013, S. 817, 821; *Olzen/Kaya*, JURA 2013, S. 661, 668; *Looschelders*, Schuldrecht Besonderer Teil, 9. Aufl. 2014, Rn. 617c.

a) Beweis von Behandlungsfehlern und deren Ursächlichkeit

Um den Nachweis von Behandlungsfehlern und ihrer Ursächlichkeit für die Gesundheitsbeschädigung geht es in den Absätzen 1, 4 und 5: gemäß Absatz 1 wird ein Fehler des Behandelnden vermutet, wenn sich *das voll beherrschbare Behandlungsrisiko* verwirklicht hat. Dabei bleibt der Sinn des Zusatzes „allgemein“ bei unbefangenen Lesen unklar – denn auch „besondere“ Behandlungsrisiken können voll beherrschbar sein⁶⁶. Diese Auslegungsschwierigkeiten dürften nicht zuletzt darauf beruhen, dass hier zu allgemeinen deliktsrechtlichen *Verkehrspflichten* entwickeltes Fallrecht⁶⁷ unbeschrieben in die Kodifikation von *Vertragspflichten* übernommen wurde. Vertragspflichten erscheinen aber nicht nur in Form von den deliktsrechtlichen Verkehrspflichten inhaltlich ähnlichen Sorgfaltspflichten (§ 241 II BGB), sondern in erster Linie in Form von Leistungspflichten, hier also von Behandlungspflichten. Wollte man hierauf § 630h I BGB anwenden, würde wohl nicht nur die früher ebenfalls der Fallgruppe des voll beherrschbaren Risikos zugerechnete *Anfängeroperation*⁶⁸, sondern auch der *grobe Behandlungsfehler* erfasst. Das kann aber nicht richtig sein, weil die Absätze 4 und 5 des § 630h BGB damit überspielt würden. Folglich ist § 630h I BGB teleologisch auf vertragliche Nebenpflichten zu begrenzen.

Weitgehend unproblematisch – aber auch selbsterklärend – erscheint immerhin Absatz 4 des § 630h BGB, wonach die Ursächlichkeit (aber auch nur diese⁶⁹) einer *mangelnden Befähigung* des Behandelnden für die Verletzung vermutet wird.

§ 630h V BGB birgt dagegen zwei Detailprobleme, die sich aus dem Wortlaut nicht unmittelbar entnehmen lassen. Zum einen unterliegt Absatz 5 Satz 1 im Anschluss an die vor der Kodifizierung des Behandlungsvertrages (wohl) allgemeine Ansicht insofern der teleologischen Reduktion, als die Vermutung der Kausalität eines groben Behandlungsfehlers für die eingetretene Verletzung von vornherein nicht greift, wenn der Kausalverlauf als „äußerst unwahrscheinlich“ einzustufen ist⁷⁰. Die Regel des § 292 ZPO,

⁶⁶ Katzenmeier, NJW 2013, S. 817, 821.

⁶⁷ Dazu Laufs/Katzenmeier/Lipp, *Arztrecht*, 6. Aufl. 2009, XI. Rn. 108 ff.

⁶⁸ Zur alten Rechtslage Laufs/Katzenmeier/Lipp, *Arztrecht*, 6. Aufl. 2009, XI. Rn. 115 ff.

⁶⁹ Olzen/Kaya, JURA 2013, S. 661, 669.

⁷⁰ Olzen/Kaya, JURA 2013, S. 661, 669 f.; Rehborn, MDR 2013, S. 564, 569.

wonach Vermutungen nur durch den Beweis des Gegenteils als Vollbeweis entkräftet werden können, gilt insoweit entgegen dem irreführenden Wortlaut also nicht. Zum anderen kann ein „grober Behandlungsfehler“ im Einzelfall auch darin liegen, dass die Befunderhebung oder Befundsicherung unterbleibt. Solche schweren Befunderhebungs- bzw. Befundsicherungsfehler unterfallen bereits § 630h V 1 BGB, nicht erst § 630h V 2 BGB. § 630h V 2 BGB ist folglich – der bisherigen Rechtsprechung entsprechend – nur bei „einfachen“ Befunderhebungs- und Befundsicherungsfehlern einschlägig⁷¹.

b) Dokumentationsmängel

§ 630h III BGB ordnet eine gesetzliche Vermutung als Folge von Dokumentationsmängeln an. Während die vorgenannte Fallgruppe speziell auf die Ursächlichkeit für eine Verletzung zugeschnitten ist, kann diese Vermutung, nämlich dass eine *nicht dokumentierte oder archivierte Maßnahme* nicht erfolgt sei, ganz allgemein im Rahmen der §§ 630a ff. BGB relevant werden. Ein Beispiel wäre etwa die wirtschaftliche Aufklärung des § 630c III BGB. Gleichwohl ist § 630h III BGB ausschließlich auf „medizinisch gebotene wesentliche Maßnahme[n] und ihr Ergebnis“ bezogen. Dies leuchtet nicht ein: Entweder ist der Tatbestand des § 630h III BGB zu eng gefasst und muss deshalb teleologisch erweitert werden, oder aber seine Rechtsfolge geht zu weit und muss folglich teleologisch reduziert werden. Für die erste Alternative spricht die große wirtschaftliche Bedeutung von Behandlungsverträgen für viele Patienten. Für die zweite Alternative spricht, dass die Beweislastregeln, die heute in § 630h BGB kodifiziert sind, im Deliktsrecht und damit letztlich gar nicht für die Vergütungspflicht entwickelt wurden.

Unabhängig davon, wie man die vorige Frage entscheidet, bleibt eine weitere Unklarheit des § 630h III BGB: Soll die Vermutung tatsächlich nur dahin gehen, dass eine gewisse Maßnahme nicht getroffen wurde, oder soll die Schilderung des Geschehensablaufes durch den Patienten jedenfalls dann vermutet werden, wenn sie plausibel erscheint?⁷² Der Gesetzgeber hat uns

⁷¹ *Olzen/Kaya*, JURA 2013, S. 661, 670; *Rehborn*, MDR 2013, S. 564, 569.

⁷² Für letzteres mit ausführlicher Begründung *Rehborn*, MDR 2013, S. 564, 568.

dafür ebenso wenig eine Antwort gegeben wie für die nicht minder bedeutsame Frage der Folgen einer zwar vorhandenen, aber erkennbar fehlerbehafteten, widersprüchlichen oder fragmentarischen Dokumentation.

c) Beweis von Aufklärung und Einwilligung

Bemerkenswert ist weiter, dass der *Beweis der Einwilligung* mit Entlastungsmöglichkeit in § 630h II BGB geregelt ist, wenn die Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen § 630e BGB praktisch doch eher im Bereich des Straf- und des Deliktsrechts, nicht aber im Vertragsrecht liegen⁷³. Hinzu kommt, dass die Entlastungsmöglichkeiten vor dem Hintergrund der bisherigen Rechtsprechung lückenhaft kodifiziert sind: Gegen die vom Behandelnden darzulegende hypothetische Einwilligung (§ 630h II 2 BGB) kann der Patient nach h.M. wie bisher einen „ernsthaften Entscheidungskonflikt“ einwenden⁷⁴, womit die Darlegungs- und Beweislast abermals wechselt. Wir haben es hier also mit einer komplexeren Abstufung der Darlegungs- und Beweislast⁷⁵ zu tun, als dies im Wortlaut des § 630h II BGB zum Ausdruck kommt.

4. Verhältnis zum Deliktsrecht

Die Kodifizierung des Behandlungsvertrages geht manchen viel zu weit⁷⁶, anderen nicht weit genug⁷⁷. Das spricht eigentlich⁷⁸ für einen klugen rechtspolitischen Kompromiss. Andererseits sind sich alle darin einig, dass das Verhältnis des neuen Vertrags- zum Deliktsrecht zur Nagelprobe für die Kodifizierung werden wird⁷⁹: Das Arzt(haftungs)recht wurde ursprünglich

⁷³ Dazu zuvor III.2.b.

⁷⁴ Dazu *Thurn*, MedR 2013, S. 153, 156; *Preis/Schneider*, NZS 2013, S. 281, 286; *Olzen/Kaya*, JURA 2013, S. 661, 669.

⁷⁵ Vgl. auch *Olzen/Kaya*, JURA 2013, S. 661, 669.

⁷⁶ So etwa *Thurn*, MedR 2013, S. 153 f., 156; *Montgomery/Brauer/Hübner/Seebohm*, MedR 2013, S. 149 ff.

⁷⁷ So etwa *Hart*, MedR 2013, S. 159, 165.

⁷⁸ Die brisante Frage der ärztlichen Schweigepflicht hätte man aber regeln sollen, *Olzen/Kaya*, JURA 2013, S. 661, 670 f.

⁷⁹ *Spickhoff*, ZRP 2013, S. 65, 69; *Katzenmeier*, NJW 2013, S. 817, 823 f.; *Thurn*, MedR 2013, S. 153, 155, 157; *Hart*, MedR 2013, S. 159, 165.

im Rahmen des § 823 I BGB entwickelt. Diese Norm bleibt neben den §§ 630a-630h BGB weiterhin anwendbar. Es ist daher verständlich, dass etwa die Rechtsprechung durch die neuen Vorschriften keinen Fortschritt, sondern im Wesentlichen nur den Anpassungsbedarf wachsen sieht⁸⁰. Denn die Richter müssen zwischen Vertrag und Delikt hindurchfinden.

5. Die Unterstützungspflicht der Krankenkassen bei Behandlungsfehlern

Das Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten⁸¹, auf dem die Regelung des Behandlungsvertrages beruht, hat noch zahlreiche weitere Gesetzesänderungen mit sich gebracht. Neben der Ergänzung des BGB bilden Novellen der im Fünften Buch des Sozialgesetzbuches (SGB V) geregelten gesetzlichen Krankenversicherung einen weiteren Schwerpunkt des Anliegens, die Rechte der Patientinnen und Patienten zu stärken. Aus verfahrensrechtlicher Sicht besonders interessant erscheint die Neufassung des § 66 SGB V, der die Unterstützung der Versicherten durch die Krankenkassen regelt, wenn es bei der Inanspruchnahme von Versicherungsleistungen zu Behandlungsfehlern gekommen ist. Die Unterstützung bezieht sich auf Schadensersatzansprüche, dies aber freilich nur, soweit diese nicht ohnehin im Wege der *cessio legis* auf die Krankenkasse gemäß § 116 SGB X übergehen. Die Regelung ist an sich nicht neu. Denn schon bisher „konnten“ die Krankenkassen eine solche Unterstützung gewähren (§ 66 a.F. SGB V). Neu ist nur, dass sie dies jetzt tun „sollen“.

Aus prozessualer Sicht ist zunächst klarzustellen, dass die praktische Bedeutung nicht in der gerichtlichen Rechtsverfolgung liegt. Die Krankenkassen sind weder zur Rechtsberatung noch zur Rechtsdienstleistung⁸² im Wege der Prozessvertretung berechtigt. Es geht vielmehr schwerpunktmäßig darum aufzuklären, ob überhaupt ein Behandlungsfehler gemacht wurde. Dafür steht den Krankenkassen aber nur der von ihnen unterhaltene Medizinische Dienst der Krankenkassen

⁸⁰ Thurn, MedR 2013, S. 153, 157.

⁸¹ Vom 20. Februar 2013, BGBl. I, S. 277 ff.

⁸² Preis/Schneider, NZS 2013, S. 281, 287.

(MDK)⁸³ zur Verfügung, dessen Expertisen erfahrungsgemäß vor Gericht nicht ausreichen. Dort werden vielmehr in aller Regel qualifizierte Sachverständigengutachten verlangt, die die Krankenkassen schon aus Kostengründen nicht in Auftrag geben können⁸⁴.

Nimmt man den Wortlaut des § 66 SGB V ernst, müsste die Krankenkasse im Konfliktfalle die Position des Patienten gegenüber der des Behandelnden einnehmen. Dies gefährdet nicht nur die Partnerschaftlichkeit von Krankenkassen und Ärzten⁸⁵, sondern die Neutralität der Krankenkassen als öffentlich-rechtlich verfasste Körperschaften überhaupt. Es wäre daher sehr zu wünschen, dass die Krankenkassen die Unterstützung durch ein „Behandlungsfehlermanagement“ gewähren, das den Neutralitätsgeboten genügt. Zu denken wäre ehestens an eine Ausgestaltung im Sinne einer außergerichtlichen Streitbeilegung (Alternative Dispute Resolution – ADR). Dafür fehlen freilich auch nach der Neuregelung des § 66 SGB V nicht nur hinreichend klare gesetzliche Vorgaben, sondern auch die erforderlichen Mittel. So, wie es jetzt aussieht, werden die einzelnen Kassen wie bisher ihre jeweils eigenen Wege suchen, ihre Mitglieder im Rahmen der jeweils gegebenen finanziellen Möglichkeiten zu unterstützen – ein alles in allem wenig befriedigender Rechtszustand⁸⁶.

IV. Özet

1. Ocak 1900’de yürürlüğe giren alman medeni kanunu (BGB) özel sözleşme hukukunda bu güne kadar artarak detaylı özellikler oluşturmuştur. 2013 yılında şimdilik son sözleşme şekili olarak tedavi sözleşmesi (§§ 630 a-h BGB) kanunlaştırıldı. Bu makale önce yasakoyucunun genel eğilimini ve sonra yeni tedavi sözleşmesini detaylarıyla göstermektedir. O esnada makalenin ağırlığı yeni düzenlemenin usul hukukuna verdiği etkisindedir. Etkilerin biri ispat yüküdedir ve diğeri sağlık sigortaların hastaların hekimlere karşı tazminat taleplerinde yardımda bulunma yükümlülüğüdür.

⁸³ Rechtsgrundlage des MDK sind die §§ 275 ff. SGB V.

⁸⁴ *Preis/Schneider*, NZS 2013, S. 281, 287.

⁸⁵ *Preis/Schneider*, NZS 2013, S. 281, 287 m.Nw.

⁸⁶ Kritisch auch *Preis/Schneider*, NZS 2013, S. 281, 286 f.

V. Literaturverzeichnis

- Flume, Werner*: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band: Das Rechtsgeschäft, 3. Auflage, Berlin u.a. 1979.
- Gauch, Peter*: Das gesetzliche Vertragstypenrecht der Schuldverträge, Festschrift für Heinrich Honsell zum 60. Geburtstag, Zürich 2002, S. 3-29.
- Harke, Jan Dirk*: Vorrang der Nacherfüllung - eine Bilanz, in: Arzt, Markus /Gsell, Beate/Lorenz, Stephan, Zehn Jahre Schuldrechtsmodernisierung, Tübingen 2014, S. 237-260.
- Harke, Jan Dirk*: Allgemeines Schuldrecht, Berlin u.a. 2010.
- Hart, Dieter*: Patientensicherheit nach dem Patientengesetz, MedR 2013, S. 159-165.
- Heck, Philipp*: Grundriß des Schuldrechts, Tübingen 1929.
- Katzenmeier, Christian*: Der Behandlungsvertrag - Neuer Vertragstypus im BGB, NJW 2013, S. 817-824.
- Laufs, Adolf/Katzenmeier, Christian/Lipp, Volker*: Arztrecht, 6. Auflage, München 2009.
- Looschelders, Dirk*: Schuldrecht Besonderer Teil, 9. Auflage, Köln 2014.
- Montgomery, Frank Ulrich/Brauer, Daniel/Hübner, Marlis/Seebohm, Annabel*: Das Patientenrechtegesetz aus Sicht der Ärzteschaft, MedR 2013, S. 149-153.
- Oechsler, Jürgen*: Vertragliche Schuldverhältnisse, Tübingen 2013.
- Olzen, Dirk/Kayan, Eylem*: Der Behandlungsvertrag, §§ 630 a - h BGB, JURA 2013, S. 661-671.
- Preis, Ulrich/Schneider, Angie*: Das Patientenrechtegesetz - eine gelungene Kodifikation?, NZS 2013, S. 281-288.
- Rehborn, Martin*: Patientenrechtegesetz 2013 - Behandlungsvertrag, Mitwirkung, Information, Einwilligung, Aufklärung, MDR 2013, S. 497-502.

Rehborn, Martin: Patientenrechtegesetz 2013 - Dokumentation, Haftung, Beweislast, MDR 2013, S. 564-569.

Spickhoff, Andreas: Patientenrecht und Gesetzgebung - Rechtspolitische Anmerkungen zum geplanten Patientenrechtegesetz, ZRP 2012, S. 65-69.

Thole, Larissa: Das Patientenrechtegesetz - Ziele der Politik, MedR 2013, S. 145-149.

Thurn, Peter: Das Patientenrechtegesetz - Sicht der Rechtsprechung, MedR 2013, S. 153-157.

Windel, Peter A.: Die Modernisierung des deutschen Schuldrechts - äußeres und inneres System, in: Baum, Harald/Bälz, Moritz/Riesenhuber, Karl (Hrsg.), Rechtstransfer in Japan und Deutschland, ZJapanR, Sonderheft 7, 2013, S. 203-232.

Windel, Peter A.: Menschenrecht auf Whistleblowing? (Türkçe Özet Yrd. Doç. Dr. Evrim Erişir), Fasikül Aylık Hukuk Dergisi, Yıl: 4, Sayı: 33, İstanbul 2012, S. 6-10.

Windel, Peter A.: Anmerkung zu EGMR, V. Sektion, Urt. v. 21.7.2011-28274/08 (Heinisch) [Kündigungsschutz bei Whistleblowing] - AP Nr. 235 zu § 626 BGB.

^HÇEKTE DÜZENLEME TARİHİ VE ÖNEMİ

*Doç. Dr. Ali AYLİ**

*Arş. Gör. Didem YARDIMCIOĞLU***

GİRİŞ

Ülkemizde çek kullanımı oldukça yaygındır. Özellikle 19.03.1985 tarihli ve 3167 sayılı Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun'un, 14.12.2009 tarihli ve 5941 sayılı Çek Kanunu ile değiştirilmesi sonrasında getirilen yenilikler, çekin gündemde daha fazla yer bulmasını sağlamıştır. Hatta yeni Çek Kanunu, yürürlüğe girmesinden çok kısa bir süre sonra Çek Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile tekrar değişikliğe uğramış ve dikkatleri çek konusuna daha da bir çekmiştir.

Getirilen yeniliklerin, konumuz açısından en dikkat çekici olanları, karşılıksız çek düzenlemesinin adli yaptırım yerine idari yaptırıma bağlanması ve ileri tarihli çekin 31.12.2017 tarihine kadar ödeme için bankaya ibrazı yasaklanarak, adeta vadeli çek yaratılmış olmasıdır. Çalışmamızda, düzenleme tarihiyle doğrudan ve dolaylı olarak ilgili olan bu hususlar, uygulamada birçok alanda karşımıza çıkabileceği için değinmekte yarar gördük.

Bununla birlikte düzenleme tarihinin çekte temel bir kavram olması ve çek hukukunda neredeyse her alanda bir etkisinin bulunması sebebiyle öncelikle çek hakkında genel birtakım bilgiler vermeyi, ardından esas konumuz olan düzenleme tarihi ve onun doğrudan ve dolaylı etkilerini incelemeyi sistematik açıdan daha doğru bulduk.

^H Hakem incelemesinden geçmiştir.

* Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

** Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Özel Hukuk Bölümü

Bu nedenle çalışmamızda öncelikle çek hakkında kısaca genel bilgiler verip ardından çekin zorunlu unsurlarından düzenleme tarihini; çekin geçerliliğine, düzenleyenin hukuki ehliyetine, ibraz, çekten cayma, protesto, teyitli çekte bankanın sorumluluğu ve zamanaşımı sürelerine olan etkileri bakımından inceleyeceğiz. Son olarak da, eski ve yeni kanun çerçevesinde karşılıksız çek ve ileri tarihli çek düzenlemesi konularına genel hatlarıyla değineceğiz. Zira bu konular ayrı bir çalışmayı gerektirecek kapsam ve öneme sahiptir.

I. GENEL OLARAK ÇEK VE ÇEKİN ZORUNLU UNSURLARI

A. Çek Kavramı

Çek, düzenleyen tarafından çekle işleyen hesabın bulunduğu bankaya (muhabata) hitaben yazılan, üzerinde yazılı belli tutardaki paranın, lehine çek düzenlenmiş şahsa (lehtara) ya da çeki ondan usulüne uygun devralan şahsa (hamile) kayıtsız ve şartsız ödenmesi konusunda bir havaleyi ihtiva eden, kıymetli evrak niteliğine sahip senettir¹.

B. Hukuki Niteliği

1. Kambiyo Senedi Niteliği

Kambiyo senedi kavramı, İsviçre Borçlar Kanunu'nda kullanılan Almanca "Wechsel" teriminin karşılığı olup İsviçre Hukuku'nda sadece poliçe ve bonoyu karşılamaktadır. Çek ise bu kavrama dâhil edilmemiştir. Hukukumuzda ise bono ve poliçenin yanında, çek kavramı da TTK'da kambiyo senetleri başlığı altında düzenlenmiş bulunmaktadır².

¹ Benzer mahiyetteki bir tanım için bkz.: **Domanıç**, Hayri, Türk Ticaret Kanunu Şerhi C. IV, Kıymetli Evrak Hukuku ve Uygulaması, İstanbul 1990, s. 529; Çekin hukuki niteliği konusunda bir görüş birliğinin sağlanamamış olmasından kaynaklı farklı çek tanımları için bkz.: **Kınacıoğlu**, Naci, Kıymetli Evrak Hukuku, Ankara 1999, s. 259 dn. 5; **Hueck**, Alfred/**Canaris**, Claus-Wilhelm, Recht der Wertpapiere, 12. neubearbeitete Auflage, München 1986, s. 178.

² **Pulaşlı**, Hasan, Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre ve 6273 Sayılı Kanunla Değişik Çek Kanunu'nun Yorumu ile Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları, 2. Bası, Ankara 2012, s. 103; **İmregün**, Oğuz, Kıymetli Evrak Hukuku, İstanbul 2003, s. 118, dn. 1; **Aydın**,

“Kambiyo taahhüdü” deyimi ise hukukumuzda çeşitli kanunlarda ele alınmıştır (MK m. 429/1, m. 462/1; BK m. 133/2, m. 46/3; TTK m. 1070). Bu hükümlerin tamamında “kambiyo taahhüdü” deyimi, kredi işlemi ifade etmek üzere bir poliçe veya bono ile borçlanmak anlamında kullanılmıştır. Bu doğrultuda, kredi aracı olmayan çekin kambiyo senedi vasfında olup olmadığı hususunda bir tartışma gündeme getirilebilir. Fakat hem mevzuatımızdaki düzenlenme şekli hem de kambiyo senetlerine ilişkin sert ve şekilci hükümlere tabi olması sebepleriyle çek taahhüdü bir kambiyo taahhüdü olarak, çek de bir kambiyo senedi olarak kabul edilmelidir³.

2. Havale Niteliği

Yukarıdaki tanımdan da anlaşılacağı üzere, çekin temelinde de poliçede olduğu gibi bir havale ilişkisi yatmaktadır⁴. Havale, 6098 sayılı BK m. 555’de şöyle tanımlanmıştır:

“Havale, havale edenin, kendi hesabına, para, kıymetli evrak ya da diğer bir misli eşyayı havale alıcısına vermek üzere havale ödeyicisini; bunları kendi adına kabul etmek üzere havale alıcısını yetkili kıldığı bir hukuki işlemdir.”

Havale eski Borçlar Kanunu’nun 457 inci maddesinde bir sözleşme olarak zikredilmiş olsa da; öğretilerdeki baskın görüşe göre, çifte yetki veren ve üçlü ilişki doğuran bir hukuki işlem olarak nitelendirilmekteydi⁵. Çünkü havale eden, aynı işlem ile havale ödeyicisine ödeme (ifa) yetkisi, havale alıcısına da ödemeyi (ifayı) talep/tahsil yetkisi vermektedir. Havale eden ile havale ödeyicisi arasındaki ilişkiye *karşılık ilişkisi*; havale eden ile havale alıcısı arasındaki ilişkiye *bedel ilişkisi*; havale alıcısı ile havale ödeyicisi

Nahit Gürhan, “Kambiyo Senetlerinde Protesto”, s. 4, <http://www.dunyahukuk.com/documents/full-makale-kambiyo-senetleri.pdf>, 19.12.2012.

³ **Pulaşlı**, s. 103-104; Karşı görüş için bkz. **Can**, Mertol, 6762 sayılı ve Türk Ticaret Kanunu ile 6273 sayılı Kanunla değişik 5941 sayılı Çek Kanunu Hükümleri Dairesinde Kıymetli Evrak Hukuku, 2. Bası, Ankara 2012, s. 145.

⁴ **Kendigelen (Ülgen/Helvacı/Kaya)**, Kıymetli Evrak Hukuku, Yedinci Bası, İstanbul 2013, s. 233; **Öztan**, Fırat, Kıymetli Evrak Hukuku, 17. Bası, Ankara 2012, s. 231.

⁵ **Ülgen**, Hüseyin, “Havalenin Geri Alınması”, İÜHFM, C. XXXII, S. 2-4’den ayrı bası, İstanbul 1967, s. 2.

arasındaki ilişkiye de *ödeme ilişkisi* ya da *havale ilişkisi* denir⁶. Bu son ilişki olan *ödeme (havale) ilişkisinin* meydana gelmesinde, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun beyanları ve dolayısıyla uzlaşmaları söz konusu olmadığından, havalenin bir sözleşme olmadığı ileri sürülmektedir⁷. Yeni Kanun da, artık, öğretilerdeki baskın görüş doğrultusunda havaleyi bir sözleşme olarak değil, hukuki işlem olarak nitelendirmektedir.

Çek düzenlenmesinde de üçlü bir ilişki söz konusu olup, düzenleyen, çekle işleyen hesabın bulunduğu bankaya (muhataba), lehine çek düzenlenmiş şahsa (lehbara) ya da çeki ondan usulüne uygun devralan şahsa (hamil), kendi hesabına belirli bir bedeli ödeme yetkisi; keza hamile de çek bedelini muhataptan talep/tahsil yetkisi vermektedir⁸. Böylece çekte de bir havale ilişkisi söz konudur. Ancak bu alelde bir havale ilişkisi olmayıp; nitelikli bir havale ilişkisidir⁹. Çünkü poliçede olduğu gibi, çek de bir takım şekil şartlarını içermeli, yazılı olmalı ve özellikle kayıtsız ve şartsız bir ödeme emrini içermelidir¹⁰.

Çekin, alelde havaleden bir diğer önemli farkı da, düzenleyenin (muhil), TTK m. 808 uyarınca, çekin ödenmemesinden dolayı sorumlu olması ve bu sorumluluktan herhangi bir şekilde (özellikle sorumsuzluk kızı ile) kurtulamamasıdır¹¹. Zira TTK m. 818/1, c'nin TTK m. 679'a yaptığı yollama nedeniyle, çek üzerinde, ödenmeme halinde düzenleyenin

⁶ **Ülgen (Helvacı/Kendigelen/Kaya)**, s. 99; **Arı (Karahana/Bozgeyik/Saraç/Ünal)**, Kıymetli Evrak Hukuku, Birinci baskı, Konya 2013, s. 331.

⁷ **Ülgen**, Havalenin..., s. 3.

⁸ **Kendigelen (Ülgen/Helvacı/Kaya)**, s. 233; **Poroy/Tekinalp**, Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, İstanbul 2001, s. 240; **Şahinalp**, Kaan, "Çekte Muhatap ve Muhatapın Hukuki Sorumluluğu", SD. Sayı: 39, s. 79, <http://www.dergi.sayistay.gov.tr/icerik/fer39m5/pdf>, 19.12.2012; **Can**, s. 140; **Battal**, Ahmet, "Yabancı Para Üzerinden Düzenlenen Çeklerin Tahsili Konusundaki Çeşitli İhtimallerin İncelenmesi", İHFM, C. LVI, S. 1-4, Y. 1998, s. 223, <http://www.iudergi.com/tr/index.php/hukukmecmua/article/viewFile/3856/3446>, 19.12.2012.

⁹ **Erdoğan**, Mehmet Şirin, "Kambiyo Senetlerinde İyiniyetli Hamilin Korunması", TBBD, S. 2, Y. 1999, s. 366, <http://www.erdoganhukuk.com/dosyalar/kombiyo.pdf>, 19.12.2012; **Arı (Karahana/Bozgeyik/Saraç/Ünal)**, s. 331; **Aydın**, s. 9.

¹⁰ **Pulaşlı**, s. 223.

¹¹ **Kınacıoğlu**, s. 260; **Poroy/Tekinalp**, s. 240.

sorumlu olmayacağına ilişkin bir kayda yer verilemez; böyle bir kaydın mevcudiyeti her hangi bir hüküm doğurmaz.

Hukukumuzda muhatabın 5411 sayılı BankK m. 3 kapsamında bir banka olması zorunludur¹². “Banka” ile kast edilen, Bankacılık Kanunu’na tabi olan kuruluşlardır. Ancak ödeme yeri Türkiye dışında olan çekler hakkında “banka” teriminden hangi kuruluşların anlaşılacağı ödeme yeri hukukuna göre belirlenecektir (TTK m.815). Dolayısıyla, yabancı bir hukuk sisteminde “banka” terimi ile kast edilenin, bizim hukukumuzda öngörül-
düğü gibi mevduat, katılım ve yatırım bankaları olmaması, hatta bir tüzel kişi değil de bir gerçek kişi olması dahi mümkündür.

3. Ödeme Aracı Niteliği

Ekonomik fonksiyonu itibariyle ise çek, poliçe ve bonodan farklı olarak sadece bir ödeme aracıdır¹³. Esasen Mevzuatımızda çekin ödeme aracı olduğuna dair açık bir hüküm bulunmamaktadır. Fakat 6102 sayılı TTK m. 795/1, “Çek görüldüğünde ödenir. Buna aykırı herhangi bir kayıt yazılmamış hükmündedir.” demek suretiyle çekte vadeyi yasaklamış bulunmaktadır. Dolayısıyla Kanun koyucunun çekin bir kredi aracı olarak değil de ödeme aracı olarak kullanılmasını arzu ettiği söylenebilir. Diğer kambiyo senetleri olan poliçe ve bono ise, bir vade ihtiva edebileceklerinden, ekonomik fonksiyonları itibariyle birer kredi aracı olarak kabul edilmektedirler.

C. Tarihi Gelişimi

Tarihi açıdan baktığımızda çek, kişilerin paralarını muhafaza etmek üzere belirli kimselere tevdi ettikleri ilk günlerden itibaren görülmeye başlanmış ve gelişerek günümüze kadar gelmiştir. Özellikle parasını sarraflara, bankarlara ya da bankalara tevdi etmiş olan kişilerin, parasını tevdi etmiş olduğu bu kişiye hitaben yazdığı ve ödeme emri içeren bir senedin teslimi ile

¹² Pulaşlı, s. 227; Kaya, Esra, “Türk Hukukunda Muhatap Bankanın İnceleme Yükümlülüğünün Kapsamı”, Tezsiz Yüksek Lisans Dönem Projesi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk (Ticaret Hukuku) Anabilim Dalı, Ankara 2008, s. 7, <http://acikarsiv.ankara.edu.tr/browse/3583/4471.pdf?show>, 19.12.2012.

¹³ Hueck/Canaris, s. 179; İmregün, s. 119; Arı (Karahan/Bozgeyik/Saraç/Ünal), s. 331 vd.; Öztan, 2012, s. 234.

parası üzerinde tasarruf edebilmesi çekin gelişiminin başlangıcını oluşturur¹⁴.

D. İktisadi Önemi

Çek, düzenleyeni nakit paranın taşınması ve saklanmasıyla beraberinde getirdiği çalınma, yanlış sayma gibi sakıncalardan kurtardığı ve bu paranın kullanılmadığı sürece düşük de olsa faizle nemalandırılmasına imkân sağladığı gibi, bir yandan da tedavüldeki nakit paranın belirli mali kuruluşlar nezdinde toplanması ve giderek kaydi para olarak kullanılmasına olanak sağlaması suretiyle gerek bu kuruluşların, gerek ülke ekonomisinin yararına sonuçlar doğurmaktadır. Bu yönüyle birçok ülkede çek kullanımı kanun koyucular tarafından sürekli teşvik edilmiştir¹⁵. Ancak belirtmek gerekir ki, ödemelerde büyük kolaylık sağlamakla birlikte, çek, kanuni bir ödeme aracı olmadığından, parayla eşdeğer değildir¹⁶.

E. Çekin Zorunlu Unsurları

Bir senedin çek olarak nitelendirilebilmesi için, TTK m. 780 ve Çek K. m. 2/7’de sayılan aşağıdaki unsurları ihtiva etmesi gerekir:

1. Çek Kelimesi

Senedin çek olarak geçerlilik kazanabilmesi için aranan ilk şart, “çek” kelimesinin senette kısaltma yapılmaksızın yer almasıdır¹⁷. Senet Türkçe’den başka bir dille yazılmışsa, o dilde çek kelimesinin karşılığı olarak kullanılan kelimenin kısaltma yapılmaksızın senet metninde yer alması gerekir zorunludur (TTK m. 780/1, a). Eski TTK döneminde “çek” kelimesinin senedin neresinde yer alması gerektiğine dair herhangi bir açıklık bulunmamaktaydı (ETTK m. 693/1). Bu muğlaklık doktrinde tartışmalara sebep olmaktadır¹⁸.

¹⁴ Kendigelen (Ülgen/Helvacı/Kaya), s. 232.

¹⁵ Kendigelen (Ülgen/Helvacı/Kaya), s. 232, 233’den naklen.

¹⁶ Öztan, 2012, s. 234.

¹⁷ Öztan, 2012, s. 239.

¹⁸ O dönemde dahi İmregün, TTK’nın çek kelimesinin senet metninde bulunması gerektiğini açıkça belirtmemesine rağmen, Cenevre Anlaşmasına uygun olarak bu kelimenin senet metninde yer almasının gerekli olduğuna işaret etmekteydi (İmregün, s. 123 vd.).

Uygulamada ise çek yaprakları bankalarca matbu şekilde basılmakta ve hem senet başlığında hem de metin içerisinde “çek” kelimesine yer verilmekteydi. 6102 Sayılı TTK, doktrinel tartışmalar doğrultusunda bu konuyu açık bir şekilde düzenlemiş ve “çek” kelimesinin senet metni içerisinde yer alması gerektiğine değinmiştir (TTK m. 780/1, a). Dolayısıyla, artık senet metni dışında, örneğin sadece senet başlığında “çek” kelimesinin yer alması senedin çek olarak geçerlilik kazanmasına yetmeyecektir¹⁹.

2. Belirli Bir Bedelin Kayıtsız ve Şartsız Ödenmesi Emri

Çek kayıtsız ve şartsız belirli bir bedelin ödenmesine ilişkin havaleyi ihtiva etmelidir (TTK m. 780/1, b). Dolayısıyla ödemenin her hangi bir şekilde şarta bağlı kılınması, senedin çek olarak geçerlilik kazanmasına engel olur²⁰. Ayrıca ödenecek bedelin de senedin üzerinde yer alması ve belirli olması, yani belirli bir miktar para (Türk parası veya yabancı para-TTK m. 802) olarak ifade edilmesi gerekir. Belirlenebilir mahiyette olması yetmez.

Bedel, imzanın kapsamında kalmak koşuluyla çekin herhangi bir yerinde yer alabilir²¹. Senet metni içinde yer alması şart değildir. Bedele ilişkin para miktarı rakamla veya yazıyla ya da her ikisiyle birlikte belirtilmiş olabilir. Bedel hem yazı hem rakam ile gösterilmiş ve aralarında fark var ise, yazı ile gösterilen (TTK m. 818/1, b'nin yaptığı atıf dolayısıyla TTK m. 676); çek üzerinde farklı yerlerde gösterilen iki meblağ da yazı veya rakam olmakla beraber aralarında fark varsa, küçük olan bedel (TTK m. 676/2) esas alınır.

3. Muhatabın Ticaret Unvanı

TTK'ya göre, bir senedin çek olarak geçerlik kazanabilmesi için muhatabın ticaret unvanını içermesi gerekmektedir (TTK m. 780/1,c)²². Yeni

¹⁹ Kendigelen (Ülgen/Helvacı/Kaya), s. 237; Arı (Karahan/Bozgeyik/Saraç/Ünal), s. 341; Pulaşlı, s. 249; Can, s. 146-147.

²⁰ Can, s. 147; Arı (Karahan/Bozgeyik/Saraç/Ünal), s. 341.

²¹ Kendigelen (Ülgen/Helvacı/Kaya), s. 237.

²² Çek üzerinde muhatabın ticaret unvanının belirtilmemiş olması çeki geçersiz kılacağı gibi bir havale ilişkisinden de bahsedilemez; zira, havale ödeyicisi belli değildir. Böyle

düzenlemeyle, ETTK’da yer alan “*muhatabın adı soyadı*” ibaresi, “*muhatabın ticaret unvanı*” şeklinde değiştirilmiştir. Yapılan bu düzenleme ilk bakışta isabetlidir; çünkü hukukumuzda göre çekte muhatap ancak BankK m. 3 kapsamında bir banka olabilir²³. Bankalar ise anonim şirket şeklinde kurulan tüzel kişilerdir²⁴. Dolayısıyla ad ve soyadları olamaz, ancak ticaret unvanları olabilir. Fakat düzenlemede gözden kaçırılan nokta, yabancı hukuk sistemlerinde “banka” kavramı ile kast edilenin bizim hukukumuzdaki şekliyle bir banka olamayabileceği durumudur. Zira TTK’ya göre, ödeme yeri Türkiye dışında olan çekler hakkında “banka” teriminden hangi kuruluşların anlaşılacağı ödeme yeri hukukuna göre belirlenecektir (TTK m. 815). Yabancı hukuk sistemlerinde “banka” deyimiyile her zaman mutlaka anonim şirket şeklinde kurulmuş bir tüzel kişilik kast edilmiş olmayabilir. Bu deyimle kast edilen, bir gerçek kişi ya da tüzel kişiliği olmayan iktisadi bir topluluk da olabilir. Dolayısıyla madde hükmündeki düzenlemenin her türlü olasılığa cevap verebilir durumda olabilmesi için “muhatabın adı” şeklinde bir düzenleme yapılması daha isabetli olurdu. Zira, tüzel kişilerin de gerçek kişilerin de bir adı bulunduğundan, böyle bir düzenleme her türlü olasılığa cevap verecek nitelikte olacaktır²⁵.

bir senet yazılı delil başlangıcı olarak değerlendirilebilir (Arı (Karahana/Bozgeyik/Saraç/Ünal), s. 342).

²³ Arı’ya göre TTK açısından birden fazla bankanın muhatap gösterilebilmesi mümkün iken, Çek K. m. 2’ye göre birden fazla bankanın muhatap gösterilmesi fiilen mümkün değildir (Arı (Karahana/Bozgeyik/Saraç/Ünal), s. 342 dn. 43); Buna karşılık bizim de benimsediğimiz ve Öztan tarafından ileri sürülen görüşe göre, TTK’nın kabul ettiği sisteme göre Türkiye’de ödenecek çeklerde, muhatap olarak, yalnızca bir banka gösterilebilir (TTK m. 782/1) (Öztan, 2012, s. 241).

²⁴ 4389 Sayılı Bankalar Kanunu’nun Tanımlar başlıklı 2. maddesinde, “banka” ibaresinin, bu Kanuna göre banka adı altında Türkiye’de kurulan kuruluşlar ile yurtdışında kurulu bankaların Türkiye’deki şubelerini ifade edeceği düzenlenmiştir. Öte yandan, 20/6-e maddesinde, özel finans kurumlarının da gerek TTK’nın gerek ÇekK’nın çeki ilişkin hükümlerinin uygulanması bakımından banka sayılacağı düzenlenmiştir. O halde, Türkiye’de ödenecek çekler bakımından, ancak, Bankalar Kanununa göre banka adı altında Türkiye’de kurulan kuruluşlar veya yurtdışında kurulu bankaların Türkiye’deki şubeleri ya da özel finans kuruluşları muhatap olabilecektir.

²⁵ Can, s. 148; Karş. İmregün, s.124.

Banka niteliğine haiz olmayan bir gerçek veya tüzel kişi üzerine çekilen senet, çek niteliğine sahip olmasa da, havale hükmündedir²⁶.

4. Ödeme Yeri

TTK m. 780/1, d uyarınca, çek, ödeme yerini de ihtiva etmelidir, fakat aşağıda da değineceğimiz üzere, esasen çekte ödeme yerinin gösterilmesi TTK'ya göre zorunlu değildir²⁷. Bununla birlikte çekte ödeme yerinin gösterilmesi, Türk hukuku bakımından özellikle ödeme için ibraz sürelerinin tespiti hususunda önem arz eder. Ayrıca, yabancılık unsuru taşıyan bir çekte, muhatap olma ehliyetinin saptanması (TTK m. 819), şekil ve müddetler (TTK m. 820, m. 767) ile ödemeye ilişkin bazı önemli hususların (TTK m. 822) belirlenmesinde de ödeme yeri kanunları esas alınır²⁸.

Çekte ödeme yerinin belirlenmesi bakımından TTK m. 781/2'de alternatifli bir sistem kabul edilmiştir. Buna göre, çek üzerinde ödeme yeri açıkça gösterilmemişse, muhatabın ticaret unvanı yanında yazılı yer ödeme yeri sayılır. Şayet burada birden fazla yer gösterilmişse, çek ilk gösterilen yerde ödenir. Ödeme yeri açıkça gösterilmemiş ve muhatabın ticaret unvanı yanında herhangi bir yer ismi de yazılı değilse, çek muhatabın iş merkezinin (merkez şubenin) bulunduğu yerde ödenir.

Şu an için uygulamada düzenlenen çeklerde ayrıca bir ödeme yeri gösterilmemekte; bununla beraber, ÇekK m. 2/7 uyarınca çek defterlerinin her yaprağına, çek hesabının bulunduğu şubenin adı (örn: Türkiye Garanti Bankası A.Ş. Diyarbakır Şubesi) zorunlu olarak yazılmaktadır. Dolayısıyla, 26.02.2003 tarihli değişiklikle ÇekK'na bu hükmün eklenmesinden itibaren, çek hesabının bulunduğu şube yerinin, aynı zamanda ödeme yeri olarak nitelendirileceğini ve düzenleyenin çekte ödeme yerini yazmamasının çeki geçersiz hale getirmeyeceğini söyleyebiliriz²⁹.

²⁶ İmregün, s. 125.

²⁷ İmregün, s.125.

²⁸ Öztan, 2012, s. 242.

²⁹ Arı (Karahana/Bozgeyik/Saraç/Ünal), s. 344; Kendigelen, Abuzer, Çek Hukuku, 4. Bası, İstanbul 2007, s. 84; Pulaşlı, s. 261;

5. Düzenleme Yeri

Düzenleme yeri, tıpkı ödeme yeri gibi alternatif zorunlu unsurdur. Yani çek üzerinde hiç bulunmaması çeki geçersiz hale getirir, fakat çek üzerinde bulunacağı yer açısından kanun çeşitli alternatifler öngörmüştür. TTK m. 781/3, “*Düzenlenme yeri gösterilmemiş olan çek, düzenleyenin adı yanında yazılı olan yerde düzenlenmiş sayılır.*” demektedir. Dolayısıyla, düzenleme yeri çek üzerinde (ön yüzünde) açıkça gösterilmemiş ve düzenleyenin ad ve soyadı (ya da imzasının)³⁰ yanında da her hangi bir yer ismi yazılı değilse, senedin çek vasfını kazanması mümkün olmayacaktır³¹. Ayrıca birden fazla düzenleme yeri gösterilmesi de çekin geçersizliği sonucunu doğurur³². Çünkü düzenleme yeri, düzenleme günü ile birlikte ödeme için ibraz sürelerinin hesaplanması bakımından önem arz etmektedir. Türk hukukunda çekte düzenleme yeri ile ödeme yerinin aynı veya farklı olmasına göre değişik (10 gün, 1 ay, 3 ay gibi) ibraz süreleri uygulanmaktadır. Geçersiz hale gelen çek adı havale hükmünde sayılır³³.

Düzenleme yeri, düzenleme tarihi ile birlikte ibraz süreleri açısından büyük önem taşımaktadır. İbraz sürelerinin belirlenmesi düzenleme yerine göre yapılırken, ibraz sürelerinin başlangıcı düzenleme tarihine göre belirlenir³⁴. Dolayısıyla düzenleme yeri ile esas konumuz olan düzenleme tarihi arasında oldukça yakın bir ilişki bulunmaktadır. Bu nedenle, çalışmamızda,

³⁰ TTK m. 781/3’te düzenleyenin ad ve soyadından bahsedilmişse de, TTK m. 780’de zorunlu unsurlar arasında özellikle “düzenleyenin imzası” sayılmıştır. Dolayısıyla düzenleyenin “ad ve soyadı” ibaresini düzenleyenin imzasını da ihtiva edecek şekilde anlamak gerekir. Zira düzenleyenin ad ve soyadının yazılı olması çekte zorunlu bir unsur olmayıp, sadece imzasını ihtiva eden senet de diğer zorunlu unsurların da yer alması kaydıyla çek vasfına sahiptir. Bu durumda, imzanın yanında yazılı olan yer düzenleme yeri olarak kabul edilmelidir (Bkz.: **Kendigelen** s. 93). Ayrıca çekin arkasında yazılı yer adı düzenleme yeri olarak kabul edilemez (**Arı (Karahana/Bozgeyik/Saraç/Ünal)**, s. 347).

³¹ **Öztan**, 2012, s. 243.

³² **Kendigelen (Ülgen/Helvacı/Kaya)**, s. 241; **Öztan**, 2012, s. 244.

³³ **İmregün**, s. 127; **Pulaşlı**, s. 258.

³⁴ **Bilgen**, Mahmut, “Kambiyo Senetlerinde Tahrifat (Değişiklik Yapılması)”, DEÜHFD, C. 11, Özel S. 2009, Basım Yılı: 2010, s. 998, <http://web.deu.edu.tr/hukuk/dergiler/dergimiz11-9-ozel/ozel>, 19.12.2012.

düzenleme yeri, çekin diğer unsurlarına nazaran daha ayrıntılı olarak incelenecektir.

Düzenleme yerinin (yukarıda belirttiğimiz önemine binaen), mutlaka bir mülki idare birimi olması gerekir. Aksi takdirde ibraz süresinin tespiti mümkün olmaz. Mülki idare birimleri düzenleme yeri olarak yazılırken açıkça anlaşılır olmak koşuluyla kısaltılabilir. Fakat “mülki idari birim” ile kast edilenin sadece il veya ilçeler mi olduğu; yoksa kasaba, köy, belde adları gibi yerleşim birimi adlarının da çekte yazılmasının mümkün olup olmadığı hususunda doktrinde tartışmalar bulunmaktadır. Doktrindeki görüşlerden biri, mutlaka il adının yazılmasının gerekmediği, çekin düzenlendiği ilçe, köy vb. yerlerin de isimlerinin yazılabileceğini savunmaktadır³⁵. Başka bir görüşe göre ise düzenleme yeri mutlaka idari birim olarak gösterilmeli, dolayısıyla sadece il veya ilçe isimleri çekte düzenleme yeri olarak yazılabilmelidir³⁶.

Bu konuda Yargıtay ceza daireleri ile hukuk daireleri arasında da görüş birliği bulunmamaktadır. Yargıtay 10. Ceza Dairesi bir kararında kasabaların düzenleme yeri olarak çekte gösterilebileceğini belirtmiştir. Oysa Yargıtay 12. Hukuk Dairesi ise bir kararında çekte düzenleme yeri olarak sadece sokak ismi yazılamayacağını, mutlaka il ya da ilçe adının da belirtilmesi gerektiğini belirtmiştir³⁷.

Dolayısıyla, somut olayın özelliklerine göre hareket edilerek, birden fazla aynı isimli ilçe adı olduğunda o ilçenin bağlı olduğu ilin isminin de çekte belirtilmesi karışıklıkları önleyecektir. Aynı şekilde köy, kasaba, sokak isimlerinin de bağlı oldukları ilçe veya özellikle il isimlerinin yazılması suretiyle çekte belirtilmesi, çekin geçersiz hale gelmesi olasılığını en aza indirecektir³⁸.

³⁵ Arı (Karahan/Bozgeyik/Saraç/Ünal), s. 347.

³⁶ Pulaşlı, s. 258.

³⁷ Pulaşlı, s. 258; Yargıtay kararları için bkz.: Yarg. 10. CD. E. 6790/K. 8581, T. 14.9.1992; Yarg. 12. HD. E. 11001/K. 11719, T. 6.10.1994, <http://www.kazanci.com>, 19.12.2012.

³⁸ Pulaşlı, s. 258; Narbay, bu durumun belirsizlik oluşturduğunu, bu nedenle çekin geçersiz sayılması gerektiğini ileri sürmektedir (Narbay, Şafak, Çekten Cayma ve Ödeme Yasağı, İkinci Bası, İstanbul 1999, s. 39).

Bu konuda değinmemiz gereken bir başka husus ise düzenleme yerinin kısaltılarak yazılması durumudur. Yargıtay, 14.12.1992 tarih ve 1992/1-1992/5 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında düzenleme yerinin “... hiçbir duraksamaya yer vermeyecek şekilde anlaşılabilir olması koşulu ile...” (örneğin İst.) kısaltılarak da yazılmasının mümkün olduğunu kabul etmiş ve böylelikle, düzenleme yerine yönelik olarak salt bir kısaltma kullanılmasının çekin geçersizliğine yol açmayacağı sonucuna varmıştır. Bununla birlikte doktrinde, birden çok yer adını çağrıştıran ve bu nedenle duraksamaya ve karışıklığa yol açan kısaltmaların çeki geçersiz kılacağı tartışmasızca kabul edilmektedir³⁹.

Ödeme için ibraz sürelerinin hesabında düzenleme yerinin etkisi TTK’da düzenlenmiştir. Buna göre; eğer bir çek düzenlendiği yerde ödenecekse on gün; düzenlendiği yerden başka bir yerde ödenecekse bir ay içinde muhatabına ibraz edilmelidir (TTK m. 796/1).

Ödeneceği ülkeden başka bir ülkede düzenlenen çek, düzenlenme yeri ile ödeme yeri aynı kıtada ise bir ay ve ayrı kıtalarda ise üç ay içinde muhataba ibraz edilmelidir. Bu bakımdan, bir Avrupa ülkesinde düzenlenip de Akdeniz’e sahili bulunan bir ülkede ödenecek olan ve aynı şekilde Akdeniz’e sahili olan bir ülkede düzenlenip bir Avrupa ülkesinde ödenmesi gereken çekler, aynı kıtada düzenlenmiş ve ödenmesi şart kılınmış sayılacaktır (TTK m. 796/2).

Akdeniz’e sahili olan ülkelerin Avrupa ülkeleri ile aynı kıtada sayılmasının temeli Cenevre Yeknesak Konvansiyonu’na dayanmaktadır. 19. yy. sonlarından itibaren, tüm ülkeler açısından ortak bir kambiyo mevzuatının oluşturulması istemiyle önce Lahey’de sonra Cenevre’de konferanslar düzenlenmiştir. Cenevre Konferansları sonrasında ortaya çıkan ve 7 Temmuz 1930 tarihinde kabul edilen “Poliçe ve Bonolar Hakkında Cenevre Yeknesak Kanunu”, “Poliçe ve Bonolara İlişkin Bazı Kanunlar İhtilafının Çözümüne Dair Cenevre Konvansiyonu” ve “Poliçe ve Bonolara İlişkin Damga Resmi Kanunlarına Dair Konvansiyon” bu yolda yapılan çalışmaların sonuçlarını

³⁹ Kendigelen (Ülgen/Helvacı/Kaya), s. 242; Arı (Karahan/Bozgeyik/Saraç/Ünal), s. 348; Öztan, 2012, s. 244.

bir araya getirmiştir. 19 Mart 1931'de yapılan konferansta da çek hakkında üç ayrı konvansiyon kabul edilmiştir⁴⁰.

Bu konvansiyonlara ABD, İngiltere ve İngiliz Uluslar Topluluğu'na dâhil ülkelerin birçoğu katılmamıştır. Dolayısıyla günümüzde kambiyo senetleri hukuku alanında iki büyük sistemin varlığından söz edebiliriz. Bunlardan birincisi, Cenevre Konvansiyonları sistemi; ikincisi ise 1882 tarihli Bills of Exchange Act'e dayanan Anglo-sakson hukuk sistemidir⁴¹. Mevzuatımız açısından da Cenevre Konvansiyonları sisteminin dolaylı kabul edildiği söylenebilir.

Son olarak belirtmeliyiz ki, çekte gösterilen düzenleme yerinin gerçeğe uygun olması şart değildir. Nasıl ki ibraz süresini uzatmak ya da kısaltmak için çekin gerçekte düzenlendiği değil, daha önceki ya da daha sonraki bir tarih düzenleme tarihi olarak gösterilebiliyorsa, aynı şekilde, örneğin ödeme yerinde düzenlenmiş olmasına rağmen, çek üzerine farklı bir yerin yazılması ve bu yolla da ibraz süresinin uzatılması mümkündür⁴². Bununla birlikte hiç olmayan (hayali) bir yerin düzenleme yeri olarak gösterilmesi mümkün değildir⁴³.

6. Düzenleme Tarihi

Çalışmamızın esas konusunu oluşturan düzenleme tarihi de çekin zorunlu unsurlarındandır. Bu unsur bir geçerlilik koşulu olmanın⁴⁴ yanında, ibraz süreleri, ehliyet, temsil ve tasarruf yetkisi gibi başka açılardan da büyük önem taşımaktadır⁴⁵. Keza ibraz sürelerinin bitimine bağlı olarak, cironun en geç ne zamana kadar yapılabileceği (TTK m. 793/1), çekten

⁴⁰ **Aygün**, Mesut, Milletlerarası Özel Hukukta Kambiyo Senetleri, Eskişehir Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Tezi, Ocak 2008, s. 1, <http://www.belgeler.com>, 19.12.2012.

⁴¹ **Aygün**, s. 2.

⁴² **Kendigelen (Ülgen/Helvacı/Kaya)**, s. 241; **Arı (Karahana/Bozgeyik/Saraç/Ünal)**, s. 347; **İmregün**, s. 128.

⁴³ **Arı (Karahana/Bozgeyik/Saraç/Ünal)**, s. 347.

⁴⁴ **Bahtiyar**, Mehmet, "5941 Sayılı Çek Kanunu Açısından İleri Tarihli Çek", Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sy. 2, Aralık 2013, s. 48; **İmregün**, s. 126.

⁴⁵ **Bahtiyar**, Mehmet, "Yargıtay Kararları Işığında Kambiyo Senetlerinde Keşide Tarihi ve İmkânsızlığı", Makaleler I, İstanbul 2008, s. 237.

caymanın hüküm doğuracağı zamanın tespiti (TTK m. 799/1)⁴⁶, protesto veya eşdeğer yöntemlerle ödememenin tespiti süreleri (TTK m. 809/1), karşılıksız çek düzenlenmesi nedeniyle idari yaptırımların uygulanmasını talep hakkının doğumu (ÇekK. M. 5/1) açılarından da düzenlenme tarihinin büyük önemi bulunmaktadır⁴⁷. Düzenleme tarihinin ayrıntılı şekilde incelemesini ayrı bir başlık altında yapacağımız için burada sadece, düzenleme tarihi yazılmaksızın bankaya ibraz edilen çekin geçersiz olduğunu belirtmekle yetiniyoruz.

7. Düzenleyenin İmzası

Bir çekin geçerli olabilmesi için gerekli şartlardan bir diğeri de düzenleyenin imzasıdır. TTK m. 818'in yapmış olduğu atıf sebebiyle poliçelerde düzenleyenin imzası hakkında belirtilen tüm özellikler, çekler hakkında da uygulanacaktır.

İmza çekin ön yüzünde ve senet metninin tümünü kapsayacak şekilde yer almalıdır ve imzanın el yazısı ile atılmış olması gerekir⁴⁸. Bu sebeple imza yerine parmak basmak, tasdik edilmiş bir işaret ya da mühür kullanmak çeki geçersiz kılacaktır⁴⁹.

Bu konuda değinilmesi gereken önemli bir husus da güvenli elektronik imza⁵⁰ ile çekin imzalanmasının geçerli olup olmayacağı durumudur. TTK bu konuda açık bir hüküm sevk etmiş bulunmaktadır (TTK m. 1526/1). Bu hükme göre, poliçe, bono, çek, makbuz senedi, varant ve kambiyo senetlerine benzeyen senetler güvenli elektronik imza ile düzenlenemeyecektir. Bu senetlere ilişkin kabul, aval ve ciro gibi senet üzerinde gerçekleştirilen işlemler güvenli elektronik imza ile yapılamayacaktır. Dolayısıyla, düzenleyenin imzasının mutlaka ıslak imza şeklinde olması, düzenleyenin bizzat bu

⁴⁶ Bu hususta ayrıntılı Bilgi İçin bkz.: **Kendigelen**, Abuzer, “Çekten Cayma ve Ödeme Yasağı (TTK. 711)”, Makalelerim, C. I, 1986-2001, 2. Bası, s. 83 vd.

⁴⁷ **Bahtiyar**, “Yargıtay Kararları Işığında...”, s. 240; **Bahtiyar**, “5941 Sayılı Çek...”, s. 49.

⁴⁸ **Kendigelen (Ülgen/Helvacı/Kaya)**, s. 242.

⁴⁹ **Kendigelen (Ülgen/Helvacı/Kaya)**, s. 242.

⁵⁰ Güvenli elektronik imza hakkında daha detaylı bilgi için bkz.: **Gülaçtı**, Ersin, “Elektronik İmza ve Güvenlik”, http://www.uekae.tubitak.gov.tr/uekae_content_files/EtkinlikWeb/E-imza.pdf, 19.12.2012.

imzayı elle atması gerekmektedir. Güvenli elektronik imza ile imzalanan çekler ise çek vasfı taşımayacaklardır. Bununla birlikte, el yazısı ile atılmış bir imzayı ihtiva etmek kaydıyla, imzanın gerçekte düzenleyen veya yetkili temsilcisine ait olmaması, TTK m. 677’de düzenlenmiş olan “imzaların bağımsızlığı ilkesi” uyarınca senedin çek vasfına sahip olmasını ve senet üzerinde imzası bulunan (ciranta, avalist gibi) diğer kimselerin sorumluluğunu etkilemez⁵¹.

II. DÜZENLEME TARİHİ VE ÇEK HUKUKUNDAKİ ÖNEMİ

A. Çekte Düzenleme Tarihi

1. Genel Olarak

TTK’deki açık düzenleme uyarınca bir çekte düzenleme tarihinin gösterilmesi zorunludur. Aksi takdirde, diğer tüm zorunlu unsurları ihtiva etse dahi çek geçerliliğini kaybedecektir (TTK m. 780/1, e). Düzenleme tarihini içermediği için çek sayılmayan bir senet, nama veya emre yazılı olmak kaydıyla adi havale hükmünde sayılacak; hamiline düzenlenmiş olması halinde ise, havale alıcısını içermediği için havale olarak da nitelendirilemeyecek, sadece yazılı delil başlangıcı olarak kabul edilecektir⁵².

Çek üzerinde bir düzenleme tarihinin bulunmamasına bizzat düzenleyen yol açsa bile, çekin geçersizliğini ileri sürebilmelidir. Düzenleme tarihinin eksikliğinin düzenleyen tarafından ileri sürülmesi, şekil eksikliğine bile rek ve isteyerek sebep olma, yani bu eksikliği daha sonra ileri sürerek sorumluluktan kurtulmayı planlamış olma halleri hariç, hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilemez⁵³.

Çekin zorunlu unsurlarından olan düzenleme günü çek üzerinde yer almalı ve ister rakam ister yazı veya her ikisiyle birlikte (karışık) gösterilmiş

⁵¹ Pulaşlı, s. 253; Kendigelen (Ülgen/Helvaci/Kaya), s. 242.

⁵² Kendigelen, s. 92; Bahtiyar, “5941 Sayılı Çek...”, s. 48, dn. 4; Öztan ise, düzenleme tarihini ihtiva etmeyen bu tür senetlerin duruma göre alelade havale mahiyetinde olduğunu belirtmekle birlikte, hangi durumlarda senedin bu niteliği taşıdığını belirtmemektedir (Öztan, 2012, s. 243).

⁵³ Bahtiyar, “Yargıtay Kararları Işığında...”, s. 238.

olsun mutlaka gün, ay ve yıl şeklinde (örneğin 15.11.2012) tam olarak ifade edilmelidir⁵⁴. Çekte düzenleme günü olarak gösterilecek tarih, hiçbir şüpheye mahal vermemek koşuluyla kısaltılmış olarak ya da ay ve günün yerleri değiştirilmiş olarak da yazılabilir⁵⁵. Bununla birlikte, yılın, ayın ya da günün belirtilmediği (tek başına 27 Haziran veya Haziran 2008 gibi) yahut belirtilmekle beraber açıkça anlaşılamayan bir tarih (7.7.7 gibi) geçerli kabul edilmez⁵⁶. Böyle senetler zorunlu unsurlardan düzenleme tarihini taşımadığı gerekçesiyle çek olarak nitelendirilemezler⁵⁷.

Düzenleme tarihinin belirli ve mümkün olması gerekmektedir. Bu husustaki Yargıtay kararlarını incelediğimizde, zamanla Yüksek Mahkemenin çeki geçersiz sayma hususundaki sert tutumunu yumuşattığını görmekteyiz. Yargıtay 10. Ceza Dairesi, 1992 tarihli bir kararında 30.2.1991 gibi mümkün olmayan bir düzenleme tarihi taşıyan çeki geçersiz saymışken⁵⁸, daha sonrasındaki kararlarında bu tutumunu yumuşatarak Şubat ayı da dâhil olmak üzere 31 gün olmayan aylar açısından senet üzerinde yazılı olan ve fakat takvimde bulunmayan düzenleme gününü, ilgili ayın son günü olarak kabul etmiş ve senedi geçerli saymıştır⁵⁹. Öztan ise 30 Şubat tarihli düzenleme tarihinin mantığa açıkça aykırı olduğunu ileri sürerek bu görüşe katılmamaktadır. Öztan'ın görüşüne katılmayan Pulaşlı ise çeklerde genellikle düzenleme tarihinin 30 Şubat 2012 şeklinde yazıyla değil de, 30.2.2012 şeklinde rakamla yazıldığını belirterek, düzenleyenin dalgınlığı yahut dikkatsizliği sebebiyle meydana gelen bu yanlışlığa dayanarak çekin geçersiz

⁵⁴ Pulaşlı, s. 253; Bahtiyar, "5941 Sayılı Çek...", s. 49.

⁵⁵ Kendigelen (Ülgen/Helvacı/Kaya), s. 240; Arı (Karahana/Bozgeyik/Saraç/Ünal), s. 347; İmregün, s. 126, dn. 19; Bahtiyar, "5941 Sayılı Çek...", s. 49; Yarg. 10. CD 30.09.1996 tarih ve E. 1996/10134, K. 1996/10143 sayılı kararında, "Çekte keşide tarihi olarak 9.18.1994 şeklinde gösterilen tarihte ay hanesi ile gün hanesinin yer değiştirilerek maddi yanlışlığı sonucu ters yazıldığı ilk bakışta açıkça görüldüğünden yasada öngörülen koşulları taşıdığı gözetilerek hüküm kurulması gerektiğine" hükmetmiştir. (Bkz.: Arı (Karahana/Bozgeyik/Saraç/Ünal), s. 345, dp.57).

⁵⁶ Bahtiyar, "Yargıtay Kararları Işığında...", s. 241.

⁵⁷ Kendigelen, s. 86; ARI (Karahana/Bozgeyik/Saraç/Ünal), s. 345.

⁵⁸ Yarg. 10. CD. E. 10875/K.12175 T. 24.11.1992, <http://www.kararara.com>, 19.12.2012.

⁵⁹ Yarg. HGK. E. 12-1011/K. 1076 T. 21.6.2000, <http://www.kazanci.com>, 19.12.2012; Karşı görüş için bkz.: Öztan, Fırat, Kıymetli Evrak Hukuku, 2. Bası, Ankara 1997, s. 1053.

sayılmasını kabul etmemektedir⁶⁰. Pulaşlı'nın da haklı olarak belirttiği üzere düzenleyenin dalgınlığı veya dikkatsizliği sebebiyle bu tür bir yanlışlığın meydana gelmiş olabilme ihtimalini de dikkate alarak bu tür bir düzenleme tarihini ihtiva eden bir çekin geçerli sayılması gerektiğini, aksi tutumun art niyetli düzenleyeni ödüllendirmek olacağını düşünmekteyiz. Kaldı ki, doktrin ve uygulamada da artık, yaygın olarak, şubat ayı da dâhil olmak üzere takvimde 31 gün çekmeyen tüm aylar için düzenleme günü olarak yazılan "31" tarihi, ilgili ayın son günü olarak kabul edilmektedir⁶¹. Takvimde hiçbir ayda bulunmayan 32 ve devam günlerinin düzenleme günü olarak yazıldığı çeklerin geçersiz olacağı ise tartışmasızdır⁶².

Çekin üzerinde (ön yüzünde) yer almak kaydı ile tarihin çekin herhangi bir yerinde, örneğin çekin üst köşelerinde ya da imzanın yanında yazılmış olmasının bir önemi yoktur⁶³. Bununla beraber bankalar tarafından matbu olarak bastırılıp verilen çek yapraklarında⁶⁴ sağ üst köşede düzenleme günü

⁶⁰ Pulaşlı, s. 254, dn. 722.

⁶¹ Kendigelen, s. 87, 88; Arı (Karahan/Bozgeyik/Saraç/Ünal), s. 346; Bahtiyar, "Yargıtay Kararları Işığında...", s. 246, 247.

⁶² Kendigelen, s. 89.

⁶³ Bahtiyar, "Yargıtay Kararları Işığında...", s. 242.

⁶⁴ Matbu çek yaprakların kullanılmasının zorunlu olup olmadığı konusu tartışmalıdır. Zira 1985 yılında kabul edilen ÇekK. ile çek defterlerinin sadece bankalar tarafından bastırılabilmesi ve baskı şekline ilişkin esasların TC Merkez Bankası tarafından belirlenmesiyle birlikte, bazı yazarlar, Türk hukukunda çeklerin artık sadece matbu çek yaprakları üzerine yazılabileceği, aksi halde düzenlenen senedin çek vasfına sahip olmayacağı görüşünü benimsediler. Keza Yargıtay da, 14.12.1992 tarih ve 1/5 sayılı içtihadı birleştirme kararının gerekçe bölümünde, "*banka tarafından mevzuattaki tanıma uygun şekilde bastırılmış bir çek yaprağı*"nı çekin zorunlu unsurları arasında sayarak, çeklerin matbu olması gerektiği görüşüne katılmıştır. Buna karşılık, bizimde katıldığımız diğer bazı yazarlar ise, bu düzenlemenin TTK'daki çeki ilişkin şekil şartlarında bir değişiklik yapmadığı, sadece çekle ödemelerin düzenli bir şekilde gerçekleştirilmesi amacı ile öngörüldüğünü, böylece, TTK ve ÇekK'daki zorunlu şekil şartlarını ihtiva etmek kaydıyla herhangi bir kağıt parçası üzerine el yazısı ya da makine ile yazılan senetlerin de çek vasfını muhafaza edeceğini haklı olarak ileri sürmektedirler. Zira hem önceki ÇekK m. 3/II'de, bankalarca baskı şekline ilişkin esaslara aykırı davranılmış olmasının çekin geçerliliğini etkileyeceğinin açıkça belirtilmesi; hem de yeni Çek K. m. 2/9'daki "*Türk Ticaret Kanunundaki unsurları taşıması kaydıyla, düzenlenen çekin bu maddede yer*

için ayrılmış bir yer bulunmakta ve düzenleme günü de genellikle ayrılmış bu yere yazılmaktadır. Çek üzerinde düzenleme günü olarak farklı iki tarihin yazılmış olması kural olarak çeki geçersiz kılmalıdır. Zira bu durumda ibraz sürelerinin hesaplanması mümkün olmayacaktır. Bununla birlikte böyle bir çeki geçersiz kabul etmek kötü niyetli keşidecilerin yararına olacaktır. Çünkü bir yandan çek düzenleyip diğer yandan sorumlu tutulmak istemeyen keşideci, senedin üzerine birbirinden farklı iki düzenleme tarihi yazarak çekin geçersiz sayılmasını sağlayabilecektir. Bundan dolayı, kötü niyetli düzenleyenlere karşı çek hamillerinin korunması bakımından, en azından çek üzerinde düzenleme günü için özel olarak ayrılmış yerde yazılı tarihi⁶⁵, burada bir tarih yazılmamışsa, düzenleyenin imzasının yanındaki tarihi düzenleme günü olarak kabul edip diğer tarihi geçersiz saymak gerekir⁶⁶. Ancak böyle bir çözüm tarzı da her zaman isabetli olmayabilir. Şöyle ki, çek üzerinde başta tek bir düzenleme günü yazılı olmakla birlikte, ibraz süresini geçirmiş olan hamil de çek üzerine daha geç bir tarih ekleyerek ibraz süresini geçirmiş olmaktan dolayı kaybettiği hakları yeniden elde etmek maskadıyla hareket etmiş olabilir. Bunun için çek üzerinde farklı iki düzenleme gününün yazılı olduğu durumlarda, bunların yazılı olduğu yer önemsenmeksizin, sonraki tarihi vade olarak nitelendirerek TTK m. 795/1 hükmü uyarınca geçersiz saymak, önceki tarihi ise düzenleme günü olarak kabul etmek daha isabetli olacaktır⁶⁷. Nitekim Yargıtay da farklı kararlarında sonraki tarihi vade olarak kabul edip geçersiz saymış; önceki tarihi ise düzenleme günü olarak kabul etmiştir⁶⁸.

alan koşullara aykırı olması çekin geçerliliğini etkilemez” şeklindeki düzenlemeler de bu görüşü destekler mahiyettedir.

⁶⁵ **Öztan**, 1997, s. 1053 dn. 62.

⁶⁶ Yargıtay CGK 22.10.1996 tarih ve 10-166/186 sayılı kararında, keşidecinin imzası yanındaki tarihi (01.04.1993) keşide tarihi olarak kabul edip, metin üzerindeki tarihi (30.09.1993) geçersiz saymıştır. Ancak burada dikkat edilmelidir ki, Yargıtay CGK, farklı tarihlerden birini keşide tarihi olarak kabul ederken esas aldığı kriter bu tarihin keşidecinin imzası yanında bulunması değil, daha eski olmasıdır. Zira sonraki tarihi TTK m. 707/I uyarınca vade tarihi olarak nitelendirdiğinden geçersiz saymaktadır. (Bkz. **Kendigelen**, s. 90.

⁶⁷ **Kendigelen**, s. 90, 91.

⁶⁸ **Kendigelen (Ülgen/Helvacı/Kaya)**, s. 240; Bu konudaki Yargıtay Kararı için bkz.: Yarg. 12. HD. E. 6458/K. 7034 T. 26.04.2001, <http://www.kararara.com>, 19.12.2012.

Çekte iki düzenleme tarihi varsa ve biri iptal edilmişse çek geçerlidir⁶⁹. Çünkü çekte vade yoktur ve çekteki tarihlerden birinin çizilmesiyle, kalan tarih düzenleme tarihi sayılacaktır. Ancak bu çizilen tarihin altında veya yanında düzenleyen imzasının bulunması gereklidir⁷⁰. Çünkü senette değişiklik yapmaya sadece düzenleyen yetkilidir. Diğer çek hamillerinin senette değişiklik yapmaları, çekte tahrifat suçunu oluşturabilir⁷¹.

2. Önceki Düzenleme Tarihi

Kanun koyucu düzenleme tarihini, önemine binaen çekin zorunlu unsurları arasında değerlendirmiştir. Dolayısıyla çek üzerinde yazılı tarihin, kural olarak gerçekten de çekin düzenlendiği tarihi ifade etmesi gerekir. Bununla beraber, düzenleme gününün çekin düzenlendiği tarihten önceki bir tarih olarak gösterilmesi, çekin geçerliliğini etkilemez. Böyle bir durumda kanunda ödeme için öngörülen ibraz süreleri düzenleyen tarafından kısaltılmış olacaktır⁷².

Düzenleme tarihinin gerçeğe aykırı (önce veya sonra) gösterilmesi senedin tarafları arasında geçerli olmakla birlikte, bu aykırılıktan menfaatleri zarar görmüş üçüncü kişilerin aksini kanıtlamak suretiyle gerçek düzenleme tarihine göre işlem yapılmasını talep edebilmeleri gerekir⁷³. Özellikle ehliyet, temsil, iflas ve tasarruf yetkisi ile ilgili bir uyuşmazlık durumunda, gerçek düzenleme tarihine göre işlem yapılmasını talep etmekte üçüncü kişilerin yararı bulunabilir⁷⁴.

3. İleri Düzenleme Tarihi

Çekin üzerinde yazılı düzenleme günü, çekin düzenlendiği tarihten önceki bir tarih olabileceği gibi, sonraki bir tarih de olabilir⁷⁵. Uygulamada

⁶⁹ Yarg. 10. CD. E. 13326/K. 489T. 26.1.1993, <http://www.kazanci.com>, 19.12.2012.

⁷⁰ Arı (Karahan/Bozgeyik/Saraç/Ünal), s. 345.

⁷¹ Pulaşlı, s. 255.

⁷² Teoman, Çekte İbraz..., s. 315; Kendigelen s. 91; Bahtiyar, "5941 Sayılı Çek...", s. 50 vd..

⁷³ Bahtiyar, "5941 Sayılı Çek...", s. 49.

⁷⁴ Bahtiyar, "Yargıtay Kararları Işığında...", s. 239.

⁷⁵ Teoman, Çekte İbraz..., s. 315; Arı (Karahan/Bozgeyik/Saraç/Ünal), s. 346.

“ileri düzenleme tarihli çek” veya “vadeli çek” olarak adlandırılan bu çeklerle, ödeme için ibraz süreleri uzatılmak suretiyle adeta bir vade yaratılmaktadır⁷⁶. Bununla beraber, TTK m. 795/2 deki düzenlemeyle üzerinde yazılı düzenleme tarihinden önce ibraz edilen çekin de, ibraz günü ödenmesi zorunlu kılınmıştır. Ne var ki, ilerleyen bölümlerde ayrıntılı olarak değineceğimiz üzere, 6273 sayılı Kanunla 5941 sayılı Çek Kanununda yapılan değişiklik sonucu, Kanuna eklenen geçici 1 madde ile ileri tarihli çekin üzerinde yazılı düzenleme tarihinden önce ödenmek için muhatap bankaya ibrazının, 31.12.2017 tarihine kadar geçersiz olacağı düzenlenmiştir.

B. Düzenleme Tarihinin Çek Hukukundaki Önemi

1. Çekin Geçerliliğine Olan Etkisi Bakımından Önemi

Düzenleme tarihinin çekin geçerliliğine ilişkin etkisini yukarıda ayrıntılı şekilde incelemiştik. Bunlara ilaveten değinmemiz gereken önemli bir diğer husus ise açık ve eksik çek düzenlemesidir. Bir çekin zorunlu unsurlarından, düzenleyenin imzası dışındaki diğer unsurların -ki buna düzenleme tarihi de dâhildir -düzenleyen tarafından boş bırakılarak lehtara teslim edilmesi söz konusu olabilir. Bu durumda düzenleyen, çekin diğer unsurlarının lehtar tarafından doldurulmasını istemektedir. Lehtar bu unsuru, çeki tedavüle çıkarmadan önce veya hiç olmazsa çeki bankaya ibraz etmeden önce doldurmalıdır⁷⁷. Yargıtay’ın da benimsediği üzere, icra takibine konulduktan sonra veya tahsil amacıyla bankaya ibraz edildiği sırada düzenleme tarihinin yazılması senedi geçerli kılmaz⁷⁸. Düzenleme tarihinin aradaki anlaşmaya uygun doldurulması kaydıyla yazılmadan çekin lehdara verilmesi durumda açık çek söz konusu olur. Açık çek hukuken geçerli bir çektir. Açık çekin doldurulması sırasında aradaki anlaşmaya uyulmadığı iddiası düzenleyen tarafından ispatlanmalıdır. Bununla birlikte bu yönlü bir iddianın iyi niyetli

⁷⁶ **Bahtiyar**, “5941 Sayılı Çek...”, s. 51.

⁷⁷ **Bahtiyar**, “Yargıtay Kararları Işığında...”, s.243; **Kendigelen (Ülgen/Helvacı/Kaya)**, s. 243; **Domanıç**, s. 473.

⁷⁸ Yarg. 12. HD’nin 23.02.1987 tarih ve E. 987, K. 2486 sayılı kararı; Yarg. 12. HD’nin 10.10.1984 tarih ve E. 7498, K. 10482 sayılı kararı (Bkz.: **Bahtiyar**, “Yargıtay Kararları Işığında...”, s. 244, dn. 32).

hamile karşı ileri sürülmesi mümkün değildir⁷⁹. Eksik çekte ise, lehtar boş bırakılan unsurları doldurmaksızın çeki bankaya ibraz etmektedir. Bu durumdaki çek ise geçersizdir⁸⁰.

2. Düzenleyenin Ehliyetinin Tespiti Açısından Önemi

Düzenleme tarihi, düzenleyenin hukuki işlem ehliyetinin belirleneceği anın tespiti açısından da büyük önem taşır⁸¹. TTK m. 670'e göre, "Sözleşme ile borçlanmaya ehil olan kişi, kambiyo senetleri ile de borçlanmaya ehildir." Yani; bir kambiyo senedine imza atarak borç altına girebilmek için MK m.9 anlamında fiil ehliyetine sahip olmak gereklidir. Çek de bir kambiyo senedir ve geçerli bir çek düzenlemesinden bahsedilebilmesi için fiil ehliyetinin bulunması zorunludur⁸².

Fiil ehliyeti, kişinin bizzat yapacağı hukuki işlemler veya haksız fiillerle kendi lehine hak veya aleyhine borçlar yaratma ve haksız fiillerinden dolayı sorumlu olma iktidarındır⁸³. Gerçek kişiler için fiil ehliyetinin kazanılmasının şartlarını düzenleyen MK m. 10'a göre "Ayırt etme gücüne sahip ve kısıtlı olmayan her ergin kişinin fiil ehliyeti vardır." Tüzel kişilerin fiil ehliyetini kazanma şartlarını ise MK m.49 düzenlemiştir. Bu hükme göre, "Tüzel kişiler, kanuna ve kuruluş belgelerine göre gerekli organlara sahip olmakla fiil ehliyetini kazanırlar."

Gerçek kişiler açısından birtakım özel durumlar da bulunmaktadır. Erginliğin evlenme yahut mahkeme kararı ile kazanılması durumunda, kişi

⁷⁹ **Bahtiyar**, "Yargıtay Kararları Işığında...", s. 243.

⁸⁰ **Kendigelen (Ülgen/Helvacı/Kaya)**, s. 243; **Çubukgil**, Oktay, "Vade ve Tanzim Tarihleri Boş Olan Emre Muharrer Senede Vade ve Tanzim Tarihlerini Sonradan Doldurma Halinde Sahtekarlık Suçu İşlenmiş Olacağından Suçu İşleyene İki Sene Ağır Hapis Cezası Verilir", Ankara Barosu Dergisi, S. 4, Y. 1972, s. 576, <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/1972-4/3.pdf>, 19.12.2012; Açık Çek kavramı hakkında daha detaylı bilgi için bkz.: **Ulusoy**, Yasin, "Beyaza İmza", AÜEHFD, C. VIII, S. 3-4, Y. 2004, http://www.hukuk.erzincan.edu.tr/dergi/makale/2004_VIII_2_17.pdf, 19.12.2012.

⁸¹ **Arı (Karahana/Bozgeyik/Saraç/Ünal)**, s. 345.

⁸² **Bahtiyar**, "Yargıtay Kararları Işığında...", s. 241.

⁸³ **Akıpek**, Jale G./**Akıntürk**, Turgut, Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, C. I, Yenilenmiş 6. Bası, İstanbul 2007, s. 281.

yine de ergin sayılacağı için fiil ehliyetinin erginlik koşulu gerçekleşmiş kabul edilecektir⁸⁴.

Ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar borçlandırıcı işlemleri ancak kanuni temsilcilerinin izni yahut icazeti ile yapabileceklerinden; bunların kambiyo senetleri ile borçlanmaları da kanuni temsilcilerinin rızasını gerektirecektir⁸⁵.

Bir meslek veya sanatla uğraştığı için kendisine ait malların yönetimini ve bunlardan yararlanma hakkına sahip olan küçüklerin; kambiyo taahhüdünde bulunmak da dahil olmak üzere, meslek veya sanatın gerektirdiği her türlü işlemi yapabileceği kabul edilmelidir. Aynı şekilde kendisine bir meslek veya sanatla uğraşması izni verilmiş vesayet altındaki kişiler bakımından da aynı esas geçerlidir. Fiil ehliyetinin tüm şartlarına sahip olmalarına rağmen kendilerine yasal danışman atanmışlar da ancak danışmanlarının görüşünü alarak kambiyo taahhüdünde bulunabileceklerdir⁸⁶.

TTK'ya göre, çekin tedavüle çıkarılmasından sonra, düzenleyenin ölümü, medeni haklarını kullanma ehliyetini kaybetmesi veya iflası çekin geçerliliğini etkilemeyecektir (TTK m. 800). Bu hükmün karşıt anlamından ulaşıcağımız sonuç, geçerli bir çek düzenlenebilmesi için, düzenleyenin, yukarıda belirtilen şartları çeki düzenlediği anda taşınması gerektiğidir. Dolayısıyla düzenleme tarihi olarak belirtilen tarihte düzenleyenin fiil ehliyetine sahip olmaması, iflası ya da ölümü çeki geçersiz kılar. Fakat çek bir kez düzenlenip tedavüle çıkarıldıktan sonra, çek düzenlemesine engel teşkil eden bu durumlar gerçekleşmiş olsa da çekin geçerliliği bundan etkilenmez.

Düzenleyen, çekin düzenlenmesi⁸⁷ sırasında fiil ehliyetine sahip değilse senetteki taahhüdün hükümsüzlüğünü herkese karşı ileri sürebilir. İradeye ilişkin bir geçersizlik def'i olan ehliyetsizlik, sadece ehliyetsiz olan kişinin

⁸⁴ **Can**, s. 54.

⁸⁵ **Can**, s. 54.

⁸⁶ **Can**, s. 54.

⁸⁷ Kural olarak düzenleme tarihi ile çekin ihdas edildiği tarih aynıdır. Bu kuralın istisnasını sonraki tarihli (post-dated) ve önceki tarihli (ante-dated) çekler teşkil eder (**Yaşar**, Tanju Oktay, "Çeklerde Düzenleme Tarihinin Önemi ve Bulunmamasının Sonuçları", HÜİİBFD, C. 5, Sy. 1-2, Yıl 1987, s.101, <http://www.tanjuyasar.com/wp-content/uploads/2012/07/cek>, 19.12.2012.).

senette yer alan taahhüdünü geçersiz kılar. Bu kişi dışındakilerin senet üzerindeki taahhütleri, imzaların bağımsızlığı ilkesi gereği geçerli olmaya devam eder⁸⁸. Bu anlamda ehliyetsizlik senedi geçersiz kılmaz.

Düzenleyenin ehliyetinin tespitinde, senet üzerindeki düzenleme tarihi, gerçek düzenleme tarihi olarak kabul edilmekle birlikte, menfaatleri zarar görmüş üçüncü kişilerin aksini kanıtlamak suretiyle gerçek düzenleme tarihine göre işlem yapılmasını talep edebilme hakları vardır⁸⁹.

3. Temsil Yetkisinin Varlığının Tespiti Açısından Önemi

Çekin temsilci aracılığıyla düzenlenmesi mümkün olmakla birlikte, ÇekK. m. 5/3 ile bu konuda bazı sınırlamalar getirilmiştir. Anılan hükme göre, “Çek hesabı sahibi gerçek kişi, kendisi adına çek düzenlemek üzere bir başkasını temsilci veya vekil olarak tayin edemez. Gerçek kişinin temsilcisi veya vekili olarak çek düzenlenmesi hâlinde, bu çekten dolayı hukukî sorumluluk ile idarî yaptırım sorumluluğu çek hesabı sahibine aittir”. Görüldüğü üzere Kanun çek hesabı sahibi gerçek kişinin temsilci vasıtasıyla çek düzenlenmesini yasaklamıştır. Bununla birlikte, bu kuralın ihlali halindeki yaptırımı geçersizlik olarak değil; gerçek kişi adına temsilci vasıtasıyla düzenlenen çekten dolayı hukukî sorumluluk ile idarî yaptırım sorumluluğunun çek hesabı sahibi gerçek kişiye ait olacağını düzenlemiştir⁹⁰.

Çek.K. m. 5/3'teki temsilci vasıtasıyla çek düzenlenmesini yasağının, iradi olarak verilen temsil yasağını kapsamaması nedeniyle yasal temsil, yasak kapsamında değildir. Bu nedenle veli, vasi ve ticari temsilci gibi yasal temsil yetkisine sahip kişiler gerçek kişi adına çek düzenleyebilirler. Keza, bahsi geçen temsil yasağı gerçek kişiler bakımından geçerli olduğundan, tüzel kişilerin temsile ilişkin hükümler çerçevesinde çek düzenlemeleri mümkündür⁹¹.

Temsilci aracılığıyla düzenlenmesi mümkün bir çekte, temsilcinin yetkisinin olup olmadığı ve bu yetkinin süresi içinde kullanılıp kullanılmama-

⁸⁸ Ünal (Karahana/Arı/Bozgeyik/Saraç), s. 102.

⁸⁹ Bahtiyar, “Yargıtay Kararları Işığında...”, s. 239, 241.

⁹⁰ Arı (Karahana/Bozgeyik/Saraç/Ünal), s. 350.

⁹¹ Arı (Karahana/Bozgeyik/Saraç/Ünal), s. 350.

düğının tespitinde de düzenlenme tarihi büyük bir öneme sahiptir⁹². Şayet düzenlenme tarihi temsil yetkisinin süresi içindeki bir güne tekabül ediyorsa çek temsil edileni bağlayacak, aksi takdirde çekten doğan sorumluluk yetkisiz temsilciye ait olacaktır (TTK m. 818/1, c'deki atf nedeniyle TTK m. 678/1).

4. İflas Durumunda Çekin İflastan Önce Keşide Edilip Edilmediğinin Tespiti Açısından Önemi

Düzenleyenin iflası halinde malvarlığı üzerindeki tasarruf yetkisi iflas masasına geçtiğinden ve masaya ait mallar üzerinde her türlü tasarrufu alacaklılara karşı hükümsüz olduğundan (İİK m. 191/1), düzenleme tarihi, çekin iflastan önce mi, sonra mı düzenlendiğinin tespiti açısından bir diğer ifadeyle düzenleyenin tasarruf yetkisine sahip olup olmadığının tespit bakımından da önem arz eder⁹³.

Keza, düzenleyenin çeki düzenlediği tarihten sonra iflas etmesi halinde, TTK m. 733'teki hükümlerin uygulanması gündeme geleceğinden, düzenleme tarihinin önemi bir kez daha ortaya çıkmaktadır.

İcra ve İflas Kanunu, hamilin veya muhatabın iflası hallerine ilişkin önemli bir takım sonuçlar öngördüğünden (bkz. İİK m. 184, 191 ve 192), düzenleme tarihi bu sonuçların uygulanmasında da önem taşır⁹⁴.

5. İbraz Sürelerinin Başlangıcının Tespiti Açısından Önemi

Bir ödeme aracı olan çekte vade yoktur, görüldüğünde ödenir (TTK m. 795, ÇekK m. 3/1). TTK'da, 10 gün, 1 ay ve 3 ay olmak üzere düzenleme yerinin ödeme yeriyle farklı olmasına göre belirlenen üç ibraz süresi tespit edilmiştir (TTK m. 796). Bunu düzenleme yeri konusunda daha önce ayrıntılı olarak belirtmiştik. Bu ibraz süreleri çekte yazılı olan düzenleme tarihinin ertesi günü başlar (TTK m. 796/3). Yani, bu durumda düzenleme tarihi ibraz süresinin hesabına dahil edilmez. Buna göre; ayın on beşinci günü düzenlenen çek bakımından sayılacak ilk gün ayın on altıncı günü olacaktır.

⁹² Bahtiyar, "Yargıtay Kararları Işığında...", s. 241.

⁹³ Bahtiyar, "Yargıtay Kararları Işığında...", s. 241.

⁹⁴ Bahtiyar, "Yargıtay Kararları Işığında...", s. 241.

ETTK m. 729'da, "*Kanunun bu kısmında gösterilen müddetlerin hesaplanmasında bunların başladığı günün sayılmayacağı*" ifade edilirken, ETTK m. 708'de ise herhangi bir açıklık bulunmamaktaydı. Bu bakımdan konu öğretide tartışmalıydı⁹⁵. Fakat yeni düzenlemeyle ETTK m. 708'in karşılığı olan TTK m. 796/3'te, "*Birinci ve ikinci fıkralarda yazılı süreler, çekte yazılı olan düzenleme tarihinden sonra başlar.*" şeklinde bir hüküm konulmak suretiyle söz konusu tartışmalar ortadan kaldırılmış ve TTK m. 796 ile TTK m. 817 arasında da uyum sağlanmıştır⁹⁶.

Çek, bir tatil gününde ödenmek üzere ibraz edilemez ve aradaki tatil günleri de müddet hesabında düşülmez. Ancak, ibraz müddetinin son günü bir tatil gününe rastlarsa; çekin takip eden ilk iş günü ödenmek üzere ibrazı mümkündür⁹⁷.

Çek, takvimleri farklı olan iki yer arasında çekildiği takdirde; bir başka deyişle takvim ihtilafı ortaya çıkmışsa, düzenleme günü, ödeme yerindeki takvimin denk gelen gününe çevrilmelidir⁹⁸.

Çekin ibrazı için TTK'da öngörülen süreler hak düşürücü süre niteliğinde olup⁹⁹, tarafların anlaşmasıyla değiştirilemeyeceği gibi, bu sürelerin geçmiş olduğu hakim/icra müdürü tarafından re'sen dikkate alınması gerekir¹⁰⁰. Tabi ki taraflar da sürenin geçmiş olduğunu her zaman ileri sürebilir. İbraz süresinin geçmesi, çekin kambyo senedi olarak hamiline sağladığı birçok avantajın da sona ermesine yol açar. Özellikle ibraz sürelerinin bitimine

⁹⁵ Bu konudaki farklı görüşler için bkz.: **Teoman**, Ömer, "Çekte İbraz Süresinin Hesaplanmasında Keşide Gününün Önemi", 30 yıl Ticaret Hukuk Tüm Makalelerim, C. II, İstanbul 2001, s. 313 vd.; Bu konudaki farklı görüşleri eleştiren Teoman'ın kendisi ise, ETTK. m. 708/4'ün çekte ibraz sürelerinin başlangıcını düzenleyen bir özel hüküm olduğunu, söz konusu süreler hesaplanırken ETTK m. 729'un göz önüne alınmayacağı belirterek, ETTK m. 708/4 gereği, ibraz sürelerinin çekin keşide edildiği günden itibaren başlayacağı sonucuna varmaktadır (**Teoman**, Çekte İbraz..., s. 317). İmregün de ibraz sürelerinin başlangıcı bakımından çekte yazılı keşide tarihinin esas alınması gerektiği kanaatindedir (**İmregün**, s. 129).

⁹⁶ **Pulaşlı**, s. 287.

⁹⁷ **Can**, s. 144.

⁹⁸ **Can**, s. 144; **ARI (Karahana/Bozgeyik/Saraç/Ünal)**, s. 346.

⁹⁹ **Öztaş**, 2012, s. 285.

¹⁰⁰ **Arı (Karahana/Bozgeyik/Saraç/Ünal)**, s. 376.

bağlı olarak; hamil artık kambiyo senetlerine özgü özel takip yolundan faydalanamaz, çekle işleyen hesapta karşılığı olsa bile muhatabı ödemeye zorlayamaz, düzenleyene ve diğer başvuru borçlularına karşı olan başvuru haklarını kaybeder, düzenleyenin çekten cayma beyanı artık hüküm ifade etmeye başlar, ibraz süresi geçtikten sonra karşılıksız işleminin yapılması mümkün olmadığından karşılıksız çek keşidesine bağlı idari yaptırımların talep edilebilmesi imkânından da yararlanılamaz¹⁰¹. Keza emre yazılı çeklerde cironun (temlik, teşhis ve teminat) fonksiyonlarını icra edebilmesi de, ibraz süresi içinde yapılmış olması şartına bağlıdır. İbraz süresi içinde yapılmamış ciro ancak alacağın temlikinin hukuki sonuçlarını doğurmaktadır. Bunun sonucu olarak da, düzenleyen daha sonraki bir hamile karşı, lehdar ile aralarındaki ilişkiden doğan def'ileri ileri sürerek ödemedi kaçınabilecektir¹⁰².

Düzenleme gününün ibraz sürelerine etkisinin ortadan kalkması bakımından değinmemiz gereken önemli bir nokta da, ibraz süresinin uzadığı hallerdir. TTK'ya göre, kanunen belirli olan süreler içinde çekin ibrazı veya protesto veyahut buna denk gelen bir belirlemenin yapılması, bir devletin mevzuatı veya herhangi bir mücbir sebep gibi aşılması imkânsız bir engel nedeniyle gerçekleştirilemezse, bu işlemler için belirli olan süreler uzar (TTK m. 811). Aynı şekilde, Yargıtay'ın bir kararında da belirtildiği üzere¹⁰³ çek, hamilinin ölümü nedeniyle Cumhuriyet savcılığınca tereke hâkimliğine teslim edilmiş, daha sonra da mirasçılarının talebi üzerine onlara verilmişse, ibraz süresi çekin üzerinde yazılı olan düzenleme tarihinden itibaren değil, aksine mirasçılarının çeki teslim aldığı tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır. Çünkü çekin tereke hâkimliğince muhafazaya alınmış olması zorunlu bir sebep olarak kabul edilmelidir¹⁰⁴.

¹⁰¹ **Bahtiyar**, "Yargıtay Kararları Işığında...", s. 240; **Arı (Karahana/Bozgeyik/Saraç/Ünal)**, s. 376 vd.; **Özcan**, 2012, s. 287.

¹⁰² **Teoman**, Çekte İbraz..., s. 310.

¹⁰³ Y. 12. HD'nin 23.2.2007 tarih ve E. 2007/70, K. 2007/3123 sayılı kararı, <http://www.kararara.com>, 19.12.2012.

¹⁰⁴ **Pulaşlı**, s. 287.

6. Çekten Cayma Konusundaki Önemi

Çekten cayma, düzenleyenin muhatap bankaya yönelik tek taraflı bir işlemi olup, kendisi tarafından tedavüle çıkarılmış belirli bir çekin ödenmesi talimatını içerir¹⁰⁵. Çekten cayma lehtara, cirantalara veya avalistlere karşı hüküm ifade etmez. Düzenleyenin çekten cayması bizzat çekin geçerliliğini etkilemeyip, muhataba verdiği ödeme yetkisinin kısıtlanması, adeta geri alınmasıdır¹⁰⁶. Çekte “*kabul*” söz konusu olmadığından düzenleyen her zaman çekten cayabilir. Ancak böyle bir beyan ve buna bağlanan sonuç, bir ödeme aracının tedavül güvenliğini son derece sarsıcı niteliktedir¹⁰⁷. Bu nedenle kanun koyucu çekten caymayı TTK’da özel olarak düzenlemiştir. Buna göre, çekten cayma ancak ibraz süresi geçtikten sonra hüküm ifade edecek şekilde düzenlenmiştir (TTK m. 799). İbraz süreleri de düzenleme tarihi esas alınarak belirlendiği için düzenleme tarihinin çekten cayma durumunu dolaylı olarak etkilediğinden bahsedebiliriz. Düzenleyen, ibraz müddeti henüz dolmadan çekten caysa bile, ibraz müddeti içinde çekin ibraz edilmesi üzerine, muhatabın, çeki ibraz eden lehtara karşılığını ödeme yükümlülüğü vardır. Çünkü çekten cayma, ibraz müddeti içinde yapılmışsa hukuken hüküm ifade etmez¹⁰⁸. Şayet düzenleyen çekten ibraz müddeti henüz dolmadan cayar, buna karşılık lehtar ibraz müddetini geçirdikten sonra çeki muhataba ibraz edecek olursa, artık cayma hukuken hüküm ifade eder. Bu sebeple muhatabın böyle bir durumda lehtara ödeme yapmaması gerekir¹⁰⁹; aksi takdirde düzenleyene karşı sorumluluğu doğabilir. Bu durumda cayma talimatına rağmen ibraz süresi geçen bir çekin bedelini ödeyen banka, ödediği meblağı artık muhataba borç olarak yazamaz¹¹⁰.

¹⁰⁵ Pulaşlı, s. 291-292; Arı (Karahan/Bozgeyik/Saraç/Ünal), s. 395; Çekten cayma ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz.:Narbay, Şafak, Çekten Cayma ve Ödeme Yasağı, 2. Bası, İstanbul 1999.

¹⁰⁶ Kendigelen (Ülgen/Helvacı/Kaya), s. 275.

¹⁰⁷ Pulaşlı, s. 292.

¹⁰⁸ Teoman, Çekte İbraz..., s. 310; Kendigelen (Ülgen/Helvacı/Kaya), s. 275.

¹⁰⁹ Albayrak, Okan, “Çekten Cayma ve Ödemededen Men”, İBD, C.81, S. 5, Y. 2007, s. 1973-1976, <http://www.istanbulbarosu.org.tr/yayinlar/BaroDergileri/ibd/20075/ibd2007514.pdf>, 19.12.2012.

¹¹⁰ Kendigelen (Ülgen/Helvacı/Kaya), s. 276; Arı (Karahan/Bozgeyik/Saraç/Ünal), s. 396; Öztan, 2012, s. 324.

7. Çek Karşılığının Ödenmediğinin Tespitine Yarayan Protesto ve Buna Eş Değer Yöntemler için Gerekli Olan Süresinin Hesaplanmasındaki Önemi

Çekin ibraz edilmemesi veya ibraz işleminin usulüne uygun olarak tespit edilmemesi halinde hamil, protestodan muafiyet halleri hariç, ciran-talara, düzenleyene ve diğer çek borçlularına karşı çeke dayanarak müracaat hakkını kullanamaz; kambiyo senetlerine özgü takip yoluna başvuramaz ve de karşılıksız çek keşidesi gerekçesiyle düzenleyen hakkında idari yaptırımların uygulanmasını talep edemez¹¹¹. Bu bakımdan çekin ibraz edildiği veya ibraz edildiği halde karşılığının ödenmediği hususunun tespit edilmesi ve bu tespitlerde, tespitin yapıldığı tarihlerin de yer alması büyük önem taşır¹¹².

Hamil ibraz süreleri içinde çeki muhataba ibraz ettiğinde, çekin karşılığı tamamen yahut kısmen çıkmazsa; bu durum poliçeden farklı olarak ya resmi bir belge olan protesto ile veya "karşılıksızdır" işlemi ile ya da takas odasının beyanıyla tespit edilir¹¹³. TTK'daki düzenlemeye göre karşılıksızdır işlemi, muhatap tarafından ibraz günü de gösterilmek suretiyle çekin üzerine yazılacak tarihli bir beyandır (TTK m. 808/1, b). Çekin bir takas odasına ibrazı halinde takas odasının çekin süresi içinde ibraz edildiği halde ödenmediğini tespit eden tarihli beyanı ile de çekin ödenmediğinin tespiti mümkündür (TTK m. 808/1, c) Yine TTK'ya göre, protesto veya buna denk belirlenmenin, ibraz süresi geçmeden önce yapılması gereklidir (TTK m. 809/1). Ne var ki, ibraz sürenin son gününde yapılmışsa, protesto izleyen işgününde de düzenlettirilebilir¹¹⁴. İbraz süreleri, düzenleme tarihi esas alınarak tespit edildiği için protesto veya buna eş değer yöntemlerin süresinin hesaplanmasında da dolaylı olarak düzenleme tarihinin etkisi bulunmaktadır.

8. Teyitli Çeklerde Bankanın Sorumluluk Süresinin Tespiti Açısından Önemi

Bir çekin teyit edilmesiyle, banka, ibraz müddeti zarfında, senet bedelinin hamil lehine bloke edildiğini belirtmektedir. Bu durumda, düzenleyen

¹¹¹ Arı (Karahana/Bozgeyik/Saraç/Ünal), s. 390.

¹¹² Kendigelen (Ülgen/Helvacı/Kaya), s. 278.

¹¹³ Aydın, s. 22; İmregün, s. 134; Öztan, 2012, s. 318 vd.; Kendigelen (Ülgen/Helvacı/Kaya), s. 278.

¹¹⁴ Teoman, Çekte İbraz..., s. 310.

ibraz süresi içinde çekin karşılığı üzerinde bir tasarrufta bulunamayacağı gibi, banka da, süresi içinde ibraz olunan çeki karşılığı bulunmadığı gerekçesiyle ödememe yoluna gidemez¹¹⁵.

Teyitli çeklerde bankanın sorumluluğu ibraz süresiyle sınırlı olduğundan, düzenleyen çekten caymış olmasa bile, bankanın sürenin geçirilmesinden sonra ibraz edilen teyitli çeki ödemekten kaçınması mümkündür¹¹⁶. İbraz süresini geçirmiş olan hamilin başvurusuna rağmen, çekin karşılığını ödemeyen bankanın hamile karşı bir sorumluluğu bulunmamaktadır. Zira çeki süresinde ibraz etmeyen ve ödememe olgusunu usulüne uygun tespit ettirmeyen hamil TTK m. 808 vd. hükümleri kapsamında başvuru hakkını yitirmiştir¹¹⁷.

İbraz süreleri, düzenleme tarihi esas alınarak tespit edildiği için teyitli çeklerde bankanın sorumluluk süresinin tespiti açısından da düzenleme tarihinin dolaylı bir etkisi bulunmaktadır.

9. Zamanaşımı Süresinin Hesaplanmasındaki Önemi

31.1.2012 tarih ve 6273 sayılı Kanunla değişik TTK m. 814/1 hükmüne göre, “*Hamilin, cirantalarla düzenleyene ve diğer çek borçlularına karşı sahip olduğu başvurma hakları, ibraz süresinin bitiminden itibaren üç yıl geçmekle zamanaşımına uğrar.*” Yani çekte öngörülen zamanaşımı süresinin başlangıcı, çekin ibraz süresinin bitimine göre tespit edilmektedir¹¹⁸. Fiili ibraz tarihinin ise bu hesapta bir önemi bulunmamaktadır¹¹⁹.

Örneğin, 15.11.2012 tarihinde Diyarbakır’da düzenlenen çekte, ödeme yeri de Diyarbakır ise bu çek 10 gün içinde, yani en son 25.11.2012 tarihinde çalışma saati sonuna kadar ibraz edilmelidir. Ancak bu çeki, hamil 20.11.2012 tarihinde ibraz etmiş olsa da, üç yıllık zamanaşımı süresinin başlangıç tarihi, çekin fiilen ibraz edildiği 20.11.2012 tarihi değil, ibraz süresinin bitimi olan 25.11.2012 tarihidir ve 25.11.2015 de zamanaşımının son günüdür.

¹¹⁵ Öztan, 2012, s. 274.

¹¹⁶ Öztan, 2012, s. 274; Bahtiyar, “5941 Sayılı Çek...”, s. 49.

¹¹⁷ Kendigelen, s. 387.

¹¹⁸ Öztan, 2012, s. 328; Teoman, Çekte İbraz..., s. 310.

¹¹⁹ Pulaşlı, s. 307; Öztan, 2012, s. 387; Arı (Karahana/Bozgeyik/Saraç/Ünal), s. 399.

İbraz süreleri düzenleme tarihine göre tespit edildiği için zamanaşımı süresinin hesaplanmasında düzenleme tarihinin dolaylı bir etkisinin olduğunu söyleyebiliriz.

III. DEĞİŞEN TİCARET VE ÇEK KANUNLARI ÇERÇEVESİNDE KARŞILIKSIZ ÇEK VE İLERİ TARİHLİ ÇEK DÜZENLENMESİ HUSUSLARINDA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER

A. Karşılıksız Çek Düzenlenmesi Hususunda Yapılan Değişiklikler

Düzenlenmiş bir çekin karşılıksız çıkması dolaylı da olsa düzenleme tarihiyle ilgilidir. Düzenleme tarihine bağlı olarak ibraz sürelerinin başlangıcının tespit edildiğini daha önce de belirtmiştik. İbraz süresi içinde, lehtar tarafından muhataba ibraz edilen çekin ödenmesi gereklidir. Çünkü düzenleyen tarafından muhataba ödeme yetkisi verilmiştir¹²⁰. Fakat düzenleyenin çek hesabında her zaman ödenmesi gereken bedelin karşılığı tamamen ya da kısmen bulunmayabilir. İşte bu durumda karşılıksız çek düzenleme fiilini (kabahatini) oluşacaktır¹²¹.

İbraz sürelerinin kısalığı, vadenin olmaması ve tedavül kabiliyeti nedeniyle para gibi nakit ihtiyacını gidermesi, paranın taşınmasına ilişkin zorlukları ve rizikoları ortadan kaldırması, belli bir oranda kalsa da bankalara karşılıksız her çek yaprağı için mali sorumluluk yüklenmiş olması çeki tercih edilir kılmaktadır¹²². Fakat ülkemizde poliçe ve bonodan ziyade çek kulla-

¹²⁰ Can, s. 140.

¹²¹ Uyar, Talih, “Karşılıksız Çek Çekmek (Keşide Etmek) Suçu”, Ankara Barosu Dergisi, 1987/5-6, s. 671, <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/1987-5/3.pdf>, 19.12.2012; Yasan, Mustafa, “3167 Sayılı Kanun’a Göre Hukuki ve Cezai Açından Karşılıksız Çek Düzenlemesinin Meydana Gelmesi İçin Gerekli Olan Koşullar”, AÜEHFD, C. III, S. 1, s. 341-342, http://hukuk.erkincan.edu.tr/dergi/makale/1999_III_19.pdf, 19.12.2012; Karşılıksız çek düzenleme suçuyla ilgili Yargıtay kararları için bkz.: Şehirli, Feyzan Hayal, “Yargıtay Kararlarında Karşılıksız Çek”, <http://acikarsiv.ankara.edu.tr/browse/2655/3437.pdf>, 19.12.2012.

¹²² Çatıkkaş, Özgür/Duran, Hüsamettin, “5941 Sayılı Çek Kanunu’nda Bankaların Yükümlülükleri”, Maliye Finans Yazıları Dergisi, Y. 26, S. 95, Nisan 2012, s. 24’den naklen, http://www.finanskulup.org.tr/assets/maliyefinans/95/MFY95_Ozgur_Catikkas-Husamettin_Duran_Cek_Kanununda_Bankalarin_Yukumlulukleri.pdf, 19.12.2012.

nımının yaygın olmasının belki de en büyük sebebi, çekin karşılıksız çıkması durumunda hukuki sorumluluk yanında düzenleyenin cezai sorumluluğuna da yol açmasıydı¹²³. Bu durum piyasalarda çekte olan güveni arttırmaktaydı¹²⁴. Fransız Çek Kanunundan esinlenerek hazırlanmış olan 19.3.1985 tarih ve 3167 sayılı Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun m. 16/1’de bu durumu düzenlemişti. Anılan hüküm doğrultusunda, ibraz edilen çekin karşılığının düzenleyenin çek hesabında kısmen veya tamamen bulunmaması durumunda düzenleyen yahut onun bu konudaki yetkili temsilcisi karşılıksız çıkan çek bedeli tutarında para cezasına çarptırılır, karşılıksız çek düzenlemesinin tekrarlanması durumunda ise bir yıldan beş yıla kadar hapis cezasına hükmedilirdi¹²⁵. Bu madde 14.12.2009 tarihli ve 5941 sayılı Çek Kanununda da korunmuştu. Fakat Çek Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 3.2.2012’de Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmesiyle, Çek Kanunu’ndaki adli para cezası ve suçun tekrarı halinde ön görülen hapis cezası kaldırılmış ve yerine Cumhuriyet savcısı tarafından uygulanacak idari yaptırım getirilmiştir. Bu idari yaptırım çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı şeklinde uygulanacaktır¹²⁶. Buna bağlı olarak 5941 sayılı ÇekK m. 6/1’deki adli nitelikteki etkin pişmanlık hükmü de kaldırılmış ve hamilin karşılıksız kalan çek

¹²³ **Narbay**, Şafak, “3167 Sayılı Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun’da Değişiklik Yapan 4814 Sayılı Kanunun Çekte Şekil Şartları ve Muhatabın Ödeme Yükümlülüğü Konuları Açısından İncelenmesi”, AÜEHFD, C. VII, S. 1-2, Haziran 2003, s. 467-468.

¹²⁴ **Can**, s. 145.

¹²⁵ **Şener**, Oruç Hami, “Eksik Unsurlu Karşılıksız Çek Düzenleme Eylemini, 3167 Sayılı Çek Kanununun 16. Maddesi İle Cezalandırmak Mümkün Müdür?”, Ankara Barosu Dergisi, 1988/2, s. 239, <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/1988-2/6.pdf>, 19.12.2012; **Canbolat**, Selahattin, “Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkındaki 3167 Sayılı Kanun İle İlgili Bir İnceleme”, Ankara Barosu Dergisi, 1985/2, s. 261, <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/1985-2/2.pdf>, 19.12.2012.

¹²⁶ Yasaklı kişiye bankanın çek hesabı açması hususundaki sorumluluğu için bkz.: **Çağlar**, Hayrettin, “5941 Sayılı Çek Kanunu Hükümlerine Göre Ticaret Şirketi Yöneticilerinin, Temsilcilerinin ve İmza Yetkililerinin Çek Hesabı Açma ve Çek Düzenleme Yasağı”, GÜHFD, C. XIII, S. 1-2, Y. 2009, s. 13, http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/13_1.pdf, 19.12.2012.

bedelini faiziyle birlikte tamamen ödemesi halinde, çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağının Cumhuriyet Savcısı tarafından kaldırılacağı öngörülmüştür¹²⁷.

B. İleri Tarihli Çek Düzenlenmesi Hususunda Yapılan Değişiklik

Düzenleme tarihi çekte bulunması gereken zorunlu unsurlardandır. Ancak düzenleme tarihi olarak çeki yazılan tarih, gerçekten çekin tedavüle çıkarıldığı tarih olmayabilir¹²⁸. Bu durum ise çekin geçerliliğini etkilemekle birlikte başka bir takım hukuki sonuçlar doğuracaktır¹²⁹.

İleri tarihli çek düzenlemesine sebep olan durumları üçe ayırmamız mümkündür. Birinci durum, çekin lehtarın eline ulaşması için gerekli olan süre veya benzeri bir fiili ibraz olanaksızlığının göz önünde tutularak, düzenleme tarihinin ileri bir tarih şeklinde belirlenmesi halidir¹³⁰. İkinci durum, sipariş edilen bir malın tesliminin vadeye bağlı olduğu hallerde ortaya çıkmaktadır. Bu durumda, malların tesliminden önce ödemede bulunmak istemeyen düzenleyen, çeki ileri tarih koymak sureti ile kendisini güvenceye almak istemekte, mallar vadeden önce kendisine teslim edilmediğinden çekle işleyen hesabında karşılık bulundurmamak sureti ile kendisini koruyabilmektedir. Satıcıda, malları teslim ettiğinde muhatap bankada karşılık bulunmaması nedeni ile ödemede bulunulmadığı hallerde karşılıksız çek düzenlemenin yaptırımından yararlanabilme olanağını elde etmektedir¹³¹. Üçüncü durum ise bir ödeme aracı olan çeki ileri tarih konulmak sureti ile bu tür çekin poliçe ve bono gibi kredi aracı olarak kullanılmak istenmesidir¹³². Çekin, poliçe ve bono gibi bir kredi aracı olarak kullanılmak istenmesinde

¹²⁷ **Pulaşlı**, s. 322-323.

¹²⁸ **Pulaşlı**, s. 316; **Çöl**, Hüseyin Cem, "İleri Tarihli Çeki İlişkin Sorunlar", AÜHFED, C. 53, S. 1-4, Y. 2004, s. 195, <http://acikarsiv.ankara.edu.tr/browse/1056/1633.pdf>, 19.12.2012.

¹²⁹ **Gençtürk**, Muharrem, "Çek Kanununda Düzenlenen Yeni Sisteme Göre İleri Tarihli Çekler Üzerine Bir Değerlendirme", EÜHFED, C. XV, S. 1-2, Erzincan 2011, s. 121-122.

¹³⁰ **Bahtiyar**, Mehmet, "İleri Tarihli Çekten Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk", Makaleler I, 2008 İstanbul, s. 45; **Güler**, Mahmut, "Sonraki Tarihli Çekler ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar", TBBD, 1990/2, s. 172, http://portal.ubap.org.tr/App_Themes/Dergi/1990-19902-1030.pdf, 19.12.2012.

¹³¹ **Bahtiyar**, "İleri tarihli Çekten...", s. 45; **Güler**, 172.

¹³² **Güler**, s. 172.

ise, çekin damga vergisine tabi olmaması ile karşılıksız çek keşide etmenin suç olması ve bunun da lehdar/hamil için önemli bir güvence teşkil etmesi nedenleri rol oynamaktadır¹³³.

İleri tarihli çeklere ilişkin olarak uluslararası düzenlemelere de bakacak olursak; çekte ilişkin Cenevre Yeknesak Kanununun hazırlık aşamasında, ileri düzenleme tarihli çek konusunda iki görüşün ileri sürüldüğünden bahsedebiliriz. Bunlardan birincisi, çek görüldüğünde ödeneceğine göre, hamil, ibraz süresi sona ermiş olmadıkça, çeki üzerindeki tarih ne olursa olsun muhataba ibraz ederek ödenmesini isteyebilir görüşünü savunan görüştür. İkinci görüş ise ileri tarihli çeklerin batıl olması gerektiğini belirten görüştür¹³⁴. CYK m. 28, birinci görüş doğrultusunda kabul edilmiştir¹³⁵. Bu görüşün kabul edilmesinin amacının, çeki vadeli hale getirip ona kredi fonksiyonu sağlamak olduğu ifade edilmiştir. Yani CYK sisteminde, düzenleyen ile hamil arasındaki centilmenlik anlaşmasına saygı gösterilmiştir diyebiliriz¹³⁶.

Çekin bir ödeme aracı olduğuna daha önce de değinmiştik. Türk hukukunda diğer kambiyo senetlerinden farklı olarak çekin karşılıksız çıkması durumu cezai bir müeyyideye bağlandığı için piyasalardaki talep çekin kullanılmasını yaygınlaştırmıştır. Fakat çek bir kredi aracı değildir ve çekte vade bulunmaz. Bu sebeple ülkemizdeki uygulama Avrupa ülkelerinden farklı şekilde gelişmiş ve kredi aracı olan poliçe neredeyse hiç kullanılmazken, ileri tarihli çek düzenlenmek suretiyle çekte kredi aracı vasfı kazandırılmıştır. Uygulamadaki bu durum Kanun ile çeliştiği için bir takım sorunlar ortaya çıkmıştır¹³⁷.

¹³³ **Yeşilova**, Ecehan Aras/**Yeşilova** Bilgehan, “Çek Hukukuyla İlgili İki Yeni Düzenleme - 5838 Sayılı Kanun’un 18 ve 32/XIX. Maddelerinin Getirdikleri”, TBB Dergisi, Sayı 82, 2009, s. 16, 19.

¹³⁴ Bu görüş, 1926 tarihli Ticaret Kanununda ve 1922 tarihli poliçe, bono ve çekte ilişkin hukukun birleştirilmesine dair Uluslararası La Haye Konferansında da kabul edilen görüştür (Bkz.: **Bahtiyar**, “İleri tarihli Çekten...”, s. 45).

¹³⁵ **Bahtiyar**, “İleri tarihli Çekten...”, s. 45.

¹³⁶ **Yıldız**, Şükrü, “5941 Sayılı (Yeni) Çek Kanunu’nun Çek Hukukuna Etkileri”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Y. 9, Sy. 18, Güz 2010, s. 80-81, <http://www.iticu.edu.tr/uploads/kutuphane/dergi/s18/71-83.pdf>, 19.12.2012.

¹³⁷ **Pulaşlı**, s. 316.

5941 sayılı ÇekK geçici m. 1/5'te, ileri tarihli çeke ilişkin olarak, 31.12.2011 tarihine kadar üzerinde yazılı düzenleme tarihinden önce çekin bankaya ibrazının geçersiz olduğu öngörülmekteydi. Böylece, 31.12.2011 tarihine kadar, ileri tarihli çek düzenlenebilecek ve çek, üzerinde yazılı düzenleme tarihinden önce bankaya ödenmek için ibraz edildiğinde banka ibrazı reddedip hiçbir işlem yapmadan çeki hamile iade edecekti¹³⁸.

Çek Kanununda, 31.12.2011 sonrası için de ileri tarihli çekle ilgili olarak bir hükme yer verilmiştir. ÇekK m.3/8'e göre; *“Üzerinde yazılı bulunan ödeme tarihinden önce ibraz edilen çekin karşılığının ETTK'nun 707. (TTK m.795/1) maddesi uyarınca kısmen veya tamamen ödenmemiş olması halinde, bu çekle ilgili olarak hukuki takip yapılamaz. İleri tarihli çekle ilgili olarak hukuki takip yapılabilmesi için, çekin üzerindeki düzenleme tarihine göre kanuni ibraz süresi içinde bankaya ibraz edilmesi ve karşılıksızdır işlemine tabi tutulması şarttır.”* Esasen bu hükümlerle, 31.12.2011 (Kanunun yeni şekline göre 31.12.2017) tarihinden sonra da ileri tarihli çek düzenlenebilmesine ve bu çekin, üzerinde yazılı düzenleme tarihinden önce bankaya ödenmek için ibraz edilebilmesine de imkân tanınmıştır. Bununla birlikte üzerinde yazılı düzenleme tarihinden önce muhataba ibraz edilen çekin kısmen ya da tamamen karşılığının çıkmaması durumunda hukuki takip hemen yapılamayacak, çekte yazılı ileri tarihe bağlı olarak başlayacak ibraz sürelerinin gelmesi beklenecektir¹³⁹. İbrahim süresi başlamadan önce ibraz edilen çekin işlediği hesapta kısmen dahi olsa bir karşılık varsa, muhatap bu karşılığı ödemek zorunda olacak fakat ödenmeyen kısım için hemen bir takip başlatılamayacak; bilahare ibraz süresi içinde çekin yeniden ibrazı gerekecek ve buna rağmen kalan karşılığın ödenmemesi üzerine yapılan tespitle birlikte takip hakkı elde edilecektir¹⁴⁰.

Fakat bu durum beraberinde birçok yeni sorunun ortaya çıkmasına da yol açmıştır. Örneğin bu düzenlemeyle, ileri tarihli çekin, üzerinde bulunan düzenleme tarihinden önce ibraz edilmesi ve karşılığının çek hesabında

¹³⁸ **Reisoğlu**, Seza, “5941 Sayılı Çek Kanunu Hukuki ve Ekonomik Değerlendirme”, TBB, 8 Ocak 2010, s. 2, http://www.tbb.org.tr/Dosyalar/Yasal_Duzenlemeler/Cek_Kanunu_Tasarisi/Cek_Kanunu_Degerlendirme, 19.12.2012.

¹³⁹ **Bahtiyar**, “5941 Sayılı Çek...”, s. 54; **Pulaşlı**, s. 318.

¹⁴⁰ **Bahtiyar**, “5941 Sayılı Çek...”, s. 54 vd.; **Gençtürk**, s. 126.

tamamen bulunmaması halinde, üzerindeki düzenleme tarihine göre kanuni ibraz süresine kadar defalarca ibraz edilmesi ve her defasında mevcut kısmi karşılığın tahsil edilmesi söz konusu olabilecektir¹⁴¹. Bir diğer sorun, ibraz sürelerinin başlangıcından önce ibraz edilen çekte ait hesapta karşılığın bulunmaması durumunda, her çek yaprağı için bankalar açısından öngörülen sorumluluk miktarının ödenmesinin talep edilebilip edilemeyeceği meselesidir. Her çek yaprağına karşılık muhatap bankanın kanun gereği ödeme yükümlülüğünün söz konusu olabilmesi, çekin düzenleyen dışındaki bir hamil tarafından “süresinde ibraz” edilmesi koşuluna tabi tutulmuştur (Çek.K. m.3/3). Buradaki süresinde ibrazı, çek üzerindeki düzenleme tarihine göre belirlenecek olan kanuni ibraz süreleri olarak anlaşılmalıdır. Dolayısıyla üzerindeki düzenleme tarihinden önce çekin ödeme için ibrazı halinde muhatap banka, her çek yaprağına karşılık kanunen ödemek zorunda olduğu miktarı hamile ödemek zorunda olmayıp, bu ödeme için kanuni ibraz süreleri içinde çekin tekrar ibraz edilmesini isteyebilmelidir¹⁴².

Daha sonra, 6273 sayılı Kanunla 5941 sayılı Çek Kanununda bazı değişiklikler yapılmıştır. Bu değişikliklerden biri de, ileri tarihli çekin üzerinde yazılı düzenleme tarihinden önce ödenmek için muhatap bankaya ibrazının, 31.12.2017 tarihine kadar geçersiz olacağını öngören geçici madde 1/5'tir. Bu hükmün konulmasıyla birlikte artık çekin bir kredi aracına dönüştüğünü ve piyasaların bu uygulamaya alıştığı gerekçesiyle 2017 yılından sonra da yapılacak düzenlemelerle bu uygulamanın süreklilik kazanacağını söyleyebiliriz¹⁴³.

Bu hususta değinmemiz gereken noktalardan bir diğeri de, ileri tarihli çekin ibrazında nasıl bir yol izleneceğidir. İleri düzenleme tarihli bir çek, üzerinde yazılı tarihten önce muhatap bankaya ödenmek için ibraz edildiğinde, muhatap banka Çek Kanununun geçici 1. maddesinin 5. fıkrasındaki, “31.12.2017 tarihine kadar üzerinde yazılı düzenleme tarihinden önce çekin ödenmek için muhatap bankaya ibrazı geçersizdir.” hükmüne dayanarak, bu çekle ilgili hiçbir işlem yapmayacaktır. Bu durumda muhatap bankanın çek hamiline karşı hiçbir sorumluluğu da söz konusu olmayacaktır. İleri tarihli

¹⁴¹ **Pulaşlı**, s. 318-319.

¹⁴² **Gençtürk**, s. 126 vd.

¹⁴³ Aynı görüşte **Pulaşlı**, s. 319.

çekin erken ibrazının geçersizliğine ilişkin 31.12.2017 tarihine kadar yürürlükte kalacak geçici bu düzenleme, TTK m. 795/1'deki, "*Çek görüldüğünde ödenir. Buna aykırı herhangi bir kayıt yazılmamış hükmündedir.*" hükmünün uygulanmasını bu tarihe kadar askıya almış olmaktadır¹⁴⁴. Dolayısıyla, 31.12.2017 tarihine kadar ileri tarihli olarak düzenlenen çekte hamil, düzenleme tarihine göre kanuni ibraz süresini beklemek ve çeki ancak o zaman muhatap bankaya ibraz etmek zorundadır¹⁴⁵.

SONUÇ

1. Çek, hukuki niteliği itibariyle nitelikli bir havaledir. Bu havale bir takım şekil şartlarını içermeli, yazılı olmalı, soyut ve kayıtsız, şartsız bir ödeme emri şeklinde olmalıdır.

2. Çekin diğer kambiyo senetlerinden farkı, onun bir kredi aracı olmayıp ödeme aracı olmasıdır. Fakat ülkemizde uygulama bunun tam aksi şekilde gelişmiştir. Kredi aracı olarak kullanılması gereken poliçe ve bononun herhangi bir cezai yaptırıma bağlanmamış olması, fakat çekin cezai yaptırıma bağlanmış olması bu gelişime neden olmuştur. Bu gelişim sonucunda ileri tarihli çekler ortaya çıkmış ve kanun koyucu da piyasa taleplerini göz önünde bulundurarak bu kullanımın yaygınlaşmasına bir nevi yardımcı olacak düzenlemelerde bulunmuştur.

3. Bir çekin geçerli olabilmesi için kanunen belirtilen zorunlu şekil şartlarının tümünü içermesi gerekir. Kısaca bu şartlar; senet metninde çek kelimesinin bulunması, belirli bir bedelin kayıtsız ve şartsız ödenmesi emri,

¹⁴⁴ **Yeşilova/Yeşilova**, s. 5; Söz konusu düzenleme ve önceki benzer düzenlemeler öğretide çeşitli gerekçelerle şiddetle eleştirilmiştir. Eleştiriler daha çok kanunların yürürlük kurallarına aykırılık, ileri tarihli çekin düzenlenmesinde tarafların çekin ibraz süresinden önce de bankaya ibraz edilebileceğini bildiği veya bilmesi gerektiği, söz konusu düzenlemenin çeki adeta bonoya veya poliçeye dönüştürdüğü, düzenlemenin çekin ödeme aracı niteliğine aykırı olduğu, düzenleyenleri koruma amaçlı olan bu tür hükümlerin hamilleri zarara uğrattığı, poliçe ve bonoyu düzenleyenlerin bu tarz bir himayeden faydalanamadıklarından eşitlik ilkesine aykırılık teşkil ettiği (bu hususta bkz.: **Yeşilova/Yeşilova**, s. 4) hususlarında toplanmaktadır (Bkz.: **Bahtiyar**, "5941 Sayılı Çek...", s. 53 vd.).

¹⁴⁵ **Pulaşlı**, s. 319-320.

muhatapın ticaret unvanı, ödeme yeri, düzenleyenin imzası, düzenleme yeri ve düzenleme tarihidir.

4. Çekte muhatap poliçeden farklı olarak sadece bir banka olabilir. Bu sebeple muhatapın adı soyadı yerine yeni düzenlemede muhatapın ticaret unvanından bahsedilmiştir. Fakat bu yeni düzenleme, ödeme yerinin yabancı ülke olarak gösterilmesi durumundaki olasılıkları karşılar nitelikte değildir.

5. Düzenleme tarihi, çek hukuku bakımından birçok hususun temelini oluşturduğu için büyük önem taşımaktadır. Birçok kavramı doğrudan ve dolaylı olarak etkilemesi bu önemini pekiştirmektedir. Etkilediği bu kavramları kısaca; çekin geçerliliği, düzenleyenin ehliyetinin tespiti, ibraz sürelerinin, çekten cayma süresinin, protesto süresinin, teyitli çeklerde bankanın sorumluluk süresinin ve zamanaşımı süresinin hesaplanması şeklinde belirtebiliriz.

6. Düzenleme tarihinin genellikle çekin ihdas edildiği tarih olduğu ve ibraz süreleri de bu tarihin hemen ertesi günü başladığı için, ibraz süreleri ile bağlantılı olan diğer sürelerin de temelini oluşturduğundan bahsedebiliriz. Bu şekilde ortaya dolaylı bir etki çıkmaktadır. Bununla birlikte düzenleme tarihinin yokluğu çeki doğrudan etkiler ve onun geçersizliğine sebep olur. Aynı şekilde ibraz müddetlerinin hesabının yasada düzenleme tarihinin hemen ertesi günü başlayacağı belirtildiği için, düzenleme tarihi ibraz sürelerinin başlangıcını ve bitiminin tespiti hususunu da doğrudan etkilemektedir.

7. Düzenleme tarihi açısından değinilmesi gereken noktalardan biri de çekin tamamen ya da kısmen karşılıksız çıkması durumudur. İbraz müddeti içinde lehtar tarafından muhataba ibraz edilen çekin karşılığı, düzenleyenin çek hesabında tamamen ya da kısmen bulunmazsa karşılıksız çek düzenlenmesi durumu meydana gelir. Eski düzenlemede çekin karşılıksız çıkması bir suç olarak öngörülmüş ve adli para cezası ve karşılıksız çek düzenlemesinin tekrarı halinde de hapis cezası ile yaptırıma bağlanmıştı. Fakat 5941 sayılı Çek Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun kabulüyle birlikte adli yaptırımlar hapis cezası da dahil olmak üzere kaldırılmış ve bunun yerine çekin karşılıksız çıkması durumunda idari yaptırım öngörülmüştür. Bu idari yaptırım, düzenleyenin çek hesabı açması ve çek düzenlemesinin yasaklanması şeklinde olup Cumhuriyet Savcısı tarafından uygulanacaktır.

Bu düzenlemenin yapılmasında, ekonomik suçlara ekonomik yaptırımların uygulanması gerektiği düşüncesi etkili olmuştur.

8. Değineceğimiz son nokta ise, çekte düzenleme tarihi olarak ileri bir tarihin yazılması yani ileri tarihli çek ihdası durumudur. Yukarıda da belirttiğimiz üzere ülkemizde çekin karşılıksız çıkması durumunda hapis cezasının öngörölmüş olması piyasalarda bir güvence unsuru olarak algılanmış ve çek kullanımına olan ilgiyi arttırmıştır. Esasen kredi aracı olan poliçe ve bononun böyle bir caydırıcılık unsuru taşımaması, ödeme aracı niteliğinde olan çekin kredi aracına dönüştürölmesi sonucunu doğurmuştur. Çekte vadeyi yasaklayan TTK m. 795/1, ileri tarihli çek ihdasıyla aşılmiş bulunmaktadır. Ülke çapında çekin ileri tarihli olarak düzenlemesinin bu kadar yaygın olmasının temel nedenleri, karşılıksız çek düzenlenmesi nedeniyle hapis cezasına çarptırılanların sayısının her geçen gün artması ve ülkenin içinde bulunduğu ekonomik krizin yasa koyucuyu ileri tarihli çek düzenlemesini serbest bırakmaya yöneltmiş olmasıdır. En son yapılan düzenleme ile ileri tarihli çek düzenlemesi 2017 yılına kadar geçerli kılınmıştır. Muhtemelen bu tarihten sonra da yeni düzenlemelerle bu süre daha da uzatılacaktır. Hemen belirtelim ki, ileri tarihli olarak düzenlenen çek geçerli bir çekdir. Fakat çekin ileri tarihe göre hesaplanacak ibraz süresinden önce muhatap bankaya ibrazında banka muhtemelen ödeme yapmayacaktır. Aynı şekilde, bu çek karşılıksız çıkısa dahi karşılıksızdır işlemi ya da buna muadil (örneğin protesto gibi) bir başka işlem yapılamayacaktır. Hukuki takip yapılabilmesi için ileri tarihe göre hesaplanacak ibraz müddetlerinin gelmesi beklenecektir. Zira yürürlükteki ÇekK. m. 3/8 hükmü ile “Üzerinde yazılı bulunan ödeme tarihinden önce ibraz edilen çekin karşılığının ETTK'nın 707. (TTK m.795/1) maddesi uyarınca kısmen veya tamamen ödenmemiş olması halinde, bu çekle ilgili olarak hukuki takip yapılamaz. İleri tarihli çekle ilgili olarak hukuki takip yapılabilmesi için, çekin üzerindeki düzenleme tarihine göre kanuni ibraz süresi içinde bankaya ibraz edilmesi ve karşılıksızdır işlemine tabi tutulması şarttır.” şeklindeki düzenleme ile, TTK m. 795/2 hükmü askıya alınmıştır. Çekin ödeme aracı olma niteliğiyle bağdaşmayan bu düzenlemenin bir an önce yürürlükten kaldırılarak, TTK m. 795/2'ye yeniden işlerlik kazandırılması ve yürürlüğünün devam ettirilmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Böylece ibraz süresinden önce de karşılıksız çıkan çek

nedeniyle başvuru hakkı ve idari yaptırımların uygulanabilmesi mümkün olacağından, ileri tarihli çekte duyulan ilgi de azalacaktır.

İleri tarihli çek düzenlemesinin önüne geçebilmek için, öncelikle bu uygulamanın yaygınlaşmasındaki en büyük etkenin, uygulanabilecek yaptırımlar nedeniyle lehtar ve hamillerde karşılığını bulan güvence unsuru olduğunu, kanun koyucunun da görmesi gerekmektedir. İleri tarihli çek düzenlemesi yerine poliçenin kullanılabilirliğini arttırmak için kanun koyucunun poliçe ve bono hükümlerini yeniden gözden geçirerek daha fazla güvence sağlayacak hükümler sevk etmesi gerekmektedir. İleri tarihli çek düzenlemesine izin veren kanun hükümlerinin süresinin devamlı uzatılması yerine, poliçe ve bonoya ilişkin yaptırım hükümlerinin ağırlaştırılarak güvenilirliğinin artırılması, piyasaları kendiliğinden ileri tarihli çek düzenlemesinden uzaklaştırıp bu türden kambiyo senetlerine yönlendirecektir. Çünkü kişiler haklı olarak ticari güvenliği en üst düzeyde olan senetlere yönelmekte, hatta çek örneğinde görüldüğü üzere niteliğini dahi değiştirmek suretiyle bu senetleri kullanma eğiliminde bulunmaktadır. Dolayısıyla çekte vadenin yaratılması yerine zaten birer kredi aracı olan poliçe ve bononun kullanımının yaygınlaştırılmasının en doğru ve kalıcı çözüm yolu olduğu unutulmamalıdır.

Kaynakça

- Akipek**, Jale G./**Akıntürk**, Turgut: Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, C. I, Yenilenmiş 6. Bası, İstanbul 2007.
- Albayrak**, Okan: “Çekten Cayma ve Ödemeden Men”, İBD, C. 81, S. 5, Y. 2007, <http://www.istanbulbarosu.org.tr/yayinlar/BaroDergileri/ibd/20075/ibd2007514.pdf>, 19.12.2012.
- Aydın**, Nahit Gürhan: “Kambiyo Senetlerinde Protesto”, s. 4, <http://www.dunyahukuk.com/documents/full-makale-kambiyo-senetleri.pdf>, 19.12.2012.
- Aygün**, Mesut: Milletlerarası Özel Hukukta Kambiyo Senetleri, Eskişehir Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Tezi, Ocak 2008, <http://www.belgeler.com>, 19.12.2012.
- Bahtiyar**, Mehmet: “İleri Tarihli Çekten Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk”, Makaleler I, 2008 İstanbul, s. 43-57.
- Bahtiyar**, Mehmet: “Yargıtay Kararları Işığında Kambiyo Senetlerinde Keşide Tarihi ve İmkânsızlığı”, Makaleler I, İstanbul 2008, s. 237-248.
- Bahtiyar**, Mehmet: “5941 Sayılı Çek Kanunu Açısından İleri Tarihli Çek”, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sy. 2, Aralık 2013, s. 47-58.
- Battal**, Ahmet: “Yabancı Para Üzerinden Düzenlenen Çeklerin Tahsili Konusundaki Çeşitli İhtimallerin İncelenmesi”, İHFM, C. LVI, S. 1-4, Y. 1998, <http://www.iudergi.com/tr/index.php/hukukmecmua/article/viewFile/3856/3446>, 19.12.2012.
- Bilgen**, Mahmut: “Kambiyo Senetlerinde Tahrifat (Değişiklik Yapılması)”, DEÜHFD, C.11, Özel S. 2009, Basım Yılı: 2010, <http://web.deu.edu.tr/hukuk/dergiler/dergimiz11-9-ozel/ozel/1%20bilgen.pdf>, 19.12.2012.
- Can**, Mertol: 6762 sayılı ve Türk Ticaret Kanunu ile 6273 sayılı Kanunla değişik 5941 sayılı Çek Kanunu Hükümleri Dairesinde Kıymetli Evrak Hukuku, 2. Bası, Ankara 2012.
- Canbolat**, Selahattin: “Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkındaki 3167 Sayılı Kanun İle İlgili Bir

- İnceleme”, Ankara Barosu Dergisi, 1985/2, <http://www.ankarabarusu.org.tr/site/ankarabarusu/tekmakale/1985-2/2.pdf>, 19.12.2012.
- Çağlar**, Hayrettin: “5941 Sayılı Çek Kanunu Hükümlerine Göre Ticaret Şirketi Yöneticilerinin, Temsilcilerinin ve İmza Yetkililerinin Çek Hesabı Açma ve Çek Düzenleme Yasağı”, GÜHFD, C. XIII, S. 1-2, Y. 2009, http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/13_1.pdf, 19.12.2012.
- Çatıkkaş**, Özgür/**Duran**, Hüsamet: “5941 Sayılı Çek Kanunu’nda Bankaların Yükümlülükleri”, Maliye Finans Yazıları Dergisi, Y. 26, S. 95, Nisan 2012, http://www.finanskulup.org.tr/assets/maliyefinans/95/MFY95_Ozgur_Catikkas-Husamettin_Duran_Cek_Kanununda_Bankalarin_Yukumlulukleri.pdf, 19.12.2012.
- Çöl**, Hüseyin Cem: “İleri Tarihli Çeke İlişkin Sorunlar”, AÜHFD, C. 53, S. 1-4, Y. 2004, <http://acikarsiv.ankara.edu.tr/browse/1056/1633.pdf>, 19.12.2012.
- Çubukgil**, Oktay: “Vade ve Tanzim Tarihleri Boş Olan Emre Muharrer Senede Vade ve Tanzim Tarihlerini Sonradan Doldurma Halinde Sahtekârlık Suçu İşlenmiş Olacağından Suçu İşleyene İki Sene Ağır Hapis Cezası Verilir”, Ankara Barosu Dergisi, S. 4, Y. 1972, <http://www.ankarabarusu.org.tr/>, 19.12.2012.
- Domaniç**, Hayri: Türk Ticaret Kanunu Şerhi C. IV, Kıymetli Evrak Hukuku ve Uygulaması, İstanbul 1990.
- Erdoğan**, Mehmet Şirin: “Kambiyo Senetlerinde İyiniyetli Hamilin Korunması”, TBBD, S.2, Y. 1999, <http://www.erdoganhukuk.com/dosyalar/kombiyo.pdf>, 19.12.2012.
- Gençtürk**, Muharrem: “Çek Kanununda Düzenlenen Yeni Sisteme Göre İleri Tarihli Çekler Üzerine Bir Değerlendirme”, EÜHFD, C. XV, S. 1-2, Erzincan 2011.
- Gülaçtı**, Ersin: “Elektronik İmza ve Güvenlik”, http://www.uekae.tubitak.gov.tr/uekae_content_files/EtkinlikWeb/E-imza.pdf, 19.12.2012.
- Güler**, Mahmut: “Sonraki Tarihli Çekler ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar”, TBBD, 1990/2, http://portal.ubap.org.tr/App_Themes/Dergi/1990-19902-1030.pdf, 9.12.2012.
- İmregün**, Oğuz: Kıymetli Evrak Hukuku, İstanbul 2003.

- Karahan, Sami/Arı, Zekeriyya/Bozgeyik, Hayri/Saraç, Tahir/Ünal,** Mücahit: Kıymetli Evrak Hukuku, Birinci Baskı, Konya 2013.
- Kaya, Esra:** “Türk Hukukunda Muhatap Bankanın İnceleme Yükümlülüğünün Kapsamı”, Tezsiz Yüksek Lisans Dönem Projesi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk (Ticaret Hukuku) Anabilim Dalı, Ankara 2008, <http://acikarsiv.ankara.edu.tr/browse/3583/4471.pdf?show>, 19.12.2012.
- Kendigelen, Abuzer:** Çek Hukuku, 4. Bası, İstanbul 2007.
- Kendigelen, Abuzer:** “Çekten Cayma ve Ödeme Yasağı (TTK. 711)”, Makalelerim, C. I (1986-2001), 2. Bası, s. 83-120.
- Narbay, Şafak:** Çekten Cayma ve Ödeme Yasağı, 2. Bası, İstanbul 1999.
- Narbay, Şafak:** “3167 Sayılı Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun’da Değişiklik Yapan 4814 Sayılı Kanunun Çekte Şekil Şartları ve Muhatabın Ödeme Yükümlülüğü Konuları Açısından İncelenmesi”, AÜEHFD, C. VII, S. 1-2, Haziran 2003.
- Öztan, Fırat:** Kıymetli Evrak Hukuku, 2. Bası, Ankara 1997.
- Öztan, Fırat:** Kıymetli Evrak Hukuku, 17. Bası, Ankara 2012.
- Pulaşlı, Hasan:** Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre ve 6273 Sayılı Kanunla Değişik Çek Kanunu’nun Yorumu ile Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları, 2. Bası, Ankara 2012.
- Reisoğlu, Seza:** “5941 Sayılı Çek Kanunu Hukuki ve Ekonomik Değerlendirme”, TBB, T. 8 Ocak 2010, http://www.tbb.org.tr/Dosyalar/Yasal_Duzenlemeler/Cek_Kanunu_Tasarisi/Cek_Kanunu_Degerlendirme_08012010.pdf, 19.12.2012.
- Şahinalp, Kaan:** “Çekte Muhatap ve Muhatabın Hukuki Sorumluluğu”, SD Sayı: 39, <http://dergi.sayistay.gov.tr/icerik/fer39m5/pdf>, 19.12.2012.
- Şehirali, Feyzan Hayal:** “Yargıtay Kararlarında Karşılıksız Çek”, <http://acikarsiv.ankara.edu.tr/browse/2655/3437.pdf>, 19.12.2012.
- Şener, Oruç Hami:** “Eksik Unsurlu Karşılıksız Çek Düzenlemesi Eylemini, 3167 Sayılı Çek Kanununun 16. Maddesi İle Cezalandırmak Mümkün Müdür?”, Ankara Barosu Dergisi, 1988/2, <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/1988-2/6.pdf>, 19.12.2012.

- Teoman, Ömer:** “Çekte İbraz Süresinin Hesaplanmasında Keşide Gününün Önemi”, 30 yıl Ticaret Hukuku Tüm Makalelerim, C. II, İstanbul 2001, s. 309-317.
- Ulusoy, Yasin:** “Beyaza İmza”, AÜEHFD, C. VIII, S. 3-4, Y. 2004, http://www.hukuk.erkincan.edu.tr/dergi/makale/2004_VIII_2_17.pdf, 19.12.2012.
- Uyar, Talih:** “Karşılıksız Çek Çekmek (Düzenlemek) Suçu”, Ankara Barosu Dergisi, 1987/5-6, <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/1987-5/3.pdf>, 19.12.2012.
- Ülgen, Hüseyin/Helvacı, Mehmet/Kendigelen, Abuzer/Kaya, Arslan:** Kıymetli Evrak Hukuku, 7. Bası, İstanbul 2013.
- Yasan, Mustafa:** “3167 Sayılı Kanun’a Göre Hukuki ve Cezai Açından Karşılıksız Çek Düzenlemesinin Meydana Gelmesi İçin Gerekli Olan Koşullar”, AÜEHFD, C. III, S. 1, http://hukuk.erkincan.edu.tr/dergi/makale/1999_III_19.pdf, 19.12.2012.
- Yaşar, Tanju Oktay:** “Çeklerde Düzenleme Tarihinin Önemi ve Bulunmamasının Sonuçları”, HÜİİBFD, C. 5, S. 1-2, Ankara 1987, http://www.tanjuyasar.com/wp-content/uploads/2012/07/cek_19.12.2012.
- Yeşilova, Ecehan Aras/Yeşilova, Bilgehan:** “Çek Hukukuyla İlgili İki Yeni Düzenleme - 5838 Sayılı Kanun’un 18 ve 32/XIX. Maddelerinin Getirdikleri”, TBB Dergisi, Sayı 82, 2009, s. 1-59.
- Yıldız, Şükrü:** “5941 Sayılı (Yeni) Çek Kanunu’nun Çek Hukukuna Etkileri”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Y. 9, S. 18, Güz 2010, <http://www.iticu.edu.tr/uploads/kutuphane/dergi/s18/71-83.pdf>, 19.12.2012.

Kısaltmalar Cetveli

AÜEHFD	: Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BankK	: 5411 Sayılı Bankacılık Kanunu
BK	: 6098 Sayılı Borçlar Kanunu
bkz.	: bakınız
C.	: Cilt
CD.	: Ceza Dairesi
CYK	: Cenevre Yeknesak Kanunu
ÇekK	: 5941 Sayılı Çek Kanunu
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
dn.	: dipnot
E.	: Esas
ETTK	: 6762 Sayılı Türk Ticaret Kanunu
EÜHFD	: Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
GÜHFD	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD.	: Hukuk Dairesi
HGK.	: Hukuk Genel Kurulu
HÜİBFD	: Hacettepe Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İHFM	: İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	: Karar
m.	: madde
MK	: 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu
RG.	: Resmi Gazete

s.	: sayfa
S.	: Sayı
SD.	: Sayıştay Dergisi
T.	: Tarih
TBB	: Türkiye Bankalar Birliği
TBBĐ	: Türkiye Barolar Birliği
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TTK	: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu
Y.	: Yıl
Yarg.	: Yargıtay

^HAVRUPA HAKSIZ FİİL HUKUKU İLKELERİNDE TEHLİKE SORUMLULUĞU VE TÜRK HUKUKU İLE KISACA KARŞILAŞTIRILMASI

*Doç. Dr. Metin İKİZLER**

GİRİŞ

Günümüzde Avrupa Birliği düzeyinde, bütünleşme sürecinin bir görünümü olarak, hukukun mümkün olduğunca yeknesaklaşması ya da uyumlu hâle getirilmesine ilişkin çalışmalar¹ yürütülmektedir. Böylece müşterek Avrupa Medeni Hukukuna ulaşılması amaçlanmaktadır. Bu bağlamda Haksız Fiil Hukuku konusunda da önemli çalışmalar yapılmaktadır. Bu çalışmaların odağında bulunan kuruluşlardan biri, Haksız Fiil ve Sigorta Hukuku Avrupa Merkezi (HFSAM)-ECTIL² adıyla anılmaktadır. Bir diğeri Avrupa Haksız Fiil Grubu³/Komisyonu'dur. Merkezi Viyana'da bulunan HFSAM ile yakın işbirliği içindeki⁴ Grup, henüz Tilburg grubu olarak

^H Hakem incelemesinden geçmiştir.

* Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı

¹ Avrupa haksız fiil hukukunun uyumlulaştırılması hakkında Bkz. **Wagner**, G.; The Project of Harmonizing European Tort Law, in: European Tort Law 2005, Tort and Insurance Law Yearbook, ed. By Koziol, H/Steininger B.C., Wien 2006, s. 650 vd.; **Basedow**, J.; Avrupa Özel Hukukunun Doğuşu, (Çeviren: **Oğuz**, A.), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Der., Cilt: 52, Sa. 3, 2003, s. 8 vd., 15-16; Avrupa Haksız Fiil Hukuku (Temel) İlkeleri, Türk Borçlar Kanunu Genel Gerekçesinde de sözü edilen ilkelere dendir. Bkz. Genel Gerekçe, (I. Genel Olarak).

² European Centre of Tort and Insurance Law, Der Europäische Zentrum für Schadenersatz und Versicherungsrecht.

³ European Group on Tort Law (EGTL).

⁴ Bkz. [http://www.ectil.org/\(introduction\)](http://www.ectil.org/(introduction)), (erişim tarihi: 02.07.2014); [http://www.egtl.org/\(home\)](http://www.egtl.org/(home)), (erişim tarihi: 02.07.2014).

anıldığı dönemden bu yana, geniş katılımlarla haksız fiil hukuku alanında çalışmalar yürütmüştür. Nihayet Mayıs 2005 yılında, Grubun, “Avrupa Haksız Fiil Hukuku İlkeleri (AHFİ)-PETL⁵” adıyla haksız fiil hukukuna ilişkin temel ilkeleri bir araya toplayan ve Avrupa ülkelerine hitap eden çalışması kamuoyuna duyurulmuştur⁶.

Avrupa Birliği'nin üyesi olmamasına rağmen, Birlik düzeyinde yürütülen çalışmalar ve bu arada AHFİ, İsviçre hukuk doktrininde de izlenmektedir⁷. İsviçre hukukunda sorumluluk hukuku alanında yapılması düşünülen değişiklik çalışmalarında, AHFİ'nin dikkate alınmadığını söylemek yanlış olur. Öte yandan, başka hukukları da etkileyen hukuk sistemiyle, İsviçre Hukukunu HFSAM ve Avrupa Haksız Fiil Grubu da göz ardı etmemektedir. Nitekim Avrupa düzeyinde yapılan karşılaştırmalı çalışmalarda seçilen ülkelerden birisi de genellikle İsviçre olmaktadır⁸.

Avrupa'da yaşanan bütünleşme ve hatta birleşme süreci düşünüldüğünde, Avrupa Birliği'ne Türkiye'nin katılım hedefi de dikkate alındığında, Birlik düzeyindeki sorumluluk hukukuna ilişkin çalışmalar Türk hukuku açısından da izlenmeye değerdir.

AHFİ'nin bu bakımdan incelenmeye değer ilkelerinden biri de tehlike sorumluluğuna ilişkindir. Tehlike sorumluluğu AHFİ'de genel kural ile düzenlemiştir.1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanunu'nda da tehlike sorumluluğuna ilişkin genel kurala yer verilmiştir (m. 71). Böyle bir düzenleme 818 sayılı önceki Borçlar

⁵ Principles of European Tort Law, Grundsätze eines Europäischen Deliktsrechts.

⁶ Süreç ve kurumlarla ilgili bkz. **Neethling**, J.; Toward a European Ius Commune in Tort Law: a Practical Experience, *Fundamina: A Journal of Legal History*, Vol. 12, 1/2006, s. 81-83; **Koch**, B. A.; The “Principles of European Tort Law”, *ERA Forum*, 8/2007, s. 107-108.

⁷ Bkz. **Widmer**, P.; Ein erster Schritt zu einem europäischen Haftpflichtrecht?, *HAVE* 3/2005, s. 246.

⁸ Örneğin, kişiye verilen zararların (Personenschaden, personal injury) tazmini konusunda Avrupa düzeyinde yapılan ve 2002 yılında yayımlanan çalışma. Bkz. **Koch** B. A/**Koziol**, H. (Hrsg): Compensation for Personal Injury in a Comparative Perspective, *Tort and Insurance Law*, Band: 4, Wien/Newyork 2002. Çalışmada mercek altına alınan diğer ülkeler ise şunlardır: Almanya, Belçika, İngiltere, Fransa, İtalya, Hollanda, Avusturya, İsveç ve İspanya.

Kanunu'nda yoktu. Dolayısıyla tehlike sorumluluğuna ilişkin TBK m. 71, hukukumuz açısından yeni bir düzenlemedir.

Bu çalışmada yukarıda ifade edilen anlayış ile Avrupa Birliği sürecindeki Türk Hukukunun 6098 sayılı Kanun ile kazandığı tehlike sorumluluğuna ilişkin genel kuralının, Avrupa Haksız Fiil Hukuku İlkelerindeki⁹ düzenleme ile kısa bir karşılaştırması yapılacak, böylece iki kural arasındaki temel benzerlik ve farklar ortaya konmaya çalışılacaktır.

I. AHFİ'NİN BAĞLAYICI OLMAMASI

AHFİ, Avrupa Birliği üyesi ülkeler için bağlayıcı nitelik taşıyan bir kurallar topluluğu değildir. Bu çalışmanın amacı ve önemi, haksız fiil alanında Avrupa'daki çeşitli hukuk sistemleri için kabul görebilecek ilkeleri benimsemektir. Yoksa bu konuda katı kurallar getirmek değildir¹⁰. Yukarıda ifade edildiği gibi, AHFİ bir ilkeler bütünüdür ve haksız fiil hukukuna ilişkin Avrupa düzeyinde bir müşterek anlayış temeline ve temel değerler sistemine ulaşmayı hedeflemektedir¹¹.

II. AHFİ'NİN HAKSIZ FİİL HUKUKUNA İLİŞKİN GENEL YAKLAŞIMI

AHFİ'nin kusursuz sorumluluğa ilişkin ilkelerine geçmeden önce haksız fiil hukukuna genel yaklaşımı¹² üzerinde kısaca durmakta yarar vardır. Bu anlamda AHFİ'de ilk hüküm olarak haksız fiil hukukundaki temel bir

⁹ Bu çalışmada PETL üzerinde yoğunlaşmaktadır. Avrupa'da tehlike sorumluluğu konusunda yürütülen başka çalışmalar da vardır. Örneğin, Akit Dışı Borçlara İlişkin Avrupa Hukuku İlkeleri (Principles of European Law on Extra-Contractual Obligations, PEL) için bkz. **Büyüksağış, E.**; Tehlike Esasına Dayanan Genel Sorumluluk Kuralı Üzerine Eleştirel Değerlendirmeler, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 8/2006, s. 3 vd.; ayrıca bkz. **Öztekin, G.**; Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Avrupa Birliği Düzenlemesi, İstanbul 2006, s. 1 vd. Bu ilkeler Avrupa Medeni Kanunu Çalışma Grubu (Study Group on a European Civil Code) tarafından hazırlanmıştır. Grubun internet adresi www.sgecc.net şeklindedir.

¹⁰ **Koch**, in: ERA, 108-109.

¹¹ Bkz. **Koziol, H.**; Der österreichische Entwurf eines neuen Schadenersatzrechts, HAVE 4/2005, s. 311.

¹² Bkz. **Koch**, in: ERA, 111 vd.

ilkeye yer verilmiştir. Bu ilkeyle, başkasına zarar verenlerin, yasa gereği bu zarardan sorumlu tutulabilmeleri kaydıyla, verdikleri zararları tazmin etmeleri gerektiği vurgulanmıştır [m. 1:100(1)]. Bu ilke, bir başkasının doğan zarardan sorumlu tutulması için özel bir neden olmadıkça, herkesin kendi zararına kendisinin katlanması gerektiği yönündeki temel düşünceye dayanmaktadır¹³.

AHFİ'de aynı maddenin 2. fıkrasında ise, üç bent hâlinde zarardan sorumluluk nedenleri sıralanmıştır. Burada ilk sıra, doğal olarak, kusurlu davranışlarla başkalarına zarar vermeye ayrılmıştır. İkinci sırada, alışılmışın ötesinde tehlike arz eden faaliyetler ile başkalarına zarar verilmesi yer almaktadır. Sonuncu bentte ise, kendisine verilen işi yerine getirirken başkalarına zarar veren yardımcı kişilerin davranışlarından sorumluluk bulunmaktadır. Bu tip sayımlara, yasal metinlerde hemen haksız fiil hukukunun başında bir temel norm ya da genel ilke içinde yer verilmek istenmesinde, kuşkusuz hem hukuk düzenlerinin birbirlerine yaklaştırılması hem de belki de bu heyecanla haksız fiil sorumluluğu alanında -sorumluluğun kaynaklarını genel olarak gösteren- temel ilkelere sahip olunması hedefinin etkileri vardır¹⁴.

6098 sayılı TBK'da böyle bir genel kural yer almamış olmakla birlikte, Türk hukuku açısından da bu sorumluluk nedenleri konusunda farklı bir anlayış taşındığı söylenemez. TBK m. 49'da haksız fiilden doğan borç ilişkilerinde sorumluluğun genel olarak zarar verenin kusurlu davranışından doğacağı esası benimsenmiştir. Burada, Türk Hukukunda kusur sorumluluğunun asıl olduğunu ifade etmeye belki gerek bile yoktur. Kusur sorumluluğu, tehlike sorumluluğu ve adam çalıştırmanın sorumluluğu (m. 66), AHFİ'deki üç bendi karşılar. Diğer yandan belirtmek gerekir ki, AHFİ m. 1:100(2)'de zarardan sorumluluğu doğuran nedenler *özellikle şunlardır* şeklinde bir sayım vardır. Dolayısıyla bu hâliyle AHFİ'nin temel ilkesi (Basic norm, Grundnorm), hemen aşağıda değinileceği üzere, diğer çeşitli kusursuz sorumluluk hâllerini dışlayıcı değildir.

¹³ Bkz. **Koziol**, 311; ayrıca bkz. **Widmer**, 246.

¹⁴ Avusturya hukuku açısından bak ve karşı. **Koziol**, 310-311.

III. AHFİ'DE YER VERİLEN TEHLİKE SORUMLULUĞUNA İLİŞKİN İLKELER

A. Tehlike Sorumluluğunun Genel Esasları

Tehlike sorumluluğu, İngilizce metinde *Strict liability*, Almanca metinde *Gefährdungshaftung* başlığı altında AHFİ'nin *Sorumluluk Esasları* adını taşıyan üçüncü başlığının 5. bölümünde düzenlenmektedir. Beşinci bölüm tüm kusursuz sorumluluk hâllerini kapsamamakta; sadece tehlike sorumluluğunu konu almaktadır. Nitekim Türk hukuku da dâhil, Avrupa'daki çeşitli disiplinlerce kusursuz sorumluluk içinde değerlendirilebilen ev başkanının sorumluluğu¹⁵ veya adam çalıştırmanın sorumluluğu¹⁶ gibi bazı sorumluluk hâlleri AHFİ'de başka yerlerde (m. 6:101, 6:102) düzenlenmiştir¹⁷. *Strict liability* başlığı altında düzenlenen ilke ise, tehlikeli faaliyetlere ilişkindir (m. 5:101).

Buna göre, tehlikeli bir faaliyette bulunan, bu faaliyetin yol açtığı ve bu tür bir faaliyetin taşıdığı tehlike için tipik görülebilecek zarardan kusursuz olarak sorumludur [m. 5:101 (1)]. AHFİ'de hemen bunu takip eden fıkra da hangi tür faaliyetlerin tehlikeli kabul edileceğine açıklık getirilmiştir. Nitekim yönetiminde ya da işletilmesinde gerekli tüm özen gösterilse dahi, öngörülebilir¹⁸ ve oldukça önemli zarar riski/tehlikesi taşıyan faaliyetler bu tür faaliyetlerdendir. Bu anlamda, kent merkezindeki bir binanın patlayıcı maddelerle yıkılması hükmün kapsamına girerken; yerleşim yerlerinden oldukça uzak insansız bir test sahasında aynı faaliyetin yürütülmesi kapsam

¹⁵ Bkz. TMK m. 369.

¹⁶ Bkz. TBK. m. 66.

¹⁷ **Koch**, B. A.; *Strict Liability*, in: *Principles of European Tort Law, Text and Commentary*, ed. by European Group on Tort Law, Wien 2005, s.102, N. 4.

¹⁸ "PETL 5. 101 (2a) maddesi de, üreticilerin sorumluluğuna ilişkin AB Yönergesi'nin 7(e) maddesi gibi, bir faaliyetin arzettiği tehlikenin faaliyetin yürütülmesi sırasında henüz bilinmiyor olması durumunda, tehlike sorumluluğu öngören genel sorumluluk kuralının uygulanmayacağını öngörmektedir. Bu düzenlemeye göre gelişim riski (Entwicklungsrisiko), faaliyetin yürütülmesinde kullanılan malzeme, araç ya da güçlerin faaliyetin başlangıcında ortaya çıkardığı tüm zararlar için sorumluluktan kurtuluş kanıtı teşkil eder." **Büyüksağış**, 13; Gelişim riski konusunda ayrıca bkz. **Büyüksağış**, 13 dn. 34'te anılan kaynaklar.

dışı kalabilir¹⁹. Bundan başka, yukarıdaki koşulu karşılayan faaliyet, aynı zamanda toplumda genel olarak başvuru, yaygın olarak icra edilen bir faaliyet olmamalıdır. Böylece, tehlikenin sıradanlaştığı, genel hükmün kapsamına giren faaliyetin günlük sayılamayacak türden özel bir tehlike arz etmediği durumlarda²⁰ AHFİ anlamında tehlikeli bir faaliyetten söz edilememektedir. Bu bakımdan AHFİ'deki tehlike sorumluluğu, alışılmışın ötesinde/olağanı aşan/makul karşılanamayacak derecedeki²¹ tehlikeli faaliyetler (Abnormally dangerous activity, Außergewöhnlich gefährliche Aktivität) içindir.

Zarar riskinin *önemli* (significant, signifikant) olup olmadığında ise zararın gerçekleşme olasılığı (sıklığı) ve ağırlığı belirleyici faktörlerdir [bkz. m.5:101 (3)].

AHFİ'de öngörülen tehlike sorumluluğunun doğması için, faaliyetin taşıdığı tipik tehlikenin gerçekleşmesi aranır²². Dolayısıyla, kusursuz sorumluluktan söz edebilmek için öncelikle, zararın nedeninin tipik tehlike olduğunun ispatlanması gerekecektir. Örneğin, bir depoda saklanan havai fişeklerin patlaması hâlinde, havai fişekler için tipik olan, işin tabiatından kaynaklanan bir risk/tehlike gerçekleşmiş olmaktadır. Gerçekten de, bu tür şey-

¹⁹ **Koch**, in: PETL, s. 109, N. 22.

²⁰ **Büyüksağış**, 10-11.

²¹ Orijinal metinde geçen abnormally ya da außergewöhnlich ifadelerine ve daha çok da düzenlemenin amacına uygun olarak AHFİ anlamında tehlikeli faaliyetin; günlük yaşamın parçası hâline gelmiş, günlük yaşamda sıkça karşılaşıldığı için normal algılanabilen tehlike faaliyetlerden daha fazla, olağanı aşan, aşırı tehlikeli faaliyet şeklinde anlaşılması gerekir. **Büyüksağış** PETL m. 5:101'deki bu ifadeyi "...makul kabul edilemeyecek derecede tehlikeli faaliyette bulunan..." şeklinde Türkçe'ye aktarmaktadır. (**Büyüksağış**, 4). Öğretide aynı kavramı ifade etmek üzere "alışılmışın ötesinde tehlike arz eden faaliyetten" de söz edilebilmektedir. **Erişgin**, N.; Türk Borçlar Kanunu Madde 71: Genel Tehlike Sorumluluğu, Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu, (Derleyen: **Kırca**, Ç.), İstanbul 2013, s. 71 dn. 51; Avrupa Haksız Fiil Grubunun internet sayfasındaki AHFİ'nin Türkçe çevirisinde de kavramı karşılamak üzere "alışılmışın ötesinde tehlike arz eden faaliyetten" söz edilmektedir. [http://www.egtl.org/\(principles\)](http://www.egtl.org/(principles)) (erişim tarihi: 29.08.2014). Paragrafın başında belirtilen anlamı karşılamak üzere, bu çalışmada -İlkelerin çevirisinde de tercih edildiği için- "alışılmışın ötesinde" ifadesi kullanılacaktır.

²² **Koch**, in: PETL, s. 105, N. 5.

lerin tehlikesi için, istenmeyen patlamaların olması ve böylece bu patlamadan zarar doğması tipik bir durumdur. Buna karşın, çalışanlardan birinin taşırken havai fişek kutusunu yoldan geçen birinin üzerine düşürmesi ve bundan dolayı kişinin yaralanması hâlinde, artık havai fişegin taşıdığı, alışılmışın ötesinde tehlike arzeden faaliyet için tipik görülebilecek bir zarardan söz edilemez. Burada zarar -havai fişekten doğan tehlike ile bağlantı kurmak açısından- belki kutunun ağırlığından kaynaklanıyor görülebilir ki, bu da tipiklik engeline takılarak tehlikeli faaliyetten sorumluluğun kapsamı dışında kalacaktır²³.

Öte yandan, yukarıda ifade edildiği gibi, günlük sayılamayacak türden tehlike arzeden faaliyetler, AHFİ anlamında tehlikeli faaliyet; alışılmışın ötesinde tehlike arzeden faaliyet olarak görülmektedir. [m.5:101 (2)b]. Bu anlamda, toplumdaki kişilerin büyük bir bölümünün yürüttüğü bir faaliyetin taşıdığı tipik tehlike, olağanı aşan düzeyde/alışılmışın ötesinde tehlikeli kabul edilmez²⁴. AHFİ açısından, tehlike konusu faaliyetin toplumdaki yaygınlığı kusursuz sorumluluk ilkesinin uygulanmasını önlemektedir. Böylece motorlu araçların kullanımından/işletilmesinden doğan tehlikeler AHFİ açısından tehlike bir faaliyet değildir ve dolayısıyla bu bakımdan kusursuz sorumluluk konusu olmaz. Patlayıcı niteliği yüksek kimyasalların büyük bir taşıma aracıyla (örneğin tır ile) nakledilmesi ise AHFİ kapsamına sokulabilir²⁵. Yine, yılbaşı gibi özel zamanlarda toplumun geneli tarafından âdet üzere birkaç havai fişek atılmasından doğan tehlikeler olağan görülebilecekken; büyük çaptaki, daha çok, güçlü ve uzun ömürlü havai fişeklerle²⁶

²³ **Koch**, in: PETL, s. 105, N. 5.

²⁴ Tehlike sorumluluğunda benzer yaklaşıma sahip Amerikan Hukuku için bkz. **Nolan**, V. E./**Ursin**, E.; The Revitalization of Hazardous Activity Strict Liability, North Carolina Law Review, Vol. 65, 1987, s. 265-266. Nitekim AHFİ'nin tehlike sorumluluğuna ilişkin düzenlemesi, İsviçre ve Amerikan hukuklarının bir karması olarak görülebilmektedir. Bkz. **Neethling**, 91 ve aynı sayfada dn. 66'da anılan kaynaklar.

²⁵ **Koch**, in: PETL, s. 107, N. 9.

²⁶ Havai fişeklerin atılmasının/ateşlenmesinin tehlikeli faaliyet olarak nitelendirilmesi ile ilgili bkz. **Büyüksağış**, E./**vanBoom**, W. H.; Strict Liability in Contemporary European Codification: Torn Between Objects, Activities, and Their Risks, Georgetown Journal of International Law, Vol. 44, 2/2013, s. 615-616 ve dn. 27'de anılan karar.

yapılan organizasyonlar alışılmışın ötesinde tehlike arzeden faaliyet olarak kabul edilebilecektir²⁷.

AHFİ m. 5:101 hükmünde, Avrupa düzeyinde kabul edilebilir, tehlike sorumluluğuna ilişkin genel bir ilke getirildikten sonra, m. 5:102 (1)'de, ulusal hukuk düzenlerinin başka tehlikeli faaliyetler için de kusursuz sorumluluk öngörebileceğine yer verilmiştir. Hatta bu tür tehlikeli faaliyetlerin, alışılmışın ötesinde tehlike arzemesinin de gerekmediği açıkça vurgulanmıştır. Böylece AHFİ açısından kusursuz sorumluluk kapsamı dışında bırakılan, motorlu araç işletilmesinden doğan sorumluluğun, hukukumuzda olduğu gibi, ulusal kanunlarca kusursuz sorumluluk kapsamına alınması AHFİ'ye aykırı olmamaktadır. Diğer yandan, ulusal hukuk düzenleri aksini öngörmedikçe, m.5:101'deki ana kuraldan hareketle, yeni kusursuz sorumluluk kategorilerinin kıyas yoluyla belirlenebileceği de ilkeler arasında yer almıştır [m. 5:102 (2)]. Bir başka deyişle, tehlike sorumluluğu kuralları kıyas yoluyla benzer tehlike arzeden faaliyetlere de uygulanabilir.

Yukarıda sözü edilen, AHFİ'de tehlikeli faaliyetlerden doğan kusursuz sorumluluk -özellikle faaliyet- anlayışının, AHFİ m.5 hükmünün kapsamını pratikte oldukça daralttığı ve yalnızca birkaç faaliyet tipi ile sınırlı kıldığı ifade edilmektedir²⁸. Bu açıdan da ulusal hukuklara atıfta bulunulması ve bu yapılırken *alışılmışın ötesinde tehlikeliliğin* aranmasından vazgeçilmesi önemlidir. Tüm bunlar sonucunda söylenebilir ki, tehlike sorumluluğuna ilişkin hükmüyle AHFİ, bu alanda asgari standartları farklı ulusal hukuklarca kabul edilebilir şekilde ilkeleştirmeye yönelmiştir²⁹, yoksa kusursuz sorumluluğu mümkün olduğunca sınırlandırmaya değil.

B. Özene Dayalı Bir Kurtuluş Kanıtının Olmaması

AHFİ'de bazı durumlarda tehlike sorumluluğunun ortadan kalkacağı ya da sınırlanabileceği düzenlenmiştir. Gerçekten de m. 7:102 (1)'de yer alan ilkeye göre; zarar öngörülemmez ve önüne geçilemez (yani kaçınılmaz)

²⁷ **Koch**, in: PETL, s. 107, N. 9.

²⁸ Bkz. **Widmer**, 247 ve dn. 18; **Koch**, in: PETL, s. 109, N. 21.

²⁹ Bkz. **Oertel**, C.; Objektive Haftung in Europa, Rechtsvergleichende Untersuchung zur Weiterentwicklung der verschuldensunabhängigen Haftung im europäischen Privatrecht, Tübingen 2010, s. 258.

olağanüstü bir doğa olayından gerçekleşmişse ki burada kastedilen mücbir sebeptir (force majeure), sorumluluk tamamen ya da kısmen ortadan kalkacaktır. Aynı esas, üçüncü bir kişinin öngörülemez ve önüne geçilemez bir davranışından doğan zararlarda da geçerlidir [m. 7:102 (2)]. AHFİ’de zarar görenin kusurunun da sorumluluk üzerinde etkili olduğu, onu tamamen ya da kısmen ortadan kaldırabileceği ayrıca (m. 8’de) ifade edilmiştir.

AHFİ’nin yukarıda değinilen 7. maddesinde yer alan mücbir sebep ve üçüncü kişinin ağır kusuru hâllerinin aslında nedensellik bağı ile ilgili olduğu görülmektedir. Gerçekten de bunların dışında kalan, özen ölçüsüne göre etki doğuracak bir kurtuluş kanıtından (beyyinesinden), AHFİ’de ne 5. ne de 7. maddede söz edilmektedir. Bu bakımdan tehlikeli faaliyetten kusursuz sorumlu olan, hem objektif hem de sübjektif açıdan gerekli ve hatta azami özeni gösterdiğini ispatlarsa dahi sorumluluktan kurtulamayacaktır³⁰.

IV. AHFİ İLE BENZERLİK VE FARKLARI AÇISINDAN TÜRK HUKUKUNDA TEHLİKE SORUMLULUĞU

A. Tehlike Sorumluluğunun Genel İlke ile Düzenlenmesi

1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, 818 sayılı önceki Borçlar Kanunu’ndan farklı olarak, tehlike sorumluluğuna ilişkin bir genel kural/ilke taşımaktadır. Böylece, tehlike sorumluluğunu genel ilkeyle düzenleme anlayışının hem AHFİ hem de Türk hukukunda benimsendiği görülmektedir.

Burada kaydetmek gerekir ki, AHFİ’nin tehlike sorumluluğuna ilişkin ilkesinin oluşum sürecinde, iki farklı öneriden; tehlikeli faaliyetlere ilişkin oldukça kapsamlı ve bu anlamda farklı hukukları daha fazla ortak noktada toplayacak olanı değil, tehlikeli faaliyetlere uygulanacak genel bir ilke öngöreni (böylece diğer konuları ulusal düzenlemelere bırakanı), Koch’a göre daha pragmatik olanı³¹ tercih edilmiştir³². Ancak bu, tehlike sorumlu-

³⁰ Koch, in: PETL, s. 105, N. 2.

³¹ Koch, in: PETL, s. 102 N. 6.

³² Bu konuda bkz. Koch, in: PETL, s. 102, N. 5-7; Koch, in: ERA, 113-114; ayrıca bkz. ve karşı. Wagner, 663, N. 32 vd.

luğu konusunda AHFİ ile Avrupa düzeyinde³³ genel ilke getirilmek istendiği gerçeğini değiştirmemektedir. TBK, tehlike sorumluluğuna ilişkin bir genel ilke taşımakla bu bakımdan -AHFİ bağlamında- Avrupa'daki temel eğilime uyumuş olmaktadır.

Tehlike sorumluluğuna ilişkin bir genel ilkeye sahip olmak, yargıcın, mevzuatta açıkça belirtilmemiş faaliyetleri de tehlike sorumluluğu kapsamında kabul ederek kusursuz sorumluluk esasına göre çözümlemesini mümkün kılmaktadır³⁴. Tehlike sorumluluğunun genel bir hükme bağlanmasında, özel kurallarla her bir tehlike tipi için ayrı düzenlemeler getirmenin hem zor hem de pek tatmin edici bir çözüm olmadığı anlayışı ön plana ıkmaktadır³⁵.

Kuşkusuz bir hukuk düzeni, tehlikeli faaliyetlere karşı -gerek bilimsel gerekse yargısal içtihat noktasında- gayet hassas ve sonuçta kanun koyucusu bunlara karşı özel düzenlemeler getirmekte hızlı ise, genel ilkenin gerekliliği daha tartışılır olacaktır³⁶. Örneğin Avusturya hukukunda, tehlike sorumlu-

³³ Avrupa düzeyinde tehlike sorumluluğu konusunda genel kurala sahip ülkeler için bkz. **Eren**, F.; Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 16. Baskı, Ankara 2014, s. 504; **Korkusuz**, R.; Hukukumuzda Tehlike Sorumluluğu Uygulaması ve Yeni Borçlar Kanunu'ndaki Düzenlemesi, Tazminat ve Sorumluluk Hukuku Sempozyumu, 28-29 Mayıs 2009, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara 2009, s. 155.

³⁴ **Widmer**, 247; **Antalya**, G.; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt:1, 2. Baskı, İstanbul 2013, s. 657; **Üçışık**, G.; Tehlike Sorumluluğunun Genel Kural İle Düzenlenmesi, Tazminat ve Sorumluluk Hukuku Sempozyumu, 28-29 Mayıs 2009, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara 2009, s. 142-143.

³⁵ **Yavuz**, C.; Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na Göre "Kusursuz Sorumluluk" Halleri ve İlkeleri, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Roma Hukukundan Modern Hukuka Sorumluluk Sempozyumu zel sayısı, Cilt: 14, Sa. 4, 2008, s. 60-61; Türk Borçlar Kanunu m. 71'in gerekçesinde bu anlayış şu şekilde ifadesini bulmuştur: "Borçlar Kanunumuzun kaynağını oluşturan İsviçre hukukunda, tehlike sorumluluğunun öngörüldüğü birçok özel kanun bulunduğu hâlde, Hukukumuzda bu konuya ilişkin yeterli sayılabilecek yasal düzenlemelerin olmaması karşısında, söz konusu maddede tehlike sorumluluğunun genel ilkesinin belirtilmesi uygun görülmüştür."

³⁶ Bu konuda bkz. ve karş. **Erdem**, M.; Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Tehlike Sorumluluğu, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu, 3-4 Haziran 2011, Sempozyum No:III, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, 2. Bası, İstanbul 2012, s. 213-214; **Tandoğan**, H.; Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Ankara 1981, 39 vd.; **Yılmaz**, S.; Türk Borçlar Kanunu

luğuna ilişkin bir genel kurala gereksinim olup olmadığı öğretilerde tartışmalıdır. Bazı yazarlar, bu konuda bir genel kuralın varlığı hâlinde sorumluluğun artacağı kanaatindeyken³⁷, bazı yazarlar tehlikeli nesne ve donanımlarla ilgili birçok konuda zaten özel düzenlemelerin³⁸ bulunduğu, uygulamada kıyas yoluyla sanki böyle bir genel kural varmış gibi hareket edildiği³⁹ ve bu nedenle Avusturya hukuku için tehlike sorumluluğunu genel kuralla düzenlemenin pratikte çok fazla bir etkisinin olmayacağı kanaatinde dirler⁴⁰.

Türk hukukunda tehlikeli faaliyet vb. ile mücadelede yeteri kadar özel düzenlemenin bulunmadığı, m. 71'in gerekçesinde açıkça dile getirilmiştir. Bu nedenle tehlike sorumluluğuna ilişkin bir genel ilkeye duyulan gereksinim, m. 71 ile giderilmeye çalışılmıştır.

B. Sorumluluğun Koşulları

1. Genel Olarak

Yukarıda ifade edildiği gibi, Türk Borçlar Kanunu'nun 71. maddesinde tehlike sorumluluğunun genel ilkesi bulunmaktadır. Kanunun *Tehlike sorumluluğu* başlığını taşıyan maddesinin ilk fıkrasına göre; "Önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletmenin faaliyetinden zarar doğduğu takdirde, bu zarardan işletme sahibi ve varsa işleten müteselsilen sorumludur".

Tasarısında Sebep Sorumluluklarına İlişkin Yeni Hükümler, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 59, Sa. 3, 2010, s. 570-571; genel veya özel kuralla düzenlemenin lehinde ve aleyhindeki görüşler için bkz. **Tiftik**, M.; Türk Hukukunda Tehlike Sorumluluklarının Genel Kural ile Düzenlenmesi Sorunu, 2. Baskı, Ankara 2005, s. 61 vd., 97 vd.; **Uluslan**, İ.; Tehlike Sorumluluğu Üstüne, Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt: 4, Sa. 6, 1970, s. 56-57; **Eren**, 504.

³⁷ **Fischer-Czermak**, C.; Der Entwurf einer allgemeinen Gefährdungshaftung, Österreichische Notariatszeitung (ÖNZ) 2006, s. 8.

³⁸ Bu düzenlemeler için bkz. **Griss**, I.; Gefährdungshaftung, Unternehmerhaftung, Eingriffshaftung, in: Entwurf eines neuen österreichischen Schadenersatzrechts, Tort and Insurance Law, Vol. 15, hrsg. von. Griss, I/Kathrein, G/Koziol, H., Wien 2006, s. 57, N. 2.

³⁹ Bu yönde bkz. **Griss**, 57-58, N. 3.

⁴⁰ **Steininger**, B. A.; Austria, Reports, in: European Tort Law 2005, Tort and Insurance Law Yearbook, ed. By Koziol, H./Steininger B. C., Wien 2006, s. 123, N. 10.

Önemli ölçüde tehlike arz etmekten ne anlaşılacağı TBK m. 71/2'de ortaya konulmuştur. Buna göre, “Bir işletmenin, mahiyeti veya faaliyette kullanılan malzeme, araçlar ya da güçler göz önünde tutulduğunda, bu işlerde uzman bir kişiden beklenen tüm özenin gösterilmesi durumunda bile sıkça veya ağır zararlar doğurmaya elverişli olduğu sonucuna varılırsa, bunun önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletme olduğu kabul edilir” (c. 1). Ayrıca bazı işletmeler için özel bir tehlike sorumluluğu -herhangi bir kanunda- öngörülmüşse, benzer tehlike arzeden işletmelerin de önemli ölçüde tehlike arzettiği kabul edilir (TBK m. 71/2 c.2).

Önemli ölçüde tehlikelilik açısından, zararın sıklığını veya ağırlığını arama noktasında TBK ile AHFİ arasında uyum vardır. Her ikisi de sıkça meydana gelen ağır zararın varlığını, bir başka deyişle tehlikelilik için ağır zararı ve gerçekleşme olasılığının yüksekliğini birlikte aramamış; ikisinden birinin varlığını önemli ölçüde tehlikeli kabul edilmek için yeterli saymıştır. Metinlerde “veya” ifadesi -sıkça veya ağır- bu maksatla kullanılmıştır.

Tipiklikten, TBK m. 71'de açıkça söz edilmez. Bununla birlikte 71. maddenin gerekçesinde tipiklik unsurunu görmek mümkündür: “Maddenin birinci fıkrasında belirtilen ilkeye göre... Bu nedenle, önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletmenin faaliyetlerini yürüten kişiler, bu faaliyetlerin gerektirdiği izni veya ruhsatı almış olsalar bile, tipik tehlike olgusunun doğurduğu tipik zarardan sorumlu olmaktan kurtulamazlar.” Görüldüğü gibi, Gerekçede metne yansımayan *tipik tehlike olgusunun doğurduğu tipik zarardan* söz edilerek, faaliyetten doğan herhangi bir tehlike ve zararın değil, kendisi için tehlike sorumluluğu öngörülen tehlike ve zararın madde kapsamına gireceği ifade edilmiştir. Aynı tipiklik anlayışı AHFİ'ye de hâkimdir. Dolayısıyla bu noktada da Türk hukuku ile AHFİ arasında uygunluk vardır.

TBK m. 71'in, bazı işletmeler için kanunda özel bir tehlike sorumluluğu öngörülmüşse benzer tehlike arzeden işletmelerin de önemli ölçüde tehlike arzeden işletme sayılacağına ilişkin, tehlike sorumluluğunda kıyasa olanak tanıyan⁴¹ hükmü de AHFİ ile uyumludur. Nitekim AHFİ'de tehlike sorumluluğu kurallarının kıyas yoluyla benzer tehlike arzeden faaliyetlere de

⁴¹ **Yavuz**, 61; konunun kıyas yoluna uygunluğu açısından bir değerlendirme için bkz. **Honsell**, H.; Die Reform der Gefährdungshaftung, <http://www.honsell.at/Publikationen/Aufsatzte.htm> (erişim tarihi: 29.08.2014), s. 12, 15 vd.

uygulanabileceği benimsenmiş ve fakat bu, ulusal düzenlemelerin kıyası yasaklamamış olması ön koşuluna bağlanmıştır [m.5:102 (2)]. Türk hukuku tehlike sorumluluğunda kıyasa olanak tanıyarak, AHFİ ile aynı çözümden buluşmuştur.

2. İşletme Faaliyeti

AHFİ ile TBK arasındaki önemli fark, tehlike olgusu üzerindedir. Bilindiği gibi tehlike sorumluluğu farklı olgulardan; örneğin bir faaliyetten, bir nesneden, bir tesisten, bir işletmeden doğabilir⁴². TBK m. 71’de yer alan tehlike sorumluluğunun genel ilkesi “işletme faaliyetleri” için öngörülmüştür. Dolayısıyla sadece işletmelerin tehlikeli faaliyetleri bu kapsama girer. Ne kadar tehlikeli olursa olsun bir işletme bünyesinde gerçekleşmeyen faaliyetler bu kapsama girmez. Yine, bir dinamit lokumunun önemli ölçüde tehlike arzeden bir nesne olduğu açık olsa bile, işletme faaliyeti kapsamında bulundurulmuyor veya kullanılmıyorsa, bir kimsenin konutunun deposunda saklanıyor ve bu sırada bir tehlike doğuruyorsa genel ilkenin kapsamı dışında kalacaktır.

İşletme ile ne kastedildiğine, ne maddede ne de madde gerekçesinde yer verilmiştir. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’na göre, ticari işletmeden kasıt; “esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan faaliyetlerin devamlı ve bağımsız şekilde yürütül(düğü) işletme”dir. (TTK m. 11/1). TBK m. 71’de işletmenin ticari nitelikte olması aranmadığından⁴³, kuşkusuz hem ticari işletmeler hem de esnaf işletmeleri Kanun’un kapsamındadır⁴⁴.

⁴² Tiftik, 32; **Ulusan**, Tehlike Sorumluluğu Üstüne, 37-38; **Erişgin**, 66-67, 73; ayrıca bu konuda bkz. **Oertel**, 260 vd.; **Büyüksağış/vanBoom**, 609 vd.

⁴³ **Oğuzman**, M. K./**Öz**, M. T.; Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Cilt:2, 10. Bası, İstanbul 2013, s. 191; **Sanlı**, K. C.; Kusursuz Sorumluluk Halleri, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, (Derleyen: **İnceoğlu**, M. M.), İstanbul 2012, s. 77; **Erişgin**, 74.

⁴⁴ Hatta işletme ile kastedilen ekonomik faaliyet yapılan her türlü birim; ekonomik faaliyet ise kâr amacıyla olmasa bile, belirli bir bedel karşılığında mal ya da hizmet sunulması olarak düşünüldüğünde, gelir sağlamayı hedef tutmayan birimler de işletme olarak kabul edilebilecektir. **Sanlı**, 77. Rekabet hukukundaki “teşebbüs” kavramı bu mahiyettedir. 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’a göre teşebbüs; “Piyasada mal veya

Sonuçta, işletme faaliyetinden doğmayan tehlike, Türk hukukunda tehlike sorumluluğunun genel ilkesinin dışında kalır. AHFİ'nin genel kuralı ise, işletme faaliyetleri ile sınırlı değildir; “tehlikeli faaliyet” aranır ve “tehlike arz eden faaliyette bulunan kimse” doğan zarardan sorumlu tutulur. TBK’da “işletme faaliyeti” esas alınınca, sorumlu kişiler de, “işletme sahibi” ve varsa “işleten” olarak belirlenmiştir.

2005 tarihli Türk Borçlar Kanunu Tasarısı (Adalet Bakanlığı tarafından kurulan komisyon tarafından hazırlanan metin), bu noktada, AHFİ ile daha çok örtüşüyordu. “Önemli ölçüde tehlike arzeden faaliyetleri” kapsamına alıyordu⁴⁵. İşletme faaliyeti ile sınırlı bir kapsamı yoktu. Zarardan sorumlu kişi ise, doğal olarak, “Tehlikeli faaliyette bulunan kişi” idi. TBK’nın gerek genel gerekse madde gerekçesinde, Tasarıdaki çözümün terk edilmiş nedenine yer verilmemiştir⁴⁶.

hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek ve tüzelkişilerle, bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimleri” ifade eder (m. 3).

⁴⁵ **Büyüksağış**, tehlike sorumluluğunun temelinin -kusur sorumluluğu ve olağan sebep sorumluluğundan farklı olarak- bir faaliyet ya da nesneye özgü tehlikenin gerçekleşmesi olduğunu ortaya koyduktan sonra; Türk hukukunda, tehlike sorumluluğunun dayandığı temel açıklanırken, faaliyetin tehlikeliliği ya da faaliyet sırasında kullanılan nesnenin tehlikeliliği arasında bir ayırım yapılmadığını ifade etmiştir (s. 1, s. 2 dn.3). Tasarı hükmünün bu yönüyle değerlendirilmesi için bkz. **Büyüksağış**, 1-19; O dönemde, Tasarıdaki ifadenin “faaliyet, işletme veya tesis” şeklinde düzeltilmesi yönünde bir öneri için bkz. **Kuntalp E./Barlas, N./Ayanoğlu Morali, A./Çavuşoğlu Işıntan, P./İpek, M./Yaşar, M./Koç, S.**; Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’na İlişkin Değerlendirmeler, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2005, s. 47; Bu konuda İsviçre Öntasarısı hakkında ayrıca bkz. **Honsell**, 12, 15 vd.

⁴⁶ Genel kuralın sadece işletme faaliyetini kapsamına alması ile ilgili değerlendirmeler için bkz. **Uluslan, İ.**; Türk Borçlar Kanununda Yer Alan Genel Tehlike Sorumluluğu Kuralına İlişkin Birkaç Tespit ve Hukuk Düzeni Tarafından Faaliyetine İzin Verilmiş Önemli Ölçüde Tehlike Arzeden İşletmelerin Yol Açtığı Zararların Uygun Bir Bedelle Denkleştirilmesi Sorunu, E-Journal of Yasar University (Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi), Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan, Cilt: 8, Özel sayı, 2013, s. 2899; **Atamer, Y.**; Revize Edilmiş Türk Borçlar Kanunu Tasarısına İlişkin Değerlendirme ve Teklifler, Hukuki Perspektifler Dergisi, Sa. 6, 2006, s. 22; **Erdem**, 216; **Kuntalp/Barlas/Ayanoğlu Morali/Çavuşoğlu Işıntan/İpek/Yaşar/Koç**, s. 47; **Üçışık**, 143.

3. Alışılmışın Ötesinde Tehlike Arz Etme

Yukarıda değinildiği gibi, AHFİ'deki tehlike sorumluluğuna ilişkin genel ilke, alışılmışın dışındaki tehlikeli faaliyetler için öngörülmüştür. TBK m. 71'de böyle bir sınırlama bulunmamaktadır. TBK m. 71'in kapsamı, bu bakımdan, AHFİ'ye göre daha geniştir.

Diğer yandan belirtmek gerekir ki, TBK m. 71'de böyle bir sınırlamanın olmayışı AHFİ ile uyumsuzluk doğurmaz. Zira alışılmış (mutat) tehlikeli faaliyetler için ulusal düzeyde tehlike sorumluluğunun öngörülebileceği de, zaten ilkeler arasında yer almaktadır [m. 5:102 (1)]. Türk hukukunda motorlu araçların işletilmesinden doğan tehlike sorumluluğu konunun bir örneğidir.

Türk hukukuna TBK m. 71 ile tehlike sorumluluğuna ilişkin genel ilkenin girmesi, özel düzenlemelerin geçerliliğini etkilememiştir⁴⁷. Nitekim bu husus "Belirli bir tehlike hâli için öngörülen özel sorumluluk hükümleri saklıdır" kuralı ile Kanun'da açıkça ifade edilmiştir (m.71/3). Dolayısıyla 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nda, 2920 sayılı Türk Sivil Havacılık Kanunu'nda ve diğer kanunlarda⁴⁸ bulunan tehlike sorumluluğu öngören hükümler bugün için de yürürlüktedir ve uygulanacaktır. Ayrıca Türk hukukunda, gelecekte de, tehlikeli sorumluluğu getiren özel düzenlemeler yapılabilecektir⁴⁹. TBK m. 71 bunu engellemediği gibi, genel kurala rağmen, daha sonra, bazı tehlikeli faaliyet ya da nesnelere doğan sorumluluğun ayrıca özel kurallara bağlanması AHFİ'ye de aykırı değildir.

TBK ile AHFİ arasındaki -yukarıdaki açıklama dolayısıyla burada değinilmesi gereken- bir diğer fark, TBK m. 71/son fıkrada tehlike sorumluluğu için fedakârlığın denkleştirilmesi esaslı bir düzenleme⁵⁰ yapılmış olmasıdır. Buna benzer bir düzenleme AHFİ'de bulunmamaktadır.

⁴⁷ **Oğuzman/Öz**, 193; bkz. **Saraç**, S.; Türk Borçlar Kanunu'nda Tehlike Sorumluluğu, İstanbul 2013, s. 80 vd.

⁴⁸ Bkz. **Antalya**, 655; **Tiftik**, 33; **Üçışık**, 132-133; **Korkusuz**, 159 vd.; **Erişgin**, 69-70; **Saraç**, 81.

⁴⁹ **Akkayan-Yıldırım**, A.; 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Düzenlemeleri Çerçevesinde Kusursuz Sorumluluğun Özel Bir Türü Olarak Tehlike Sorumluluğu, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 70, Sa. 1, 2012, s. 207; **Saraç**, 81.

⁵⁰ Bu hükmün nasıl anlaşılması gerektiği Türk hukukunda oldukça tartışmalıdır. Bkz. **Eren**, 505 vd.; **Oğuzman/Öz**, 194; **Ulusan**, Genel Tehlike Sorumluluğu Kuralı, 2901

4. Kurtuluş Kanıtının Olmaması

AHFİ’de olduğu gibi, Türk Hukukunda da TBK m. 71’de öngörülen tehlike sorumluluğu için kurtuluş kanıtı kabul edilmemiştir. O işte uzman bir kişiden beklenen tüm özenin gösterilmesi durumunda bile, tipik tehlike olgusunun doğurduğu tipik zararın tazmini, işletme sahibi ve varsa işletenden istenebilir⁵¹.

SONUÇ

Tehlike sorumluluğu konusunda Avrupa Haksız Fiil Hukuku İlkeleri ile Türk Hukukunun temelde uyumlu olduğu görülmektedir.

Bu uygunlukta 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun önemli rolü vardır. Zira bu Kanun ile Türk Hukukuna tehlike sorumluluğunun genel ilkesi kazandırılmıştır. Avrupa ülkelerinin tehlike sorumluluğu alanında bir genel ilkeye sahip olması, AHFİ ile bu hususta kuşkusuz ilk önerilen şeydir. TBK m. 71’in kabulü ile, Türk Hukuku ile AHFİ arasındaki bu noktadaki farklılık ortadan kalkmıştır.

AHFİ’deki genel kuralın alışılmışın ötesinde tehlike arz eden faaliyetleri konu edinmesi, TBK’deki düzenlemede bulunmayan bir noktadır. Ancak AHFİ’nin, alışılmış (mutat) tehlikeli faaliyetlerin de ulusal hukuklar tarafından tehlike sorumluluğu altında düzenlenmesine olanak tanıyan yapısı, bu farkı önemsizleştirmektedir.

Tehlike sorumluluğunun genel ilkesi üzerinde, Türk Hukuku ile AHFİ arasındaki en önemlilik farklılık, sorumluluğu doğuran olgu (yani tehlike olgusu) üzerindedir. Türk Hukukunda genel ilke, sadece *işletme faaliyetleri* ile sınırlanmışken; AHFİ, daha kapsamlı şekilde, *tehlike arz eden faaliyetleri* konu edinmektedir.

vd.; Antalya, 661; Akkayan-Yıldırım, 214 vd; Erdem, 221-222; Erişgin, 89-91; Sanlı, 79-81; Atamer, 22-23; Saraç, 64 vd.

⁵¹ Belirtmek gerekir ki, gerekli tüm özenin gösterilmesi durumunda bile faaliyetin sıkça veya ağır zararlar doğurabilecek olması, aslında tehlikenin “önemli ölçüde” olup olmadığını belirlemede kullanılan bir ölçüttür. Bkz. Erişgin, 80; Erdem, 218; Yılmaz, 572; Akartepe, A.; Türk Borçlar Kanunu’nun Haksız Fiillerden Doğan Borç İlişkileri Alanında Getirdiği Yenilikler ve Değişiklikler, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 16, Sa. 1-2, 2012, s. 170-171.

Kaynakça

- Akartepe, A.;** Türk Borçlar Kanunu'nun Haksız Fiillerden Doğan Borç İlişkileri Alanında Getirdiği Yenilikler ve Değişiklikler, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 16, Sa. 1-2, 2012, s. 159-190.
- Akkayan-Yıldırım, A.;** 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Düzenlemeleri Çerçevesinde Kusursuz Sorumluluğun Özel Bir Türü Olarak Tehlike Sorumluluğu, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 70, Sa. 1, 2012, s. 203-220.
- Antalya, G.;** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt:1, 2. Baskı, İstanbul 2013.
- Atamer, Y.;** Revize Edilmiş Türk Borçlar Kanunu Tasarısına İlişkin Değerlendirme ve Teklifler, Hukuki Perspektifler Dergisi, Sa. 6, 2006, s. 8-36.
- Basedow, J.;** Avrupa Özel Hukukunun Doğuşu, (Çeviren: **Oğuz, A.**), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 52, Sa. 3, 2003, s. 1-18.
- Büyüksağış, E.;** Tehlike Esasına Dayanan Genel Sorumluluk Kuralı Üzerine Eleştirel Değerlendirmeler, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 8/2006, s. 1-19.
- Büyüksağış, E./van Boom, W. H.;** Strict Liability in Contemporary European Codification: Torn Between Objects, Activities, and Their Risks, Georgetown Journal of International Law, Vol. 44, 2/2013, s. 609-640.
- Erdem, M.;** Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Tehlike Sorumluluğu, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu, 3-4 Haziran 2011, Sempozyum No:III, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, 2. Bası, İstanbul 2012, s. 213-222.
- Eren, F.;** Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 16. Baskı, Ankara 2014.

- Erişgin, N.;** Türk Borçlar Kanunu Madde 71: Genel Tehlike Sorumluluğu, Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu, (Derleyen: **Kırca, Ç.**), İstanbul 2013, s. 59-93.
- Fischer-Czermak, C.;** Der Entwurf einer allgemeinen Gefährdungshaftung, Österreichische Notariatszeitung (ÖNZ) 2006, s. 1-10.
- Griss, I.;** Gefährdungshaftung, Unternehmerhaftung, Eingriffshaftung, in: Entwurf eines neuen österreichischen Schadenersatzrechts, Tort and Insurance Law, Vol. 15, hrsg. von. Griss, I./Kathrein, G./Koziol, H., Wien 2006.
- Honsell, H.;** Die Reform der Gefährdungshaftung, <http://www.honsell.at/Publikationen/Aufsätze.htm> (erişim tarihi: 30.11.2007) (makalenin basılı formatı için bkz. Zeitschrift für Schweizerisches Recht (ZSR) 1997, s. 297-314).
- Koch, B. A.;** Strict Liability, in: Principles of European Tort Law, Text and Commentary, ed. by European Group on Tort Law, Wien 2005, s. 101-111, (Koch, in: PETL).
- Koch, B. A.;** The “Principles of European Tort Law”, ERA Forum, 8/2007, s.107-124, (Koch, in: ERA).
- Koch B. A/Koziol, H. (Hrsg):** Compensation for Personal Injury in a Comparative Perspective, Tort and Insurance Law, Band: 4, Wien/Newyork 2002.
- Korkusuz, R.;** Hukukumuzda Tehlike Sorumluluğu Uygulaması ve Yeni Borçlar Kanunu’ndaki Düzenlemesi, Tazminat ve Sorumluluk Hukuku Sempozyumu, 28-29 Mayıs 2009, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara 2009, s. 147-207.
- Koziol, H.;** Der österreichische Entwurf eines neuen Schadenersatzrechts, HAVE 4/2005, s. 310-320.
- Kuntalp E./Barlas, N./Ayanoğlu Moralı, A./Çavuşoğlu Işıntan, P./İpek, M./Yaşar, M./Koç, S.;** Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’na İlişkin Değerlendirmeler, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2005.

- Neethling, J.;** Toward a European Ius Commune in Tort Law: a Practical Experience, *Fundamina: A Journal of Legal History*, Vol. 12, 1/2006, s. 81-92.
- Nolan, V. E./Ursin, E.;** The Revitalization of Hazardous Activity Strict Liability, *North Carolina Law Review*, Vol. 65, 1987, s. 257-314.
- Oertel, C.;** Objektive Haftung in Europa, *Rechtsvergleichende Untersuchung zur Weiterentwicklung der verschuldensunabhängigen Haftung im europäischen Privatrecht*, Tübingen 2010.
- Oğuzman, M. K./Öz, M. T.;** Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Cilt:2, 10. Bası, İstanbul 2013.
- Öztekin, G.;** Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Avrupa Birliği Düzenlemesi, İstanbul 2006.
- Sanlı, K. C.;** Kusursuz Sorumluluk Halleri, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, (Derleyen: **İnceoğlu, M. M.**), İstanbul 2012, s. 61-85.
- Saraç, S.;** Türk Borçlar Kanunu'nda Tehlike Sorumluluğu, İstanbul 2013.
- Steininger, B. A.;** Austria, Reports, in: *European Tort Law 2005, Tort and Insurance Law Yearbook*, ed. By Koziol, H./Steininger B. C., Wien 2006.
- Tandoğan, H.;** Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Ankara 1981.
- Tiftik, M.;** Türk Hukukunda Tehlike Sorumluluklarının Genel Kural ile Düzenlenmesi Sorunu, 2. Baskı, Ankara 2005.
- Ulusan, İ.;** Tehlike Sorumluluğu Üstüne, *Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt:4, Sa. 6, 1970, s. 23-57, (Ulusan, Tehlike Sorumluluğu Üstüne).
- Ulusan, İ.;** Türk Borçlar Kanununda Yer Alan Genel Tehlike Sorumluluğu Kuralına İlişkin Birkaç Tespit ve Hukuk Düzeni Tarafından Faaliyetine İzin Verilmiş Önemli Ölçüde Tehlike Arzeden İşletmelerin Yol Açtığı Zararların Uygun Bir Bedelle Denkleştirilmesi Sorunu, *E-Journal of Yasar University (Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi)*, Prof. Dr.

Aydın Zevkliler'e Armağan, Cilt: 8, Özel sayı, 2013, s. 2897-2905, (Ulusan, Genel Tehlike Sorumluluğu Kuralı).

Üçışık, G.; Tehlike Sorumluluğunun Genel Kural ile Düzenlenmesi, Tazminat ve Sorumluluk Hukuku Sempozyumu, 28-29 Mayıs 2009, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara 2009, s. 127-145.

Wagner, G.; The Project of Harmonizing European Tort Law, in: European Tort Law 2005, Tort and Insurance Law Yearbook, ed. By Koziol, H./Steininger B.C., Wien 2006, s. 650 vd.

Widmer, P.; Ein erster Schritt zu einem europäischen Haftpflichtrecht?, HAVE3/2005, s. 245-248.

Yavuz, C.; Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na Göre "Kusursuz Sorumluluk" Halleri ve İlkeleri, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Roma Hukukundan Modern Hukuka Sorumluluk Sempozyumu özel sayısı, Cilt: 14, Sa. 4, 2008, s. 29-61.

Yılmaz, S.; Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Sebep Sorumluluklarına İlişkin Yeni Hükümler, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 59, Sa. 3, 2010, s. 551-578.

^HANONİM ŞİRKET YÖNETİM KURULUNUN DENETİM VE GÖZETİM GÖREVİ

*Doç. Dr. Mustafa İsmail KAYA**

I. GİRİŞ

Anonim şirketin yönetim ve temsil organı olan yönetim kurulu, aynı zamanda şirket bünyesinde gerçekleştirilen işlemlerin hukuka, esas sözleşmeye ve şirket menfaatlerine uygun olup olmadığını denetleme ve gözetleme yükümlülüğü altındadır. Kurulun bu görevi, şirket yönetiminin devri halinde söz konusu olduğu gibi, yetki devrinin bulunmadığı halleri de kapsar. Şirketin işletme konusunun gerçekleştirilmesi için, genel kurulun yetkisinde bırakılmış bulunanlar dışında, her çeşit iş ve işlemler hakkında karar almaya yetkili olan yönetim kurulu¹, yükümlülüklerini yerine getirirken tedbirli bir yöneticinin özeni ile hareket etmeli ve şirketin menfaatlerini dürüstlük kuralları çerçevesinde gözetmelidir². Özen ve bağlılık yükümlülüğü, sadece yönetim yetkisi devredildiğinde değil, yetki devrinin bulunmadığı durumlarda da tedbirli bir yöneticinin özeni ile hareket etmeyi ve şirket bünyesinde yapılan tüm işlemlerin hukuka, esas sözleşmeye ve şirket menfaatlerine uygun yapılmasını denetleme ve gözetlemeyi gerektirir.

Anonim şirket yönetim kurulunun denetim ve gözetim görevi, özellikle 6102 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden itibaren geçen sürede şirketlerde denetim boşluğu yaşandığı hususu dikkate alındığında, önem arz etmektedir. Yönetim kuruluna ilişkin bu görevin esasları incelenmeden önce, denetime ilişkin yapılan yasal çalışmalardan kısaca bahsedilmesinde fayda bulun-

H Hakem incelemesinden geçmiştir.

* Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

¹ Bkz. TTK m.374.

² Bkz. TTK m. 369.

maktadır. Bilindiği üzere, 6762 sayılı TTK'dan farklı olarak 6102 sayılı yeni TTK, denetçiyi anonim şirketin zorunlu organlarından biri olarak görmemektedir. Bunun yerine, Kanunun ilk halinde tüm sermaye şirketlerinin tabi olduğu ve oldukça etkin bir denetime imkan vereceği düşünülen bağımsız denetim kabul edilmişti. Ancak yeni Kanunun yürürlüğe girmesinden bir gün önce, 6335 sayılı Kanunla TTK'da yapılan değişiklikle, bağımsız denetim tüm sermaye şirketleri için zorunlu olmaktan çıkarılarak, bağımsız denetime tabi olacak şirketleri belirleme yetkisi Bakanlar Kuruluna tanındı. 23.01.2013 tarihli Bakanlar Kurulu Kararnamesi ile bazı ölçütler tespit edilmiş ve bu kriterleri taşımayan şirketler bağımsız denetim kapsamına alınmamıştır³. Bağımsız denetime tabi olacak şirketlerin belirlenmesine dair kararda değişiklik yapılması hakkındaki yeni Bakanlar Kurulu Kararnamesi de 14.03.2014 tarihli RG'de yayınlanmıştır. Bu yeni kararnamede uygulanacak kriterler hafifletilerek bağımsız denetime tabi tutulacak şirket sayısının artırılmaya çalışıldığı görülmektedir⁴. Denetimin anonim şirketler açısından önemi dikkate alındığında, Bakanlar Kurulu Kararnamesi ile belirlenen ölçütlere uymayan yüz bine yakın anonim şirketin denetimin kapsamı dışında tutulmasının sakıncalı olduğu düşünülmüş ve 6455 sayılı Kanunla⁵, TTK m. 397'ye 5. ve 6. fıkralar eklenmiştir⁶. Yapılan değişiklikle, tüm

³ Kamu Gözetimi Muhasebe ve Standartları Kurumu, bu Bakanlar Kurulu Kararnamesi'ndeki ölçütler açısından, olarak 2012 verilerine göre bağımsız denetime tabi olacak şirket sayısının 2500 civarında olduğunu belirlemiştir. Bkz. http://www.kgk.gov.tr/content_detail-191-578-bagimsiz-denetime-tabi-olacak-sirketler-duyurusu.html.

⁴ Bakanlar Kurulu'nun ilk kararnamesinde bilanço aktif toplamı 150 milyon TL, net satış hasılatı 200 milyon TL, çalışan sayısı 500 olarak belirlenmişken; son yayınlanan kararnamede ise, bilanço aktif toplamı 75 milyon, net satış hasılatı 150 milyon ve çalışan sayısının da 250'ye indirilmiştir. Dolayısıyla bağımsız denetime tabi tutulacak şirketler için aranan rakamların, (net satış hasılatı hariç) yarı yarıya azaltıldığı görülmektedir.

⁵ Bu Kanun 11 Nisan 2013 tarih ve 28615 sayılı RG'de yayınlanmıştır.

⁶ TTK m. 397'ye eklenen 5. fıkraya göre; dördüncü fıkra kapsamı dışında kalan anonim şirketler ile 4572 sayılı Kanun kapsamındaki kooperatifler ve bunların bağımsız denetime tabi olmayan üst kuruluşları bu fıkra hükümlerine göre denetlenir. Denetime ilişkin usul ve esaslar ile bu fıkra uyarınca denetim yapacak denetçilerin niteliklerine, uyacakları etik ilkelere, görev ve yetkilerine, seçilmelerine, görevden alınmalarına veya ayrılmalarına; denetimin ve denetim raporlarının içeriğine ve raporun genel kurula sunulmasına ilişkin hususlar Gümrük ve Ticaret Bakanlığınca hazırlanan ve Bakanlar Kurulunca

anonim şirketler denetime tabi tutulmaktadır. TTK m. 397/6, denetime tabi olduğu halde söz konusu denetimi yaptırmayanların finansal tablolarının ve yönetim kurulu yıllık faaliyet raporunun düzenlenmemiş sayılacağını öngörmektedir. TTK'da değişiklik yapan bu Kanun, Gümrük ve Ticaret Bakanlığınca hazırlanacak ve Bakanlar Kurulunca çıkarılacak bir yönetmelik ile bağımsız denetim kapsamı dışında kalan şirketlere açısından denetime ilişkin usul ve esasların, denetim yapacak denetçilerin niteliklerinin, bu denetçilerin uyacakları etik ilkelerin, görev ve yetkilerinin, seçilmelerinin, görevden alınmalarının veya ayrılmalarının; denetimin ve denetim raporlarının içeriğine ve raporun genel kurula sunulmasına ilişkin hususların düzenleneceğini öngörmüş; ancak bu hususlara ilişkin ayrıntıları düzenleyecek Yönetmelik henüz çıkmamıştır.

Görüldüğü üzere, anonim şirketlerin denetlenmesine ilişkin hüküm öngörülmüş olmasına karşın, bu konudaki Yönetmelik henüz çıkmadığından bağımsız denetime tabi olanlar dışındaki çok sayıda anonim şirketin denetimi yapılmamaktadır. Çok sayıda küçük ve/veya büyük yatırımcının sermayelerini bir araya getirerek oluşturdukları anonim şirketlerin etkin bir şekilde denetlenmesinin şirket menfaatleri ve pay sahipleri açısından ne kadar önemli olduğu hususu dikkate alındığında, bu şirketlerin tamamen denetimsiz kalmış olmasının uygun olmadığını kabul etmek gerekir.

Bağımsız denetime tabi olmayan şirketlerin denetlenmesine ilişkin ikincil düzenlemenin henüz yapılmamış olması, yönetim kurulunun şirketin işleyişi, yapılan işlemlerin kanuna, esas sözleşmeye, iş hayatının gereklerine uygun olup olmadığını inceleme ve gözetleme yükümlülüğünü ortadan kaldırmamaktadır. Esasında denetime ilişkin ikincil düzenleme yürürlüğe girdikten sonra da yönetim kurulunun gözetim ve denetim görevi devam edecektir. Şüphesiz yönetim kurulunun “denetim görevi” ifadesinden, teknik anlamda denetim değil, şirketle ilgili alınan kararların, yapılan işlemlerin denetlenmesi/gözetilmesi anlaşılmalıdır. Dolayısıyla burada denetim

çıkartılacak yönetmelikle düzenlenir. Kanunun denetçinin sorumluluğuna ilişkin hükümleri, bu fıkra uyarınca denetim yapacak denetçilere de kıyasen uygulanır. Kanunun yeni eklenen 6. fıkrasına göre ise; beşinci fıkra kapsamında denetime tabi olduğu halde söz konusu denetimi yaptırmayanların finansal tabloları ve yönetim kurulu yıllık faaliyet raporu düzenlenmemiş hükmündedir.

ifadesi kullanılırken, gerek 6762 sayılı TTK döneminde yönetimin denetlenmesi için zorunlu organ olarak düzenlenen murakıplık⁷, gerekse 6102 sayılı TTK'nın öngördüğü şekliyle şirketin finansal tablolarının, yıllık raporlarının ve şirketin muhasebesinin denetlenmesi kast edilmemektedir. Bu anlamda yönetim kurulunun yapacağı denetim, sadece geçmiş dönemde yapılmış olan işleri kontrol etmekle sınırlı değildir; aynı zamanda gelecekte gerçekleştirilecek işlemlerin de şirket menfaatine olup olmadığının incelenmesi gerekir⁸.

II. GENEL GÖZETİM VE DENETİM GÖREVİ

1. İç Denetim ve Riskin Saptanması İçin Komite Kurulması

Yeni TTK'nın önemseydiği konulardan birinin yönetimin profesyonelleşmesi olduğu dikkate alındığında, sadece yetki devrinin bulunması halinde değil, genel olarak da yönetim kuruluna bir gözetim ve denetim yetkisi/görevi verildiği söylenebilir. Yetki devrindeki üst gözetim yetkisi devredilemez bir görev olarak öngörülmüş olmasına karşın, genel gözetim ve denetim görevinin yerine getirilmesi için komiteler kurulması hususu ise TTK'da isteğe bağlı tutulmuştur⁹.

Genel gözetim ve denetim görevinin gerektiği şekilde yerine getirilebilmesi için uzman kişilerden oluşan komiteler ve komisyonlardan yararlanılabilir¹⁰. TTK'nın görev dağılımını düzenleyen 366. maddesinin ikinci fıkrasına göre; yönetim kurulu, işlerin gidişini izlemek, kendisine sunulacak

⁷ Murakıplık sisteminin en önemli sorunu, denetim görevini gerçekleştiren kişilerin bağımsız olmamaları ve bunun sonucu olarak da anonim şirketlerde etkin bir denetimin yapılamamasıydı. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Kaya**, Mustafa İsmail; Anonim Ortaklıklarda Etkin Denetim, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. II, S. 1-2, s. 241 vd.

⁸ TTK m. 378'de öngörülen riskin erken saptanması ve yönetimine ilişkin komitenin temel görevi de, gelecekte ortaya çıkabilecek risklerin erken teşhis edilmesi ve gerekli önlemlerin alınmasıdır.

⁹ **Cömert**, Nuran; Türk Ticaret Kanunu Tasarısında İç Denetim ve İç Kontrol, İç Denetim Dergisi, Kış. 2008, Sa. 21, s. 3.

¹⁰ Bkz. **Kayhan**, Şaban; 6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Şirketlerde Üst Gözetim, Ankara 2011 s. 133; **Cömert**, İç Denetim Dergisi, Kış. 2008, Sa. 21, s. 3 vd.

konularda rapor hazırlamak, kararlarını uygulamak veya iç denetim amacıyla içlerinde yönetim kurulu üyelerinin de bulunabileceği komiteler ve komisyonlar kurabilir. Bu madde ile gerek halka kapalı gerekse halka açık anonim şirketlerde yönetim kurulunun kuracağı iç denetim komitesi ile denetim ve gözetim yapması mümkün hale getirilmiştir. Şirketin yönetim organı durumunda olan yönetim kurulunun aynı zamanda kuracağı komisyon ve komiteler aracılığıyla denetim görevini yerine getirmesi, özellikle 6335 sayılı Kanunla anonim şirketlerin çok önemli bir kısmının bağımsız denetime tabi olmaktan çıkarılması hususu dikkate alındığında, şirketin tamamen denetimden yoksun kalmaması açısından önemlidir.

Halka açık şirketlerde denetim komitesine ilişkin daha ayrıntılı düzenlemelere ise sermaye piyasası mevzuatında rastlanmaktadır. Sermaye Piyasası Kurulu'nun Seri II, No: 56 sayılı Kurumsal Yönetim İlkelerinin Belirlenmesine ve Uygulanmasına İlişkin Tebliğ'ine ek olarak yayınlanan Sermaye Piyasası Kurulu Kurumsal Yönetim İlkeleri'nin 4.5 maddesi yönetim kurulu bünyesinde oluşturulacak komiteler hakkında oldukça ayrıntılı hükümlere yer vermektedir. Buna göre; yönetim kurulunun görev ve sorumluluklarının sağlıklı bir biçimde yerine getirilmesi için Denetimden Sorumlu Komite, Kurumsal Yönetim Komitesi, Aday Gösterme Komitesi, Riskin Erken Saptanması Komitesi ve Ücret Komitesi oluşturulur. Ancak yönetim kurulu yapılanması gereği ayrı bir Aday Gösterme Komitesi, Riskin Erken Saptanması Komitesi ve Ücret Komitesi oluşturulamaması durumunda, Kurumsal Yönetim Komitesi bu komitelerin görevlerini yerine getirir. Denetimden Sorumlu Komite üyelerinin tamamı, diğer komitelerin ise başkanları, bağımsız yönetim kurulu üyeleri arasından seçilir¹¹.

Aynı şekilde Sermaye Piyasasında Bağımsız Denetim Standartları Hakkındaki SPK'nın Seri X, No: 22 sayılı Tebliği'nin 25. maddesine göre de; payları Borsada işlem gören ortaklıklar, Kurumsal Yönetim İlkeleri çerçevesinde, en az iki üyeden oluşan denetimden sorumlu komite kurmak zorundadırlar¹². Denetim komitesi kurma zorunluluğu bulunmayan işletmelerde, denetim komitesince yapılan işler, yönetim kurulunca yerine getirilir.

¹¹ Bkz. SPK Seri IV, No: 56, m. 4.5.3.

¹² TTK m. 366/2'den farklı olarak payları Borsada işlem gören ortaklıklarda denetim komitesi kurmanın isteğe tabi tutulmadığı görülmektedir.

Denetimden sorumlu komite; ortaklığın muhasebe sistemi, finansal bilgilerin kamuya açıklanması, bağımsız denetimi ve ortaklığın iç kontrol sisteminin işleyişinin ve etkinliğinin gözetimini yapar. Bağımsız denetim kuruluşunun seçimi, bağımsız denetim sözleşmelerinin hazırlanarak bağımsız denetim sürecinin başlatılması ve bağımsız denetim kuruluşunun her aşamadaki çalışmaları denetimden sorumlu komitenin gözetiminde gerçekleştirilir¹³.

Görüldüğü üzere, kurumsal yönetim ilkesi¹⁴ açısından, şirketin iç işleyişinin hukuka, esas sözleşmeye uygun yapılabildiği, muhasebe ve mali

¹³ Tebliğ'in 25. maddesinde denetim komitesi ile ilgili ayrıntılı düzenlemelere yerilmektedir. Buna göre; ortaklığın hizmet alacağı bağımsız denetim kuruluşu ile bu kuruluşlardan alınacak hizmetler denetimden sorumlu komite tarafından belirlenir ve genel kurulun onayına sunulmak üzere yönetim kuruluna bildirilir (m. 25/3). Bağımsız denetim kuruluşu; ortaklığın muhasebe politikası ve uygulamalarıyla ilgili önemli hususları, daha önce ortaklık yönetimine ilettiği Kurulun muhasebe standartları ile muhasebe ilkeleri çerçevesinde alternatif uygulama ve kamuya açıklama seçeneklerini, bunların muhtemel sonuçlarını ve uygulama önerisini ortaklık yönetimiyle arasında gerçekleştirdiği önemli yazışmaları, derhal denetimden sorumlu komiteye yazılı olarak bildirir (m. 25/4). Ortaklığın muhasebe ve iç kontrol sistemi ile bağımsız denetimiyle ilgili olarak ortaklığa ulaşan şikayetlerin incelenmesi, sonuca bağlanması, ortaklık çalışanlarının, ortaklığın muhasebe ve bağımsız denetim konularındaki bildirimlerinin gizlilik ilkesi çerçevesinde değerlendirilmesi konularında uygulanacak yöntem ve kriterler denetimden sorumlu komite tarafından belirlenir (m. 25/5). Denetimden sorumlu komite, kamuya açıklanacak yıllık ve ara dönem finansal tabloların, ortaklığın izlediği muhasebe ilkelere, gerçeğe uygunluğuna ve doğruluğuna ilişkin olarak ortaklığın sorumlu yöneticileri ve bağımsız denetçilerinin görüşlerini alarak, kendi değerlendirmeleriyle birlikte yönetim kuruluna yazılı olarak bildirir (m. 25/6). Denetimden sorumlu komite, faaliyetleriyle ilgili olarak ihtiyaç gördüğü konularda bağımsız uzman görüşlerinden yararlanabilir. Denetimden sorumlu komitenin ihtiyaç duyduğu danışmanlık hizmetlerinin maliyeti ortaklık tarafından karşılanır (m. 25/7). Denetimden sorumlu komite; en az üç ayda bir olmak üzere yılda en az dört kere toplanır ve toplantı sonuçları tutanağa bağlanarak yönetim kuruluna sunulur. Denetimden sorumlu komite kendi görev ve sorumluluk alanıyla ilgili olarak ulaştığı tespit ve önerileri derhal yönetim kuruluna yazılı olarak bildirir (m. 25/8). Denetimden sorumlu komitenin görev ve sorumluluğu, yönetim kurulunun Türk Ticaret Kanunundan doğan sorumluluğunu ortadan kaldırmaz (m. 25/9).

¹⁴ Kurumsal yönetim, iş süreçlerinde ve paydaşlarla ilişkilerde eşitlik, şeffaflık, hesap verilebilirlik ve sorumluluk yaklaşımıyla işletme faaliyetlerinin etkinlik ve verimliliği, raporlama güvenilirliği, düzenlemelere uygunluk, paydaşların hak ve çıkarlarının korunmasını hedeflemektedir. Bkz. **Uzun**, Ali Kamil, Kurumsal Yönetim ve İç Denetim Kalite Güvencesi, <http://www.denetimnet.net>, s. 1.

raporlamanın bu konuda yayınlanmış ulusal/uluslararası standartlara uygun olarak tutulup tutulmadığı konusunda yönetim kurulunun gözetimi altında ve onun adına yerine getirecek bir denetim komitesinin kurulması son derece önemlidir. Bu komiteye seçilecek üyeler, denetim görevini gerektiği gibi yerine getirebilecek ölçüde yeterli bir uzmanlığa sahip olmalıdır. Uzman kişilerden oluşacak denetim komitesinin uyarı ve gözetimi sayesinde yönetim kurulu, şirketteki iç işleyişi kontrol altında tutacak ve alınan karar ve işlemlerin hukuka, esas sözleşmeye, şirket menfaatlerine uygun olmasını sağlayacaktır.

Yönetim kurulunun iç kontrol ve risk yönetimini gerçekleştirmesi için TTK, riskin erken saptanması ve yönetimi komitesinin kurulmasını öngörmektedir. TTK m. 378'e göre; pay senetleri borsada işlem gören şirketlerde, yönetim kurulu, şirketin varlığını, gelişmesini ve devamını tehlikeye düşüren sebeplerin erken teşhisi, bunun için gerekli önlemler ile çarelerin uygulanması ve riskin yönetilmesi amacıyla, uzman bir komite kurmak, sistemi çalıştırmak ve geliştirmekle yükümlüdür. Diğer şirketlerde bu komite denetçinin gerekli görüp bunu yönetim kuruluna yazılı olarak bildirmesi hâlinde derhâl kurulur ve ilk raporunu kurulmasını izleyen bir ayın sonunda verir. Komite, yönetim kuruluna her iki ayda bir vereceği raporda durumu değerlendirir, varsa tehlikelere işaret eder, çareleri gösterir. Rapor denetçiye de yollanır¹⁵.

Kanunun gerekçesinde de belirtildiği üzere; bu komitenin denetim komitesinden farkı, denetim komitesinin yönetimi gözetim altında tutmasına karşılık bu komitenin sadece risklere odaklanmasıdır. Ayrıca denetim geçmişe yönelik bir inceleme olduğu halde, risk teşhisi gelecek ve geleceğin yorumuyla ilgilidir. Denetimin yönetilmesi söz konusu olmadığı halde, risk yönetilebilir ve yönetilmelidir. Amaç, yönetimi, yönetim kurulunu ve genel kurulu devamlı uyanıklık (teyakkuz) altında tutmak, gereğinde organlarca derhal etkili önlemlerin alınmasını sağlamaktır¹⁶.

¹⁵ Riskin erken saptanması komitesinin kurulmasına ilişkin hüküm, artık bütün dünyada kabul gören kurumsal yönetim ilkelerinin kanun koyucu tarafından benimsendiğini ortaya koymaktadır. Bkz. **Kaya**, Mustafa İsmail, Ticaret Kanunu ve TTK Tasarısı'nın Yönetim Kuruluna Anonim Ortaklığın Mali Durumunun Bozulması Halinde Yüklediği Yükümlülükler, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, Sa. 37-38, s. 25.

¹⁶ Bkz. TTK m. 378'in gerekçesi.

Şüphesiz iç denetim ve kontrol için komiteler kurulması, yönetim kurulunun TTK'dan kaynaklanan sorumluluğunu ortadan kaldırmamaktadır. Zira bu komitelerin amacı, yönetim kurulunun üst gözetim ve denetim görevini daha profesyonel şekilde yerine getirmesini sağlamaktır. Yoksa yönetim kurulunda olması gereken sorumluluğun oluşturulan bu komitelere aktarılmasından söz edilemez¹⁷.

2. Özen ve Bağlılık Yükümlülüğünden Kaynaklanan Gözetim ve Denetim Görevi

Özen ve bağlılık yükümünü düzenleyen m. 369/1'e göre; yönetim kurulu üyeleri ve yönetimle görevli üçüncü kişiler, görevlerini tedbirli bir yöneticinin özeniyle yerine getirmek ve şirketin menfaatlerini¹⁸ dürüstlük kurallarına uyarak gözetmek yükümlülüğü altındadırlar. Kanun hükmünden de açıkça anlaşılacağı üzere, yönetim kurulu, tedbirli bir yöneticinin göstereceği özeni esas alarak şirket menfaatlerini gözetmek zorundadır. Şirketin menfaatini gözetmek, yönetim kurulunun bizzat yaptığı işlemler için geçerli olduğu gibi, aynı zamanda şirketle ilgili işlem yapan kişileri gözetleme ve denetleme görevini de kapsamaktadır. Özen ve bağlılık yükümlülüğü, yönetim yetkisinin başkasına devredilmiş olup olmamasından bağımsız olarak yönetim kuruluna gözetim ve denetim görevi yükler.

Yönetim yetkisinin m. 367'ye göre devredilmiş olması halinde, yönetim kurulunun gözetim ve denetim yetkisi, m. 375/1 (e)'den ve yönetim kuruluna özen ve bağlılık yükümlülüğü getiren m. 369'dan kaynaklanmak-

¹⁷ Bu husus, Sermaye Piyasasında Bağımsız Denetim Standartları Hakkındaki SPK'nın Seri X, No: 22 sayılı Tebliği'nin 25/9 maddesinde açıkça ifade edilmektedir. Buna göre; denetimden sorumlu komitenin görev ve sorumluluğu, yönetim kurulunun Türk Ticaret Kanunundan doğan sorumluluğunu ortadan kaldırmaz.

¹⁸ Şirket menfaatlerinin somutlaştırılması bağlılık yükümü açısından önemlidir. Şirket ve pay sahiplerinin menfaatlerinin uyuşması halinde şirketin menfaatini tespit etmek daha kolay iken, bu menfaatlerin çatışması halinde ise şirket menfaatini belirlemenin daha karmaşık olduğunu söylemek mümkündür. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Ayan**, Özge; 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Sadakat Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün İhlalinin Sonuçları, Ankara 2013, s. 49 vd.

tadır. Herhangi bir yetki devrinin bulunmaması halinde ise yönetimle görevli kişilerin denetlenmesinden söz edilemezse de, şirketteki işleyişin kanuna, esas sözleşmeye ve şirket menfaatlerine uygun olarak yürütmesi açısından yönetim kurulunun bir gözetim ve denetim görevi olduğunu kabul etmek gerekir.

Özen ve bağlılık yükümünden dolayı, m.366/2'de öngörülen komite ve komisyonların kurulması zorunlu olabilir. Yukarıda da açıklandığı üzere, m. 366/2'de düzenlenen bu komitelerin varlığı TTK'ya göre zorunlu değildir. Bu komisyonların şirketin daha iyi organize olabilmesi, profesyonelce yönetilebilmesi için, isteğe bağlı olarak kurulması öngörülmüştür. Ancak şirketin yapısı, büyüklüğü, işlerin karmaşıklığı gibi bazı hallerde şirketin menfaati denetim komitesinin kurulmasını gerektiriyorsa, tedbirli bir yöneticinin özeniyle hareket etmek zorunda olan yönetim kurulu bu tür durumlarda denetim komitesini kurmalıdır. Aksi takdirde şirketin yapısı gerektirmesine rağmen bu komiteyi kurmaktan imtina eden yönetim kurulu, özen ve bağlılık yükümüne aykırı davrandığı gerekçesiyle sorumlu tutulabilir.

III. YÖNETİM YETKİSİNİN DEVRİ HALİNDE GÖZETİM VE DENETİM GÖREVİ

1. Yönetimin Devri

Yönetim yetkisi devredilmediği takdirde, bu yetki yönetim kurulunun tüm üyelerine aittir¹⁹. Ancak belli şartlara uyularak yönetim yetkisinin devredilebileceği m. 367/1'de açıkça düzenlenmiştir. Bu hükme göre; yönetim kurulu esas sözleşmeye konulacak bir hükümle, düzenleyeceği bir iç yönergeye göre, yönetimi, kısmen veya tamamen²⁰ bir veya birkaç yönetim kurulu

¹⁹ Bkz. TTK m. 367/2.

²⁰ Hükümden yönetim yetkisinin kısmen devredilebileceği gibi, tamamen de devredilebileceği anlaşılmaktadır. Tamamen devirden, yönetim kurulunun m. 375'de öngörülen devredilemez görev ve yetkileri dışındaki tüm yetkilerinin devri, kısmi devirden ise, bu yetkilerin sadece bir kısmının devredilmesi anlaşılmalıdır. Bkz. **Tekinalp**, Ünal; Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, Anonim ve Limited Ortaklıklar, Tek Kişi Ortaklığı, Ortaklıklar Topluluğu, Birleşme, Bölünme, Tür Değişirme, 3. Bası, İstanbul, 2013, s. 218, N. 12-63; **Kırca**, İsmail (**Şehirali Çelik**, F. H./**Manavgat**, Ç.); Anonim Şirketler Hukuku, C. 1, Ankara 2013, s. 598.

üyesine veya üçüncü kişiye devretmeye yetkili kılınabilir²¹. İç yönerge şirketin yönetimini düzenler; bunun için gerekli olan görevleri, tanımlar, yerlerini gösterir, özellikle kimin kime bağlı ve bilgi sunmakla yükümlü olduğunu belirler. Yönetim kurulu, istem üzerine pay sahiplerini ve korunmaya değer menfaatlerini ikna edici bir biçimde ortaya koyan alacaklıları, bu iç yönerge hakkında, yazılı olarak bilgilendirir.

TTK m. 367/1 hükmü dikkate alındığında, yönetim kurulunun yönetim haklarıyla temsil yetkilerini bizzat kullanmak zorunda olmadığı; aksine yetkilerini devrederek gereğinde bir gözetim organı olarak çalışabileceği anlaşılmaktadır²². Dolayısıyla yeni TTK'da yönetim kurulunun hemen hemen üyelerinin tümünün, yürütme yetkisini haiz olmayan (non-executive) üye konumuna geçebildiği esnek bir rejim benimsenmiştir²³. Kanun yönetim yetkisinin devriyle temsil yetkisinin devrini birbirinden ayrı ele almaktadır. Zira m. 370/2'de, yönetim kurulunun, temsil yetkisini bir veya daha fazla murahhas üyeye veya müdür olarak üçüncü kişilere devredebileceğini, ancak en az bir yönetim kurulu üyesinin temsil yetkisini haiz olmasının şart olduğu belirtilmiştir. Yönetimin devredilebilmesi için her şeyden önce esas sözleşmede bir düzenlemenin yapılmış olması gerekir. Şirketin kuruluşunda yönetim devrini öngören esas sözleşme hükmüne yer verilebileceği gibi, sonradan yapılacak bir esas sözleşme değişikliği ile de bu hususun düzenlenmesi mümkündür²⁴. Yönetim yetkisinin tamamen veya kısmen devredilebilmesi

²¹ Yönetim yetkisi, yönetim kurulu üyelerinden bir veya bir kaçına devredilebileceği gibi, şirketle herhangi bir şekilde ilişkisi bulunan veya o ana kadar herhangi bir ilişkisi bulunmayan üçüncü kişi veya kişilere de devredilebilir.

²² İsviçre/Türk öğretisinde egemen olan "delegasyon/yetki devri" bugün de geçerli olup bu kavramı, 6762 sayılı Kanunun 342 nci maddesinin anlamında ifanın devri şeklinde yorumlamaya olanak yoktur. İsviçre öğretisinde de işaret edildiği üzere devredilen organsal işlev (fonksiyon)'dir. Bkz. TTK m. 553'ün gerekçesi.

²³ Bkz. TTK m. 367'nin gerekçesi.

²⁴ Esas sözleşme değişikliğine ilişkin daha ağır nisaplar esas sözleşmede öngörülmediği takdirde, halka kapalı anonim şirketlerde m. 421/1, halka açık olanlarda ise SerPK m. 29/3 gereği m. 418'de düzenlenen nisaplara uyularak bu değişiklik gerçekleştirilir. Bkz. **Kırca, (Şehirli Çelik/Manavgat)**, Anonim Şirketler Hukuku, C. 1, s. 600; **Tekinalp**, s. 214, N. 12-53; karşı. **Ayan**, s. 23. Yönetimin devri için esas sözleşmede hüküm bulunması *conditio sine qua non*'dur, bu hususta genel kurul kararı yeterli değildir. Bkz. TTK m. 367'nin gerekçesi.

için kanunun aradığı ikinci şart ise, bir iç yönergenin hazırlanmış olmasıdır²⁵. Hükmün son cümlesinde ise, pay sahiplerinin ve korunmaya değer menfaatlerini ikna edici bir şekilde ortaya koyan alacaklıların²⁶ bu yönetmelik hakkında yazılı olarak bilgilendirileceği öngörülmektedir²⁷.

Kanunun gerekçesinde yeni TTK'nın yetki devrine ilişkin hükmünün, yönetim kurulunun başka ülkelerin sistemlerinde öngörülen şekillere uygun olarak oluşturulması imkanı verdiği ifade edilmektedir. Gerekçeye göre; 367 ile 370 inci maddesinin ikinci fıkrası hükümlerinde yer alan düzen, yönetimin tek kurullu (monist) rejime göre şekillenmesine veya Almanya'da uygulanan iki organlı (dualist) anlayış uyarınca oluşturulmasına olanak vermektedir²⁸. Bu düzen, yani Kanunun sistemi, yönetim kurulu üyelerini, Amerika Birleşik Devletleri'nde uygulanan, yönetim hakkını haiz olan

²⁵ İç yönergenin hazırlanması, yönetimin devri halinde zorunlu olmakla birlikte, yetki devrinin olmadığı hallerde de bu tür bir yönergenin hazırlanması şirketteki iç işleyişe çok olumlu etkilerinin olacağı söylenebilir. Zira şirket yönetiminde yer alan kişilerin görev tanımlamalarının yapılması, hiyerarşik düzenin kurulması ve yönetim kurulu toplantılarının yapılması gibi birçok konu iç yönergeyle düzenlenerek belli bir sisteme bağlanabilir. Bkz. **Pulaşlı**, Hasan; Şirketler Hukuku Genel Esaslar, 2. Baskı, Ankara 2013, s. 424.

²⁶ Yönetmelik hakkında bilgi verilmesi konusunda kanun pay sahipleriyle alacaklılar arasında bir fark yapmıştır. Pay sahiplerinin bu hususta "korunmaya değer menfaatleri" bulunduğuna ilişkin güçlü bir karine vardır. Alacaklılarda böyle bir karine mevcut değildir. Bu sebeple, yönetim örgütü hakkında pay sahipleri bilgilendirilmelidir. Alacaklılar ise korunmaya değer menfaatleri bulunduğunu ikna edici bir şekilde ortaya koyarlarsa bilgilendirilirler. Menfaatin, istenen konu ve olgu ile ilgisi de göz önüne alınmalıdır. Sorumluluk davalarında ve iflâsta pay sahipleri ile alacaklıların menfaati somutlaşır. Bilgi verme yükümü yönetmeliğin bir kopyasının verilmesini zorunlu kılmaz. Ayrıca haklı sebeplerin varlığında (meselâ, bir alacaklının açtığı bir davada bu yönetmelikten bir rakibin yararlanması olasılığının bulunması gibi) talebin reddedilmesi de mümkündür. Bkz. TTK m. 367'nin gerekçesi.

²⁷ Yönetmelikte örgüt şemasının verilmesi yeterli değildir; karar ve atama yetkileri ile işletmenin teknik, ticarî ve hukukî açıdan yönetimine ilişkin esasları da içermelidir. Bu tasarruf murahhasların yetki alanlarının da açıkça belirlenmesinde önem kazanır. Örgütlenme yönetmeliğinin tescil ve ilânı gerekli değildir. Ancak korunmaya değer menfaatlerini ikna edici bir surette ortaya koyan pay sahipleri ile alacaklılara yazılı olarak bilgi verilir. Bkz. TTK m. 367'nin gerekçesi.

²⁸ Dualist ve monist sisteme ilişkin ayrıntılı açıklamalar için ayrıca bkz. **Kayhan**, s. 36 vd.

(intern, executive) ve olmayan (exter, non-executive) üyeler ayırımına tâbi tutmaya da elverişlidir²⁹. Hatta Fransa’da geçerli “President Directeur General” sisteminin uygulanmasına da müsaittir. Böylelikle şirketler topluluğunun gereksinim duyduğu yönetim şekli için esneklik de sağlanmış olmaktadır³⁰.

Kanunun gerekçesindeki bu ifadeler dikkate alındığında, yönetim kurulunun denetim ve gözetim görevinin özellikle yetki devrinin olduğu hallerde farklı boyutlarının bulunduğu söylenebilir³¹. Özellikle Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu’nun öngördüğü şekliyle dualist sistemin uygulanması, şirketin yönetim yetkisinin ve yöneticilerin denetim ve gözetiminin farklı organlarda olması anlamına gelmektedir. Bu sistemde, gözetim organı tarafından atanan yönetim kurulu (Vorstand), şirketi yönetmek, şirketle ilgili tüm önemli kararları vermek yetkisine sahiptir³². Yönetim kurulu, yükümlülüklerini yerine getirirken özenli ve bilinçli bir iş adamı gibi hareket etme ve şirket sırlarını saklama borcu altındadır³³. Yükümlülüğün ihlali halinde şirketin uğramış olduğu zararın karşılanmasında tüm yönetim kurulu üyeleri müteselsilen sorumlu tutulmaktadır³⁴. Buna karşın genel kurul tarafından seçilen³⁵ gözetim organının (Aufsichtsrat) görevi, yönetim kurulunu gözetlemek ve

²⁹ Sermaye Piyasası Kurulu’nun Seri II, No: 56 sayılı Kurumsal Yönetim İlkelerinin Belirlenmesine ve Uygulanmasına İlişkin Tebliğ’ine ek olarak yayınlanan Sermaye Piyasası Kurulu Kurumsal Yönetim İlkeleri’ne göre; yönetim kurulunda icrada görevli olan ve olmayan üyeler bulunur. İcrada görevli olmayan yönetim kurulu üyesi, yönetim kurulu üyeliği haricinde şirkette başkaca herhangi bir idari görevi bulunmayan ve şirketin günlük iş akışına ve olağan faaliyetlerine müdahil olmayan kişidir. Yönetim kurulu üyelerinin çoğunluğu icrada görevli olmayan üyelerden oluşur. İcrada görevli olmayan yönetim kurulu üyeleri içerisinde, görevlerini hiçbir etki altında kalmaksızın yapabilmeleri niteliğine sahip bağımsız üyeler bulunur. Bkz. m. 4.5.3 ve 4.5.4. Görüldüğü üzere icracı olan ve olmayan yönetim kurulu üyelerinin bulunması kurumsal yönetim ilkesinin gerçekleştirilmesi açısından da önem arz etmektedir.

³⁰ Bkz. TTK m. 367’nin gerekçesi.

³¹ *Pulaşlı*, sistemler arasında önemli hukuki farklılıklar bulunduğunu, bu yüzden gerekçedeki bu ifadeye katılmadığını beyan etmektedir. Bkz. *Pulaşlı*, s. 423.

³² Bkz. Alman POK (AktG) § 76.

³³ Bkz. Alman POK (AktG) § 93/1.

³⁴ Bkz. Alman POK (AktG) § 93/2.

³⁵ Bkz. Alman POK (AktG) § 101/1.

ona gerektiğinde yol göstermektir³⁶. Alman sisteminde öngörüldüğü şekliyle dualist anlayışta şirketi yönetme yetkisinin bırakıldığı yönetim kuruluna, düzenli aralıklarla toplanan (en az üç ayda bir)³⁷ gözetim organına, şirketin gidişatı, öngörülen stratejiler, yapılan planlar ve bunların gerçekleştirilmesine ilişkin hususlarda ve ayrıca karşılaşılabilecek riskler konusunda bilgi ve hesap verme yükümlülüğü yüklenmiştir³⁸. Gözetim organı, yönetim kurulunun kanunlara, esas sözleşmeye ve şirket menfaatlerine uygun davranıp davranmadığını gözetlemekte ve gerektiğinde uyarma görevini yerine getirmektedir³⁹. Özellikle şirket açısından önemli sayılan kararların alınmasında, örneğin gayrimenkullerin satımı gibi, gözetim organının onayı aranmaktadır. Gözetleme yetkisi, yönetim kurulunun yaptığı işlemin hukuka uygunluğunu kapsadığı gibi, şirketin menfaatlerine hizmet edip etmediği, ekonomik açıdan doğru olup olmadığı gibi hususları da kapsamaktadır⁴⁰.

Görüldüğü gibi, Alman POK (AktG) şirket yönetiminin ve yönetimin gözetlenmesinin iki farklı zorunlu organ tarafından yerine getirileceğini öngörmekte, zorunlu organların görev, yetki ve birbirleriyle olan ilişkileri hususunda da ayrıntılı düzenlemeler yapmaktadır⁴¹. Bu açıdan bakıldığında m. 367/1 anlamında yetki devrinin gerçekleştirilmesi halinde dahi Alman sistemine benzer bir dualist anlayışın Türk hukukunda mümkün kılındığını söylemek zordur⁴². Zira yetki devrinin gerçekleştirilmesi halinde de, şirketi

³⁶ Bkz. Alman POK (AktG) § 111/1.

³⁷ Bkz. Alman POK (AktG) § 110/3.

³⁸ Bkz. **Habersack**, Matthias; Münchener Kommentar zum AktG, 3. Aufl. 2013, § 111, Rn. 46.

³⁹ Yönetim kurulunun şirketi hukuka uygun/meşru, usulüne uygun, amaca uygun ve ekonomiklik ölçütlerini dikkate alarak yönetmesi, üst gözetimin kıstasları olarak kabul edilmektedir. Bkz. **Kayıhan**, s. 45 vd.

⁴⁰ Bkz. **Hambloch-Gesinn/Gesinn**, Sylvie; in Hölter's Aktiengesetz, 2. Aufl. 2014 München, § 111, Rn. 9; **Koch**, Jens; in Hüffer Aktiengesetz, 11. Aufl. 2014, § 111, Rn. 5; **Spindler**, Gerald; Spindler/Stilz, Aktiengesetz, 2. Aufl. 2010, § 111, Rn. 14; **Lutter**, Marcus; Der Bericht des Aufsichtsrats an die Hauptversammlung, AG 2008, s. 1, 2; **Habersack**, Münchener Kommentar zum AktG, § 111, Rn. 42.

⁴¹ Alman POK (AktG) §§ 76-94 hükümleri arasında yönetim kurulu (Vorstand), §§ 95-116 hükümleri arasında ise gözetim organı (Aufsichtsrat) düzenlenmektedir.

⁴² Karş. **Pulaşlı**, s. 423; ayrıca karş. **Akdağ Güney**, Necla; Türk Hukukunda Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 2008, s. 73.

yönetme yetkisinin bırakıldığı kişiler ayrı bir organ olarak görev yapmaktadır⁴³. Ayrıca yönetim yetkisini kullanan kişiler ile yönetim kurulu arasındaki ilişkinin Alman sisteminde olduğu gibi ayrıntılı bir şekilde düzenlendiği de söylenemez. Dolayısıyla Kanunun gerekçesindeki bu ifadeler tam olarak katılmak mümkün değildir. Buna karşın yönetim yetkisinin devredildiği kişiler ile yönetim yetkisi artık bulunmayan yönetim kurulu arasındaki ilişkinin tespit edilmesi önemlidir. Özellikle Alman POK (AktG) § 95 vd. hükümlerinde öngörüldüğü şekliyle ayrıntılı bir gözetleme hak ve yetkisinin TTK'da öngörülmemiş olması, dualist anlayışın Türk hukukunda tam olarak uygulanmasını mümkün olmaktan çıkardığı kabul edilmekle birlikte, yönetim kurulunun yönetim yetkisine haiz kişiler üzerinde üst gözetim görev ve yetkisinin bulunması göz ardı edilemez. Böylece Türk hukukunda da şirketin yönetim ve gözetimi farklı kişiler tarafından gerçekleştirilebilmektedir.

2. Üst Gözetim Görevinin Yerine Getirilmesi

TTK m. 375/1 (e) bendine göre; yönetimle görevli kişilerin, özellikle kanunlara, esas sözleşmeye, iç yönergeler ve yönetim kurulunun yazılı talimatlarına uygun hareket edip etmediklerinin üst gözetimi, yönetim kurulunun devredilemez görev ve yetkilerindedir. Böylece yönetim yetkisinin devredilmesi halinde yönetim kurulunun üst gözetim yetkisine sahip olduğu hükümde açıkça öngörülmüştür. Kanunda üst gözetim yetkisinin kapsamına ilişkin bazı açıklamalar yapılmış, ancak "özellikle" ifadesi kullanılarak kapsamın bunlarla sınırlı olmadığı belirtilmiştir. Buna göre yönetim kurulunun üst gözetim yetkisi yönetimle görevli kişilerin, özellikle kanunlara, esas sözleşmeye, iç yönergeler ve yönetim kurulunun yazılı talimatlarına uygun hareket edip etmediklerini kapsamaktadır. Hükümde sayılan bu hususlar dışında gözetim yetkisinin kapsamına nelerin girdiğine ilişkin bir açıklamaya kanunun gerekçesinde rastlanmaktadır. Gerekçeye göre, üst gözetim ile

⁴³ TTK m. 366'nın gerekçesi ile m. 375/1 (e) bendi için yazılan gerekçenin bu açıdan birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir. TTK m. 366'nın gerekçesinde bu hükmün dualist anlayışa izin verdiği belirtilirken, m. 375/1 (e)'nin gerekçesinde ise açıkça yönetim kurulunun bir kontrol ve denetim organı olmadığı belirtilmektedir. Bu ifade dikkate alındığında da Alman hukuk sisteminde geçerli olacak şekilde bir dualist anlayışın mevcut kanun hükümleri ile uygulanmasının kolay olmadığı söylenebilir.

kastedilen hem kuramsal açıdan hem de işletme iktisadı yönünden gerekli olan işlerin akışının gözetimidir⁴⁴. Bu açıdan bakıldığında, yönetim yetkisi tanınmış kişilerin şirkete dair aldıkları kararlarının, yaptıkları planlamalarının, özellikle risk taşıyan işlem ve kararlarının yönetim kurulu tarafından gözetlenmesi gerekir. Dolayısıyla yönetim kurulu bir yandan yetki devri yaptığı kişilerin kanunlara, esas sözleşmeye, iç yönergeye uygun davranıp davranmadığını kontrol edecek, diğer yandan da bu kişilerin almış oldukları kararların ve yapmayı planladıkları işlemlerin amaca uygun olup olmadığını, şirket menfaatlerine hizmet edip etmediğini de inceleyecektir⁴⁵. Gereğede kullanılan işletme iktisadı yönünden gerekli olan işlerin gözetimi ifadesi aynı zamanda, şirketle ilgili önemli kararların alınması aşamasında yönetimle yetkilendirilmiş kişilere yol gösterme ve onları oluşabilecek riskler konusunda uyarma görevini de kapsamaktadır⁴⁶.

Gerek m. 375/1 (e) metninden gerekse maddenin gerekçesinden, yönetim kurulunun üst gözetim yetkisine sahip olduğu anlaşılmaktadır. Kanun koyucu bir yandan şirket yönetiminin tamamen veya kısmen devredilebileceğini öngörmekte, ancak böyle bir durumda dahi yönetim ve temsil organı olarak seçilen yönetim kurulunun gözetimi ve kontrolü altında işlemlerin yapılmasını arzulamaktadır. Böylece işletme konusu itibarıyla uzman olan kişilere yönetimin bırakılması, yönetim kurulunun ise bir gözetim organı olarak çalışması imkanı sunulmaktadır.

Üst gözetim görevinin sağlıklı bir şekilde yerine getirilebilmesi için, yönetim kurulunun iyi işleyen bir sistem kurması önemlidir. Özellikle bilişim teknolojisinin sunduğu imkanlardan yararlanmak suretiyle kurulacak bir sistem, yönetim kurulunun yöneticilerin yaptığı işlemlerden en hızlı şekilde haberdar olmasını ve gerektiğinde uyarı görevini yerine getirmesini sağlayacaktır. Kurulacak bu iç kontrol sisteminde şirketi yönetmekle görevlendirilen kişilerin yönetim kuruluna düzenli şekilde rapor vermesi, gerek-

⁴⁴ Bkz. TTK m. 375'in gerekçesi.

⁴⁵ Karş. **Watter**, Rolf; Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, Art. 530-1136 OR, Zürich 1993, Art. 716a, Rn. 19; **Böckli**, Peter; Schweizer Aktienrecht, 2. Aufl., Zürich 1996, Rn. 1568.

⁴⁶ Karş. **Jaeger**, Aksel; Die Beratung des Vorstands als Teil der Überwachungsaufgabe des Aufsichtsrats, DStR 1996, s. 671 vd.

tiğinde bu raporlara ilişkin açıklamaların sözlü olarak yapılması mümkün kılınabilir⁴⁷. Yönetim yetkisi devredilen kişilerin bu görevlerini gerektiği gibi ifa etmediklerinin anlaşılması halinde ise, bu yetkinin yönetim kurulu tarafından derhal geri alınması gerekir⁴⁸.

3. Üst Gözetimin İhlali Halinde Sorumluluk

Yönetim kurulunun üst gözetim ve yetki devrettiği kişilerin işlemlerini denetlemesi kanuni zorunluluk olmasına karşın, bu sorumluluğun yerine getirilmemesi halinde uygulanacak yaptırım konusu tartışmaya açıktır. Bu tartışmanın temel nedeni, üst gözetim ile ilgili m. 375/1 (e)'de ortaya konan resim ile m. 553'ün ikinci ve üçüncü fıkrasında ortaya konan düşüncenin bir biriyle uyuşmamasıdır⁴⁹. Gerçekten de m. 375 ile tanınan üst gözetim yetkisinin, m. 553/2'nin lafzı dikkate alındığında, geri alındığını söylemek mümkündür⁵⁰. TTK m. 553/2'ye göre; kanundan veya esas sözleşmeden doğan bir görevi veya yetkiyi, kanuna dayanarak, başkasına devreden organlar veya kişiler, bu görev ve yetkileri devralan kişilerin seçiminde makul derecede özen göstermediklerinin ispat edilmesi hâli hariç, bu kişilerin fiil ve kararlarından sorumlu olmazlar. Görüldüğü üzere, m. 553/2, yetki devri halinde yönetim kurulunun sorumluluğunu, yetki devredilecek kişilerin seçiminde makul derecede özen göstermeyle sınırlandırmıştır. Başka bir deyişle, kanuna uygun bir şekilde yetki devri yapıldıysa⁵¹ ve yetkiyi devralacak kişi-

⁴⁷ Karş. **Kayhan**, s. 129.

⁴⁸ Bkz. **Pulaşlı**, s. 655. TTK m. 375/1 (d), müdürlerin ve aynı işleve sahip kişiler ile imza yetkisini haiz bulunanların atanmaları ve görevden alınmalarının yönetim kurulunun devredilemez ve vazgeçilemez görev ve yetkileri arasında saymıştır.

⁴⁹ Bkz. **Akdağ Güney**, s. 73 vd.; **Göktürk**, Kürşat; Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Özellikle Yetki Devri Halinde Gözetim Sorumluluğu ve Hukuki Belirlilik Sorunu, TBB Dergisi 2014 (114), s. 197. **Göktürk**, TTK m. 375/1 (e) ve m. 553 hükümlerinin birlikte yorumlanmasından, yetki devri halinde yönetim kurulunun gözetim sorumluluğunun bulunmadığı görüşündedir. Bkz. **Göktürk**, TBB Dergisi 2014 (114), s. 197 vd. TTK m. 553/2 hükmünün lafzı dikkate alındığında bu görüş savunulabilir.

⁵⁰ **Akdağ Güney** de kanunun bir eliyle verdiğini diğer eliyle aldığını belirtmektedir. Bkz. **Akdağ Güney**, s. 73 vd.

⁵¹ TTK m. 367 hükmünde öngörülen şekilde bir yetki devri yapıldıysa, yetki devri kanuna uygun yapılmış demektir. TTK m. 553/2 hükmü dikkate alındığında, devrin m. 367'ye aykırı yapılmış olması halinde devir usulsüz olacak ve bu şekilde yetki devralan kişilerin

lerin seçimine makul derecede özen gösterildiyse, yönetim kurulunun yöneticilerin şirket yönetimi ile ilgili aldıkları kararlardan ve yaptıkları işlemlerden sorumlulukları bulunmamaktadır.

TTK m. 553/2 hükmünün yetki devri halinde yönetim kurulunun gözetim sorumluluğu bulunup bulunmadığına ilişkin tartışmalara yol açmasının nedeni, yetki devredilecek kişilerin seçimindeki özensizliği sorumluluğun tek sebebi olarak sayması, buna karşın bu kişilerin gözetiminden söz etmemiş olmasıdır. Halbuki m. 553/2'nin esinlendiği İsviçre BK m. 754/2, bir çok açıdan farklı bir sistem öngörmektedir⁵². İsviçre BK m. 754/2, bir görevin ifası görevinin yetkili bir şekilde başka bir organa devredilmesi halinde, bu kişinin verdiği zararlardan sorumlu olunacağı, ancak bu kişinin seçiminde, bilgilendirilmesinde ve gözetiminde gerekli her türlü özenin gösterdiğini yönetim kurulunun ispat etmesi halinde sorumluluktan kurtulmanın mümkün olduğunu kabul etmektedir. TTK m. 553/2'nin gerekçesindeki ifadeler dikkate alındığında, mehz İsviçre BK m. 754/2'den farklı bir düzenlemenin bilinçli olarak yapıldığı anlaşılmaktadır⁵³. Gerekçeye göre, gözetim sorumluluğunun ikinci fıkrada açıkça öngörülmemesinin nedeni, bu hususun hükmün üçüncü fıkrasında düzenlenmiş olmasıdır. Ancak Kanunun gerekçesinde yetki devri halinde gözetim sorumluluğunun açıkça öngörülmemesinin sebepleri açıklanırken yapılan açıklamaların tutarlılık içermediğini kabul etmek gerekir. Gerekçede bir yandan “delegasyonda gözetim görevinin devredende olduğu şüphesizdir” ifadesini kullanmakta, diğer yandan İsviçre hukukundan ayrılmanın nedeni olarak üçüncü fıkrada farklı bir düzenlemenin yapılmış olması gösterilmektedir. Hükmün üçüncü fıkrası incelendiğinde ise, yetki devri halinde yönetim kurulunun sorumluluğunun bulunduğu şeklinde bir anlam çıkarmak bir yana, yönetim kurulunun sorum-

fiil ve kararlarından yönetim kurulu sorumlu olacaktır. Bkz. **Kırca, (Şehirli Çelik/Manavgat)**, Anonim Şirketler Hukuku, C. 1, s. 611 vd.

⁵² Hükümde, aynı düşünce çizgisinde bulunan İsv. BK m. 754 (2)'den de farklar vardır. Anılan madde devri “bir görevin ifası”na bağlarken İsv. BK m. 716b'nin ne kenar başlığını ne de metnini dikkate almıştır. Ayrıca TTK İsviçre BK'dan farklı olarak talimat ve gözetim yükümüne yer vermemiştir. Karş. TTK m. 553'ün gerekçesi.

⁵³ Gerekçede açıkça İsviçre hükmünün seçimde özen yükümü yanında “talimat” ve “gözetim” özenine de yer verdiğini belirterek, m. 553/2'deki farklı düzenlemenin bilinçli yapıldığını ortaya koymaktadır. Bkz. TTK m. 553'ün gerekçesi.

suzluğunun düzenlenmek istendiği sonucuna varılabilir⁵⁴. TTK m. 553/3'e göre; hiç kimse kontrolü dışında kalan⁵⁵, kanuna veya esas sözleşmeye aykırılıklar veya yolsuzluklar sebebiyle sorumlu tutulamaz; bu sorumlu olmama durumu gözetim ve özen yükümü gerekçe gösterilerek geçersiz kılınmaz. Görüldüğü üzere hükümde gözetim yükümlülüğünden söz edilmekte, ancak gerekçede belirtildiğinin aksine, bu yükümlülüğün sadece sınırlandırılmasına ilişkin bir düzenleme yapılmaktadır⁵⁶.

Yönetim kurulu üyelerinin uygun nedensellik bağının veya kusurlarının bulunmamasına karşın sorumlu tutulmalarının engellenmesi amacıyla hükmün üçüncü fıkrasının kabul edildiği kanunun gerekçesinde açıklanmaktadır. Bu hüküm yönetim ile görevli kişilerin bu arada yönetim kurulu üyelerinin uygun nedensellik bağının veya kusurlarının yokluğu halinde, soyut bir gözetim (nezaret) görevi anlayışına dayanılarak sorumlu tutulmalarına engel olmak amacıyla öngörülmüştür. Çünkü, uygulamada yönetim kurulu üyelerinin insan takatının üstünde bir gözetim anlayışıyla şirketteki her türlü kanuna veya esas sözleşmeye aykırılıktan sorumlu tutuldukları gözlemlenmiştir. Dolayısıyla gerekçeye göre, üçüncü fıkra, yönetim organının, organ-sal işlevi ister kanuna göre devredilmiş olsun, ister organın kendisinde kalsın üyelerin gözetim yükümleri tanımakta, ancak bu yükümlülük kontrol dışında kalan olgu ve konularda bulunmamaktadır⁵⁷.

Tüm bu açıklamalar ışığında bakıldığında, yetki devri halinde, yönetim kurulunun sorumluluğunun yetki devredilecek kişinin seçiminde özenli

⁵⁴ Bkz. **Kırca, (Şehirli Çelik/Manavgat)**, Anonim Şirketler Hukuku, C. 1, s. 614.

⁵⁵ Kontrolü dışında kalmak ile anlatılmak istenen, meydana gelen aykırılığı kişinin normal hal ve şartlarda görmesi, tahmin etmesi, önlemesinin mümkün olmamasıdır. Bkz. **Tekinalp**, s. 384, N. 16-71.

⁵⁶ **Tekinalp**, yönetim kurulunun üst gözetimden sorumlu olduğu hususunun bu hükmün mefhumu muhalifinden çıkarılması gerektiğini savunmaktadır. Yazar'a göre, yönetim kurulunun kontrolleri dışında kalan kanuna ve esas sözleşmeye aykırılıklar dolayısıyla sorumlu tutulamayacaklarına ilişkin ifadenin mefhumu muhalifinden yönetim kurulunun yönetim yetkisini devrettiği takdirde bu kişilerin görevlerinin yerine getirip getirmediğini gözetleme sorumluluğunu taşıdıkları anlamına gelmektedir. Bkz. **Tekinalp**, s. 383, N. 16-70. Yazarın görüşünün aksine, m. 553/3'ün üst gözetim sorumluluğunun dayanağı olduğunu kabul etmek mümkün değildir. Aynı görüş için bkz. **Göktürk**, s. 196.

⁵⁷ Bkz. TTK m. 513'ün gerekçesi.

davranması ile sınırlı olduğu anlaşılmaktadır. Dolayısıyla bu kişi/kişilerin yeterli derecede eğitim almış olmaları, işletmenin konusu itibariyle ihtisaslarını tamamlamış olmaları, gerekli bilgi ve tecrübeye sahip olmaları, önceki çalışma hayatlarının başarılı geçmiş olması, herhangi bir şirketin iflasına yol açacak derecede kötü bir yönetim sergilememiş olmaları, sabıka kayıtlarının bulunmaması gibi hususlara dikkat edilerek seçilmiş olmaları halinde, yönetim kurulu bu kişilerin fiil ve kararlarından sorumlu tutulamayacaktır⁵⁸. Yönetim yetkisi devredilecek kişilerin seçiminde makul derecede özen gösterdiğini yönetim kurulu değil, yeterli derecede özenli davranılmadığını iddia eden taraf ispatlayacaktır⁵⁹.

TTK m. 553/2'nin açık hükmü ve bu düzenlemenin kanun koyucunun bilinçli tercihi olduğuna yönelik gerekçedeki açıklamalar, yetki devri halinde sorumluluğun yetki devredilecek kişilerin seçimiyle sınırlı olduğu sonucunu doğurmakla birlikte, bu düzenlemenin yerindeligi tartışılabilir. Yönetim kurulunun şirketin yönetimi konusunda sorumluluk taşıması gereken organ olması gerçeği bir yana, m. 375/1 (e) bendi ve yetki devrini düzenleyen m. 367'nin gerekçesinde öngörülen sistem ile m. 553/2 ve 3'te kabul edilen anlayışın bir birliğiyle uyumadığı ortadadır.

Bir yandan m. 375/1 (e) bendi; yönetimle görevli kişilerin, özellikle kanunlara, esas sözleşmeye, iç yönergelere ve yönetim kurulunun yazılı talimatlarına uygun hareket edip etmediklerinin üst gözetimini, yönetim kurulunun devredilemez görev ve yetkileri arasında saymaktadır. Diğer yandan m. 367'nin gerekçesine göre de; 367 ile 370 inci maddesinin ikinci fıkrası hükümlerinde yer alan düzen⁶⁰, yönetimin tek kurullu (monist) rejime göre şekillenmesine veya Almanya'da uygulanan iki organlı (dualist) anlayış uyarınca oluşturulmasına olanak vermektedir. Bu düzen, yani Kanunun sistemi, yönetim kurulu üyelerini, Amerika Birleşik Devletleri'nde uygulanan, yönetim hakkını haiz olan (intern, executive) ve olmayan (exter, non-

⁵⁸ Karş. **Göktürk**, TBB Dergisi 2014 (114), s. 187.

⁵⁹ İsviçre BK m. 754/2 ile TTK m. 553/2 arasındaki farklardan biri de ispat konusundadır. İsviçre hukukunda üst gözetim görevini yerine getirdiğini yönetim kurulu ispat etmek durumunda iken, Türk hukukunda ise ispat külfeti, yetki devri yapılacak kişilerin seçiminde özenli davranılmadığını iddia eden tarafa aittir.

⁶⁰ Bu hükümler ile yönetim ve temsil yetkisinin devri öngörülmektedir.

executive) üyeler ayırımına tâbi tutmaya da elverişlidir. Hatta Fransa’da geçerli “President Directeur General” sisteminin uygulanmasına da müsaittir. Yukarıda da ayrıntılı bir şekilde izah edildiği üzere, gerekçenin bu ifadeler ile kurmaya çalıştığı sistem ile m. 553/2 ve 3 ile tamamen işlevsiz kalmış olmaktadır. Zira bu madde sorumluluk makamı olan yönetim kurulunun sorumluluğunu oldukça dar bir alanla sınırlandırmaktadır.

TTK m. 367’nin gerekçesinde ifade edildiği şekliyle, yönetim kurulunun Almanya’daki bir gözetim organı olarak çalışmasına ilişkin hukuksal alt yapının bulunmadığını kabul etmek gerekir. Ancak gerekçede öngörülen haliyle böyle bir sistem kurulamazsa da, en azından yönetim devrinin gerçekleştirildiği kişilerin seçimi dışında, onlara talimat verme ve gözetlenmesinden de sorumlu tutulması gerekirdi. Böylece m. 375/1 (e) bendinde öngörülen üst gözetimin yönetim kurulunun devredilemez ve vazgeçilemez görev ve yetkilerinden olduğu yönündeki ilkeyle de paralel bir düzenleme yapılmış olurdu. TTK m. 553’ün belli açılardan bir tepki hükmü olduğu öncelikle kanunun gerekçesinden anlaşılmaktadır⁶¹. Maddenin üçüncü fıkrasına ilişkin gerekçede, yönetim kurulu üyelerinin uygun nedensellik bağının veya kusurlarının yokluğu halinde, soyut bir gözetim (nezaret) görevi anlayışına dayanılarak sorumlu tutulmalarına engel olmak amacıyla hükmün öngörüldüğü, zira uygulamada yönetim kurulu üyelerinin insan takatinin üstünde bir gözetim anlayışıyla şirketteki her türlü kanuna veya esas sözleşmeye aykırılıktan sorumlu tutulduklarının gözlemlendiğinden söz edilmektedir.

Uygulamadaki aksakların giderilmesi amacıyla ve yönetim kurulunun soyut bir gözetim sorumluluğu gerekçe gösterilerek muhatap alınmalarını için kanun koyucunun düzenleme yapması anlaşılabilir. Ancak bu gerçekleştirilirken yönetim kurulunun üst gözetim görevini işlevsiz kılacak veya dar bir alanla sınırlandıracak şekilde yapılması uygun olmamıştır. Bu açıdan bakıldığında m. 553/2 ile üst gözetim sorumluluğunun sınırlandırılması ve m. 553/3 fıkrası ile sorumsuzluğun öngörülmesi eleştirilebilir. Zira yönetim kurulunu soyut bir üst gözetim sorumluluğuna karşı korumak için hükümde başka önlemlerin alınması da düşünülebilirdi. Dolayısıyla yönetim kurulu-

⁶¹ Ayrıca bkz. **Kırca**, (**Şehirli Çelik/Manavgat**), Anonim Şirketler Hukuku, C. 1, s. 614 vd.

nun yetki devri yapılan kişilerin seçiminde ve üst gözetiminde gerekli özeni göstermesi halinde sorumlu tutulamayacağı şeklinde bir düzenleme ile de aynı amaca ulaşmak mümkün olurdu.

Yönetim kurulunun kontrolü dışında kalan, kanuna veya esas sözleşmeye aykırılıklar veya yolsuzluklar sebebiyle sorumlu tutulamaması, uygun nedensellik bağının zarardan sorumlu tutulmanın şartlarından biri olarak sayılmasına ilişkin genel hükme uygundur⁶². Dolayısıyla üst gözetim yetkisi somutlaştırılarak yönetim kurulunu sorumlu tutabilmek için uygun nedensellik bağının bulunup bulunmadığı her zaman incelenmelidir. Özellikle gösterilmesi gereken özenin ne olduğu ve üst gözetimin neleri kapsadığı konusu doktrin ve yargı kararları ile açıklığa kavuşturulduğu takdirde, yönetim kurulunun soyut bir üst gözetim görevinden dolayı gereksiz yere sorumlu tutulmasının önüne geçilebilir. Başka bir deyişle üst gözetim görevinin somutlaştırılması yönetim kurulunun korunması açısından önem arz etmektedir. Yönetim kurulu, şirketin geleceği açısından önemli sayılan kararların alınmasında, risk içeren işlemlerin gerçekleştirilmesinde üst gözetim görevini mutlaka yerine getirmelidir. Şirket açısından önemli kararların verilmesi aşamasında dahi üst gözetim görevini yerine getirmeyip, yönetim yetkisini devrettiğini ve sorumlu olmaması gerektiği şeklinde bir iddia yönetim kurulu tarafından ileri sürülemez⁶³. Üst gözetimi yönetim

⁶² Bu açıdan bakıldığında m. 553/3'ün öngörülmesinin gerekli olup olmadığı tartışılabilir. Gerçekten de şayet hüküm, gerekçesinde de ifade edildiği üzere, zarardan sorumlu olmak için illiyet bağının bulunması hususunu arıyorsa, genel hükme uygun olan bu ilkenin ayrıca düzenlenmesine gerek yoktu. Ancak hükümde kullanılan kontrolü dışında kalma ifadesi, yönetim kurulunun üst gözetim görevini yerine getirirken gerekli olan özeni göstermemesi halinde sorumlu olmaması sonucunu doğurmamalıdır. Zira özen borcunun ağırlığı, işlerin yoğunluğu ve karmaşıklığı ölçüsünde artar. Böyle bir durumda yönetim kurulundan beklenmesi gereken, kontrolü dışında kaldığı gerekçesiyle sorumlu olmadığı iddiasını ileri sürmesi değil, aksine her türlü teknolojik ve insan kaynaklarından yararlanarak kontrolü sağlayacak bir mekanizmayı kurmasıdır. Karş. **Akdağ Güney**, s. 74; **Kırca**, (**Şehirli Çelik/Manavgat**), Anonim Şirketler Hukuku, C. 1, s. 614 vd.

⁶³ Üst gözetim görevinin yerine getirilmemesinden dolayı yönetim kurulunun sorumlu tutulması gerektiği görüşü eski TTK'nın yürürlükte olduğu dönemlerde de savunulmaktaydı. *Ayan*'a göre; murahhas aza veya murahhas müdüre bırakılan işlerden dolayı sorumluluk sadece bunlara ait olmasına karşın, gözetim görevi gereği gibi ifa edilmediği

kurulunun devredilemez ve vazgeçilemez görevlerinden sayan m. 375/1 (e) hükmü bu sonucun kabul edilmesini gerektirir. Ancak m. 553/2 ve 3 hükümleri de dikkate alınarak, yönetim kurulu şirketteki günlük ve rutin işlerden kaynaklanan her türlü usulsüz işlem ve karardan sorumlu tutulmamalıdır⁶⁴.

IV. SONUÇ

Anonim şirketin yönetim ve temsil organı olan yönetim kurulu, şirket bünyesinde gerçekleştirilen işlemlerin hukuka, esas sözleşmeye ve şirket menfaatlerine uygun olup olmadığını denetleme ve gözetleme yükümlülüğü altındadır. Denetim ve gözetim görevi, şirket yönetiminin devri halinde söz konusu olduğu gibi, yetki devrinin bulunmadığı halleri de kapsamaktadır. Yönetim kurulunun denetim görevi ifadesinden, teknik anlamda denetim değil, şirketle ilgili alınan kararların, yapılan işlemlerin denetlenmesi/gözetilmesi anlaşılmalıdır. Bu anlamda denetim, sadece geçmiş dönemde yapılmış olan işleri kontrol etmek değil, aynı zamanda gelecekte gerçekleştirilecek işlemlerin de şirket menfaatine olup olmadığını incelemektir.

Yeni TTK, kurumsal yönetim ilkesi çerçevesinde yönetim kuruluna bir gözetim ve denetim yetkisi vermektedir. Bu görevin yerine getirilebilmesi için m. 366/2'ye göre, uzman kişilerden oluşan komiteler ve komisyonlar kurulabilir. Böylece gerek halka kapalı gerekse halka açık anonim şirketlerde yönetim kurulunun kuracağı iç denetim komitesi ile denetim ve gözetim yapma imkanı tanınmıştır. İç denetim komitesinin kurulabilmesi, özellikle 6335 sayılı Kanunla anonim şirketlerin çok önemli bir kısmının bağımsız denetime tabi olmaktan çıkarılması hususu dikkate alındığında, şirketin tamamen denetimden yoksun kalmasını önlemeye yarayabilir.

takdirde veya öğrenmiş olduğu yolsuzluğa karşı gerekli önlemleri almamış olması halinde gözetim görevini yerine getirmeyen yönetim kurulu üyeleri de sorumludur. Bkz. **Atan**, Turhan; Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Azalarının Hukuki Mesuliyeti, Ankara 1973, s. 36; **Çamoğlu**, Ersin; Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 2007, s. 184.

⁶⁴ Bkz. **Kırca**, (**Şehirali Çelik/Manavgat**), Anonim Şirketler Hukuku, C. 1, s. 615. **Akdağ Güney**'e göre, üst gözetimin yönetim kurulunun yöneticileri uzaktan gözetlemeleri anlamına gelmediği, bu yüzden şirketin idaresi ile görevli olan yönetim kurulunun işlerin gidişatını her zaman kontrol etmeleri, gerekli her türlü tedbiri almaları zorunludur. Bkz. **Akdağ Güney**, s. 73.

TTK m. 366/2 dışında sermaye piyasası mevzuatında da denetim komitesine ilişkin ayrıntılı düzenlemeler yapılmıştır. Kurumsal yönetim açısından, şirketin iç işleyişinin hukuka, esas sözleşmeye uygun yapılıp yapılmadığı, muhasebe ve mali raporlamanın bu konuda yayınlanmış ulusal/uluslararası standartlar dikkate alınarak tutulup tutulmadığı konusunda yönetim kurulunun gözetimi altında ve onun adına yerine getirecek bir denetim komitesinin kurulması son derece önemlidir.

Özellikle yönetim yetkisinin m. 367/1'e göre devredildiği hallerde yönetim kurulunun üst gözetim görevi ise Kanunda açıkça düzenlenmiştir. Ancak m. 375/1 (e)'de öngörülen bu görevden dolayı yönetim kurulunun sorumlu tutulup tutulamayacağı, m. 553/2 ve 3 hükmü esas alındığında tartışmalara yol açacak niteliktedir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, m. 367'nin gerekçesinde ifade edilen, bu hükmün dualist sistemin uygulanmasına imkan verdiği şeklindeki anlayış, TTK'nın getirdiği hükümler bir bütün olarak ele alındığında, gerçekçi değildir. Dualist sistemin en bariz şekilde uygulandığı ülkelerden biri olan Almanya'da şirketi yönetme yetkisi ile bu yöneticilerin denetim ve gözetimi farklı organlar aracılığıyla gerçekleştirilmektedir. Bu sistemde, gözetim organı tarafından atanan yönetim kurulu (Vorstand), şirketi yönetmek, şirketle ilgili tüm önemli kararları vermek yetkisine sahipken, genel kurul tarafından seçilen gözetim organının (Aufsichtsrat) görevi ise, yönetim kurulunu gözetlemek ve ona gerektiğinde yol göstermektir.

Yönetim kurulunun üst gözetim yetkisi, yönetimle görevli kişilerin, özellikle kanunlara, esas sözleşmeye, iç yönergelere ve yönetim kurulunun yazılı talimatlarına uygun hareket edip etmediklerini kapsamaktadır. Hükmünde sayılan bu hususlar dışında gözetim yetkisinin kapsamına, hem kurumsal açıdan hem de işletme iktisadı yönünden gerekli olan işlerin akışının gözetimi de girmektedir. Bu açıdan bakıldığında, yönetim yetkisi tanınmış kişilerin şirkete dair aldıkları kararların, yaptıkları planlamaların, özellikle risk taşıyan işlem ve kararlarının yönetim kurulu tarafından gözetlenmesi gerekir.

Yönetim kurulunun yönetim yetkisinin devri halinde üst gözetim görevini yerine getirmediği takdirde karşılaşılabileceği sorumluluk konusu izaha muhtaçtır. Bu konunun tartışmaya açık olmasının nedeni, üst gözetim ile ilgili m. 375/1 (e)'de ortaya konan anlayış ile m. 553/2 ve 3'deki düşüncenin

bir biriyle uyuşmamasıdır. TTK m. 553/2 hükmü, yetki devredilecek kişilerin seçimindeki özensizliği sorumluluğun tek sebebi olarak saymakta, buna karşın bu kişilerin gözetiminden kaynaklanan sorumluluktan bahsetmemektedir. Yönetim kurulunun soyut bir gözetim sorumluluğu gerekçe gösterilerek muhatap alınmalarına engel olmak için yapılan düzenlemenin üst gözetim görevinin işlevini belli ölçüde azalttığı kabul edilmelidir. Üst gözetimin yönetim kurulunun devredilemez ve vazgeçilemez görevlerinden biri olduğu hususu dikkate alınarak m. 553/2 ve 3 hükümleri yorumlanmalıdır.

Kaynakça

- Akdağ Güney**, Necla; Türk Hukukunda Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 2008.
- Atan**, Turhan; Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Azalarının Hukuki Mesuliyeti, Ankara 1973.
- Ayan**, Özge; 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Sadakat Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün İhlalinin Sonuçları, Ankara 2013.
- Böckli**, Peter; Schweizer Aktienrecht, 2. Aufl., Zürich 1996.
- Cömert**, Nuran; Türk Ticaret Kanunu Tasarısında İç Denetim ve İç Kontrol, İç Denetim Dergisi, Kış. 2008, Sa. 21, s. 1 vd.
- Çamoğlu**, Ersin; Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 2007.
- Göktürk**, Kürşat; Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Özellikle Yetki Devri Halinde Gözetim Sorumluluğu ve Hukuki Belirlilik Sorunu, TBB Dergisi 2014 (114), s. 179 vd.
- Habersack**, Matthias; Münchener Kommentar zum AktG, 3. Aufl. 2013.
- Hambloch-Gesinn/Gesinn**, Sylvie; in Hölters Aktiengesetz, 2. Aufl. 2014 München.
- Jaeger**, Aksel; Die Beratung des Vorstands als Teil der Überwachungsaufgabe des Aufsichtsrats, DStR 1996, s. 671 vd.
- Kaya**, Mustafa İsmail; Anonim Ortaklıklarda Etkin Denetim, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. II, S. 1-2, s. 241 vd.
- Kaya**, Mustafa İsmail; Ticaret Kanunu ve TTK Tasarısı'nın Yönetim Kuruluna Anonim Ortaklığın Mali Durumunun Bozulması Halinde Yüklediği Yükümlülükler, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, Sa: 37-38, s. 7 vd.
- Kayhan**, Şaban; 6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Şirketlerde Üst Gözetim, Ankara 2011.

Kırca, İsmail (Şehirali Çelik, F. H./Manavgat, Ç.); Anonim Şirketler Hukuku, C. 1, Ankara 2013.

Koch, Jens; in Hüffer Aktiengesetz, 11. Aufl. 2014.

Lutter, Marcus; Der Bericht des Aufsichtsrats an die Hauptversammlung, AG 2008, s. 1 vd.

Pulaşlı, Hasan; Şirketler Hukuku Genel Esaslar, 2. Baskı, Ankara 2013.

Spindler, Gerald; Spindler/Stilz, Aktiengesetz, 2. Aufl. 2010.

Tekinalp, Ünal; Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, Anonim ve Limited Ortaklıklar, Tek Kişi Ortaklığı, Ortaklıklar Topluluğu, Birleşme, Bölünme, Tür Değişirme, 3. Bası, İstanbul 2013.

Uzun, Ali Kamil; Kurumsal Yönetim ve İç Denetim Kalite Güvencesi, <http://www.denetimnet.net>.

Watter, Rolf; Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, Art. 530-1136 OR, Zürich 1993.

KAMU TÜZEL KİŞİLERİNİN KARAYOLLARI TRAFİK KANUNU'NA GÖRE HUKUKÎ SORUMLULUĞU

*Doç. Dr. Hasan PETEK**

GİRİŞ

Ülkemizde ilk defa 1930 yılında yürürlüğe giren (mülga) 1580 sayılı Belediyeler Kanunu'yla trafik düzenine ilişkin bazı hükümler getirilmesine rağmen, bunlar çok yetersiz kalmıştır. Daha sonra 1932 tarihli İsviçre Karayolları Trafik Kanunu'ndan yararlanılarak 21.5.1953 tarihli 6085 sayılı Karayolları Trafik Kanunu kabul edilmiş; 5.1.1961 tarihli 232 sayılı Kanunla ise bazı maddelerinde değişiklikler yapılmıştır. Bu Kanunun değişikliklere rağmen ihtiyaçlara cevap vermemesi ve trafik kazalarının önlenememesi karşısında, karayollarında can ve mal güvenliği yönünden trafik düzenini sağlamak ve trafik güvenliğini ilgilendiren tüm konularda alınacak önlemlerin belirlenmesi amacıyla (1958 tarihli İsviçre Karayolları Trafik Kanunu'nun çok küçük farklarla hemen hemen aynı hükümleri alınarak) yeni bir Kanun hazırlanarak 13.10.1983 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde kabul edilmiş ve 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu olarak yürürlüğe girmiştir. Bu Kanun'da da zaman içerisinde bazı değişiklikler yapılmıştır.

Çalışma konumuz, 2918 sayılı Kanun'un 110. maddesinde 2011 yılında yapılan değişikliğe ilişkindir. Kamu tüzel kişileri bakımından uygulanması öngörülen bu değişiklik, farklı bir amaç ve kapsamla hazırlanmasına rağmen, özellikle Uyuşmazlık Mahkemesi kararlarıyla farklı bir uygulama alanı kazanmıştır. Gerek Karayolları Trafik Kanunu'nun ruhuna gerekse İdare

* İzmir Gediz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Hukuku ilkelerine uygun olmayan bu durumun değerlendirmesi aşağıda yapılacaktır.

I. KARAYOLLARI TRAFİK KANUNU'NUN 110. MADDESİ DEĞİŞİKLİĞİ

Karayolları Trafik Kanunu'nun "Yetkili Mahkeme" başlığını taşıyan 110. maddesi 11.1.2011 tarihli 6099 sayılı Kanun'un 14. maddesiyle değiştirilerek aşağıdaki şekli almıştır:

"Görevli ve Yetkili Mahkeme:

Madde 110- İşleteni veya sahibi Devlet ve diğer kamu kuruluşları olan araçların sebebiyet verdiği zararlara ilişkin olanları dâhil, bu Kanundan doğan sorumluluk davaları, adli yargıda görülür. Zarar görenin kamu görevlisi olması, bu fıkra hükmünün uygulanmasını önlemez. Hemzemin geçitte meydana gelen tren-trafik kazalarında da bu Kanun hükümleri uygulanır.

Motorlu araç kazalarından dolayı hukukî sorumluluğa ilişkin davalar, sigortacının merkez veya şubesinin veya sigorta sözleşmesini yapan acentenin bulunduğu yer mahkemelerinden birinde açılabileceği gibi kazanın vuku bulunduğu yer mahkemesinde de açılabilir."

Maddenin ikinci fıkrası önceki metinde de bulunmakla birlikte, başlığı değiştirilerek maddeye birinci fıkranın ilave edildiği görülmektedir. Çalışmamızın konusunu maddenin birinci fıkrasının birinci cümlesinin ne şekilde anlaşılması ve uygulanması gerektiği oluşturduğundan, öncelikle hükmün Kanuna dâhil olma süreci açıklanmalıdır.

A. Kanun Teklifi ve Gerekçesi

Karayolları Trafik Kanunu'nda değişiklik yapılması teklifiyle Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı'na 17.12.2009 tarihli dilekçesini sunan Milletvekili Veysi Kaynak, teklifinin genel gerekçesinde "...karayolu üzerinde ve hemzemin geçitlerde meydana gelen kazalara dayalı davalarda yargı yolu (görev) sorunu, yasa seviyesinde çözülmektedir." ifadelerini kullanmıştır. Sunulan teklif şu şekildedir:

“Görevli ve Yetkili Mahkeme

MADDE 110- İşleteni devlet ve diğer kamu kuruluşları olan araçların sebebiyet verdiği zararlara ilişkin olanları dâhil, bu kanundan doğan sorumluluk davaları, adli yargıda görülür. Zarar görenin kamu görevlisi olması, bu fıkra hükmünün uygulanmasını önlemez. Hemzemin geçitte meydana gelen tren-trafik kazalarında da bu kanun hükümleri uygulanır.

Motorlu araç kazalarından dolayı hukukî sorumluluğa ilişkin davalar, sigortacının merkez veya şubesinin veya sigorta sözleşmesini yapan acentenin bulunduğu yer mahkemelerinden birinde açılabilmesi gibi, kazanın vuku bulunduğu yer mahkemesinde de açılabilir.”

Teklifin madde gerekçesine bakıldığında, değişikliğin hangi amaçla ve ne kapsamda yapıldığı görülmektedir:

“Karayolları Trafik Kanunu, kamuya ait araçların karayolu üzerindeki seyrini (m. 85, 86, 90, 106, 109 ve diğ.) kendi kapsamına almış ve bu nevi araçların sebebiyet verdikleri zararların tazmini davaları -doğru olarak- adli yargıda görülmüştür. Yasanın 106 ncı maddesi hükmü aynen şöyledir: “...(kamuya) ait motorlu araçların sebep oldukları zararlardan dolayı, bu Kanunun işletenin hukukî sorumluluğuna ilişkin hükümleri uygulanır...”¹. Kökleşmiş yargısal uygulamaya ve yasaya hâkim sisteme rağmen son yıllarda kamu araçları ile işlenen kazalardan doğan zararlara ilişkin davaların idarî yargıda görülmesi gerektiği yönünde Uyuşmazlık Mahkemesi kararları kurulmaktadır. Adli Yargı

¹ 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'ndan önceki 6085 sayılı Kanun'da, Devlet ve diğer kamu tüzel kişilerinin 50. maddede düzenlenen hukukî sorumluluk dışında bırakıldıklarına ilişkin bir açıklama bulunmadığından, bu kişilerin sahibi oldukları araçların verdikleri zararlardan sorumlu tutulmaları gerektiği kabul edilmekteydi (Tandoğan, Halûk; Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Ankara 1981, s. 232). “Kamu kuruluşlarının araçları kamu hizmeti yaptıkları sırada karayollarındaki durum ve davranışlarında 6085 sayılı Karayolları Trafik Yasasına bağlıdır. Araçların kullanılmasından doğacak zararlardan araç sahibinin sorumluluğunu düzenleyen sözü geçen Yasanın 50. maddesinin uygulanmasında özel kişilerle kamu tüzel kişileri arasında ayırım yapıp idareyi ayrı bir kurala tâbi tutma olanağı yoktur.” 4.HD., 4.4.1972, 4016/2908 (Tandoğan, s. 233).

(özellikle Yargıtay), Uyuşmazlık Mahkemesi kararlarına rağmen içtihadını müstakar olarak sürdürmektedir.

Aynı sorun, karayolu-demir yolu kesişme noktalarında (hemzemin geçitlerde) meydana gelen tren-trafik kazaları yönünden de yaşanmaktadır (m. 3. "hemzemin geçit" tanımı, m. 76/ a-b). Hemzemin geçitlerde meydana gelen tren-trafik kazalarının dahi -görev, kurtuluş kanıtı, zamanaşımı dâhil, bir bütün olarak- Karayolları Trafik Kanunu'na tâbi olduğu kuşkusuzdur. Teklif bu noktayı da yasa seviyesinde açıkça düzenlemeyi amaçlamaktadır. Yüksek Yargıtayın yerleşik uygulamaları da aynı doğrultudadır². Ne var ki Uyuşmazlık Mahkemesi, bu konuda dahi farklı görev kararları kurmuştur³.

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 t, 21/20- E/K).

Türk Hukukundaki köklü paradigmalardan biri, "karayolu şeridindeki araç seyrinin özel hukuk alanı olduğu" hususudur. Yasanın ve bu konu-

² Karayolları Trafik Kanunu'nun 110. maddesine, hemzemin geçitlerde meydana gelen kazalarda bu Kanun hükümlerinin uygulanacağı hükmü konulmadan önce de Yargıtay'ın bu doğrultuda verdiği kararlar için bkz. HGK., 13.2.1991, 1990/4-619, 1991/70 (Havutçu, Ayşe/Gökyayla, K. Emre; Uygulamada 2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanunu'na Göre Hukukî Sorumluluk, Ankara 1999, s. 25); 19.HD., 6.6.1994, 1993/6578, 1994/5749 (Havutçu/Gökyayla, s. 26-28); 4.HD., 14.12.2004, 15594/14251 (Narter, Sami; Trafik Kazalarında Hukukî ve Cezaî Sorumluluk, Ankara 2013, s. 10-11); 13.HD., 5.7.2010, 2225/9859 (Narter, s. 11-12). Ayrıca bkz. Yılmaz, Zekeriya; Trafik Kazaları ve Taşımacılıktan Doğan Hukukî Sorumluluk, Tazminat, Sigorta ve Rücu Davaları, 2. Baskı, Ankara 2010, s. 819 vd.

³ Uyuşmazlık Mahkemesinin 18.10.1978 tarih ve 16/19 sayılı kararına göre, "Trafik Yasası, karayollarında trafik yönünden gerçek ve tüzel kişilerle, kamu tüzel kişileri arasında bir ayırım ve ayrıcalık gözetmeden aynı kuralın uygulanması ilkesini öngörmüş ve bunları aynı sorumluluk kuralına bağlı tutmuştur. 6085 sayılı Kanun ve özellikle 50. maddesi, karayolları üzerindeki seyrüsefer güvenliğini sağlama amaç ve zorunluluğu ile trafik olaylarından sorumluluk bakımından eşit koşullarla Devleti de kişi gibi bu kurallara bağlı tutmak suretiyle özel hukuk alanına giren bir durum yaratmıştır. Bu nedenlerle anlaşmazlığı çözmek adli yargı yerine ait bulunmaktadır." (Tandoğan, s. 233, dn. 83).

daki hukuk tefekkürünün oturduğu zemin budur. Kamuya ait araçlar yönünden sevk edilen özel kural (m. 106) karşısında başkaca bir sonuca varmak da mümkün görülmemektedir. 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 (Any.m. 2). Olagelen çözüm, bu yönüyle adli- idarî yargı görev ayırımına ilişkin anayasa normlarıyla da uyum içindedir (Any.M. 15.5.1997 t, 72/51 - E/K). İşletenin hukukî sorumluluğuna ilişkin kurallar ile tamyargı hukukuna ilişkin kurallar; zaman- aşımı, kurtuluş kanıtı ve benzeri açılardan bir çatışma içindedir. Mevzuat ve uygulama uyumu, adli yargı seçeneğinde ancak sağlanabilir. Çünkü adli yargı, idarî yargıdaki 1 yıllık hak düşürücü süreyi değil, Karayolları Trafik Kanunu'ndaki zamanaşımı süresini uygulayacaktır (KTK m. 109, 106 vb.). İdarî yargının bağlı olduğu hukuk (İdarî Yargılama Usulü) ve tam-yargısı davası tipi (kısmî dava açma imkansızlığı), Karayolları Trafik Kanunu'ndaki sorumluluk kurallarının bu yargı kolunda uygulanmasına engeldir. Oysa görev idarî yargıda da olsa, Karayolları Trafik Kanunu hükümlerinin uygulanması zorunludur (m. 106/1).

İdarî ve Adli Yargı kolları arasındaki görev uyumsuzlukları, trafik kazalarından kaynaklanan davaların görülmesinde sürekli bir belirsizliğe, gecikmelere ve hak kayıplarına yol açmaktadır.

Teklif, sözü edilen belirsizlikleri, hukuk devletinin ve trafik/tehlike sorumluluğunun yapısal özelliği içinde gidermektedir. Zarar görenin kamu görevlisi olması, adli yargı görevini etkilemez. Karayolları Trafik Kanunu, ne kamu araçları ve ne de o araçlar içinde bulunan zarar gören kamu görevlileri bakımından -doğru olarak- bir ayırım yapmamıştır. Yasanın amacı, karayolu trafiğinin ve araçların ürettikleri risklere dayalı hukukta yeknesak çözüm düzeni oluşturmaktır. Yargısal görev (usul) de bu amacın dışında değildir. Bir başka yönüyle teklif, yargı sistemindeki "görevsizlik tartışmalarının yükünü" ortadan kaldırmakta ve hak arama özgürlüğü ile adil yargılanma hakkını güçlendirmektedir. Görev kuralını üretme münhasır yetkisi, anayasaya aykırı olmamak kaydı ile yasama organına aittir (Any.m. 142).

[Kamuya ait araçların sebebiyet verdiği trafik kazalarına dayalı sorumluluk davalarında görevin adli yargıda olduğu çözümü için, bkz. Prof. Dr. Tandoğan Haluk, *Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku*, Ank. 1981 t, s.232 ve dev. Aynı doğrultuda Fransız modeli, aynı kaynak, s.233. Prof. Dr. Gözübüyük Şeref, *Yöneltilmiş Yargı*, Ank.1993, s.73. Keza aynı doğrultudaki 1957 tarihli Fransız Yasası, age. s.74, dn. 17. Prof. Dr. Gözler Kemal, *İdare Hukuku Dersleri*, Bursa 2009, s.824. Prof. Dr. Ozansoy Cüneyt, *Tarihsel ve Kuramsal Açısından İdarenin Kusurdan Doğan Sorumluluğu* (yayınlanmamış doktora tezi), s.194, 330 ve dev. Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, 2D. 2.6.1999 t, 812/396- E/K; aynı M. 2D. 9.1.2002 t, 865/24-E/K; YHGK. 24.3.2004 t, 4-189/153-E/K, Y4HD. 24.2.2003 t, 633/1701-E/K (YKD. 2003/7.5.1040). *Uyuşmazlık Mahkemesinin 18.10.1978 t, 16/19- E/K* (Prof. Tandoğan, age. s.233, dn. 83,86. Aynı M. 24.12.1980 t, 4/5- E/K. D8D. 09.03.1994 t, 1260/776 - E/K).

İdarî Yargının görevli olduğu yönünde, bkz. Uyuşmazlık Mahkemesi, 21.10.2000 t, 20/47- E/K, Aynı M. 20.11.2000 t, 36/48-E/K. Keza Danıştayımızın aynı doğrultudaki yerleşik kararları.(Par.Ex.D 12D. 21.6.1967 t, 577/1124 -E/K).

Hemzemin geçitlerdeki trafik-tren kazalarında görevin adli yargıda olduğu yönündeki Yüksek Mahkeme kararları için, bkz. Prof. Tandoğan, age.s.239 dn.100, YHGK- 28.11.2001 t, 4-661/1074- E/K; Y4HD.3.7.2000 t, 5615/6478-E/K; Aynı daire 20.4.1981 t, 2545/5417 - E/K; Y19HD. 6.6.1994 t, 6578/5749-E/K; Uyuşmazlık Mahkemesi. 19.3.1975 t, 7/97- E/K (12.6.1975 t, 15263 sayılı Resmî Gazete).]

Yukarıda belirtilen sebeplerle iş bu teklifin verilmesi zorunlu olmuştur.”

B. Adalet Komisyonu Raporu ve Gerekçesi

Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı'nca “*Tebliğat Kanunu ile Adli Sicil Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı (1/742)*” 1.9.2009 tarihinde, Kahramanmaraş Milletvekili Veysi Kaynak'ın “*Tebliğat Kanunu ile Karayolları Trafik Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi (2/546)*” ise 18.12.2009 tarihinde esas komisyon olarak Adalet

Komisyonu'na havale edilmiştir. Tasarı ve Teklif, Adalet Komisyonunca birbirleriyle ilgili görülerek İçtüzüğü'nün 35. maddesi uyarınca Tasarı esas alınmak suretiyle birleştirilmiş ve bu birleştirme neticesinde Tasarının başlığı, kanun yapım tekniğine uygunluk sağlanması amacıyla “*Tebliğat Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı*” olarak değiştirilmiştir. Karayolları Trafik Kanunu'nun 110. maddesinde değişiklik yapılmasını öngören Teklifin çerçeve 2. maddesi, kanun yapım tekniği açısından Tasarının 14. maddesi olarak görüşülmüş ve 11.2.2010 tarihli Adalet Komisyonu raporunda konuyla ilgili olarak şu değerlendirmelerde bulunulmuştur:

“Karayolları Trafik Kanunu'nun 106 ncı maddesi hükmüne göre kamuya ait araçların sebebiyet verdiği kazaların dahi Karayolları Trafik Kanunu hükümlerine tâbi kılınması karşısında bu tür davalarda görevin adlî yargıda olması, kanun ve hukuk mantığının kaçınılmaz sonucudur. Bu bağlamda idarî yargı-adlî yargı görev ayrımının normatif temelleri, hem Komisyon raporumuzun özel maddeye (madde 14) ilişkin bölümünde ve hem de Teklifin madde gerekçesinde ayrıntılı olarak ortaya konulmuştur. Bu temellerin raporumuzun genelinde tekrarı yerine sözü geçen bölümlere yollama yapılması tercih olunmuştur.

Hemzemin geçitlerde meydana gelen tren-trafik kazalarının dahi Karayolları Trafik Kanunu'nda öngörülen hukukî rejime bağlı kılınması, Teklif ve rapor gerekçelerinde ortaya konan anlayış içinde benimsenmiştir.

Yukarıda belirtilen hususlar doğrultusunda Komisyonumuzca yapılan görüşmeler neticesinde Tasarı esas alınmak suretiyle görüşülen Tasarı ve Teklife ilişkin kabul, ilave ve değişiklikler sırasıyla aşağıda açıklanmıştır...

Karayolları Trafik Kanunu'nun 110 uncu maddesinde değişiklik yapılmasını öngören Teklifin çerçeve 2 nci maddesi, kanun yapım tekniği açısından Tasarının 14 üncü maddesi olarak görüşülmüştür.

Anılan maddede yapılması öngörülen değişiklik, yargı kolu (görev) uyumsuzluğunu kanuni düzeyde çözüme kavuşturmayı amaçladığından; kamuya ait araçların sebebiyet verdiği trafik kazalarından doğan zararların adlî yargıda görülmesine (göreve) ilişkin Teklifin görüşme-

lerine Uyuşmazlık Mahkemesi, Yargıtay, Danıştay, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi ve Barolar Birliği davet olunmuştur.

Mevzuatta değişiklik olmamasına rağmen, bu tür davalarda adli yargının görevli olduğu içtihadından neden dönüldüğü sorusunu Uyuşmazlık Mahkemesi temsilcisi, Mahkemenin üye yapısında Danıştay çoğunluğuna geçilmiş olmasıyla izah etmiştir.

Komasyon, teklifin madde gerekçesinde yer alan argümanları ve orada yollama konusu kaynakları birlikte değerlendirmiştir.

Kamu hizmetinin nispiyet ve esneklik karakteri, onun belli bir bölümünün özel hukuk hükümlerine tâbi tutulmasını mümkün kılmaktadır (Mescheriakoff, L'Arrêt du bac d'Eloka. Légende et réalité, page.1072, Dr. Karahanoğulları Onur, Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim), Ank.2004, 2.Bası, s.314, dn.752'den naklen. Benzeri şekilde Prof. Dr. Özey, İl Han, Gün Işığında Yönetim, İst.1996, s.242).

Kanun koyucu, kamuya ait araçların sebebiyet verdiği trafik kazalarını özel hukuk hükümlerine tâbi kılmıştır. Kanun hükmü: "...(kamuya) ait motorlu araçların sebep oldukları zararlardan dolayı, bu Kanunun işletenin hukukî sorumluluğuna ilişkin hükümleri uygulanır..." biçimindedir.

Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, idarî/adli yargı (görev-yargı kolu) sorununu tartışırken bu doğru düzlemi (özel hukuka tâbi kılmayı) hukuk pratiğimizde kullanan ilk-yargı organı olmuştur. Yüksek Mahkemenin ulaştığı sonuç aynen şöyledir:

"...T.C. Anayasasının 157'nci maddesinde, Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin, askeri olmayan makamlarca tesis edilmiş olsa bile, asker kişileri ilgilendiren ve askeri hizmete ilişkin idarî işlem ve eylemlerden doğan uyuşmazlıkların yargı denetimini yapan ilk ve son derece mahkemesi olduğu hükme bağlanmış, 1602 sayılı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu'nun 20'nci maddesinde de aynı hükme yer verilmiştir. Buna göre, Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin bir davaya bakabilmesi için dava konusu idarî işlem veya eylemin asker kişiyi ilgilendirmesi ve askeri hizmete ilişkin bulunması şartlarının birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir. Bahse konu maddenin ikinci fıkrasında belirtildiği üzere söz konusu Kanunun uygulanmasında asker kişi, Türk Silahlı Kuvvet-

lerinde görevli bulunan veya hizmetten ayrılmış olan subay, askeri memur, astsubay, askeri öğrenci, uzman çavuş, uzman jandarma çavuş, erbaş ve erler ile sivil memurlardır.

Davacıların oğlu olan müteveffa Er Engin AYDIN'ın, Ankara-Etimesgut Hava Lojistik K.lığı emrinde askerlik hizmetini ifa ederken, 5/10/1999 tarihinde saat 13.30'da, 664048 plaka numaralı askeri araçla evrak götürmek için gittikleri Hv.K.K. lığından Hv.LoJ.K. lığına dönerken, askeri aracın AŞTİ yolunda arızalandığı, arızalı aracı yolun sağına çekebilmek amacıyla Er Engin AYDIN, Er Hayrettin GÜLEÇ ve Er Turan ESER'in aracı ittikleri esnada, sivil şahıs Engin KABAOSMAN yönetimindeki 06 C 0256 plaka numaralı sivil aracın arkadan gelerek askeri araca çarptığı, bu kaza neticesi Er Engin AYDIN'ın ağır, şoför Er Hasan ŞİMŞEK ve Er Hayrettin GÜLEÇ'in hafif şekilde yararlandıkları, ivedi olarak helikopterle GATA Askeri Hastanesine kaldırılan ve derhal ameliyat edilen Er Engin AYDIN'ın, tedavisi yapılmasına rağmen 25/10/1999 tarihinde vefat ettiği anlaşılmıştır.

Müteveffanın asker kişi olduğundan şüphe yok ise de, tazminata konu zararın, karayollarında trafik kural ve gereklerine aykırı davranış sonucu sivil aracın, müteveffa ve arkadaşlarının itmekte olduğu askeri araca, arkadan çarpması sonucu meydana gelen kazadan kaynaklandığı davada, askeri hizmete ilişkinlik koşulunun bulunmadığı, davanın 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 85, 90 ve 106'ncı maddeleri gereğince, özel hukuk hükümleri çerçevesinde adli yargı yerinde açılması ve anılan yargı yerinde çözümlenmesi gerektiği kabul edilmiştir.

Açıklanan nedenlerle, olayda asker kişiyi ilgilendirme ve askeri hizmete ilişkin olma koşulları birlikte gerçekleşmediğinden, davanın görüm ve çözümünün adli yargının görevine dâhil olduğu sonucuna varılmıştır...” (Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin, 9.01.2002 t, 865/24 - E/K).

Yüksek Yargıtay 4. Hukuk Dairesi de aynı doğrultuda uygulama içindedir:

“...2918 sayılı Karayolları Trafik Yasasının 106 ncı maddesi gereğince genel bütçe içinde yer alan dairelerle katma bütçeli idarelere, il özel idarelerine ve belediyelere, kamu iktisadi teşebbüslerine ve kamu kuruluşlarına ait motorlu araçların yol açtıkları zararlardan dolayı, bu

Yasanın işletenin hukukî sorumluluğuna ilişkin kuralları uygulanır. Aynı Yasanın “İşletenin Hukukî Sorumluluğu” başlığı altında 85 ve izleyen maddelerinde motorlu araçların trafik kural ve gereklerine aykırı davranışları nedeniyle meydana gelen zararlardan dolayı gerçek ve özel kişilerle kamu tüzel kişilerinin ayırım yapılmadan aynı sorumluluk kurallarına bağlı olmaları öngörülmüştür.

Açıklanan bu yasal düzenlemeye göre Yasa, kamu idare ve kurumlarına ait ve bu arada kamu hizmetine özgülünen motorlu araçların verdikleri zararlardan dolayı, trafik olaylarından doğan zararların özelliği göz önünde tutularak, kamu idare ve kurumlarının özel kişilerle eşit koşullarda ve aynı ilkelere göre sorumlu tutulmaları gerektiğini belirtmiştir. 2918 sayılı Karayolları Trafik Yasasının getirdiği bu düzenlemeler gereğince, kamu araçlarının verdikleri zararlardan dolayı idare, kamu hukuku kurallarına göre değil “işleten” olarak özel hukuk kurallarına göre sorumlu tutulabilecektir.

Şu durumda, kolluk görevinin yerine getirildiği sırada davalı İçişleri Bakanlığına ait aracın verdiği zararın ödetilmesi amacıyla açılan davanın, özel hukuk kurallarını uygulayacak olan adli yargı yerinde görülmesi gerekir...” (Y4HD. 05.10.2009 t, 8100/10674 - E/K).

Adli/idarî yargı görev ayırımı (yargı kolu) bağlamında bir bilim adamının ortaya koyduğu yorum anlamlıdır: “...Adli yargı-idarî yargı ayırımını benimsemekle birlikte, idarî faaliyetlerden doğan uyumsuzlukların istisnasız tamamının idarî yargı yerlerinde çözümleneceğine dair herhangi bir hükme yer vermemektedir. Bu bağlamda idarî nitelikli uyumsuzlukların genel çözüm yerinin idarî yargı olduğu tartışmasız olmakla birlikte, bireylere sunulan “adalet” hizmetlerinin gerekli kılması halinde uzmanlaşma açısından daha etkin bir yargısal denetim sağlanabilmesi için, bazı istisnai durumlarda birtakım idarî faaliyetlerin yargısal denetiminin adli yargı yerlerince yapılmasına ilişkin yasal düzenlemelerin Anayasaya aykırı olmayacağı düşünülebilir. Nitekim ülkemizde örneğin nüfus ve tapu kayıtlarına ilişkin idarî işlemlerden doğan uyumsuzlukların büyük bölümü öteden beri adli Yargı’da çözümlenmektedir. Fransız hukukunda bulunan çözüm de bu yöndedir.” (Prof. Dr. Ulusoy, Ali. Kamu Hizmeti İncelemeleri, Ank. 2004, s. 64. dn. 104).

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 adli yargıda görülmesini, bu kabulün kaçınılmaz sonucu olarak görmektedir. Uygulamada varolan farklı ve çatışan kararların kanun seviyesinde yeknesak bir usul rejimine bağlanmasını adil yargılanma hakkının da gereği saymaktadır. Teklifin madde gerekçesindeki argümanlara ve Adalet Komisyonunun, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı raporundaki çözüme atıf yapmaktadır (TBMM. Dönem:23. Yasama Yılı: 3, SS. 393. s. 265, 135-137).

Hemzemin geçitte meydana gelen tren-trafik kazası konusunda, Karayolları Trafik Kanunu'nun 106 ncı maddesi ekseninde bir hukukî yapı öngörülebilir. (Anayasa m. 7, 87) Esasen Teklifin madde gerekçesinde yollama yapılan kimi Yüksek Mahkeme kararları, aynı sonuca içtihatla ulaşıldığını ve Karayolları Trafik Kanunu'nun bazı hükümlerinin de bu yoruma elverişli zemin oluşturduğunu göstermektedir. Bundan başka trenlerin işleticisi konumundaki Türkiye Cumhuriyeti Devlet Demiryolları İşletmesi Genel Müdürlüğü'nün, kamu iktisadi kuruluşu olarak bağlı olduğu hukuk da aynı doğrultudadır (233 sayılı KHK m. 4). Komisyonca kabul edilen metin, bu konudaki tartışmaları sona erdirmekte; kanun seviyesinde bağlayıcı çözüm oluşturmaktadır. Hemzemin geçitlerde meydana gelen tren-trafik kazaları, Karayolları Trafik Kanunu'na (hukukuna) tâbidir. Görev ve sorumluluk hukuku ve diğer bağlı sorunlar buna göre sonuçlandırılacaktır.

Sonuç olarak, kamuya ait olan araçların sebebiyet verdiği trafik kazaları ile hemzemin geçitlerde meydana gelen tren-trafik kazaları Karayolları Trafik Kanunu'na bağlı kılınmış, bu uyumsuzluklarda görevin adli yargıda olduğu yönünde düzenleme yoluna gidilmiştir.

Ayrıca Karayolları Trafik Kanunu'nun sorumluluk hukuku yönünden benimsediği "işleten" terimi ile (m. 85) yine aynı Kanunda kamuya ait araçlar yönünden benimsenen "aidiyet" terimi (m. 106) arasında sorumluluk bağı yönünden bir ayrıma gidilemeyeceği hususunun Kanun düzeyinde açıklığa kavuşturulması ve kamuya aidiyetin kategorik farklılığı (mülkiyet, sınırlı ayni hak, sözleşmeye dayalı kullanım vb.) işleten kavramıyla bağdaştığı sürece ayrı bir sonuç doğurmayacağı

hususları göz önünde bulundurulmuş ve mülkiyetin yanında diğer tiplerin de kapsanması amacıyla Karayolları Trafik Kanunu'nun değiştirilmesi öngörülen 110 uncu maddesinin birinci fıkrasında geçen "İşleteni" ibaresinden sonra gelmek üzere " veya sahibi" ibaresi eklenmiştir. Komisyon, bu tür kazalarda, zarar görenin kamu görevlisi olması hallerinde, farklı bir görev kuralı üretilmesinin özel hukukun sağladığı daha avantajlı duruma karşın, eşitlik ilkesine aykırı olacağı düşüncesiyle farklı bir düzenlemeye gitmemiştir.

Yukarıda izah edilenler çerçevesinde Teklifin çerçeve ikinci maddesi birleştirme ve yapılan teselsül neticesinde 14 üncü madde olarak kabul edilmiştir.

Karayolları Trafik Kanunu'na eklenmesi öngörülen geçici madde (geçici madde 21), Karayolları Trafik Kanunu'nun bu Kanunla düzenlenen görev hükmünün yürürlük tarihinden önce İdarî Yargıda ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesinde açılmış olup da halen devam etmekte olan davalar (kesin hükme bağlanmamış davalar) bakımından aynı mahkemede görülmesini mümkün kılan geçiş hükmü niteliğindedir. Değişikliğin yürürlüğe girmesinden sonra açılacak davaların tümü, yeni görev kuralına bağlı olacaktır. Yürürlük tarihinden önce adli yargıda ikame edilen davaların o yargıda görülmeye devam edeceği hususunda değişikliğin derhal etki göstereceği açıktır. Adli yargıda görevsizlik kararı verilmiş yahut Uyuşmazlık Mahkemesinde görülmekte olan ve yahut idarî yargıya veya Askeri Yüksek İdare Mahkemesine henüz ulaşmamış (esasa kaydedilmemiş) davalar da bu intikal hükmüne göre adli yargıda görülecektir. İzah edilen nedenlerle Karayolları Trafik Kanunu'na geçici madde eklenmesini öngören bir önerge Komisyonumuzca çerçeve 15 inci madde olarak kabul edilmiştir."

Bu değerlendirmeler doğrultusunda Adalet Komisyonu tarafından Tasarının 14. ve 15. maddeleri şu şekilde ifade edilmiştir.

"MADDE 14- 13/10/1983 tarihli ve 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 110 uncu maddesi başlığı ile birlikte aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

Görevli ve Yetkili Mahkeme:

“MADDE 110- İşleteni veya sahibi Devlet ve diğer kamu kuruluşları olan araçların sebebiyet verdiği zararlara ilişkin olanları dâhil, bu Kanundan doğan sorumluluk davaları, adli yargıda görülür. Zarar görenin kamu görevlisi olması, bu fıkra hükmünün uygulanmasını önlemez. Hemzemin geçitte meydana gelen tren-trafik kazalarında da bu Kanun hükümleri uygulanır.

Motorlu araç kazalarından dolayı hukukî sorumluluğa ilişkin davalar, sigortacının merkez veya şubesinin veya sigorta sözleşmesini yapan acentenin bulunduğu yer mahkemelerinden birinde açılabileceği gibi kazanın vuku bulduğu yer mahkemesinde de açılabilir.”

“MADDE 15- 2918 sayılı Kanuna aşağıdaki geçici madde eklenmiştir.

“GEÇİCİ MADDE 21- Bu Kanununun 110 uncu maddesi yürürlüğe girdiği tarihten önce açılmış bulunan davalara uygulanmaz.”

Burada, Adalet Komisyonu raporuna muhalefet şerhin yazan üyelerin görüşleri de belirtilmelidir. Söz konusu muhalefet şerhine göre “...Karayolları Trafik Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi; her ne kadar uygulamada var olan göreve ve farklı uygulamalara yönelik hukuk karmaşasını ortadan kaldırma, aynı mahiyetteki olaylarda yargılama birliğini sağlayarak adaleti gerçekleştirme iddiası ile komisyon gündemine getirilmişse de, bu düzenleme açısından da, TBMM'de büyük tartışmalara neden olan ve Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen, Sivil Yargı-Askeri Yargı alanlarında Anayasanın 157. maddesine aykırılık oluşturabileceği kaygısını taşımaktayız⁴. Bu nedenlerden ötürü bu düzenlemeye de karşı oyumuz bulunmaktadır.”

Yukarıda belirtilen süreç yaşandıktan sonra 11.1.2011 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulunda görüşülen Tasarının 14. maddesi,

⁴ Çalışmamızda (I, C başlığı altında) belirtildiği üzere, Karayolları Trafik Kanunu'nun 110. maddesinin birinci fıkrasının Anayasaya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurulduğunda ne başvuru dilekçesinde ne de Anayasa Mahkemesi kararında Anayasanın 157. maddesine aykırılıktan hiç söz edilmemiş; bu bakımdan Adalet Komisyonu raporuna muhalefet şerhi yazan üyelerin kaygısı gerçekleşmemiştir. Fakat davada söz konusu 157. maddenin değerlendirilmemiş olması kanaatimizce büyük bir eksikliklerdir.

Tasarıda belirtilen şekilde kanunlaşmış ve 6099 sayılı Kanun 19.1.2011 tarih ve 27820 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Tasarının 15. maddesi ise, Mecliste verilen önergeyle aşağıdaki şekilde değiştirilerek kabul edilmiştir: “*GEÇİCİ MADDE 21 - Bu Kanunun 110 uncu maddesinin birinci fıkrasının göreve ilişkin hükmü, yürürlüğe girdiği tarihten önce idarî yargıda ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesinde açılmış bulunan davalara uygulanmaz.*”⁵.

C. Karayolları Trafik Kanunu’nun 110. Maddesine İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararı

2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu’nun, 11.1.2011 tarih ve 6099 sayılı Kanun’un 14. maddesiyle değiştirilen 110. maddesinin birinci fıkrasının Anayasa’nın 2., 37., 125., 140. ve 155. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline ve yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesi istemiyle somut norm denetimine başvurulmuş Anayasa Mahkemesi, talebi oybirliğiyle reddetmiştir; kararda, itiraz konusu kuralın Anayasa’nın 2., 125. ve 155. maddelerine aykırı olmadığı, Anayasa’nın 37. ve 140. maddeleriyle ise ilgisinin bulunmadığı belirtilmiştir⁶.

Anayasa Mahkemesinin kararıyla bağlantılı olarak burada şu tespit de yapılmalıdır: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 55. maddesinin ikinci fıkrası “*Bu Kanun hükümleri, her türlü idarî eylem ve işlemler ile idarenin*

⁵ Maddenin gerekçesine göre “*Karayolları Trafik Kanunu’nun 110 uncu maddesi yalnızca görev kuralını değil, ayrıca bu sorumluluk tipinin bağlı bulunduğu maddî hukuk rejimini de düzenlemektedir. Bu yasanın yürürlük öncesinde idarî yargıda açılan tam yargı davasının dava dışında kalan bölümünün adli yargıda görülmesi zorunlu olduktan başka alacağın bu bölümünün zamanaşımı ve diğer unsurlar bakımından Karayolları Trafik Kanunu hükümlerine tâbi olacağı açıktır. Öte yandan geçiş hukuku sorunları gözetilerek “idarî yargı ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi” unsurlarıyla maddeye kapsam açıklığı getirilmiştir. Buna göre, Kanunun yürürlüğünden önce idarî yargı ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesinde açılıp halen görülmekte ve tarafı kamu olan bu alandaki sorumluluk davalarında görevsizlik kararı verilemeyecektir. Aynı şekilde, yürürlük öncesinde adli yargıda açılıp görülmekte olan davalar yönünden 110 uncu maddedeki görev kuralı derhal etki doğuracağı gibi, yürürlük sonrası davalar yönünden de mutlak görev adli yargının olacaktır.*”

⁶ AYM 26.12.2013, 68/165 (RG., 27.3.2014, S. 28954).

sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine ya da kişinin ölümüne bağlı zararlara ilişkin istem ve davalarda da uygulanır.”; 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun, 6099 sayılı Kanun'un 14. maddesiyle değiştirilen 110. maddesinin birinci fıkrası “İşleteni veya sahibi Devlet ve diğer kamu kuruluşları olan araçların sebebiyet verdiği zararlara ilişkin olanları dâhil, bu Kanundan doğan sorumluluk davaları, adli yargıda görülür. Zarar görenin kamu görevlisi olması, bu fıkra hükmünün uygulanmasını önlemez. Hemzemin geçitte meydana gelen tren-trafik kazalarında da bu Kanun hükümleri uygulanır.”; 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 3. maddesi “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. 30/1/1950 tarihli ve 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu hükümleri saklıdır.” hükümlerini içermektedir.

6098 ve 6099 sayılı Kanunların 11.1.2011, 6100 sayılı Kanun'un ise 12.1.2011 tarihlerinde Türkiye Büyük Millet Meclisinde kabul edildiğini, düzenlemelere bakıldığında ve gerekçeleri de incelendiğinde, söz konusu kanunların bazı konuları idarî yargı alanından çıkartmaya, aynı konulara ilişkin uyuşmazlıkların farklı mahkemelerde görülmesinden kaynaklanan adaletsizlikleri engellemeye yönelik olduğu görülmektedir⁷. Fakat daha

⁷ Türk Borçlar Kanunu'nun 55. maddesinin ikinci fıkrasının gerekçesindeki “Vücut bütünlüğünün bozulmasına veya ölüme bağlı zararların idarenin sorumluluk sebeplerinden doğmuş olması hâlinde dahi bu Kanun hükümleri uygulanacaktır. Doğrusu, insan zararlarında farklı hukuk düzenlemelerinden bütüncül bir düzenlemeye ve yargı birliğine geçmektir. Teklif, bu amaca yönelik ön-adım niteliğindedir.”; Karayolları Trafik Kanunu'nun 110. maddesi değişikliğine ilişkin kanun teklifinin gerekçesindeki “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 (Any.m.2).”; aynı hükmün Adalet Komisyonu raporundaki “Uygulamada varolan farklı ve çatışan kararların kanun seviyesinde yeknesak bir usul rejimine bağlanmasını adil yargılanma hakkının da gereği saymaktadır.” ifadeleri kanunkoyucunun iradesini ortaya koymaktadır.

sonra Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 3. maddesi Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiş⁸, hatta iptal gerekçesi olarak dava dilekçesinde Anayasa'nın 2., 37., 125. ve 155. maddeleri belirtilmesine rağmen, Anayasa Mahkemesi tarafından Anayasanın 157. maddesine aykırılık açısından da başvuru incelenmiş ve sonuçta iptali talep edilen hüküm Anayasa'nın 125., 155. ve 157. maddelerine aykırı görülerek oyçokluğuyla iptal edilmiştir⁹.

Kanaatimizce Anayasa Mahkemesinin, Karayolları Trafik Kanunu'nun 110. maddesinin birinci fıkrasını, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 3. maddesini iptalindeki gerekçelerle Anayasaya aykırı görerek iptal etmesi gerekirdi; özellikle Anayasanın 157. maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesine bariz bir aykırılığın bulunduğu tespit edilmeliydi. Zira Anayasanın söz konusu düzenlemesinde “*Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, askeri olmayan makamlarca tesis edilmiş olsa bile, asker kişileri ilgilendiren ve askeri hizmete ilişkin idarî işlem ve eylemlerden doğan uyumsuzlukların yargı denetimini yapan ilk ve son derece mahkemesidir.*” hükmü yer almaktadır. Bu düzenlemeye göre, askeri hizmete ilişkin idarî bir eylem sayılması gereken bir trafik kazası gerçekleştiğinde, bundan kaynaklanan zararlara

⁸ AYM 16.2.2012, 2011/68, 2012/23 (RG., 19.5.2012, S. 28292).

⁹ İnceleme konumuz bakımından, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 3. maddesinin iptalinden önce (HMK. m. 3, TBK. m. 55/II ve KTK. m. 110/I sayesinde) şöyle bir sistem öngörülmüştü: Kamu tüzel kişilerinin işleten sıfatıyla sorumluluğundan kaynaklanan (gerek malvarlığına yönelik, gerekse vücut bütünlüğünün ihlali ve ölüm sebebiyle uğranılan zararlarda) Karayolları Trafik Kanunu hükümlerinin uygulanacağı davalar adli yargıda görülecek; karayollarında idarî eylem ve işlemler sebebiyle uğranılan diğer insan zararlarında (yaralanma ve ölümlerde) Borçlar Kanunu hükümleri uygulanacak ve davalar adli yargıda görülecek; karayollarında idarî eylem ve işlemler sebebiyle uğranılan malvarlığı zararlarında ise İdare Hukuku kuralları uygulanarak davalar idarî yargıda çözümlenecektir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 3. maddesinin iptalinden sonra ise şöyle bir manzara ortaya çıkmıştır: Kamu tüzel kişilerinin işleten sıfatıyla sorumluluğundan kaynaklanan (gerek malvarlığına yönelik, gerekse vücut bütünlüğünün ihlali ve ölüm sebebiyle uğranılan zararlarda) Karayolları Trafik Kanunu hükümlerinin uygulanacağı davalar adli yargıda görülecek; karayollarında idarî eylem ve işlemler sebebiyle uğranılan diğer insan zararlarında (yaralanma ve ölümlerde) Borçlar Kanunu hükümleri uygulanacak ve davalar idarî yargıda görülecek; karayollarında idarî eylem ve işlemler sebebiyle uğranılan malvarlığı zararlarında ise İdare Hukuku kuralları uygulanarak davalar idarî yargıda çözümlenecektir.

ilişkin tazminat davasını ilk ve son derece mahkemesi olarak Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin görmesi gerekirken, Karayolları Trafik Kanunu'nun 110. maddesinin birinci fıkrasıyla bu görev adli yargıya bırakılmıştır; bunun da, Anayasa aykırı olduğuna şüphe bulunmamaktadır¹⁰.

II. KARAYOLLARI TRAFİK KANUNU'NUN 110. MADDESİNİN UYGULAMA ALANI

A. Uyuşmazlık Mahkemesi Kararları

Karayolları Trafik Kanunu'nun "Devlete ve Kamu Kuruluşlarına Ait Araçlar" başlığını taşıyan 106. maddesinde "Genel bütçeye dâhil dairelerle katma bütçeli idarelere, il özel idarelerine ve belediyelere, kamu iktisadi teşebbüslerine ve kamu kuruluşlarına¹¹ ait motorlu araçların sebep oldukları zararlardan dolayı, bu Kanunun işletenin hukukî sorumluluğuna ilişkin hükümleri uygulanır. Bu kuruluşlar, 85 inci maddenin birinci fıkrasına göre olan sorumluluklarının karşılanmasını sağlamak üzere 101 inci maddedeki

¹⁰ Anayasa Mahkemesinin Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 3. maddesini Anayasanın 157. maddesine aykırı görerek iptal eden kararının ilgili kısmında "Anayasa'nın 157. maddesi gereğince asker kişileri ilgilendiren ve askeri hizmete ilişkin olan eylemlerden ve işlemlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar, adli yargının değil; askeri idarî yargının yani Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nin görev alanına girmektedir. İptal konusu kural ile, vücut bütünlüğünün kısmen ya da tamamen yitirilmesine yol açan eylem veya işlem, bir askeri hizmete ilişkin olsa ve bir asker kişiyi ilgilendirse bile, bundan kaynaklanan uyuşmazlıklar asliye hukuk mahkemesinin görev alanı kapsamına alınmaktadır. Asker kişileri ilgilendiren ve askeri hizmete ilişkin olan eylemlerden ve işlemlerden kaynaklanan uyuşmazlıkların kanunla adli yargının görev alanına sokulması Anayasa'nın 157. maddesine de aykırılık oluşturur." değerlendirmesine yer verilmiştir. Bkz. AYM 16.2.2012, 2011/68, 2012/23 (RG., 19.5.2012, S. 28292).

¹¹ 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu 13.10.1983 tarihinde kabul edilmiş ve 18.10.1983 tarihli 18195 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır; Kanun'un 106. maddesinde ise 31.10.1990 tarihli 3672 sayılı Kanunla değişiklik yapılmıştır. Dolayısıyla o dönemde mevcut bütün kamu tüzel kişileri maddede sayma yoluyla gösterilmiştir. Günümüzde bu tüzel kişilerin tek tek sayılması yerine, hepsini ifade edecek şekilde "kamu tüzel kişileri" ifadesinin kullanılması yeterlidir. Kamu tüzel kişileri ifadesi Devlet'i de kapsadığından, Kanun'un 110. maddesinin birinci fıkrasında "...Devlet ve diğer kamu kuruluşları..." ifadesindeki "Devlet" kelimesinin kullanılmasının gereksiz olduğu da belirtilmelidir.

şartları haiz milli sigorta şirketlerine mali sorumluluk sigortası yaptırmakla yükümlüdürler.” hükmü yer almaktaydı. Buna göre, kamu tüzel kişilerine ait motorlu araçların sebep oldukları zararlardan dolayı, Karayolları Trafik Kanunu’nun işletenin hukukî sorumluluğuna ilişkin hükümleri uygulanmaktaydı; fakat hangi mahkemenin görevli olduğu konusunda tartışmalar yaşanmaktaydı. Örneğin bazı Uyuşmazlık Mahkemesi kararlarında, Karayolları Trafik Kanunu’nun uygulanmasını gerektiren bir özel hukuk sorunu bulunduğu belirtilmesine rağmen, kanunda açık bir görev kuralına yer verilmemiş olması sebebiyle idarî yargı görevli sayılmıştır.

Karayolları Trafik Kanunu’nun 110. maddesindeki değişikliğin yürürlüğe girmesinden sonra ise, Kanundan kaynaklanan her türlü sorumluluğa ilişkin davaların adlî yargı içerisinde değerlendirilmesi gerektiği yönünde Uyuşmazlık Mahkemesi kararlarına rastlanmaktadır. Örneğin;

- Posta dağıtıcısı olan ve davalı Posta ve Telgraf Teşkilatı Genel Müdürlüğü tarafından kiralanan araçta yolcu olarak bulunan davacıların yakınının trafik kazası sonucu hayatını kaybettiği ve yakınları tarafından maddî ve manevî tazminatın faiziyle birlikte davalıdan tahsiline karar verilmesi istemiyle açtığı davada, Kanun değişikliği ile işleteni veya sahibi Devlet ve diğer kamu kuruluşları olan araçların sebebiyet verdiği zararlara ilişkin olanları dâhil, bu Kanundan doğan sorumluluk davaları adlî yargıda görüleceğinden, zarar görenin kamu görevlisi olması bu fıkra hükmünün uygulanmasını önlemeyeceğinden, uyuşmazlığa konu edilen davanın görüm ve çözümünde adlî yargının görevli olduğu sonucuna varılmıştır¹².
- Stabilize yolda, Jandarma Komando Tugay Komutanlığı emrine yeni katılan personele eğitim arazisinin tanıtımı esnasında, yolcu olarak içinde bulunduğu aracın şarampole yuvarlanması sonucu yaralanan davacı tarafından, maddî ve manevî tazminatın yasal faiziyle birlikte davalıdan tahsiline karar verilmesi istemiyle açılan davada, uyuşmazlığa konu edilen davanın görüm ve çözümünde adlî yargının görevli olduğu belirtilmiştir¹³.

¹² UYM, 7.2.2011, 2010/100, 2011/12 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

¹³ UYM, 7.2.2011, 2010/211, 2011/24 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

- İl Emniyet Müdürlüğü Koruma Şube Müdürlüğü hizmetinde kullanılan resmî aracın önünde giden Belediye otobüsünün rögar kapağı üzerinden geçmesi ile rögar kapağının yerinden çıkması ve İçişleri Bakanlığına ait resmî aracın da kapağın üzerinden geçmesi sonucu araçta meydana gelen zararın tazmini istemiyle açılan davanın adli yargı yerinde çözümlenmesi gerektiği hükme bağlanmıştır¹⁴.
- Benzer bir olayda da, yapım ve bakımı davalı idarelere ait olan rögar kapağı nedeniyle meydana geldiği belirtilen tek taraflı ve maddî hasarlı trafik kazası sonucu, davacı şirket tarafından sigortalanmış bulunan araçta oluşan sigorta tazminatının ödenmesi istemiyle açılan davanın adli yargı yerinde çözümlenmesi gerektiği ifade edilmiştir¹⁵.
- Karayolu zemininin yağlı olmasından dolayı aracının hâkimiyetini kaybederek karşı istikametten gelen başka bir aracın ön kısmına çarparak maddî hasarlı ve yaralamalı trafik kazası meydana geldiği bir olayda, mahkeme Karayolları Genel Müdürlüğüne karşı açılan bu davada da adli yargının görevli olduğuna hükmetmiştir¹⁶.
- Karayolları Genel Müdürlüğüne karşı açılan başka bir davada, davalının yol çalışması yaparken hiçbir uyarıcı işaret ve levha koymaksızın 50 cm yüksekliğinde asfalt malzemesi dökmesi sonucu sigortalının dökülen asfalt malzemesinin üzerine çıktığı ve tek taraflı ve maddî hasarlı trafik kazasının meydana geldiği; kaza tespit tutanağında davalı idarenin asli kusurlu olarak belirlendiği belirtilerek uğranılan zararın tazmini talep edilmiştir. Yine bu davada da adli yargı görevli kabul edilmiştir¹⁷.
- Başka bir dava, davacıların mirasbırakanının, olay günü kullandığı motosiklet ile davalı idareye ait olan ambulansın çarpışması sonucu meydana gelen trafik kazasında, ölüm nedeniyle meydana gelen maddî ve manevî zararın tazminine ilişkindir. Uyuşmazlık Mahkemesi, Karayolları Trafik Kanunu'nun 110. maddesi ile Anayasa Mahkemesi'nin benzer bir konuda İdare Mahkemesi'nin davaya bakmakla görevli

¹⁴ UYM, 4.6.2012, 101/133 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

¹⁵ UYM, 24.12.2012, 628/498 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

¹⁶ UYM, 4.2.2013, 2012/578, 2013/179 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

¹⁷ UYM, 8.4.2013, 339/524 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

bulunmadığı yolundaki kararları gözetildiğinde, oluşan trafik kazası nedeniyle açılacak sorumluluk davalarının görüm ve çözümünde adli yargının görevli olduğu; meydana gelen zararın tazmini istemiyle açılan bu davanın da adli yargı yerinde çözümlenmesi gerektiği sonucuna varmıştır¹⁸.

- Diğer bir olayda da, davalı idare olan Bolu Belediye Başkanlığı tarafından gerekli uyarı ve işaretleme yapılmadan yol bakım ve onarım çalışmaları yapıldığı ve bu nedenle yolun sağ tarafının trafiğe kapatılarak sol taraftan gidiş ve dönüşün verildiği, davacının da bu yolu kullandığı esnada diğer davalının yol bakım ve onarım çalışmasını dikkate almayarak yolun kendisine ayrılmış sağ şeridinden giden davacının otomobiline çarptığı belirtilerek, meydana gelen kazada davacının aracında meydana gelen zararın tazmini talep edilmiştir. Uyuşmazlık Mahkemesine göre, davanın, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 110. maddesinin birinci fıkrası sebebiyle (bu Kanun'dan doğan sorumluluk davalarının adli yargıda görüleceği hükmü gereği), adli yargı yerinde çözümlenmesi gerekir¹⁹.
- Başka bir olayda da, davacının davalı idarenin sorumluluğundaki sulama kanalı üzerindeki köprüden aracıyla geçtiği esnada köprü demirlerinden birinin yerinden çıkması sonucunda aracında meydana geldiği ileri sürülen maddî ve manevî tazminatın ödenmesine karar verilmesi istemiyle dava açılmıştır. Buradaki trafik kazası nedeniyle açılacak sorumluluk davasında da adli yargının görevli olduğuna hükmedilmiştir²⁰.
- Uyuşmazlık Mahkemesinin önüne gelen bir diğer olayda da herhangi bir trafik levhasının ve yer çizgilerinin bulunmadığı mıcırla kaplı zeminde aracın kayması sebebiyle karşı yönden gelen başka bir araçla çarpışma sonucu ölümlü, yaralamalı ve maddî hasarlı trafik kazası meydana gelmiş; Karayolları Genel Müdürlüğüne karşı açılan davada, davalının üzerine düşen sorumluluk gereği karayollarını trafiğe uygun hale getirmesi, aksi halde yolun yapım halinde olduğunu bildirerek yolu

¹⁸ UYM, 13.5.2013, 710/816 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

¹⁹ UYM, 1.7.2013, 987/1148 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

²⁰ UYM, 11.1.2013, 1484/1668 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

kapatması gerekirken hiçbir uyarı levhası koymamış olduğu, dolayısıyla hizmet kusuru nedeniyle kazaya sebebiyet verdiği ileri sürülerek tazminat talep edilmiştir. Bu davada da adlî yargı görevli görülmüştür²¹.

- Yine başka bir olayda, aracın, yapılan yol çalışması nedeniyle yolun üzerinde bırakılan kum yığına çarpması sonucu oluşan hasarları sebebiyle tazminat talebi söz konusu olmuş ve Uyuşmazlık Mahkemesi tarafından adlî yargı görevli kabul edilmiştir²².
- Benzer bir olayda da, aracın yolda bulunan ve 1 metre derinliğindeki çukura girmesi nedeniyle meydana gelen kaza sonucu araçta meydana gelen hasarın idareden tazmini isteminin Karayolları Trafik Kanunu uyarınca adlî yargı yerinde görülmesi gerektiği belirtilmiştir²³.
- Başka bir olayda da, bir çekicinin, refakatindeki römork ile seyrettiği yolda aracın üst kısmını köprü girişine çarpmak suretiyle zarar gördüğü; kaza sonrası düzenlenen Trafik Kazası Tespit Tutanağında, araç sürücüsünün kusursuz, aracın bakım ve onarımından sorumlu kuruluşun Karayolları Trafik Kanunu'nun 13. maddesi uyarınca kusurlu olduğunun belirtildiği; söz konusu hükme göre, karayolunun yapımı, bakımı, işletilmesi ile görevli ve sorumlu bütün kuruluşların, karayolu yapısını, trafik güvenliğini sağlayacak durumda bulundurmakla yükümlü bulunduğu; sorumlu ve yetkili kurumun, köprü girişinde gerekli işaretlemeleri yapmamak nedeniyle kazanın meydana gelmesinde kusurlu olduğu belirtilerek, uğranılan zararın tazmini istenmiştir. Bu olayda da adlî yargı görevli kabul edilmiştir²⁴.
- Uyuşmazlık Mahkemesinin baktığı bir başka olayda, Jandarma asteğmeninin emir ve komutasında 4 araçtan oluşan konvoyla Silopi istikametinde yol emniyet ve kontrol görevi ifa edilirken, yol güzergahı üzerinde meydana gelen kaza sonucunda araç içinde Jandarma eri olarak bulunan davacının yaralanması sebebiyle uğranılan zarara ilişkin davada da adlî yargının görevli olduğu hükme bağlanmıştır²⁵.

²¹ UYM, 11.11.2013, 1562/1725 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

²² UYM, 30.12.2013, 1658/1871 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

²³ UYM, 30.12.2013, 1770/1981 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

²⁴ UYM, 3.3.2014, 265/300 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

²⁵ UYM, 3.3.2014, 277/310 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

Görüldüğü gibi Uyuşmazlık Mahkemesi, Karayolları Trafik Kanunu'nun 106. maddesinde sadece kamu tüzel kişilerine ait motorlu araçların sebep oldukları zararlardan sorumluluk düzenlenmişken, 110. maddede yapılan değişiklikle getirilen “*bu Kanundan doğan sorumluluk davaları*” ifadesini çok geniş yorumlayarak, hem idarenin işleten sıfatıyla sorumluluğunu ve hem de Kanunda kamu kurumlarına görev olarak verilen her türlü yükümlülüğün ihlalini (aslında hizmet kusuru olduğu için idarî yargıda bakılması gereken olayları da²⁶) adli yargı içerisinde değerlendirmektedir.

²⁶ Karayolları Trafik Kanunu'nun “*Amaç*” başlıklı 1. maddesine göre; “*Bu Kanunun amacı, karayollarında, can ve mal güvenliği yönünden trafik düzenini sağlamak ve trafik güvenliğini ilgilendiren tüm konularda alınacak önlemleri belirlemektir.*” Buna uygun olarak, örneğin Kanun'un 7. maddesinde, Karayolları Genel Müdürlüğü'nün görev ve yetkilerine yer verilmiş; bu maddede, “*yapım ve bakımdan sorumlu olduğu karayolları*”na ilişkin düzenlemeler getirilmiştir. Hangi yolların yapım ve bakımdan sorumlu olduğuna ilişkin hükümler ise 6001 sayılı Karayolları Genel Müdürlüğü'nün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'un 4. maddesinde belirtilmiş olup, otoyol, Devlet ve il yolları ağına giren karayolları güzergâhları ile bunların değişikliklerine ilişkin planları hazırlamak veya hazırlatmak, hazırlayacağı programlar uyarınca karayollarını yapmak, yaptırmak, emniyetle kullanılmasını sağlayacak şekilde sürekli bakım altında bulundurmamak, bakımını yaptırmak, onarmak, onarımını yaptırtmak, işletmek, işletmeme Karayolları Genel Müdürlüğü'nün görev ve yetkileri arasında sayılmıştır; her biri kamu hizmeti olduğu şüphesiz olan bu faaliyetler sebebiyle uğranılan zararlara ilişkin davalar, şimdiye kadar hizmet kusuru kapsamında idarî yargıda görülmekteydi. Uyuşmazlık Mahkemesinin kararları doğrultusunda, belki de idarî kamu hizmetleri içerisinde en büyük bölümü oluşturan bayındırlık kamu hizmetlerinin karayollarıyla ilgili kısmındaki tüm davaların artık adli yargıda görülmesi gerekecektir; çünkü Uyuşmazlık Mahkemesi, Karayolları Trafik Kanunu'ndan kaynaklanan tüm sorumluluk davalarının adli yargıda görülmesi gerektiği görüşündedir.

Benzer şekilde Karayolları Trafik Kanunu'nun “*Belediye Trafik Birimleri, Görev ve Yetkileri*” başlıklı 10. maddesinde “*1. Yapım ve bakımından sorumlu olduğu yolları trafik düzeni ve güvenliğini sağlayacak durumda bulundurmamak, 2. Gerekli görülen kavşaklara ve yerlere trafik ışıklı işaretleri, işaret levhaları koymak ve yer işaretlemeleri yapmak, 3. Karayolu yapısında ve üzerinde yapılacak çalışmalarda gerekli tedbirleri almak, aldırarak ve denetlemek, 4. Karayolunda trafik için tehlike teşkil eden engelleri gece veya gündüze göre kolayca görülebilecek şekilde işaretlemek veya ortadan kaldırmak, 5. Yol yapısı veya işaretleme yetersizliği yüzünden trafik kazalarının vukubulduğu yerlerde, yetkililerce teklif edilen tedbirleri almak...*” belediyelerin görevleri arasında

Buna karşılık yukarıda belirtilen Uyuşmazlık Mahkemesi kararlarına katılmayan ve muhalefet şerhi yazan üyenin görüşlerinin de belirtilmesi gerekmektedir²⁷. Buna göre, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 85. maddesinde açıkça belirtildiği gibi Kanun'un motorlu araçların işletilmesinden doğan zararlar nedeniyle işletenin hukukî sorumluluğunu düzenlediği; Kanun hükmünde geçen, bu Kanundan doğan ve adlî yargıda görülmesi gereken sorumluluk davalarının, 2918 sayılı Kanun'un 85. maddesinde düzenlenen motorlu araçların işletilmesi nedeniyle verilen zararlardan dolayı araç işletenin hukukî sorumluluğuna ilişkin davalar olduğu; Kanun değişikliğinden önce kamu araçlarının işletilmesi nedeniyle verilen zararlardan dolayı kamu idaresinin sorumluluğunun hangi yargı kolunda görüm ve çözümü konusunda Kanunda bir düzenleme bulunmadığından idarî ve adlî yargı organları arasında çıkan görev uyuşmazlıklarını sonlandırmak üzere sözü geçen Kanun hükmü getirilmek suretiyle kamu araçlarının verdiği zararlar nedeniyle işletenin sorumluluğunda 2918 sayılı Kanun'un amacına uygun olarak adlî yargıda görüm ve çözüm esasının benimsendiği; 2918 sayılı Kanun'un 110. maddesinde yapılan değişikliğe ilişkin Hükümet gerekçesinin de getirilen yeni hükmün bu nedenle maddeye eklendiğini teyit ettiği; bu gerekçelerle hizmet kusuruna ilişkin bu tür uyuşmazlıklarda idarî yargının görevli olup, benzer ihtilaflarda da idarî yargının görevli olduğu Yargıtay 4., 11., 17. Hukuk Dairelerinin istikrarlı kararlarıyla içtihat edildiği gibi, Danıştay kararlarında da uyuşmazlıkta idarî yargının görevli olduğunun benimsendiği; kamu hizmetinin usulüne ve hukuka uygun olarak yürütülüp yürütülmediğinin hizmet kusuru veya idarenin sorumluluğunu gerektiren bir

sayılmıştır. Uyuşmazlık Mahkemesi, belediyelerin bu görevlerini yerine getirmemeleri sebebiyle uğranılan zararlar için açılan davaları da Karayolları Trafik Kanunu'ndan kaynaklandığı için adlî yargı içerisinde değerlendirmektedir.

Karayolları Genel Müdürlüğü ve belediyeler dışında, Karayolları Trafik Kanunu'nu başka kamu tüzel kişilerine de yerine getirmeleri gereken bir takım görevler vermiştir; söz konusu görevlerin ihlalden kaynaklanan tüm tazminat davaları artık adlî yargı içerisinde kabul edilmektedir.

²⁷ Söz konusu muhalefet şerhleri için bkz. UYM, 4.2.2013, 2012/578, 2013/179 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); UYM, 11.1.2013, 1484/1668 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); UYM, 11.11.2013, 1562/1725 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); UYM, 30.12.2013, 1770/1981 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

husus olup olmadığının tespitinde, 2577 sayılı İdarî Yargılama Usulü Kanunu'nun 2/1-b hükmünde belirtilen tam yargı davasının görüm ve çözümünde idarî yargının görevli olduğu haklı olarak belirtilmiştir.

Kanaatimizce -muhalefet şerhi yazan üyesi dışında- Uyuşmazlık Mahkemesi, Karayolları Trafik Kanunu'nun 110. maddesinin anlamını doğru tespit edememiş ve bu sebeple hatalı bir sonuca ulaşmıştır.

B. Karayolları Trafik Kanunu'nun 110. Maddesinin Anlamı²⁸

1. Yorum Kavramı

Bir kanun hükmü uygulanırken, öncelikle anlamının tespit edilmesi gerekir; maddenin metni herhangi bir tereddüde mahal vermeyecek kadar açıksa, yoruma gerek bulunmamaktadır. Bir hukuk kuralının yorumlanması, onun tam anlamının ne olduğunun belirlenmesi, gerçek kapsamının tespit edilmesidir. Karayolları Trafik Kanunu'nun 110. maddesi bakımından da yoruma gerek olmadığı, metnin çok açık olduğu ileri sürülebilir²⁹. Bununla birlikte, maddenin gerekçesinde, hükmün Uyuşmazlık Mahkemesinin anladığı şekilde uygulanmasına imkan sağlayacak herhangi bir açıklama bulunmadığından, hükmün yorumlanması suretiyle kanunkoyucunun iradesinin belirlenmesi gerekmektedir.

Medenî Kanun'un 1. maddesi "*Hukukun Uygulanması ve Kaynakları*" başlığını taşımaktadır. Hukukun uygulanmasından söz edilebilmesi için, öncelikle uygulanacak hukuk kuralının tespiti, daha sonra da bu hukuk kuralının yorumlanması ve anlamlandırılması gerekmektedir³⁰. Kanunko-

²⁸ Bu başlık altında yapılan teorik açıklamalarda büyük ölçüde şu çalışmamızdan yararlanılmıştır: **Petek**, Hasan; Ölümüne Bağlı Tasarrufların İptali Davasında Süreler ve Hükmün Anlam Bakımından Uygulanması, Adalet Akademisi Dergisi, 2011/6, s. 15 vd.

²⁹ "*Kanunun açık olduğu durumlarda yoruma ve gerekçeye başvurulamaz. TMK. nun 1. maddesi gereğince kanun özüyle ve sözüyle uygulanmalıdır.*" YİBK., 19.1.2007, 1/1 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

³⁰ **Edis**, Seyfullah; Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 6. Bası, Ankara 1997, s. 183; **Oğuzman**, Kemal/**Barlas**, Nami; Medenî Hukuk, Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar, 19. Bası, İstanbul 2013, s. 65; **Köprülü**, Bülent; Medenî Hukuk Genel Prensipler Kişiler Hukuku, 2. Bası, İstanbul 1984, s. 99; **Zevkliler**, Aydın/**Acabey**, M. Beşir/**Gökyayla**, K. Emre; Medenî Hukuk, 6. Bası, Ankara 1999, s. 92.

yucu bazen, kullandığı terim ve sözcükleri gerçek düşüncesini ortaya koyacak bir beceriyle seçemediğinden veya dilbilgisi kurallarına gereği gibi uymadığından, hukuk kuralının anlamının belirlenmesi gerekmektedir³¹. Bizim anlamını tespit edeceğimiz hüküm, Karayolları Trafik Kanunu'nun 110. maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesinde geçen “*bu Kanundan doğan sorumluluk davaları*” ifadesidir; bu ifadenin, Kanunda belirtilen görevlerin ihlaline ilişkin tüm sorumluluk davalarını mı yoksa sadece işle-tenin sorumluluğuna ilişkin davaları mı kapsadığı tespit edilmeye çalışılacaktır. Böyle bir yorum sorununun yaşanmaması için kanunkoyucunun dilbilgisi kurallarına uyararak daha özenli hareket etmesi gerekmesine rağmen, bu şekilde davranılmadığı için böyle bir sorun ortaya çıkmıştır.

Medenî Kanun'un 1. maddesinin birinci fıkrasındaki, “*Kanun, sözüyle ve özüyle değındığı bütün konularda uygulanır.*”³² kuralı öngörülürken, kanunun özü (ruhu) ile sözü (lafzı) arasında³³, yani kanunun deyimisel anlamı ile ifade edilmek istenen anlam arasında bir çatışmanın bulunabileceğı

Bir metin okunduğunda anlaşılmaz, başka başka anlamlara imkân verecek kadar durak-samalar doğuracak nitelikte kapalı veya yanlışlık apaçık ise, yorum yoluyla anlamı tespit edilmeye çalışılmalıdır (**Narmanlıoğlu**, Ünal; Kanunun Anlam Bakımından Uygulan-ması, Prof. Dr. Turan Tüfan YÜCE'ye Armağan, İzmir 2001, s. 98).

³¹ **Arık**, Kemal Fikret; Türk Medenî Hukuku I Genel Prensipler, Ankara 1963, s. 83; **Birsen**, Kemaleddin; Medenî Hukuk Dersleri, İstanbul 1963, s. 60; **Edis**, s. 184; **İmre**, Zahit; Medenî Hukuka Giriş, 3. Bası, İstanbul 1980, s. 155; **Zevkliler/Acabey/Gökyayla**, s. 92; **Özsunay**, Ergun; Medenî Hukuka Giriş, 5. Bası, İstanbul 1986, s. 189; **Narmanlıoğlu**, s. 98; **Dural**, Mustafa/**Sarı**, Suat; Temel Kavramlar ve Medenî Kanunun Başlangıç Hükümleri, 8. Bası, İstanbul 2013, s. 120.

³² Kanunun sözüyle ve özüyle uygulanacağı kuralı bir sıralamayı göstermemektedir. Başka bir ifadeyle, hâkimin önüne gelen olayda önce sözü itibariyle uyan bir hükmü, ancak bu yoksa o zaman özü itibariyle uyan bir hükmü uygulayacağı şeklinde anlaşılmalıdır; hâkim, hükmün hem sözü hem de özü itibariyle uygun olmasını arayacaktır (**Dural/Sarı**, s. 124-125); **Akipek**, Jale/**Akıntürk**, Turgut/**Ateş Karaman**, Derya; Türk Medenî Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, 10. Bası, İstanbul 2013, s. 112; **Honsell**, Heinrich; Basler Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch I, 2. Auflage, Basel 2002, s. 3, N. 1.

³³ Medenî Kanunumuzun 1. maddesindeki “*sözü ve özü*” ifadesi, kaynak İsviçre Kanunu'nda “*metin ve ruh*”, Almancasında “*metin ve yorum*”, Fransızcasında “*metin ve düşünce*”, İtalyancasında “*metin ve anlam*” kelimeleriyle ifade edilmiştir (**Akyol**, s. 214); **Honsell**, s. 3, N. 1.

düşüncesinden hareket edilmiştir. Burada kanunun sözünden, kullanılan terimlerin veya sözcüklerin açık seçik anlamı; kanunun özünden ise, kanunun tümüne hâkim olan ilkelere göre belirli bir maddeden çıkartılan anlam kastedilmektedir³⁴. İncelediğimiz madde bakımından, Kanun'un gerekçesinde yeni düzenlemede sözünü ettiğimiz şekilde bir değişiklik yapıldığı (yapılmak istenildiği) yönünde bir açıklama bulunmadığından, ne İdare Hukuku kurallarında ve de Karayolları Trafik Kanunu'nda bu şekilde bir sistem değişikliğe ihtiyaç da olmadığından, hükmün lafzı ile ifade edilmek istenen anlamı arasında bir çatışmanın bulunduğu sonucuna varılmalıdır.

Kanunun sözü ile özü arasında bir çatışmanın bulunduğu hâllerde hâkim, uygulanacak hükmün sözünden (lafzından) çıkan anlama göre olayı çözümlenmeye çalışacaktır. Fakat Medenî Kanun'un 1. maddesi, hâkimin sadece kanunun sözüne bakarak karar vermesini yasaklamış, kanun metninin açık gibi gözüktüğü durumlarda dahi, kanunun bütününe hâkim olan ilkeler doğrultusunda hükmün uygulanmasını emretmiştir³⁵. Yorumu yapan kişi,

³⁴ **Birsen**, s. 60; **Edis**, s. 184; **Zevkliler/Acabey/Gökyayla**, s. 94; **Akipek/Akıntürk/Ateş Karaman**, s. 112, 113; **Dural/Sarı**, s. 124. "4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun 1. maddesinde "Kanun, sözüyle ve özüyle değiştiği bütün konularda uygulanır" hükmü yer almıştır. Bu hüküm ile TMK, hem sözü ve hem de ruhunun (amacının) göz önünde tutulmasını öngörmüştür. Yasanın hükmünün açık olmadığı durumlarda, anlamının ne olduğu yorum ile tespit edilir. Yorum genel olarak, lafzi (söze bağlı) yorum, sübjektif yorum, çağdaş objektif yorum ve serbest yorum metodu ile sonuca varılır. Yasa koyucu yasanın uygulanmasında hem söz (lafzına) hem de özünün (ruhunun) göz önünde tutulmasını benimsemiştir. Yasanın özünden anlaşılacak olan, onun amacıdır. Yasanın sözü, daima amacı (ruhu) ile denetlenmeli ve sözün amaca aykırı düştüğü durumlarda amaca üstünlük tanınmalıdır." HGK., 10.12.2003, 6-731/742 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

³⁵ **Tekinay**, Selahattin Sulhi; *Medenî Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku*, 6. Bası, İstanbul 1992, s. 58; **Edis**, s. 184-185; **İmre**, s. 156; **Köprülü**, s. 98; **Özsunay**, s. 188-189; **Narmanhoğlu**, s. 117; **Akipek/Akıntürk/Ateş Karaman**, s. 113; **Dural/Sarı**, s. 124. "Kanun hükmünün manasını tayin etmekte ilk esas, metnin meydana geldiği sözlerden çıkan manadır ve ancak bu şekilde metne verilmesi gereken mana, hükmün kanuna konulmasıyla güdülen gayeye aykırı neticeler doğuracak olduğu takdirde, lafzdan çıkan mana yerine, kanunun ruhundan çıkan manaya göre hüküm verilmesi gerekir ki, bu durum, Medenî Kanun'un birinci maddesinde kabul edilen, kanunun lafzıyla ve ruhuyla temas ettiği bütün meselelere tatbik olunacağı kaidesinin neticelerindendir." YİBK., 27.3.1957, 1/3 (RG.9640). Benzer şekilde, "Kanun hükümlerinin sadece kanunun lafzına göre değil, fakat hem lafzına ve hem de ruhuna göre tefsir

özellikle hâkim, yorumda serbest olmayıp, kanunun sözüyle ve özüyle bağlıdır; hâkimin, ihtiyaçların haklı gösterdiğini ileri sürüp kanunu değiştirme ve kanuna aykırı bir sonucu kanun hükmüymüş gibi kabul etme yetkisi asla bulunmamaktadır³⁶. Bu durumda, hâkimin, Karayolları Trafik Kanunu'nun 110. maddesinin birinci fıkrasının sözü ile birlikte özünü de göz önünde bulundurarak hükmü uygulaması gerekir.

Kanunun sözünden çıkan anlam ile özünden çıkan anlamın araştırılarak kontrol edilmesi gerekmektedir. Karayolları Trafik Kanunu'nun kamu tüzel kişilerine ait araçların karıştığı trafik kazalarına ilişkin 106. maddesi ile yeni 110. maddesindeki düzenleme arasında (lafzî bakımdan) farklılık bulunmasına rağmen, maddenin gerekçesinde buna ilişkin herhangi bir değerlendirme yapılmamış olması, hatta gerekçede sadece kamu tüzel kişilerine ait

edilmesi ve kanunun yalnız lafzına dayanılarak hükümlerin konuluş maksatlarına aykırı neticelere varılmasına meydan bırakılmaması, bugünkü hukuk ilminin ve tatbikatının ana kaidelerindedir.” YİBK., 4.2.1959, 14/6 (RG.10194).

“TMK.’nin 1. maddesine göre Kanun, sözüyle ve özüyle değiştiği bütün konularda uygulanır. Kanunun yorumunda, kanun metninin anlam ve ruhu-özü önemlidir. Bu ruh, kanun kuralının izlediği gayeden çıkarılır. Buna gai (amaçsal) yorum ve kanun kuralının amacına göre yorum denir. Bir kanun hükmünün kanuna konuluş amacına aykırı bir sonuç doğuracak şekilde yorumlanması hukuk ilkelerine ve kanunun hem sözü ile hem de özü ile uygulanmasını öngören TMK.nun 1. maddesine uygun düşmez.” HGK., 15.12.2004, 13-664/719 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); HGK., 25.2.2004, 4-40/113 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). “...çoğu defa tek başına metinden hareket ederek yorum yoluna başvurma sağlıklı sonuca kavuşmayı önleyebilir. Yasanın amacı sözle (lafızla) gelişiyorsa, söze değil öze önem verilmek gerekir. Yorumda asıl olan, adalete uygun sonuca kavuşmak olmalıdır. Bir kanun hükmünün, yasaya konuluş amacına aykırı sonuç doğuracak şekilde yorumlanması hukuk ilkelerine ve yasanın hem sözü ve hem de özü ile uygulanmasını öngören MK.’nin 1. maddesine uygun olmaz. (Bkz. 22.2.1997 gün ve 1/1 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı).” HGK., 6.3.2002, 21-132/139 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). “Yasaların yorum ve uygulamasında öze, amaca yönelik yorumun söze ilişkin yorumdan üstün tutulması gerektiği, gerek öğretide gerekse Yargıtay uygulamasında kabul edilen üstün bir hukuk kuralıdır.” YİBK., 15.4.1985, 4/3 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). “...bir yasa hükmü ilk bakışta ne kadar açık görünürse görünsün, o hükmün bir de konuluş amacını, yani ruhunu araştırmak ve buna göre anlamını tesbit edip uygulamak, çağdaş hukuk anlayışının bir gereğidir.” YİBK., 14.5.1984, 10/4 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

araçların yaptığı kazalara ilişkin görevli mahkemeden söz edilmesi, kanunkoyucunun böyle bir değişikliği istemediği, kanunun özü ile sözünün birbiriyle örtüşmediği, çatıştığı sonucunu ortaya çıkarmaktadır. Bu durumda, hükmün yorumlanması gerekecektir³⁷.

Fakat hâkimin, kanunun özüyle kontrol edilmiş sözünden çıkan anlamdan ayrılması gerekir; kanunun özü ile kontrol edilmiş sözünden çıkan anlam, yorumlamanın sınırını teşkil eder. Kanunun açık sözüne rağmen özüne aşırı değer verilerek hükmün sözüne uygun şekilde uygulanmaması, kanunkoyucunun iradesinin hiçe sayılması, yorum adı altında yepyeni bir kural öngörülmesi ve kanunun gerçek anlamından başka bir anlamda uygulanması gibi sakıncaları da beraberinde getirecektir³⁸. İncelediğimiz konu bakımından ise böyle bir durum bulunmadığı belirtilmelidir; çünkü hükmün sözünün de çok net olmadığı, kanunun amacına uygun şekilde anlamlandırılabilirliği görülmektedir.

Hukuk kurallarının anlamını araştıran ve belirtmeye çalışan yorumcu kişi veya makamlara göre üç tür yorumdan söz edilir: Yasama yorumu, bilimsel yorum, yargı yorumu³⁹. Bu çalışma, bilimsel bir yorum içermektedir. Bilimsel yorumda, hukuk bilimiyle uğraşanların yorum yöntemlerine göre hukuk kurallarının anlamını belirlemeleri söz konusudur; yargı yorumundan farklı olarak, belirli bir somut olayla ilgisi olmaksızın soyut çözümler ileri sürülmektedir. Soyutluk ve genellik taşıması sebebiyle yasama yorumuna benzetmekle birlikte, bağlayıcı olmaması sebebiyle yasama yorumundan ayrılmaktadır⁴⁰.

³⁷ Hâkimin kanunu özüyle uygulaması, kanunun belirli bir ilişkiyi düzenlerken çatışma hâlindeki menfaatlerden hangisini diğerine oranla daha fazla korumak istediği hususundaki amacından, bir ilişkiyi düzenlemede esas aldığı ana ilke ve kurallardan, yani kanunun bütününden çıkan anlama göre karar vermesi demektir. Kanunun özünü ortaya çıkarabilmek için de, kanunun yorumlanması gerekir (Akipek/Akıntürk/Ateş Karaman, s. 113-114).

³⁸ Edis, s. 185; Oğuzman/Barlas, s. 70.

³⁹ Yorum türleri hakkında bkz. Birsen, s. 38-39; Edis, s. 187-189; Oğuzman/Barlas, s. 67; Köprülü, s. 100; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 95; Özsunay, s. 189-190; Narmanhoğlu, s. 110-113; Akipek/Akıntürk/Ateş Karaman, s. 114-115; Dural/Sarı, s. 126-127.

⁴⁰ Edis, s. 188-189; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 95; Narmanhoğlu, s. 113.

Hükmün (kanunkoyucunun açıkladığı beyanın) gerçek anlamı belirlenmeye çalışılırken, bilimsel alanda ve uygulamada zaman zaman hâkim olmuş bazı yorum yöntemlerinden yararlanılmıştır. Bunlar; deyimsel yorum yöntemi, tarihi yorum yöntemi, objektif yorum yöntemi, serbest yorum yöntemi ve yorumun amacı olarak tanınabilir iradenin araştırılması yöntemleridir. Fakat kanunkoyucu, ne yorum ve ne de yorum şekli ile yorumda geçerli yöntemler konusunda herhangi bir yol göstermiş değildir⁴¹. Bu sebeple, yorum yöntemleri çalışmamızda incelenmeyecektir.

2. Yorumda Dikkate Alınacak Unsurlar

Yukarıda belirtilen yorum yöntemlerinden hangisi tercih edilirse edilsin, yorum yapan kişinin kanunun metni, doğuşu (tarihçesi), sistemi, amacı gibi belirli dayanak noktalarını esas alması gerekmektedir. Hâkim, sağlıklı bir sonuca ulaşabilmek için yorumda bu unsurları göz önünde bulunmalıdır. Ancak bunlar tespit edildikten sonra bilimsel ilkeler, mantık kuralları, yarar ve sosyal gerçeklikler açısından en uygun çözüm bulunabilir. Hâkim, farklı yöntemlerle varılabilecek sonuçlar ile kendisinin bulduğu sonuçları karşılaştırarak bazı sakıncaları önleyebilir; tek bir yöntemin benimsenmesiyle yetinilmesi tavsiye edilmemektedir⁴².

a. Kanunun Metni

Yorumda ilk başvurulacak dayanak noktası, kanunun metnidir. Kanunkoyucu, iradesini belirli bir dilde metin hâlinde açıklar. Kanunun metninde açıklanmamış hususlar, yorum yaparken -kural olarak- hâkim tarafından dikkate alınmaz⁴³.

Kanunun anlamı, mantık ve dilbilgisi analizlerine, cümle yapısına başvurularak, bazen sözcüklerin de yardımıyla, metnin noktalama işaretleri,

⁴¹ Yorum yöntemleri hakkında bkz. **Edis**, s. 189-193; **İmre**, s. 158 vd.; **Oğuzman/Barlas**, s. 67-70; **Zevkliler/Acabey/Gökyayla**, s. 96-97; **Akipek/Akıntürk/Ateş Karaman**, s. 116 vd.; **Özsunay**, s. 191-192; **Narmanlıoğlu**, s. 99 vd.; **Akyol**, s. 239 vd.; **Honsell**, s. 9, N. 11 vd.

⁴² **Edis**, s. 193; **Akyol**, s. 215.

⁴³ **Arık**, s. 84; **Birsen**, s. 60; **Edis**, s. 193; **İmre**, s. 165; **Narmanlıoğlu**, s. 103; **Akipek/Akıntürk/Ateş Karaman**, s. 120; **Akyol**, s. 222; **Honsell**, s. 4, N. 4.

başlık veya kenar başlıkları da göz önünde tutularak, kanunkoyucunun kullandığı terimler ve cümleler tek tek ele alınarak bulunabilir⁴⁴.

Kanun metninin, yorumda başlıca araç veya dayanak olarak kullanılması tatmin edici bir çözüm bulunmasında her zaman yeterli olmayabilir. Kanunkoyucunun hükümleri kısaltma ve basitleştirme eğilimi ve endişesi, bazen iradesine uygun olmayan metinlerin ortaya çıkmasına sebep olabilmektedir. Bu sebeple, deyimisel anlamın başka dayanaklarla kontrol edilmesi gerekmektedir⁴⁵. Başka bir ifadeyle, hâkim, kanun hükmü yazılırken kullanılan sözcüklerden, onların sözcük anlamlarından ve yan yana dizilmelerinden çıkan anlamından bir sonuca ulaşmaya çalışacaktır. Yasanın düzenleniş şekli açıksa, başka bir işleme gerek kalmaksızın okuma yoluyla ne demek istediği anlaşılıyorsa, hâkim o kuralı olaya uygulayacaktır. Fakat hâkimin bunu yaparken, sadece kanunun sözünden çıkan anlamla yetinmemesi, vardığı sonucun kanunun özüyle, yani kanunun tümüne hâkim olan temel düşünceyle ters düşmemesine de dikkat etmesi gerekir⁴⁶.

Karayolları Trafik Kanunu'nun 110. maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesinin "*İşleteni veya sahibi Devlet ve diğer kamu kuruluşları olan araçların sebebiyet verdiği zararlara ilişkin olanları dâhil, bu Kanundan doğan sorumluluk davaları, adli yargıda görülür.*" metninden, iki anlam çıkmaktadır: Birinci anlam, gerçek kişiler ile özel hukuk tüzel kişileri gibi, kamu tüzel kişilerinin araçlarının da sebebiyet verdiği zararlardan sorumluluk davaları adli yargıda görülür. İkinci anlam ise, işletenin hukukî sorumluluğu yanında, Karayolları Trafik Kanunu'nda düzenlenen tüm sorumluluk hallerinde (davalının kim olduğu önem taşımaksızın) adli yargı görevlidir. Maddenin yazılış biçimi (dilbilgisi kuralları ile kullanılan sözcük-

⁴⁴ Arık, s. 84; Edis, s. 193-194; Oğuzman/Barlas, s. 71; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 94, 97; Akipek/Akıntürk/Ateş Karaman, s. 121; Özsunay, s. 193; Narmanhoğlu, s. 103; Dural/Sarı, s. 128; Honsell, s. 8, N. 9.

⁴⁵ Edis, s. 194; Akipek/Akıntürk/Ateş Karaman, s. 121. Hâkimin kanuna bağlı olması, metne mutlak bağlılık şeklinde anlaşılmalıdır. Yanlış bir metin veya hatalı bir çeviri söz konusuysa, hâkim metinle bağlı değildir. Çünkü bir kuralın yorumunda kelimeden çok, kullanılan ifadeyle kastedilen anlam önemlidir. Yanlış bir metnin mevcut şekliyle yorumu ve uygulanması kanunkoyucunun istemediği bir sonucun doğması bakımından da tatmin edici değildir (Narmanhoğlu, s. 104).

⁴⁶ Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 94; Honsell, s. 3, N. 1, s. 4, N. 4.

lerin seçimi ve noktalama işaretleri göz önünde tutularak incelendiğinde), özellikle ikinci anlamın kabul edilmesine imkan sağlar gözükmektedir.

b. Kanunun Doğuşu (Tarihçesi)

Kanunun yapımında kanunkoyucunun kabul edilebilir iradesinin belirlenmesi istenildiğinde, kanunun tarihçesi araştırılmalıdır. Kanunkoyucunun düşüncesi, öncelikle kanunun hazırlık çalışmalarından hareketle tespit edilebilir. Bu kapsamda, kanunun hazırlanması için görevlendirilmiş makamlar ile komisyonların ve kişilerin yazılı metinlerinde ortaya çıkan görüşleri, ön tasarılar, kanun teklif ve tasarıları, gerekçeler, görüşme tutanakları ile yasama organı içinde veya dışında o konuda yazılmış ve söylenmiş hususlar incelenmelidir⁴⁷.

Yorumu gerçekleştiren kişi, kanunun metne dönüştürülmesi sırasındaki kanunkoyucunun ruh hâlini olabildiğince yeniden bulmalı, ahlâki, sosyo-ekonomik, bilimsel ve teknik verileri kanunkoyucunun yararlandığı şekilde ortaya koymalıdır⁴⁸.

Kanunun doğuşunun araştırılması, yorum için her zaman kesin bir sonuç vermemektedir. Fakat hazırlık çalışmaları ve tarihçeyle ilgili diğer unsurlar, kanunkoyucunun kullandığı terimlere vermek istediği anlamın açık bir şekilde belirlenmesine yarayabilir⁴⁹.

Kanunun doğuşuyla ilgili olarak yapılan incelemede, önceden tasarlanan metinden farklı bir metnin kabul edilmiş olması veya belirli terimlerin kullanılmaktan sonradan vazgeçilmiş bulunması, anlamı belirleme bakımından yorumda yardımcı olur⁵⁰.

⁴⁷ Arık, s. 88; Birsen, s. 60; Tekinay, s. 60; Edis, s. 194-195; İmre, s. 169; Oğuzman/Barlas, s. 74; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 98; Özsunay, s. 193; Narmanlıoğlu, s. 109-110; Dural/Sarı, s. 129; Akyol, s. 235-236. Bazı milletvekillerinin meclis görüşmeleri sırasında dile getirdikleri ve fakat kabul edilmeyen hususlar, yorumda esas alınmaz; Meclisin kabul ettiği nihai metne üstünlük tanınmalıdır (Honsell, s. 8, N. 9).

⁴⁸ Edis, s. 195; Narmanlıoğlu, s. 110. Düzenleme ne kadar yeniyse, kanunun tarihçesinin yorumda esas alınması o kadar önem kazanır (Honsell, s. 8, N. 9).

⁴⁹ Edis, s. 195; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 98; Narmanlıoğlu, s. 110.

⁵⁰ Edis, s. 195.

Bu kapsamda yapacağımız incelemede, öncelikle kanunun gerekçesine bakılmalıdır⁵¹. Çalışmamızın başında verdiğimiz, Karayolları Trafik Kanunu'nun 110. maddesinin değiştirilmesine ilişkin hem Kanun teklifinin gerekçesinde, hem de Adalet Komisyonunun raporunda, yapılan değişikliğin sadece işleteni veya sahibi kamu tüzel kişileri olan araçların verdikleri zararlara ilişkin davalarda adli yargının görevli olduğu belirtilmiştir (“*Karayolları Trafik Kanunu'nun 106 ncı maddesi hükmüne göre kamuya ait araçların sebebiyet verdiği kazaların dahi Karayolları Trafik Kanunu hükümlerine tâbi kılınması karşısında bu tür davalarda görevin adli yargıda olması, kanun ve hukuk mantığının kaçınılmaz sonucudur.*”; “*Yasanın amacı, karayolu trafiğinin ve araçların ürettikleri risklere dayalı hukukta yeknesak çözüm düzeni oluşturmaktır. Yargısal görev (usul) de bu amacın dışında değildir.*”); gerekçeden hiçbir şekilde, Karayolları Trafik Kanunu'nda öngörülen bütün sorumluluk hallerinin adli yargıda görülmesine ilişkin kanunkoyucunun bir iradesi tespit edilememektedir. Kanunkoyucunun iradesine aykırı olarak hükmün farklı bir şekilde uygulanması, Medenî Kanun'un 1. maddesindeki, hükmün “*sözü ve özüyle birlikte uygulanacağı*” yönündeki ilkeye aykırılık oluşturmaktadır; hükmün sözüne birden fazla anlam yüklemek mümkünse, bunlardan hükmün özüne (konuluş amacına) en uygun olanın tercih edilmesi gerekir. Bu sebeple, hükmün Uyuşmazlık Mahkemesi tarafından anlaşıldığı şekilde uygulanması isabetli değildir.

⁵¹ “Hiç şüphesiz madde gerekçeleri bağlayıcı değildirler. Ne var ki; duraksama hasıl olduğu durumlarda, gerek uygulayıcıların ve gerekse doktrinin başvurduğu en önemli kaynağı oluşturmaktadırlar. Öyle ise, gerekçelerin açıklayıcı, aydınlatıcı, yol gösterici ve maddeye ilişkin bir yorumun yapılması bakımından gerekli bilgileri içeren metinler olduğunun da kabulü gerekmektedir. Bu özellikleri ile gerekçelerin bir tarafa bırakılması veya göz ardı edilmesi düşünülemez.” YİBK., 19.1.2007, 1/1 (Karşı oy yazısı) (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

“Adalet Komisyonunun gerekçesi bilimsel bir değer taşımamaktadır.” (Havutçu, Ayşe; Haksız Fiil Sorumluluğunda Zamanaşımı Sürelerinin Başlangıcı, Prof. Dr. Burhan Ceyhan'a Armağan, C.II, İzmir 2012, s. 605), ifadesine katılmadığımızı belirtmek isteriz. Şüphesiz kanunkoyucunun kanun metnini hiçbir tereddüde mahal vermeyecek şekilde açık yazması gerekir; fakat birden fazla anlama gelebilecek bir ifade tercih edilmişse, bu durumda hükmün gerçek anlamını tespit maddenin gerekçesi önem taşır. Bir Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında da, kanunun açık olmadığı hallerde yoruma ve gerekçeye başvurulabileceği belirtilmiştir (YİBK., 19.1.2007, 1/1 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)).

c. Kanunun Sistematığı

Kanunun belirli bir sistemi bulunmakta ve bütünüyle bir uyum oluşturmaktadır. Başka bir ifadeyle, kanun birbiriyle ilgisi bulunmayan parça parça hükümlerden ibaret olmayıp, bir bütündür; çeşitli hükümler, bu bütünün mantıklı bir sistem içerisinde düzenlenmiş parçalarıdır. Bu sebeple, yorum yapan kişi kanunun sistematığını araştırmalı ve bundan bir anlam çıkarmaya çalışmalıdır. Kanundaki metnin, diğer hukuk kuralları ve hukuk düzeniyle bütünleşme ilkesi çerçevesinde bir anlamı olabilir; yorumlanacak kanun hükmü, bütüne dâhil bir norm olarak, kanunun diğer hükümleriyle bir bütün hâlinde dikkate alınarak bir yoruma tâbi tutulmalıdır. Burada hâkim, kanunun bütününcü inceler, hükümleri diğer fıkra ve maddelerle birbirine yaklaştırarak kanundaki mantığı saptar; kanunun temelinde bulunan düşüncüyü göz önünde bulundurur⁵².

Kanunun kendi içindeki bölümleri de, kanunun sistematığında yol gösterici olabilir; benzer şekilde, mantık ilkeleri de kanunun sistematığından anlam çıkartmamıza yarayabilir. Aksiyle kanıt, kıyasa, haydi haydi (evleviyetle) uygulamaya, aza izin verilince çoğa veya çoğa izin verilince aza da izin verildiği yolundaki mantık kurallarına, tümevarıma ve tümdengelimle, akli ve mantıklı ilkeler olarak kanunun sistematığından anlam çıkartmada başvurulabilir⁵³.

Karayolları Trafik Kanunu 13 Kısım'dan oluşan bir kanundur ve her kısımda farklı konular düzenlenmiştir. "*Hukukî Sorumluluk ve Sigorta*" başlığını taşıyan 8.Kısım da 4 Bölüm'e ayrılmış, 1.Bölüm'de işletenin hukukî sorumluluğu, 2.Bölüm'de sigorta, 3.Bölüm'de özel durumlar ve 4.Bölüm'de ortak hükümler düzenlenmiştir. Sistematik açıdan bakıldığında, Kanun'un 110. maddesindeki göreve ilişkin düzenlemenin 8.Kısım'da düzenlenen işletenin sorumluluğuna ilişkin olması gerekir. Dolayısıyla "*bu*

⁵² Arık, s. 85; Tekinay, s. 60; Edis, s. 195; İmre, s. 167; Oğuzman/Barlas, s. 73; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 97; Akipek/Akıntürk/Ateş Karaman, s. 121; Özsunay, s. 193; Narmanlıoğlu, s. 108; Akyol, s. 227; Honsell, s. 8, N. 9. "*Yasanın yorumunda, yasa hükümlerinin bir sistem ve birlik teşkil ettiği düşüncesinden hareket olunur.*" YİBK., 15.4.1985, 4/3 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁵³ Arık, s. 88 vd.; Edis, s. 195; Akipek/Akıntürk/Ateş Karaman, s. 122-123; Dural/Sarı, s. 128.

Kanundan doğan sorumluluk davaları” ifadesinden kastedilen, Kanun’un 8.Kısım’ında 85 ve devamı maddelerinde düzenlenen sorumluluklara ilişkin davalar olup, bu davalarda adli yargı görevli kılınmıştır⁵⁴. Kamu tüzel kişilerine ait araçların sebep olduğu zararlara ilişkin sorumluluğu düzenleyen 106. maddenin de özel durumları düzenleyen 3.Bölüm’de yer alması, ardından gelen 4.Bölüm’deki 110. maddenin sadece böyle bir sorumluluğa (işletenin sorumluluğuna) ilişkin görev kuralını düzenlediğini göstermektedir.

d. Kanunun Konuluş Nedeni (Amacı)

Kanunkoyucu bir kuralı düzenlerken, belirli bir amaca ulaşmayı arzu eder. Sosyal gereksinimlere veya hukuk politikasının isteklerine uygun şekilde, belirli bir sorunu çözmek için ilgili kişi veya kişi topluluklarının

⁵⁴ Karayolları Trafik Kanunu’nun 110. maddesinin birinci fıkrasının Anayasaya aykırılığı iddiasıyla açılan davada, dava dilekçesindeki şu değerlendirmeler isabetlidir: “...Aynı kanun 7. maddesinde ise Karayolları Genel Müdürlüğü’nün görev ve yetkileri düzenlenerek 7/1-a mad “Yapım ve bakımdan sorumlu olduğu karayollarında can ve mal güvenliği yönünden gerekli düzenleme ve işaretlemeleri yaparak önlemleri almak ve aldirmek,” olarak kamusal hizmet niteliği ağır basan görevlendirme yapılmıştır. 85 vd maddelerinde ise hukukî sorumluluk ve sigorta düzenlenmiştir. 110. maddesi de bu kısımda düzenlenip bu kısımdaki hukukî sorumluluk hükümlerinden dolayı açılacak davalardaki görevli ve yetkili mahkemeleri belirlemesi gerekirken kanunda “bu kanundan doğan sorumluluk davaları...” denilerek adli yargı mahkemeleri hem 2918 sayılı kanunun 85 vd. maddelerinde hukukî sorumluluk kurumlarının düzenlendiği bölümde ve hem de kanunun tamamından doğacak sorumluluk ile ilgili bütün uyumsuzlukları kapsayacak şekilde adli yargı mahkemeleri görevlendirilerek aynı kanunun 7/1-a maddesine göre kamu kurumu olan ve görevi kamusal hizmetleri idari işlem ve eylemlerle yerine getirmek olan Kara Yolları Genel Müdürlüğü’nün görevinde kalan yapım ve bakımdan sorumlu olduğu karayollarında can ve mal güvenliği yönünden gerekli düzenleme ve işaretlemeleri yaparak önlemleri almak ve aldirmek görevlerinin yerine getirilmemesi veya kusurlu olarak yerine getirilmesinden doğacak sorumluluk hallerinde dolayısıyla Uyuşmazlık Mahkemesinin 04/02/2013 Tarih 2012/57 E.,2013/179 K. Sayılı kararı gereğince Anayasanın 2, 125, 142, 145 ve 155. maddesine göre İdarî Yargı mahkemelerinin görevinde olması gerekirken bu anayasa hükümlerine aykırı olarak 110/1f 1 ve 2 cüm. Mad kapsamında olduğu kabul edilerek adli yargı mahkemelerinin görevi kapsamında görülmüş mahkememizin aksi yöndeki yargı yoluna ilişkin görevsizlik kararı bu Anayasaya aykırılığı ileri sürülen ve itiraza konu edilen 110. maddedeki düzenleme dayanak gösterilerek kaldırılmıştır.”

karşılıklı menfaatlerini göz önünde tutarak, eğer çatışan menfaatler varsa bunlardan birini koruma amacını güder. Kanunkoyucunun bir hukuk kuralını düzenlemekle izlediği amacın belirlenmesi işi, teleolojik yorum olarak adlandırılır. Hangi yorum yöntemi kabul edilirse edilsin, dayanak noktası olarak kanunun konuluş nedeni arandığından, bu ayrı bir yorum yöntemi türü olarak kabul edilmemelidir⁵⁵.

Kanunkoyucunun bir kanunu çıkartmakla izlediği amaç, genellikle başlığından (adından) anlaşılır. Bazı durumlarda hükümlerin sistematigi veya tarihçesi, kanunu çıkartmaya zorlayan toplumsal nedenler, onun konuluş nedenlerini bulmamızda bize yön gösterebilir⁵⁶.

Kanunun anlamının belirlenmesinde onun konuluş nedenine dayanırken, kanunkoyucunun kabul edilebilir amacını gösteren emareleri dikkatli ve özenli bir şekilde göz önünde bulundurmak gerekir. Çok genel niyetler, konuluş amacını belirlemeye yeterli değildir. Kanunkoyucunun izlediği sanılan veya kabul edilen amaçlara da mutlak bir değer verilmemelidir; çünkü kanunkoyucunun izlediği amaçlar çelişebilir. Ayrıca kanunkoyucunun izlediği amaç yerine, yorum yapan kişi kendi çözümünü onun yerine koymalıdır. Hükmün konuluş amacından yararlanmada, sübjektif düşüncelerin kanunkoyucuya izafe edilebilmesi sakıncası bulunmaktadır⁵⁷.

Karayolları Trafik Kanunu'nun 110. maddesinin birinci fıkrasının konuluş amacı, hükmün gerekçesinde de belirtildiği gibi, kamu tüzel kişilerini Karayolları Trafik Kanunu'nda belirtilen tüm sorumluluk halleri bakımından adli yargıya tâbi kılmak değil, sadece işletenin sorumluluğuna ilişkin davaların adli yargıda görülmesini sağlamaktır. Hükmün Uyuşmazlık Mahkemesinin anladığı şekilde uygulanması İdare Hukukunun kuralları ve

⁵⁵ Arık, s. 87-88; Edis, s. 196; Tekinay, s. 61; İmre, s. 168; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 98; Akipek/Akıntürk/Ateş Karaman, s. 124; Narmanlıoğlu, s. 108; Honsell, s. 9, N. 10. "Türk Medenî Kanunu'nun 1. maddesi uyarınca; yasanın sözünden çıkan anlam, özünden çıkan anlamla bağdaşmıyorsa kabul edilemez. Yasa hükmünün özünün araştırılması ise onun amacının belirlenmesini zorunlu kılar. Bu itibarla, yorum yapılırken doğru sonuca ulaşılabilmesi için iş yasası kuralının amacının (ratio legis) araştırılması gerekir." HGK., 1.12.2004, 9-643/642 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁵⁶ Edis, s. 196.

⁵⁷ Edis, s. 196.

Kanun'un 106. maddesiyle uyuşmayacağı gibi, kanunkoyucuyu böyle bir sistem değişikliği yapmaya sevkedecek (kamu hizmeti niteliğindeki karayollarının yapımı ve bakımı gibi faaliyetlerin yol açtığı zararların tazminine ilişkin davalar hizmet kusuru sebebiyle idarî yargıya tâbiyken, artık bu tür davaların adlî yargıda görülmesini haklı kılacak) bir gereklilik de bulunmamaktadır.

Bununla birlikte, Kanun'un 110. maddesinin birinci fıkrasının sözü ile özü arasındaki farklılığın tespit edilerek, ne şekilde uygulanması gerekeceğine ilişkin olarak yapılacak yorum faaliyeti sonucunda, hükmün anlamının farklı şekillerde belirleneceği de ifade edilmelidir. Eğer kanunun ruhunun araştırılmasıyla tespit edilecek anlam sözel yorumla varılan anlama eşit olursa, açıklayıcı bir yorum; lâfzî yorumdan farklı olursa, değiştirici bir yorum; lafza göre farklı sonuç hükmün anlamını genişletirse, genişletici bir yorum; hükmün anlamını daraltırsa, daraltıcı bir yorum yapılmış olur⁵⁸. Kanaatimizce, 110. maddenin birinci fıkrasında, kanunun ruhunun araştırılmasıyla tespit edilecek anlam lâfzî yorumdan farklı olduğundan, değiştirici bir yorum faaliyeti söz konusu olmaktadır.

3. Kanunda Boşluk Olup Olmadığı

Kanunun sözünden çıkan anlam ile özünden çıkan anlam bağdaşmıyorsa (kanunun ruhuyla bağdaşmayan bir sözel anlam kabul edilmeyeceğinden), ortada bir kanun boşluğunun bulunduğu söz edilir ve bu boşluk, kanunun ruhuna uygun bir çözümle doldurulur. Başka bir ifadeyle, kanunun sözünün anlamı ile yorum sonucu varılan anlamı birbirinden farklı ise, kanunda bir boşluk olduğu kabul edilir ve bu boşluk, yorumla varılan sonuca göre (yani hükmün özü itibarıyla anlamına göre) doldurulur⁵⁹. Burada özellikle, örtülü boşluk kavramı incelenmelidir.

Kanunda somut olayda çözümlenmesi gereken soruna ilişkin bir hüküm bulunmasına rağmen bu hükmün lafzî ile ruhunun bağdaştırılması mümkün değilse veya mevcut hükmün aynı değerde başka bir hükümle çatıştığı

⁵⁸ Arık, s. 93-94; Edis, s. 196; İmre, s. 170-171; Oğuzman/Barlas, s. 72; Özsunay, s. 190; Dural/Sarı, s. 126; Akyol, s. 244-247.

⁵⁹ Tekinay, s. 63; Oğuzman/Barlas, s. 71; Dural/Sarı, s. 125.

durumlarda ya da bir hükmün lafzı ile ruhu birlikte dikkate alınarak tespit edilen anlamda uygulanmasının dürüstlük kuralıyla bağdaşmadığı ve bir hakkın kötüye kullanılması sayılacağı durumlarda yine de kanunda uygulanabilir bir hüküm bulunmadığı sonucuna varılır; bu hâllerde, örtülü (gizli) kanun boşluğundan söz edilir⁶⁰.

Kanaatimizce, Karayolları Trafik Kanunu'nun 110. maddesinin birinci fıkrası bakımından örtülü bir boşluğun bulunduğundan söz edilebilir: Hükmün sözel anlamı (bu Kanundan doğan *bütün sorumluluk davalarının* adli yargıda görülebilmesi için) açık olmasına rağmen, bu sözel anlam kanunun ruhuna (özüne) uygun düşmemektedir. Kanunkoyucunun Karayolları Trafik Kanunu'nda böyle bir değişiklik yapma iradesinin bulunduğu tespit edilemediğinden, kanunkoyucunun hükmü yazarken gerekli özeni göstermemesi yüzünden hükmün mevcut hâlinin kanunkoyucunun istemediği bir şekilde Uyuşmazlık Mahkemesinin hükmü anlamlandırmasına sebep olduğu kabul edilmelidir. Şüphesiz bu örtülü boşluğun hâkim tarafından doldurulması gerekmele birlikte, hükmün kanunkoyucu tarafından bir an önce değiştirilerek gerçek anlamını verecek şekilde ifade edilmesi gerekmektedir.

4. Ara Sonuç

Karayolları Trafik Kanunu'nda, 106. maddesinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda hangi mahkemenin görevli olduğu konusunda bir hüküm bulunmadığından, davaların adli yargı da mı yoksa idarî yargıda mı çözümlenmesi gerektiği hususunda görüş ayrılıkları yaşanmakta ve Uyuşmazlık Mahkemesi

⁶⁰ **İmre**, s. 176; **Tekinay**, s. 64; **Oğuzman/Barlas**, s. 102-103; **Zevkliler/Acabey/Gökyayla**, s. 110; **Kırca**, Çiğdem; Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama, AÜHFD 2001/1, s. 96. Burada gerçek olmayan boşluktan da söz edilebilmesi mümkündür. Gerçek olmayan boşlukta da, örtülü boşlukta olduğu gibi bir hüküm bulunmaktadır. Fakat bu hüküm olaya sadece sözü itibarıyla uymaktadır; kanunun koyduğu bu hüküm olaya uygulanacak olursa, kanunun amacına aykırı ve kabulü imkânsız bir sonuçla karşılaşılacaktır. Bu tür boşluk kanunkoyucunun bir hatasından kaynaklanmaktadır. Bu gibi hâllerde hükmü düzeltmek kanunkoyucunun işi olup, hâkim tarafından hukuk yaratılarak boşluk doldurulamaz; zira ortada bir kanun hükmü vardır. Hâkim ancak, Medenî Kanun'un 2. maddesinin ikinci fıkrasına göre normun kötüye kullanılmasına dayanarak hükmü uygulamaktan kaçınabilir (**Köprülü**, s. 105; **Dural/Sarı**, s. 138; **Kırca**, s. 95-96).

de genellikle idarî yargıyı görevli kabul etmekteydi. Fakat konunun özel hukuka dâhil sayılan Karayolları Trafik Kanunu'ndan kaynaklandığı kabul edilerek, kamu tüzel kişilerine ait araçların sebep olduğu kazalarda da adlî yargının görevli olması gerektiği ileri sürülmekteydi.

Bu sorunu gidermek amacıyla, Karayolları Trafik Kanunu'nun 110. maddesinde bir değişikliğe gidilmesi ihtiyacı hissedilmiş ve sadece yetkili mahkemeyi düzenleyen hüküm, görevli mahkemeyi de kapsayacak şekilde genişletilmiştir. Fakat bu genişletme yapılırken kullanılan ifade, maddenin uygulama alanını kanunkoyucunun öngörmediği bir şekle dönüştürmüştür.

Öncelikle, kamu tüzel kişilerine ait araçlar dışında, Kanunun önceki düzenlemesinde bir görev kuralına yer verilmesinin gerekli olmadığı belirtilmelidir; çünkü bir özel hukuk sorunu olan bu tür durumlarda, adlî yargının görevli olduğundan şüphe duyulmamalıdır. Kanaatimizce, kamu tüzel kişilerine ait olan araçlarla ilgili görev kuralı belirtilirken, zaten adlî yargıya tâbi olanlara ilişkin de bir açıklama yapılması ihtiyacı sebebiyle maddede “*İşleteni veya sahibi Devlet ve diğer kamu kuruluşları olan araçların sebebiyet verdiği zararlara ilişkin olanları dâhil, bu Kanundan doğan sorumluluk davaları*” ifadesi kullanılmıştır; böylece, sadece kamu tüzel kişileri bakımından değil, gerçek kişiler ve özel hukuk tüzel kişileri bakımından da görevli mahkeme konusu düzenlenmek; böylece kanunda niçin sadece kamu tüzel kişileri bakımından görev düzenlemesi yapıldığına ilişkin eleştiriler cevaplanmak istenmiştir.

Bunun dışında, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 55. maddesinin ikinci fıkrası ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 3. maddesi gibi, 6099 sayılı Kanunla da, benzer olaylarda farklı yargı yollarının görevli olmasından kaynaklanan farklı hukuk uygulamalarını önlemek amacının güdüldüğünü söylemek mümkündür⁶¹.

⁶¹ “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.” (AYM 16.2.2012, 2011/68, 2012/23 (RG., 19.5.2012, S. 28292).

Ayrıca, Uyuşmazlık Mahkemesi tarafından 110. maddenin anlamı tespit edilirken farklı bir sonuca ulaşılabilmesi de mümkün olmasına rağmen, bazı düşüncelerle bunun gerçekleşmediği de söylenebilir. Adalet Komisyonu raporunda geçen “*Mevzuatta değişiklik olmamasına rağmen, bu tür davalarda adli yargının görevli olduğu içtihadından neden dönüldüğü sorusunu Uyuşmazlık Mahkemesi temsilcisi, Mahkemenin üye yapısında Danıştay çoğunluğuna geçilmiş olmasıyla izah etmiştir.*” ifadeleri, muhtemelen işyükü sebebiyle⁶² bu tür davaları idarî yargının görev alanından çıkartmak isteyen ve Uyuşmazlık Mahkemesinin üye sayısında üstünlüğe sahip olan Danıştay’ın etkili olduğunu göstermektedir. Başka bir ifadeyle, hükmün aslında başka türlü anlamlandırılmasının da mümkün olduğu, fakat bunun yapılmadığı; daha sonra bu konuda pekala bir içtihat değişikliğinin mümkün olabileceği belirtilmelidir.

Yukarıdaki açıklamalar doğrultusunda, Karayolları Trafik Kanunu’nun 110. maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesinin, kamu tüzel kişilerinin işleten sıfatıyla sorumluluğunun adli yargının görev alanına ilişkin olacağını daha doğru belirtmesi bakımından şu şekilde ifadesi daha uygun olurdu: “*Kamu tüzel kişisi olması önem taşımaksızın, işletenin hukukî sorumluluğuna ilişkin davalar adli yargıda görülür.*”

Burada 106. maddenin içeriğinin, Karayolları Trafik Kanunu’nun işletenin sorumluluğuna ilişkin düzenlemelerinden daha dar olduğu da belirtilmelidir. Çünkü 106. maddede, sadece kamu tüzel kişilerine “*ait*” motorlu araçların sebep oldukları zararlardan dolayı bu Kanunun işletenin hukukî sorumluluğuna ilişkin hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir. Kanaatimizce bu düzenlemenin, yapılacak bir kanun değişikliğiyle, sadece mülkiyeti değil, Kanunun işleten sıfatını kabul ettiği diğer durumlarda da uygulan-

⁶² Otoyol, Devlet ve il yolları ağına giren karayolları güzergâhları ile bunların değişikliklerine ilişkin planları hazırlamak veya hazırlatmak, hazırlayacağı programlar uyarınca karayollarını yapmak, yaptırmak, emniyetle kullanılmasını sağlayacak şekilde sürekli bakım altında bulundurmak, bakımını yaptırmak, onarmak, onarımını yaptırmak, işletmek, işletirmek Karayolları Genel Müdürlüğünün görev ve yetkileri arasındadır. Karayolları Genel Müdürlüğü yanında belediyeler ve diğer kamu tüzel kişilerinin de karayollarına ilişkin görevlerinin yürütülmesi sırasında meydana gelen olayların sayısı ve bunların sebep olduğu zararların miktarı göz önünde bulundurulursa, Uyuşmazlık Mahkemesi kararıyla idarî yargının işyükünün bir hayli azaldığını söylemek mümkündür.

bilecek şekilde genişletilmesi yerinde olur⁶³. Çünkü Kanun'un 3. maddesinde işleten sıfatı tanımlanmış olup "Araç sahibi olan veya mülkiyeti muhafaza kaydıyla satışta alıcı sıfatıyla sicilde kayıtlı görülen veya aracın uzun süreli kiralama, ariyet veya rehni gibi hallerde kiracı, ariyet veya rehin alan kişidir. Ancak ilgili tarafından başka bir kişinin aracı kendi hesabına ve tehlikesi kendisine ait olmak üzere işlettiği ve araç üzerinde fiili tasarrufu bulunduğu ispat edilirse, bu kimse işleten sayılır." şeklinde ifade edilmiştir. Görüldüğü gibi Kanun anlamında işleten sadece aracın sahibi olan kişi değildir; fakat 106. madde, kamu tüzel kişilerinin sadece mülkiyet hakkına dayalı işletenlik sıfatları sebebiyle sorumluluğunu düzenlemektedir.

Buna karşılık 110. maddede "işleteni veya sahibi" kamu tüzel kişiler olan araçların sebebiyet verdiği zararlardan söz edildiğinden, kamu tüzel kişilerinin Kanun'un 3. maddesi anlamında işleten sayıldığı her durumda Karayolları Trafik Kanunu'na dayalı sorumluluklarının bulunması gerekir. Aslında işletenlik sıfatı, mülkiyet hakkına dayalı olarak araç üzerinde hâkimiyeti de kapsadığından, 110. maddeye ilişkin değişiklikte "veya sahibi" ifadesinin maddeye ilave edilmesi gerekli değildi; zaten bu ifade Adalet Komisyonu tarafından ilave edilmiş⁶⁴ olup, kanun tasarısında isabetli olarak bu ifade yer almamaktaydı.

⁶³ "Genel bütçeye dâhil dairelerle katma bütçeli idarelere, il özel idarelerine ve belediyelere, kamu iktisadi teşebbüslerine ve kamu kuruluşlarına ait motorlu araçların sebep oldukları zararlardan dolayı, bu Kanunun işletenin hukukî sorumluluğuna ilişkin hükümleri uygulanır. Bu kuruluşlar, 85 inci maddenin birinci fıkrasına göre olan sorumluluklarının karşılanmasını sağlamak üzere 101 inci maddedeki şartları haiz milli sigorta şirketlerine mali sorumluluk sigortası yaptırmakla yükümlüdürler." yerine, bir kanun değişikliği yapılarak şu şekilde;

"Kamu tüzel kişileri hakkında da, bu Kanunun işletenin hukukî sorumluluğuna ilişkin hükümleri uygulanır. Kamu tüzel kişileri, 85 inci maddenin birinci fıkrasına göre olan sorumluluklarının karşılanmasını sağlamak üzere 101 inci maddedeki şartları haiz milli sigorta şirketlerine mali sorumluluk sigortası yaptırmakla yükümlüdürler." ifadesi 110. maddenin birinci fıkrasıyla daha uyumludur.

⁶⁴ Adalet Komisyonu raporuna göre "Ayrıca Karayolları Trafik Kanunu'nun sorumluluk hukuku yönünden benimsediği "işleten" terimi ile (m. 85) yine aynı Kanunda kamuya ait araçlar yönünden benimsenen "aidiyet" terimi (m.106) arasında sorumluluk bağı yönünden bir ayrıma gidilemeyeceği hususunun Kanun düzeyinde açıklığa kavuşturulması ve kamuya aidiyetin kategorik farklılığı (mülkiyet, sınırlı aynı hak, sözleşmeye

Yukarıda yaptığımız değerlendirmeler çerçevesinde, kanunkoyucunun Karayolları Trafik Kanunu'nun 110. maddesinde yaptığı değişiklikle kanunun uygulanma alanını genişletmek amacının bulunmadığı tespit edildiğinden, maddenin ifade ediliş şekline (sözünden) hareket edilerek böyle bir sonuca ulaşılması gerektiği kabul edilemez; hüküm, kanunkoyucunun amacı doğrultusunda uygulanmalıdır⁶⁵. Kanun metninin açık anlamının uygulanması durumunda, metnin gerçek anlamına uygun olmayan bir sonuca ulaşıyorlarsa, hâkim metnin açık anlamını değil, onun ruhunda yer alan gerçek anlamını bularak uygulamalıdır⁶⁶.

Kanunun özüne rağmen, sadece sözünü dikkate alarak uygulamak doğru değildir; çünkü bu durumda, kanunun sözü ve özüyle birlikte uygulanacağı yönündeki Medenî Kanun'un 1. maddesi ihlal edilmektedir.

dayalı kullanım vb.) işleten kavramıyla bağdaştığı sürece ayrı bir sonuç doğurmayacağı hususları göz önünde bulundurulmuş ve mülkiyetin yanında diğer tiplerin de kapsanması amacıyla Karayolları Trafik Kanunu'nun değiştirilmesi öngörülen 110 uncu maddesinin birinci fıkrasında geçen "İşleteni" ibaresinden sonra gelmek üzere "veya sahibi" ibaresi eklenmiştir."

⁶⁵ Açık bir kanun metni karşısında, ortada gerçek, açık veya tam bir kanun boşluğu bulunduğundan veya takdir yetkisinin varlığından söz edilemez. Fakat bu hükmün ihmâl edilmesi, bu şekilde fiilen bertaraf edilmesi mümkündür. Örneğin, önceki Medenî Kanunumuzun 730. maddesinin birinci fıkrasında "Zata mahsus olmayan intifa hakkı bir başkasına ferağ edilebilir." hükmü yer almaktaydı. Oysa kişiye bağlı olmayan intifa hakkının kendisi değil, sadece kullanılması devredilebilir; zira intifa hakkı, kişiye bağlı bir aynı hak olduğundan, bu hakkın başkasına devri mümkün değildir. Medenî Kanunumuz çevrilirken "kullanılması" kelimesi, yanlışlıkla bu hakkın devri mümkünmüş gibi ifade edilmiştir. Bu kural istisnasız uygulandığı takdirde hâkim, kanunkoyucunun yaptığı açık hata sonucu bu kurumun niteliğiyle bağdaşmayan hatalı ve isabetsiz bir çözüme gidecektir. Fakat hâkimin, kaynak kanundaki hükmü göz önünde bulundurarak karar vermesi gerekir. Çünkü hâkim, kanunu veya onun bir maddesini, hukukî düzenin bütünlüğü içerisinde yorumlamalıdır. Aksine bir davranış, Medenî Hukukun temel düzenini esaslı şekilde ihlal eder (**Köprülü**, s. 101-102; **Akyol**, s. 200). Bir İçtihadî Birleştirme Kararında da, resmî vasiyetnamenin ikinci ve istisnai şeklini düzenleyen önceki Medenî Kanun'un 482. maddesi metni, İsviçre Medenî Kanunu'nun aynı konuyu düzenleyen maddesinden farklı olmasına rağmen, İsviçre Medenî Kanunu'ndaki hükme göre yorumlanmıştır (YİBK., 26.3.1962, 1958/23, 1962/3 - Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁶⁶ **Köprülü**, s. 102.

Kanaatimizce, Karayolları Trafik Kanunu'nun 110. maddesinin birinci fıkrasında değişiklik yapılarak, hüküm kanunkoyucunun iradesine uygun hale getirilmelidir. Böyle bir değişiklik yapılınca kadar, madde metninin farklı bir anlam da verilebilecek ifadesine rağmen özüne uygun şekilde uygulanması isabetli olacaktır.

III. KAMU TÜZEL KİŞİLERİNİN KARAYOLLARI TRAFİK KANUNU'NA GÖRE HUKUKİ SORUMLULUĞU VE SORUMLULUĞUN SONUÇLARI

Burada, Karayolları Trafik Kanunu'nun 110. maddesinde yapılan değişikliğin, hükmün sözü ve özüyle birlikte uygulanması durumunda, kanunkoyucunun iradesine uygun şekilde nasıl uygulanması gerektiği açıklanacaktır.

A. Kamu Tüzel Kişilerinin İşleten Sıfatı

Karayolları Trafik Kanunu'nun 85. maddesine göre bir motorlu aracın işletilmesi bir kimsenin ölümüne veya yaralanmasına sebep olursa, motorlu aracın işleteni sorumludur. Görüldüğü gibi Kanun, aracın işleteninin sorumluluğunu düzenlemektedir. Yukarıda da belirttiğimiz üzere, Kanun'un 106. maddesinde sadece araç sahibi olan kamu tüzel kişilerinin sorumluluğu düzenlenmekle birlikte, Kanun'un 110. maddesinde yapılan değişiklikle aracın sahibi olma dışında diğer işletenlik durumlarında da kamu tüzel kişilerinin Kanuna göre sorumlu tutulacağında şüphe bulunmamaktadır.

Aracın kullanılmasından ekonomik veya manevî açıdan devamlı olarak yarar ve çıkar sağlayan, araçtan doğan rizikoları ve aracın giderlerini üstlenen, araç üzerinde fiili olarak egemenliği ve tasarruf gücü bulunan kişi işleten sayılır; bu kişi, aracın trafiğe sokulup sokulmaması, trafikte kalıp kalmaması, kimin tarafından, nasıl ve ne amaçla kullanılması, donatılması ve korunması, nasıl bakılması gerektiği hususunda karar veren ve onun bakım, donatım, işletme giderlerine katlanan kişidir⁶⁷.

⁶⁷ Tekinay, Selahattin Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Alttop, Atilla; Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7.Bası, İstanbul 1993, s. 529-530; Tandoğan, s. 222,

Karayolları Trafik Kanunu anlamında işleten aracın sahibi olabileceği gibi, sahibinin araç üzerinde zilyet olmadığı ve onun sevk ve idaresine müdahale edemediği durumlarda başka kişiler de işleten sayılmaktadır.

1. Gerçek İşleten

Karayolları Trafik Kanunu'nun 3. maddesindeki işleten tanımından hareketle, gerçek işleten olarak araç sahibi ve araç sahibi dışındaki diğer kişiler (aracı mülkiyeti muhafaza kaydıyla satın alan kişi, motorlu aracın kiracısı, ariyet alan, rehin alan, yolcu taşımacılığı yapan firmalar ve araç işleten diğer kişiler) kabul edilmektedir.

a. Araç Sahibi

Trafik sicilinde aracın sahibi olarak gözüken kişi, gerçek işleten olarak kabul edilmektedir; çünkü aracın sevk ve idaresinde söz sahibidir ve ondan yararlanıp giderlerine katlanan kişidir.

Fakat trafik sicilinin gerçeği yansıtmama ihtimaline karşı kanunkoyucu, ilgili tarafından başka bir kişinin aracı kendi hesabına ve tehlikesi kendisine ait olmak üzere işlettiği ve araç üzerinde fiili tasarrufu bulunduğu ispat edilirse, bu kimsenin işleten sayılacağı hükmüne yer vermiştir. Buna göre, aracın işletilmesinden yarar sağlayan ve bu sebeple giderlerine katlanan kişilerin (garaj kirasını veya sigorta primlerini ödeyen, benzin, yağ, teknik bakım gibi masrafları karşılayan, aracın şoförünü belirleyen ve ücretini ödeyen kişilerin) araç sahibi sayılması mümkündür⁶⁸. Kamu tüzel kişileri bakımından, trafik sicilinde kendi üzerlerine kayıtlı araçların yaptığı kazalardan işleten sıfatıyla sorumlu olacaklarında tereddüt bulunmamaktadır (m. 106)⁶⁹; fakat henüz tescil yapılmamakla birlikte, yukarıdaki maddi

224; **Eren**, Fikret; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16. Bası, Ankara 2013, s. 680; **Havutçu/Gökyayla**, s. 40; **Yılmaz**, s. 47, 50.

⁶⁸ **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 531; **Tandoğan**, s. 224; **Kılıçoğlu**, Ahmet M.; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 17. Bası, Ankara 2013, s. 370; **Havutçu/Gökyayla**, s. 42; **Narter**, s. 24; **Yılmaz**, s. 57.

⁶⁹ "Dosyada mevcut motorlu araç tescil belgesi içeriğine göre, kaza yapan ambulansın davalı Sağlık Bakanlığı'na bağlı Atkaracalar Devlet Hastanesi adına kayıtlı olduğu konusunda da uyumsuzluk bulunmamaktadır. Bu itibarla, 11.11.2007 tarihinde meydana

ölçütlere göre araç sahibi sayılmaları gerekiyorsa, yine işleten sıfatları söz konusudur.

b. Araç Sahibi Dışında İşleten

Sicilde malik gözükmemesine rağmen aracın zilyedi olmayan, onun sevk ve idaresine müdahale edemeyen, her türlü sorumluluğu kendisine ait olmak üzere araç üzerinde hâkimiyeti bulunmayan araç sahibi dışında, başka kişilerin de işleten sıfatıyla sorumlu tutulmaları gerekmektedir.

Aracı mülkiyeti muhafaza kaydıyla satın alan kişi: Kamu tüzel kişisi bir motorlu aracı mülkiyeti muhafaza kaydıyla satın almış ve bu satış ilgili sicile kayıt edilmişse, sicilde alıcı olarak gözüken kamu tüzel kişisi motorlu aracın işletilmesinden doğan zarardan işleten sıfatıyla sorumludur. Medenî Kanun'a göre, mülkiyeti muhafaza kaydıyla satışın resmî yazılı şekilde yapılması ve satım konusu malı bu kayıtla alan kişinin yerleşim yerindeki noterlikte özel sicile kaydedilmesi gerekir (TMK. m. 764). Fakat böyle bir satışa ve sicildeki kayda rağmen, aracın işletilmesinden yarar sağlayan, aracın giderlerine katlanan veya araç üzerinde zilyet olan kişi işleten kabul edilmelidir⁷⁰.

Motorlu aracın kiracısı: Bir kamu tüzel kişisi bir aracı uzun süreli kiralamışsa, sahibi olmamasına rağmen işleteni sıfatıyla sorumludur. Uzun

gelen trafik kazasında ambulans sürücüsü Y. G.'ün ölmesi sebebiyle araç maliki olan davalı idarenin "işleten" sıfatına dayalı olarak eldeki davanın açılmış olduğunun kabulü gereklidir." HGK., 4.7.2012, 4-261/441 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

Eren (s. 686), muhtemelen, Karayolları Trafik Kanunu'nun 106. maddesindeki "*Genel bütçeye dâhil dairelerle katma bütçeli idarelere, il özel idarelerine ve belediyelere, kamu iktisadi teşebbüslerine ve kamu kuruluşlarına ait motorlu araçların sebep oldukları zararlardan dolayı, bu Kanunun işletenin hukukî sorumluluğuna ilişkin hükümleri uygulanır.*" hükmünden hareketle, Devlet ve diğer kamu tüzel kişilerine ait araçların sebep oldukları zararlardan, bu kişilerin *aynen aracın işleteni gibi* sorumlu tutulacağını; bu kişilerin farazi işleten olduğunu belirtmektedir. Kanaatimizce Karayolları Trafik Kanunu'nda işleten sıfatı hakkında yukarıda yaptığımız açıklamalarda olduğu gibi, kamu tüzel kişilerinin bazı durumlarda gerçek işleten, bazı durumlarda ise farazi işleten olarak kabulü gerekir; Kanun'un 106. maddesinden, kamu tüzel kişilerinin farazi işleten sayıldığına ilişkin bir sonuç çıkmamaktadır.

⁷⁰ **Kılıçoğlu**, s. 371; **Havutçu/Gökyayla**, s. 44; **Narter**, s. 25-26; **Yılmaz**, s. 59.

sürelî kiradan kastedilen, araç sahibinin araç üzerindeki fiilî zilyetlik durumunun uzun süre için kesilmesini, aracın fiilen kiracının zilyetliğinde bulunmasını, aracı kullanma ve onun tahsis yönünü belirleme veya araçtan yararlanma yetkisinin ya da aracın giderlerine katlanmanın araç sahibine değil kiracıya ait olmasını mümkün kılan bir sözleşmedir; buradan hareketle, üç günden daha uzun süreli kira sözleşmeleri ile belirli olmayan süreli kira sözleşmelerinin uzun süreli sayılması gerektiği ileri sürülmektedir⁷¹. Burada, kamu tüzel kişilerinde çalışan personeli taşıyan taşıma şirketlerine ait servisler bakımından, kamu tüzel kişinin kiracı sıfatıyla işleten sayılmadığı, zira motorlu aracın kiralanmayıp sadece hizmet alımı suretiyle yolcu taşıma sözleşmesi yapıldığı, işletenlik sıfatının aracın sahibine veya sahibi olmayıp işleten sayılan diğer kişilere ait olduğu belirtilmelidir⁷². Eğer personel kamu tüzel kişisine ait araçlarla taşınıyorsa, zaten aracın sahibi olmaya dayalı bir işletenlik sıfatı söz konusudur.

Araç işleten olan ariyet alan: Motorlu aracın sahibi dışında, onun rızasıyla bir kamu tüzel kişisi tarafından ücretsiz kullanılmasında ariyet söz konusudur; uzun süreli (üç günden daha uzun süreli veya belirli olmayan süreli) bir ariyet sözleşmesi söz konusuysa, kamu tüzel kişisi işleten sayılmaktadır⁷³. Bazen bir kamu tüzel kişinin bir diğerine, kendi aracını ücretsiz kullanması için tahsis ettiği veya bir gerçek kişinin ya da özel hukuk tüzel kişinin de kendi aracını kamu tüzel kişisine tahsis ettiği görülmektedir; bu tür ariyet durumlarında artık aracın trafikte malik gözükken sahibi değil, aracı uzun süreli ariyet alan kamu tüzel kişisi işleten sıfatını taşır.

Araç işleten olarak rehin alan: Bir motorlu aracın Türk Medenî Kanunu'nun 939. maddesine göre teslim şartlı taşınır rehni olarak bir kamu tüzel kişisine rehnedilmesi durumunda, rehin alan kamu tüzel kişinin işleten sıfatıyla sorumluluğu söz konusu olur. Burada da, kamu tüzel kişinin bir borcu karşılığında bir aracı rehin alması gibi -aslında tamamen özel hukuka ait bir ilişki sebebiyle- işleten sıfatına sahip olması gerçekleşmektedir.

⁷¹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 531-532; Eren, s. 682; Kılıçoğlu, s. 372; Havutçu/Gökyayla, s. 45; Narter, s. 26-27; Yılmaz, s. 60-61.

⁷² Kılıçoğlu, s. 372-373.

⁷³ Kılıçoğlu, s. 373-374; Havutçu/Gökyayla, s. 45.

Yolcu taşımacılığı yapan firmalar: Karayolları Trafik Kanunu'nun 85. maddesinin birinci fıkrasına göre “Bir motorlu aracın işletilmesi bir kimse- nin ölümüne veya yaralanmasına yahut bir şeyin zarara uğramasına sebep olursa, motorlu aracın bir teşebbüsün unvanı veya işletme adı altında⁷⁴ veya

⁷⁴ Yargıtay, Karayolları Trafik Kanunu'nun 85. maddesinin birinci fıkrasındaki “motorlu aracın bir teşebbüsün unvanı veya işletme adı altında” işletilmesi kavramını farklı bir şekilde anlamaktadır. Örneğin “Dosya içeriğine göre davacıların desteği, davalı sürücü S.P. 'in sürücüsü olduğu temizlik kamyonuyla çarpması nedeniyle yaşamını yitirmiştir. Davalı sürücü kazada tam kusurlu kabul edilerek cezalandırılmıştır. Davacılar, davalarını temizlik işlerini yapan ve aracın da sahibi olan şirkete, araç sürücüsüne ve beledi- yeye yöneltmişlerdir. Davalı belediyenin temizlik işleri ihale ile davalı şirket tarafından yapılmaktadır. İhale ve eki şartnamede yüklenici şirketin kullandığı araçlar üzerinde belediyenin isminin, telefon numarasının, firma adının bulundurulacağı belirtilmiştir. Araç fotoğraflarından ise davalı T. Belediyesi'nin adının araç üzerinde yazılı olduğu anlaşılmaktadır. 2918 sayılı Karayolları Trafik Yasası'nın “İşletenin ve araç işletici- sinin bağlı olduğu teşebbüs sahibinin hukukî sorumluluğu” başlıklı 85. maddesi gere- ğince, motorlu aracın bir teşebbüsün unvanı veya işletme adı altında işletilmesi halinde, motorlu aracın işleteni ve bağlı olduğu teşebbüsün sahibi, doğan zarardan müştereken ve müteselsilen sorumludurlar. Somut olayda, kazaya karışan araç üzerinde davalı belediyenin adı bulunduğuna göre, davalıların birlikte sorumlu olacağı kabul edilme- lidir. Yerel mahkemece açıklanan yasal düzenleme gözetilerek, davalılardan T. Belediye Başkanlığının da gerçekleşen zarardan sorumlu tutulması gerekirken, yerinde olmayan gerekçeyle, yazılı biçimde karar verilmiş olması usul ve yasaya uygun düşmediğinden kararın bozulması gerekmiştir.” 4.HD., 22.2.2010, 956/1743 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Yine hatalı bir karar olarak “Kazadan sonra çekilen fotoğraflarda, Davalı Y. G. adına kayıtlı olup, olay sırasında dava dışı yüklenici şirket adına sulama işini yapan tankerin ön camında “GÖREVLİ HİZMET ARACI, Kurumu: K. Büyükşehir Belediyesi, Dairesi: Park ve Bahçeler Müdürlüğü, Geçerlilik Süresi: 15.1.1999” ibaresini taşıyan bir levhanın bulunduğu açıkça görülmektedir. Davalı K. Büyükşehir Belediye Başkanlığı vekili de, Mahkemece olay yerinde yapılan 25.04.2000 günlü keşif sırasında “Her türlü sorumluluk Yüklenici şirkete aittir. Belediye hizmetlerinde çalıştığı için görevli oldu- ğunu gösterir belge taşıyordu...” şeklinde imzalı beyanda bulunmuştur. 2918 sayılı Yasanın 17.10.1996 gün 4199 sayılı Yasa ile değişik 85. maddeye göre “motorlu aracın bir teşebbüsün unvanı veya işletme adı altında veya bu teşebbüs tarafından kesilen biletle işletilmesi halinde motorlu aracın işleteni ve bağlı olduğu teşebbüsün sahibi, doğan zarardan müştereken ve müteselsilen sorumlu olurlar” hükmü getirilmiştir. Bu yasal düzenleme karşısında kazaya neden olan tankerdeki görev levhasının, davalı K. Büyükşehir Belediyesinin bilgisi dâhilinde konulduğu, anılan tankerin Belediye hizmet aracı olarak nitelendirilmek suretiyle, Belediye unvanı altında çalıştırılan aracın verdiği zarardan araç maliki, sürücüsü ve Belediyenin birlikte müteselsilen sorumlu olduğu

bu teşebbüs tarafından kesilen biletle işletilmesi halinde, motorlu aracın işleteni ve bağlı olduğu teşebbüsün sahibi, doğan zarardan müştereken ve müteselsilen sorumlu olurlar.” Bazı kamu tüzel kişilerinin, özellikle belediyelerin kendilerine ait araçlarla yolcu taşımacılığı yaptığı görülmektedir; fakat burada işletenlik sıfatı araç sahibi olmaya dayanmaktadır. Kamu tüzel kişisi kurduğu bir şirket aracılığıyla yolcu taşıma işini organize etmekte ve başkalarına ait araçları kendi ticari unvanlarıyla işletmekteyse, bu hükme göre işleten sıfatıyla sorumlu tutulabilirler; çünkü araçların nereden ve nasıl kalkacağı, yolcu kapasitesi, duraklama yerleri çoğu zaman araç sahipleri ve şoförler dışında bu işleri organize eden ve yolcu taşımacılığı yapan firma tarafından belirlenmekte, motorlu aracın sevk ve idaresinde bu firmalar söz sahibi olmaktadır⁷⁵.

Araç işleten diğer kişiler: Karayolları Trafik Kanunu'nun 3. maddesinde tanımlanan işleten sıfatı, maddede belirtilenlerle sınırlı değildir; bunlar dışında başka kişilerin de işleten sayılması mümkündür. Örneğin motorlu

sonucuna varılmalıdır. Hal böyle olunca, yerel mahkemenin bu gerekçeye dayalı direnme kararı yerindedir. Ne var ki, işin esası Özel Daire'ce incelenmediğinden, bu yönlerden inceleme yapılmak üzere dosyanın Özel Dairesine gönderilmesi gerekmiştir.” HGK., 17.10.2001, 19-720/741 (Yılmaz, s. 178-180).

Özellikle yolcu taşımacılığı yapan firmalar bakımından getirilen Karayolları Trafik Kanunu'nun 85. maddesinin birinci fıkrasındaki “*motorlu aracın bir teşebbüsün unvanı veya işletme adı altında*” veya “*bu teşebbüs tarafından kesilen biletle işletilmesi halinde*” ifadeleri birbirine bağlı olup, iki durumdan birinin gerçekleşmesi durumunda yolcu taşımacılığı yapan firmanın işletenle birlikte müteselsilen sorumlu tutulacağı düzenlenmektedir. Bu hükmün, yolcu taşımacılığı dışında diğer işletmeler bakımından uygulanabilmesi mümkün değildir. Teşebbüs sahibi kavramına, özellikle otobüs firmaları ile yük taşıma işi yapan nakliyat firmaları girmektedir (Oğuzman, M. Kemal/Öz, Turgut; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt-2, 10. Bası, İstanbul 2013, s. 207; Eren, s. 689-690; Yılmaz, s. 46). Bununla birlikte bir aracın üzerinde yazan işletme adının, o aracı sorumluluğu kendisine ait olmak üzere işleten kişiyi (KTK.m.3 anlamında) göstermesi bakımından önem taşıdığı, yukarıdaki örneklerde ilgili belediyelerin işleten sıfatının bulunabileceği, bu durumda artık aracın malikinin işleten olarak kabul edilemeyeceği de belirtilmelidir. Fakat bunun için kamu tüzel kişisinin, örneğin aracın garaj kirasını veya sigorta primleri ödemesi, benzin, yağ, teknik bakım gibi masrafları karşılaması, aracın şoförünü belirlemesi ve ücretini ödemesi, aracın çalışma şartlarını tespit etmesi gibi unsurların gerçekleşmesi gerekmektedir.

⁷⁵ Kılıçoğlu, s. 374-375.

aracı sözleşmeden veya kanundan doğan intifa hakkına dayanarak elinde bulunduran veya iflas halinde araç üzerindeki zilyetlik ve tasarruf hakkı iflas masasına geçtiğinden iflas masası da işleten sayılmaktadır⁷⁶. Kamu tüzel kişileri bakımından özellikle, kamu gücüne dayanarak üzerinde hakimiyet kurabildikleri araçlar hakkında bu duruma rastlanır. Örneğin 2941 sayılı Seferberlik ve Savaş Hali Kanunu ile Tüzüğü (90/500 sayılı) esaslarına göre Millî Savunma Bakanlığınca yürütülen araç seferberlik faaliyetlerinde⁷⁷ Devletin işleten sıfatıyla sorumluluğunun bulunduğunu kabul etmek gerekir; çünkü burada Devlet aracın maliki olmadığı gibi, sahibiyile arasında kira veya ariyet gibi sözleşmesel bir ilişki bulunmamakta, araç üzerindeki hakimiyetini kamu gücüne dayanarak sağlamaktadır.

2. Farazi İşleten

a. Motorlu Araçla İlgili Meslek Sahipleri

Karayolları Trafik Kanunu'nun 104. maddesine göre, "*Motorlu araçlarla ilgili mesleki faaliyette bulunan teşebbüslerin sahibi, gözetim, onarım, bakım, alım - satım, araçta değişiklik yapılması amacı ile veya benzeri bir*

⁷⁶ Kılıçoğlu, s. 375; Yılmaz, s. 64.

⁷⁷ Seferberlik ve savaş ilanında veya gerginlik ve kriz dönemlerinde Bakanlar Kurulu Kararıyla Sefer Görev Emri almış araçların getirilmesi için gizli veya açık olarak duyuru işlemleri yapılır. SGE almış aracın sahibi veya sürücülere radyo, televizyon, posta, telgraf, telefon, basın gibi her türlü yayın araçlarıyla açık çağrı yoluyla haberdar edilir; gizli çağrıda ise, uygulamada görev alması planlanan yetkili kişilere ve yükümlülük uygulanacak araçlarla ilgili olarak görev verilecek kişilere duyuru yapılır. Araç sahipleri/sürücülere hazırlıklarını yapar, aracını, malzeme ve avadanlıklarıyla birlikte duyurudan sonraki altı saat içinde bulunduğu yerdeki Milli Müdafaa Mükellefiyeti (MMM) Komisyonuna getirir. Komisyonlarca gelen araçların muayenesi yaptırılır. Aracın o andaki değeri saptanır ve gerekli işlemleri tamamlanarak aynı gün tertip edildikleri birliklere gönderilir. Aracın sevk işlemi kayıtlı olduğu bir komisyonca yapılırsa, durum, aracın kayıtlı olduğu il ve ilçe komisyonuna bildirilir. Bunun yanında Genelkurmay Başkanlığı'nın isteği üzerine, seferberlik ve savaş hali tatbikatları ve eğitimlerinin yapılmasına Bakanlar Kurulunca karar verilebilmesi; araçların Genel Kurmay Başkanlığının isteği üzerine her defasında en çok 10 günü geçmemek üzere tatbikata çağrılabilmesi de mümkündür. Bütün bu durumlarda, sahibinin rızasına bakılmaksızın araç üzerinde Devlet'in hakimiyeti söz konusudur; bu sebeple de işleten sıfatıyla sorumluluğu vardır.

amaçla kendisine bırakılan bir motorlu aracın sebep olduğu zararlardan dolayı; işleten gibi sorumlu tutulur. Aracın işleteni ve araç için zorunlu mali sorumluluk sigortası yapan sigortacısı bu zararlardan sorumlu değildir.” Bu hükümle motorlu araç sahibinin aracını bir park yerine, bir garaja, tamirciye veya galeriye bırakması durumunda, araç üzerinde bakım ve gözetim imkânına sahip olmamasına, araca fiilen hâkim bulunmamasına ve onun sevk ve idaresinde etkili olmamasına rağmen aracın verdiği zararlardan sırf araç sahibi olması nedeniyle sorumlu tutulmasının haksızlığı ortadan kaldırılmıştır⁷⁸.

Kamu tüzel kişileri de, maddede belirtilen anlamda teşebbüs sahibi sayılabilirler; örneğin bir belediyenin gelir elde etmek amacıyla otopark işletmesi böyledir⁷⁹. İlgili teşebbüsün sorumluluğu, araç üzerindeki zilyet-

⁷⁸ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 534; Eren, s. 684; Kılıçoğlu, s. 375; Havutçu/Gökyayla, s. 105-106; Yılmaz, s. 66-67.

⁷⁹ Bir kamu tüzel kişinin, Karayolları Trafik Kanunu'nun 104. maddesi anlamında motorlu bir araçla ilgili mesleki faaliyette bulunması -otopark işletmesi dışında- çok mümkün görünmemektedir. Şüphesiz, kamu tüzel kişileri kurdukları şirketler aracılığıyla özel hukuk alanına ilişkin faaliyetlerinde bulunabilirler; fakat kamu tüzel kişisi sıfatlarıyla, örneğin bir garaj işletmeleri, tamirci veya galerici olarak faaliyette bulunmaları çok mümkün görünmemektedir; bununla birlikte, bir kamu tüzel kişinin, -kamu tüzel kişisi olmasından kaynaklanan- başka kamu tüzel kişilerine ait araçların bakım ve tamirini yaptığı tamirhanesi veya onlara ait araçların bırakılmasına izin verdiği garajı varsa, madde kapsamına dahil edilebilmesi mümkündür. Bunun yanında, hatalı park edilen araçların çekildiği kamu tüzel kişilerine ait otoparklar da, kanaatimizce motorlu araçlarla ilgili mesleki faaliyet kapsamında değerlendirilmelidir; her ne kadar burada kazanç elde etmek amacıyla değil, mevzuatın gereği (kamu hizmetinin bir parçası) olarak bu otopark faaliyeti yürütülse de, aracı buraya çekilen kişinin fiilî hakimiyetinin olmadığı sırada meydana gelen zararlardan onu işleten olarak sorumlu tutmak yerine, Karayolları Trafik Kanunu'nun amacına uygun şekilde işleten sıfatıyla idare sorumlu tutulmalıdır. Böyle bir otoparktaki aracın verdiği zarardan Karayolları Trafik Kanunu'na göre işleten olarak değil, hizmet kusuru sebebiyle idare hukukuna göre sorumluluğun doğacağını savunmak, örneğin bir otopark işleten özel hukuk tüzel kişisi ile aynı faaliyeti kamu hukukuna ilişkin mevzuat sebebiyle yerine getiren kişiler arasında ayırım yaratmak, yapılan bir trafik kazasında birini Karayolları Trafik Kanunu'na göre işleten sıfatıyla sorumlu tutarken diğerini idare hukuku kurallarına tâbi saymak, Karayolları Trafik Kanunu'nun 110. maddesinde yapılan değişikliğin amacına da uygun düşmemektedir.

liğin fiilen kendisine geçmesiyle başlar ve bu zilyetliğin araç sahibine veya yetkili temsilcisine iadesine kadar devam eder; bu süre içerisinde motorlu aracın sebep olduğu zararlardan sorumluluk, araca zilyet olan teşebbüse ait olup, aracın gerçek işleteninin sorumluluğu tamamen ortadan kalkmaktadır⁸⁰.

b. Yarış Düzenleyicileri

Karayolları Trafik Kanunu'nun 104. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarına göre, “*Yarış düzenleyicileri, yarışa katılanların veya onlara eşlik edenlerin araçları ile gösteride kullanılan diğer araçların sebep olabilecek zararlardan dolayı motorlu araç işleteninin sorumluluğuna ilişkin hükümler uyarınca sorumludurlar. -Yarışçıların veya onlarla birlikte araçta bulunanların uğrayacakları zararla, gösteride kullanılan araçların uğradıkları zararlardan dolayı sorumluluk genel hükümlere tâbidir.*”⁸¹.

Bir kamu tüzel kişisinin otomobil yarışı düzenlemesi durumunda, motorlu araç nedeniyle zarara uğrayan üçüncü kişilerin (yoldan geçenlerin, seyircilerin, çevrede oturanların) uğradıkları zararlardan işleten gibi sorumluluğu söz konusudur; yarışçıların, yarışçıyla birlikte araçta bulunanların ve yarışta kullanılan aracın uğradığı zararlar nedeniyle sorumluluğu ise Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerine tâbidir⁸².

c. Motorlu Aracı Çalan veya Gasbeden Kişiler ile Aracın İşleteni

Karayolları Trafik Kanunu'nun 107. maddesinde, çalınan veya gasbedilen araçlarda sorumluluk konusu düzenlenmiştir. Söz konusu hükme göre, “*Bir motorlu aracı çalan veya gasbeden kimse işleten gibi sorumlu tutulur.*”

⁸⁰ Oğuzman/Öz, s. 205; Eren, s. 684; Kılıçoğlu, s. 376; Havutçu/Gökyayla, s. 107; Yılmaz, s. 67.

⁸¹ Maddenin son fıkrasına göre, “*Bu madde hükümleri ortalama hızı saatte en az elli kilometrenin üstünde olan veya ulaşılabilecek hıza göre değerlendirme yapılması öngörülen motorlu araç veya bisiklet sporu gösterilerinde uygulanır. Bu hükümler, yarış güzergahının diğer trafiğe kapatılması halinde de geçerlidir. İçişleri Bakanlığı bu madde hükümlerinin, başka yarışlar bakımından da uygulanmasına karar verebilir.*”

⁸² Yarış düzenleyen yanında gerçek işletenin sorumluluğunun da devam ettiği yönünde bkz. Havutçu/Gökyayla, s. 114-115; Yılmaz, s. 73.

Aracın çalınmış veya gasbedilmiş olduğunu bilen veya gereken özen götserildiği takdirde öğrenebilecek durumda olan aracın sürücüsü de onunla birlikte müteselsilen sorumludur. İşleten, kendisinin veya eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerden birinin, aracın çalınmasında veya gasbedilmesinde kusurlu olmadığını ispat ederse, sorumlu tutulamaz. İşleten, sorumlu olduğu durumlarda diğer sorumlulara rücu edebilir. -Aracın çalındığını veya gasbedildiğini bilerek binen yolculara karşı sorumluluk, genel hükümlere tâbidir."

Buna göre, aracın çalınmasında veya gasbedilmesinde kusurlu olan ve bu sebeple sorumlu tutulabilecek kamu tüzel kişisi, gerçek işleten (aracın sahibi, kiracısı, ariyet veya rehin alanı) veya farazi işleten (motorlu araçlarla ilgili faaliyetlerde bulunan, tamir için bırakılan aracın çalınması gibi) olabilir; aracın çalınmasında veya gasbedilmesinde, kendisinin veya eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerden birinin kusurlu olmadığını (örneğin garajın veya aracın kapısının açık bırakılmadığını, kontak anahtarının araçta unutulmadığını) ispat eden kamu tüzel kişisinin sorumluluğu da ortadan kalkar⁸³.

B. İşletenin Sorumluluğunun Şartları ve Sonuçları

Kamu tüzel kişisinin işleten sıfatıyla sorumlu tutulabilmesi için bir motorlu aracın işletilmesi⁸⁴, zarar ve nedensellik bağı şeklindeki olumlu

⁸³ **Tandoğan**, s. 251 vd.; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, s. 537-538; **Eren**, s. 686; **Kılıçoğlu**, s. 378-379; **Havutçu/Gökyayla**, s. 120-121; **Yılmaz**, s. 77.

⁸⁴ Bir aracın karayolu motorlu araçlarından sayılabilmesi için, yapısı gereği belirli bir raya bağlı ve ray üzerinde hareket edebilen bir araç olmaması gerekir; bu unsur, karayolu motorlu araçlarını tren, tramvay, teleferik, asansör, yük vinçleri gibi araç ve aletlerden ayırmaya yarar. Trolleybüsler belirli bir raya bağlı olarak hareket etmediklerinden, motorlu araç sayılmaktadır. Sadece ray üzerinde hareket edebilen, bağımsız hareket kabiliyeti olmayan tramvaylar ise Karayolları Trafik Kanunu anlamında motorlu araç değildirler; gerek tramvayların gerekse hemzemin geçitler dışında trenlerin verdikleri zararların, adam çalıştırmanın veya yapı eseri malikinin sorumluluğu hükümleri uygulanarak tazmin edilebileceği belirtilmiştir (**Kılıçoğlu**, s. 383-384). Benzer görüş için bkz. **Havutçu/Gökyayla**, s. 23. Buna karşılık **Tandoğan** (s. 239, dn.100), **Oğuzman/Öz** (s. 198), **Eren** (s. 678) ve **Narter** (s. 196), karayolunu kullanan raylı ulaşım araçlarının Karayolları Trafik Kanunu'na tâbi olduğunu ileri sürmektedirler. Bu görüşe göre, tramvayların hareket gücünü dışarıdan sağlaması ve tekerleklerinin karayolu üzerine döşenmiş raylar üzerinde hareket etmesi göz önünde bulundurulduğunda Kanun kapsa-

şartların gerçekleşmesi; işletenin kurtuluş kanıtı getirememesi şeklindeki olumsuz şartın da olayda mevcut bulunması gerekir. Bu hususlar Karayolları

mına girmemesi gerektiği halde, rayların karayolu üzerine döşendiği dikkate alındığında motorlu aracın karayolu unsurunun bu araçlarda gerçekleşmiş olduğu sonucuna varılabilir; trolleybüslerin de havaî elektrik tellerine bağımlı olarak hareket ettikleri göz önünde bulundurulursa, ray unsuru üzerinde fazla durulmayarak motorlu araçlar gibi Kanun'da düzenlenmiş sorumluluk sistemi içerisinde görülmesi mümkündür; aksi durumda, tramvay işletenin sorumluluğu kusur sorumluluğuna, motorlu araç işletenin sorumluluğu sebep sorumluluğuna tâbi tutulur ve fonksiyon ile amaçları büyük oranda aynı olan bu iki tür araç arasında yapay bir fark yaratılmış ve dolayısıyla tramvay işleteni lehine bir ayrıcalık tanınmış olur. Kanaatimizce kamu tüzel kişilerine ait raylar üzerinde hareket eden araçların verdiği zararlarda -hemzemin geçitler dışında- yeni Türk Borçlar Kanunu'nun 71. maddesine göre tehlike sorumluluğu hükümleri uygulanarak çözüme ulaştırılması daha uygundur; çünkü kusursuz sorumluluğun ancak bir kanunla getirilebileceği ve kanundaki tanımına uygun fiiller sebebiyle sorumluluğun söz konusu olabileceği şeklindeki kural değişmiş, bu sebeple Karayolları Trafik Kanunu'nun uygulama alanında girdiği konusunda tereddütlerin ve tartışmaların yaşandığı raylı araçlar konusunda hâkimin benzer tehlike sorumluluklardan (örneğin Karayolları Trafik Kanunu'nda düzenlenen sorumluluktan) hareketle kusursuz sorumluluğa dayanarak hüküm vermesi mümkün hâle gelmiştir. Bu durumda açılacak dava eğer vücut bütünlüğünün zarar görmesi veya ölüm sebebiyle tazminata ilişkinse, idarî yargıda açılacak davada Borçlar Kanunu hükümleri uygulanmalı; malvarlığına ilişkin olanlarda ise, idarî yargıda idare hukuku hükümleri uygulanmalıdır (TBK. m. 55/II). Özel hukuk hükümlerine göre kurulmuş işletmeler tarafından işletilen bu tür araçların verdikleri zararlarda ise, adli yargıda 71. madde hükümlerine göre tazminat davası açılmalıdır.

“Somut olayda davaya konu kazanın meydana geldiği yerin hemzemin geçit veya fiilen hemzemin geçit olarak kullanılan yer olmadığı ve K.T.K. kapsamında sayılmayacağı, kazanın hemzemin geçide 300 metre mesafede tren yolunda meydana geldiği konusunda uyuşmazlık bulunmamaktadır. Bu durumda, davacı tarafından, davalı idarenin hizmet kusuru niteliğindeki eylemleri sebebiyle zarara uğranıldığı iddia edilerek tazminat talebinde bulunulduğuna göre, işbu istemin 2577 Sayılı İdarî Yargılama Usulü Yasası'nın 2/1-b maddesi gereğince ilgili idareye karşı, idarî yargı yerinde açılacak tam yargı davasında ileri sürülmesi gerektiğinde kuşku bulunmamaktadır. Nitekim, 11.2.1959 gün ve 17/15 Sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında da bu ilke benimsenmiştir. O halde, davaya konu hukuka aykırı eylem 2918 Sayılı Karayolları Trafik Yasası kapsamında yer alan karayolu üzerinde meydana gelmediğinden H.G.K.'nca da benimsenen yargı yoluna dair Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır.” HGK., 26.9.2012, 4-336/620 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

Trafik Kanunu'na göre gerçek kişiler ile özel hukuk tüzel kişilerinin sorumluluğundan farklı bir özellik arzetmediğinden, üzerinde durulmayacaktır⁸⁵; Kanun'un ilgili maddeleri aşağıda verilmiştir:

⁸⁵ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Tandoğan**, s. 235 vd.; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 525 vd.; **Oğuzman/Öz**, s. 197 vd.; **Eren**, s. 673 vd.; **Kılıçoğlu**, s. 382 vd.; **Havutçu/Gökyayla**, s. 19 vd.; **Narter**, s. 164 vd.; **Yılmaz**, s. 24 vd.

Burada şu konunun da belirtilmesi gerekir: Karayolları Trafik Kanunu'na göre tehlike esasına dayalı kusursuz olarak sorumlu tutulan işleten yanında, aracın şoförünün de haksız fiil esaslarına göre sorumlu tutulabilmesi, ona karşı da dava açılabilmesi mümkündür. Fakat kamu tüzel kişilerinin işleten olarak sorumluluğunda, kamu görevlisi statüsündeki şoföre karşı doğrudan dava açılabilmesi mümkün değildir. Anayasanın 40. maddesinin üçüncü fıkrası (“*Kişinin, resmî görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre, Devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır.*”), 125. maddesinin son fıkrası (“*İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür.*”), 129. maddesinin beşinci fıkrası (“*Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir.*”), 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 13. maddesinin birinci fıkrası (“*Kişiler kamu hukukuna tâbi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan dolayı bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine dava açarlar. Ancak, Devlet dairelerine tevdi veya bu dairelerce tahsil veya muhafaza edilen para ve para hükmündeki değerli kağıtların ilgili personel tarafından zimmete geçirilmesi hâlinde, zimmete geçirilen miktar, cezaî takibat sonucu beklenmeden Hazine tarafından hak sahibine ödenir. Kurumun, genel hükümlere göre sorumlu personele rücu hakkı saklıdır.*”) gereği, kamu görevlilerinin görevlerini ifa ederken işledikleri kusurlar sebebiyle meydana gelen zararlar için, kendilerine rücu edilmek şartıyla idareye karşı dava açılmaktadır. İdarî güvence ilkesi, resmî görevlilerin görevlerini yerine getirirken (yetkilerini kullanırken) kusurlu ve hukuka aykırı eylem ve işlemleriyle üçüncü kişilere vermiş oldukları zararlardan doğan tazminat davalarının kendi aleyhlerine değil, doğrudan doğruya devlet veya emrinde çalıştıkları kamu idaresi aleyhine açılmasını ifade eder; devlet veya kamu idaresi üçüncü kişinin uğramış olduğu zararı tazmin ettikten sonra, şartları gerçekleşmişse, ilgili memur veya kamu görevlisine rücu eder. Böylece memur veya diğer kamu görevlisi, idarî güvence ilkesinin sağladığı moral ve hukukî güvence altında, kamu görevini hiçbir baskı altında kalmadan yerine getirir; aynı zamanda zarar göreni de koruma amacı güden idarî güvence ilkesi sayesinde, zarar görenler daha güvenli sayılması gereken devletin sorumluluğuna başvurabilir. Aslında idarî güvence ilkesinin kamu personelinin görevini hiçbir baskı altında kalmadan yerine getirmesine imkan sağlaması işlevi, trafik kazaları bakımından söz konusu değildir; fakat yukarıda belirttiğimiz mevzuat sebebiyle burada da aynı sonuç

İşletilme halinde olmayan bir motorlu aracın sebep olduğu trafik kazasından dolayı işletenin sorumlu tutulabilmesi için, zarar görenin, kazanın oluşumunda işleten veya eylemlerinden sorumlu tutulduğu kişilere ilişkin bir kusurun varlığını veya araçtaki bozukluğun kazaya sebep olduğunu ispat etmesi gerekir (m. 85/III).

İşleten ve araç işleticisi teşebbüs sahibi, hâkimin takdirine göre kendi aracının katıldığı bir kazadan sonra yapılan yardım çalışmalarından dolayı yardım edenin maruz kaldığı zarardan da sorumlu tutulabilir. Ancak, bu durumda işletici teşebbüs sahibinin sorumlu kılınabilmesi için kazadan kendisinin sorumlu olması veya yardımın doğrudan doğruya kendisine veya araçta bulunanlara yahut kazaya taraf olan üçüncü kişilere yapılması gerekir (m. 85/IV).

İşleten ve araç işleticisi teşebbüsün sahibi, aracın sürücüsünün veya aracın kullanılmasına katılan yardımcı kişilerin kusurundan kendi kusuru gibi sorumludur (m. 85/V).

İşleten veya araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahibi, kendisinin veya eylemlerinden sorumlu tutulduğu kişilerin kusuru bulunmaksızın ve araçtaki bir bozukluk kazayı etkilemiş olmaksızın, kazanın bir mücbir sebepten veya zarar görenin veya bir üçüncü kişinin ağır kusurundan ileri geldiğini ispat ederse sorumluluktan kurtulur. Sorumluluktan kurtulamayan işleten veya araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahibi, kazanın oluşunda zarar görenin kusurunun bulunduğunu ispat ederse, hâkim, durum ve şartlara göre tazminat miktarını indirebilir (m. 86).

Yaralanan veya ölen kişi, hatır için karşılıksız taşınmakta ise veya motorlu araç, yaralanan veya ölen kişiye hatır için karşılıksız verilmiş bulunuyorsa, işletenin veya araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahibinin sorumluluğu ve motorlu aracın maliki ile işleteni arasındaki ilişkide araca gelen zararlardan dolayı sorumluluk, genel hükümlere tâbidir. Zarar görenin

geçerlidir. Dolayısıyla işleten sıfatıyla kamu tüzel kişisine tazminat davası açıldıktan sonra, tazminatı ödeyen kamu tüzel kişisinin ilgili personele rücu hakkı bulunmaktadır. Kamu personelinin kişisel kusuru varsa, yerine getirilen kamu görevinden ayrılabilen bu kusur sebebiyle idare değil, bizzat fiili icra eden kamu görevlisi sorumlu tutulur; fakat sorumluluğu Karayolları Trafik Kanunu'na göre işleten sıfatıyla değil, genel sorumluluk kuralı olan kusur sorumluluğuna dayanan haksız fiil esaslarına göredir.

beraberinde bulunan bagaj ve benzeri eşya dışında araçta taşınan eşyanın uğradığı zararlardan dolayı işletenin veya araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahibinin sorumluluğu da genel hükümlere tâbidir (m. 87).

Bir motorlu aracın katıldığı bir kazada, bir üçüncü kişinin uğradığı zarardan dolayı, birden fazla kişi tazminatla yükümlü bulunuyorsa, bunlar müteselsil olarak sorumlu tutulur. Birden fazla kişinin sorumlu olduğu durumlarda, bunlar arasındaki ilişki bakımından zarar, olayın bütün şartları değerlendirilerek paylaşılır. Özel durumlar ve özellikle araçların işletme tehlikeleri, zararın iç ilişkide başka türlü paylaşılmasını haklı göstermedikçe, işletenler ve araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahipleri kusurları oranında zarara katlanırlar (m. 88).

Birden çok motorlu aracın katıldığı bir kazada işletenlerden biri bedensel bir zarara uğrarsa, özel durumlar ve özellikle işletme tehlikeleri başka türlü paylaşılmayı haklı göstermedikçe, kazaya katılan araçların işletenleri ve araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahipleri kendilerine düşen kusur oranında, zararı gidermekle yükümlüdürler. İşletenlerden ve araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahiplerinden birine ait bir şeyin zarara uğraması halinde, zarar gören, ancak zarar veren işletenin veya araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahibinin veya eylemlerinden sorumlu tutulduğu kimsenin kusuru veya geçici olarak temyiz gücünü kaybetmesi veya zarar verene ait araçtaki bir bozukluk yüzünden zararın vuku bulunduğunu ispat etmesi halinde zarar veren işleten veya işleticinin bağlı olduğu teşebbüs sahibi tazminatla yükümlü tutulur. Tazminatla yükümlü olan işletenler veya işleticinin bağlı olduğu teşebbüs sahipleri zarar gören işletene veya işleticinin bağlı olduğu teşebbüs sahibine karşı müteselsilen sorumludurlar (m. 89).

Maddî tazminatın biçimi ve kapsamı ile manevî tazminat konularında Borçlar Kanunu'nun haksız fiillere ilişkin hükümleri uygulanır (m. 90).

Motorlu araç kazalarından doğan maddî zararların tazminine ilişkin talepler, zarar görenin, zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yıl ve herhalde, kaza gününden başlayarak on yıl içinde zamanaşımına uğrar. Dava, cezayı gerektiren bir fiilden doğar ve ceza kanunu bu fiil için daha uzun bir zaman aşımı süresi öngörmüş bulunursa, bu süre, maddî tazminat talepleri için de geçerlidir. Zamanaşımı, tazminat

yükümlüsüne karşı kesilirse, sigortacıya karşı da kesilmiş olur. Sigortacı bakımından kesilen zamanaşımı, tazminat yükümlüsü bakımından da kesilmiş sayılır. Motorlu araç kazalarında tazminat yükümlülerinin birbirlerine karşı rücu hakları, kendi yükümlülüklerini tam olarak yerine getirdikleri ve rücu edilecek kimseyi öğrendikleri günden başlayarak iki yılda zamanaşımına uğrar. Diğer hususlarda, genel hükümler uygulanır (m. 109).

Bu Kanunla öngörülen hukukî sorumluluğu kaldıran veya daraltan anlaşmalar geçersizdir. Tazminat miktarlarına ilişkin olup da, yetersiz veya fahiş olduğu açıkça belli olan anlaşmalar veya uzlaşmalar yapıldıkları tarihten başlayarak iki yıl içinde iptal edilebilir (m. 111).

SONUÇ

Kanunlar yapılırken titiz ve dikkatli olunmalı, kanunkoyucu iradesine uygun bir metin ortaya koymalıdır. Fakat bazen buna uygun hareket edilmediği ve ortaya çok farklı sonuçların çıktığı görülmektedir. Karayolları Trafik Kanunu'nun 110. maddesinde değişiklik yapılırken de çok farklı bir amaçtan yola çıkılmıştır; bunu gerek Kanun teklifinin gerekçesinde gerekse Adalet Komisyonu raporunda görmek mümkündür. Buna rağmen Uyuşmazlık Mahkemesinin verdiği kararlarla, Kanunun uygulama alanı kanunkoyucunun istemediği bir şekilde genişlemiştir.

Kanunun sözünden çıkan anlam ile özünden çıkan anlam bağdaşmadığından, kanaatimizce ortada bir kanun boşluğunun bulunduğundan söz edilmeli ve bu boşluk, kanunun ruhuna uygun bir çözümle doldurulmalıdır.

Buna göre, kamu tüzel kişilerinin işleten sıfatına sahip olmaları durumunda açılacak tazminat davaları adli yargıda görülmeli; Karayolları Trafik Kanunu'ndan kaynaklanan diğer görevlerin ihlali durumunda hizmet kusuruna dayalı olarak açılacak davalar ise idarî yargıya tâbi olmalıdır. Gerek Karayolları Trafik Kanunu'nun ruhuna gerekse İdare Hukuku ilkelerine uygun bu çözüm için Uyuşmazlık Mahkemesi içtihadında değişikliğe gitmelidir. Fakat mahkeme içtihat değişikliğine gitsin veya gitmesin, yapılacak bir kanun değişikliğiyle Karayolları Trafik Kanunu'nun 110. maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesinin şu şekilde ifade edilmesi gerekir: “*Kamu tüzel kişisi olması önem taşımaksızın, işletenin hukukî sorumluluğuna ilişkin davalar adli yargıda görülür.*”.

SOSYAL PAYLAŞIM SİTELERİNİN (youtube - facebook - twitter) HAKSIZ REKABET KARŞISINDAKİ DURUMU

Doç. Dr. Vural SEVEN*

GİRİŞ

Sosyal paylaşım sitelerine olan ilgi ve bunların aktif/engelsiz/yasaksız kullanılabilip kullanılmaması genel olarak ülkemiz açısından ve özelde genç nüfusumuz yönünden düşünüldüğünde, kamuoyunda konunun sürekli hak ve özgürlükler boyutu (esasen kamu hukuku yönü) gündeme gelmekte; öte yandan özel hukuk açısından konu incelenip tartışılmamaktadır. Makalede konu özel hukuk yönünden de ele alınarak, yeni bir açılım meydana getirilmesi amaçlanmıştır.

A. Genel Olarak Rekabet Düzenlemeleri

Rekabet, tamamıyla serbest bırakıldığında dürüstlük kuralları ile bağdaşmayan uygulamalar ortaya çıkabileceğinden, serbest rekabetin bundan zarar görmesi mümkündür. Bu nedenle rekabetin güvence altına alınması için özellikle serbest piyasa ekonomisinin bulunduğu bir sistemde rekabete bazı sınırlamalar getirilmiştir.

Türkiye Ekonomisi serbest piyasa ekonomisi ilkelerine dayanan rekabetçi bir yapı arz etmektedir. Türkiye Cumhuriyeti Yasama erki de bu yapının özelliği gereği Anayasa'sında bazı düzenlemelere yer vermiştir. Bu düzenlemelerin başında "*Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir. Devlet, özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini,*

* İzmir Gediz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Başkanı

güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır.” düzenlemesini içeren 48’inci madde gelmektedir. Bu hükümde somutlaştığı üzere, herkes dilediği alanda çalışma, özel teşebbüs kurma ve sözleşme hürriyetine sahiptir¹. Bu hakkın herkese tanınmış olması, piyasa aktörleri olarak özel teşebbüslerin de öngörülmesi çalışma hayatından rekabetçi bir yapının temini amacının güdüldüğü ve buna ilişkin ilkelerin benimsendiği sonucuna varılmaktadır. Aynı düzenlemenin ikinci fıkrasında ise kurulması serbest olan teşebbüslerin gerek hukuki gerek ekonomik gerekse de sosyal bakımından uygun yürütülmesi için gerekli tedbirleri alma görevinin devlete ait olduğu belirtilmiştir. Devlete, Anayasa ile yüklenen bu görevin bir sonucu da tam ve dürüst rekabeti düzenlemek, korumak ve geliştirmektir².

Anayasa m. 48 dışında Anayasa m. 167 de “rekabet” kavramının hukuki dayanağını teşkil etmektedir. Anayasa m. 167’nin kenar başlığı “*Piyasaların denetimi ve dış ticaretin düzenlenmesi*”dir. Bu başlıktan da anlaşılacağı üzere devlet Anayasa m. 48 ile serbest bıraktığı “*Çalışma, Özel Teşebbüs Kurma ve Sözleşme Hürriyeti*”ni denetlemekle görevlidir. Anayasa m. 167’deki düzenleme şu şekilde kaleme alınmıştır: “*Devlet, para, kredi,*

¹ Özel teşebbüs kurma ve yaşatma özgürlüğünün kabul edilmiş olmasının doğal sonucu rekabet yapma hakkının varlığıdır. (Arkan, S.; Ticari İşletme Hukuku, 18. Baskı, Ankara 2013, s. 309).Günümüzde liberal sistemi benimsemiş olan devletlerde serbest rekabet düzenine ilişkin temel kurallar anayasal hak ve yükümlülükler arasında gösterilmektedir (Ülgen, H./Teoman, Ö./Helvacı, M./Kendigelen, A./Kaya, A./Nomer Ertan, F.; Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2010, s. 449-450).

² Devlete yüklenen bu görev 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un genel gerekçesinde şu şekilde belirtilmiştir: “...*Rekabetin ülkemizde yerleşmesinde ve devamında Devlete büyük görevler düşmekte, Devletin bilinçli bir rekabet politikası izlemesi kaçınılmaz olmaktadır. Rekabete dayalı bir piyasa düzeninin korunması ve geliştirilmesi rekabet politikasının görevidir. Piyasa ekonomisinin sağlıklı bir şekilde işleyebilmesi için, rakip teşebbüsler arasında dinamik bir rekabet sürecinin var olması ve bu süreçte güçlü olanın değil, başarılı olanın kendini kabullendirmesi gerekir. Devletin bir rekabet politikası bulunmaması durumunda başarılı olan değil, güçlü olan piyasaya egemen olmakta ve rekabet ortadan kalkmaktadır. Bu nedenle piyasa düzeninin geçerli olduğu ekonomilerde rekabetin tesisi ve korunması, sürekliliğinin sağlanması Devletin temel görevi olmaktadır. Piyasa ekonomilerinde rekabet politikası, genel ekonomi politikası için hayati önemi haizdir. Zira piyasa sisteminin merkezi unsurunu oluşturan rekabet sürecindeki bozukluk ekonomik sistemin bütününe tehdit etmektedir.*”

sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemlerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır; piyasalarda fiilli veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önler". Ayrıca m. 172'ye göre, "Devlet, tüketicileri koruyucu ve aydınlatıcı tedbirler alır, tüketicilerin kendilerini koruyucu girişimlerini teşvik eder."

Bu düzenlemelere göre tam ve dürüst rekabetin korunması, geliştirilmesi ve sürdürülebilirliği devletin görevi olup hukuki dayanağını Anayasa'dan almaktadır. Yasal sınırlar içinde ve dürüstlük kurallarına uygun rekabetin anayasal ilke olarak kabul edilmesinin sebebi, rakipler arasındaki rekabetin, gerek toplum gerekse de ekonominin gereklerine hizmet edeceği, iş ve işlem kalitesi ile niteliğinin artacağı, bunun sonucunda da yaşam kalitesinin yükseleceği düşüncesidir.

Bu çerçevede hukuk ile ekonomi bilimlerinin iç içe geçtiği rekabet, vazgeçilemeyecek kadar önem arz etmektedir. Ancak önem arz eden rekabet hukuk kurallarının çizdiği çerçeve içinde var olan rekabettir. Rekabetin hukuk kurallarının çizdiği çerçeve dışında devamı halinde hukukun, iktisadın ve sosyal hayatın telafisi güç zararlara uğraması kaçınılmaz olacaktır.

Hukuk, rekabetin korunması, haksız hale gelmemesi ve devamı için gerekli korumayı temin etmeye çalışmıştır.

Türk Hukukunda, haksız şekilde rekabet yasaklanmıştır³. İş bu yasaklama Türk Ticaret Kanunu'nda (haksız rekabet) 54 ile 63'üncü maddelerin arasında düzenlenmiştir.

İş bu düzenlemenin gerektiği şekilde uygulanması halinde ortaya daha dürüst bir ticari faaliyetin ortaya çıkacağı muhakkaktır. Rakipler hakkında da cari olan ve iş hayatına dair düzenleme içeren kanun, nizamname, mukavele yahut mesleki adet veya mahalli âdete uyularak faaliyetin devamı halinde rekabet haksız hale gelmeyecek ve sonuçta müşteriler (tüketiciler), rakipler ve ekonomi haksız rekabetin yıkıcı etkilerinden korunmuş olacaktır.

³ Türk Hukukunda haksız rekabet ile ilgili genel düzenlemelerin başında 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu gelmektedir. Bunların yanı sıra Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu, İthalatta Haksız Rekabetin Önlenmesi Hakkında Kanun, Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, haksız rekabet ile ilgili özel düzenlemelerdir.

B. Sosyal Paylaşım Siteleri ve Haksız Rekabet

Türk Ticaret Kanunu'nda “*Haksız rekabete ilişkin bu kısım hükümlerinin amacı, bütün katılanların menfaatine, dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanmasıdır.*” şeklinde düzenlemeye yer verilerek haksız rekabete ilişkin hükümlerin amacı ortaya konulmuştur. İkinci fıkrada ise “*Rakipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen aldatıcı veya diğer şekillerdeki dürüstlük kurallarına aykırı davranışlar ile ticarî uygulamalar haksız ve hukuka aykırıdır.*” hükmü yer almaktadır (m. 54)⁴.

Türk Ticaret Kanunu'nda yer alan haksız rekabet hükümlerinin koruma alanı genişletilmiştir. Türk Ticaret Kanunu m. 54/1’de ifade bulan dürüst ve bozulmamış rekabetin korunması genel amacı çerçevesinde korunan kişi ve menfaatler yönünden haksız rekabet hükümleri şu kişi ve menfaatleri koruma amacıyla düzenlenmiştir:

- Rakibi Korumak,
- Müşterileri Korumak,
- Mesleki ve Ekonomik Menfaat ve Birlikleri Korumak,
- Kamunun Menfaatlerini Korumak⁵.

Başka bir ifadeyle, bugün rekabet kurallarının koruma amacı, bireysel yararların ötesinde daha geniş bir çerçeve içinde anlaşılmaktadır. Rakiplerin yanında, rekabetin düzgün işleyişindeki kamu yararı da korunmakta, özel-

⁴ Bu tanımdan hareketle haksız rekabeti doğuran fiil, borçlar hukuku anlamında haksız fiilin kusur sorumluluğuna dayalı özel bir çeşidi olarak nitelendirilmektedir (**Oğuzman**, M. K./**Öz**, T.; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II, 10. Bası, İstanbul 2013, s. 11). **Göğçer**, E.; “Haksız Fiilden Doğan Borçların Tabii Olduğu Kanun”, AÜFHD, C. 22-23, S. 1-4, Y. 1965-1966, s. 501. **Tiryakioğlu**, B.; Rekabet Hukukundan Doğan Kanunlar İhtilafı, Ankara 1997, s. 153. Haksız fiilin kusura dayalı bir sorumluluk olarak nitelendirilmesinin sebebi, haksız rekabet sonucu meydana gelen zararın tazmininin failin kusurlu olmasına bağlı olmasıdır. Bunun haricinde tazminat hakkı dışında haksız rekabetin tespiti ve men’i gibi hakların kullanılması için failin kusurlu olması şart değildir (**Sarıöz**, A. İ.; Haksız Rekabetten Doğan Uyuşmazlıklarda Uygulanacak Hukuk ve Yetkili Mahkeme, İstanbul 2012, s. 33, dn. 69).

⁵ **Yılmaz**, M.; “*Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısında Haksız Rekabete İlişkin Genel Hükümlerin Karşılaştırması İle Kötüleme ve Reklamlara İlişkin Özel Haksız Rekabet Halleri*”, İstanbul Barosu Dergisi, C. 80, S. 4, 2006, s. 1486.

likle müşteriler (tüketiciler) bu kuralların doğrudan doğruya kapsamı içine alınmaktadır. Bu nedenle Türk Ticaret Kanunu'ndaki haksız rekabet kuralları, rekabeti koruyan, özel hukuka ilişkin ekonomi hukuku kuralları niteliğindedir.

Twitter, Youtube ve Facebook ise sosyal paylaşım siteleri olarak tanınmış olsalar bile özünde reklam yapan ticaret şirketleridir. İnternet ve bilişim teknolojisinin verdiği imkânları kullanarak, Türkiye'de yerleşik kullanıcılarına Türk şirketlerinin reklamlarını yapmaktadır. Ancak bu reklamları yaparken, bir Türk reklam şirketinin uyması gereken kurallara uymadan bunu gerçekleştirmektedir. Örneğin, internette reklam yapan Türk reklam şirketleri, 5651 sayılı *İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun*⁶ hükümlerine tabi olduğu hâlde, anılan şirketler bu kanun hükümlerine tabi olmadan iş yapmaktadır. Bu durum ise Türk reklam şirketleri bakımından haksız rekabet teşkil etmektedir. Çünkü

Türk Ticaret Kanunu m. 55/1-e'ye göre, "*İş şartlarına uymamak; özellikle kanun veya sözleşmeyle, rakiplere de yüklenmiş olan veya bir meslek dalında veya çevrede olağan olan iş şartlarına uymayanlar dürüstlüğe aykırı davranmış olur*".

Başka bir ifadeyle, Türk hukukunun ticaret, vergi, ceza ve diğer mevzuat ve kurallarına uyulmadan yurt dışından yayın yapılarak reklam faaliyetinde bulunulması bir haksız rekabet hali olarak karşımıza çıkmaktadır⁷.

Bu durumda bir Türk reklam şirketi, TTK m. 56'da sayılan tespit, men ve ref davalarını açabilir. Bu davaların açılabilmesi için davalı durumunda

⁶ RG., 23.05.2007, S. 26530.

⁷ "*İş Şartlarına Uymamak Suretiyle Haksız Rekabet Hali*" hakkında daha fazla bilgi için bkz. **Poyraz, Z.**; *İş Şartlarına Uymamak Suretiyle Haksız Rekabet Hali*, İstanbul 2011. TTK m. 57'de belirtilen "*İş şartlarına uymamak suretiyle haksız rekabet*" halinin oluşması için aranan unsurlar şu şekilde sıralanabilir: Rakipler arasında geçerli olan bir iş hayatı şartının maddede belirtilen şekilde hukuki düzenleme ile öngörülmüş olması; Rakiplik ilişkisinin mevcudiyeti; Rakipler arasında geçerli olan iş hayatı şartının ihlali (**Poyraz**, s. 66). Ayrıca bkz. **Hilty, M. R/Arpagaus, R.**; *Basler Kommentar Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb - UWG- Basel 2013*, s. 573-576.

olacak *Twitter, YouTube ve Facebook*'un kusurlu olmalarına da ihtiyaç olmadığı gibi ortada bir suçun varlığına da ihtiyaç yoktur. Ayrıca, TTK m. 61/1'e göre, "*Dava açma hakkını haiz bulunan kimsenin talebi üzerine mahkeme, mevcut durumun olduğu gibi korunmasına, 56 ncı maddenin birinci fıkrasının (b) ve (c) bentlerinde öngörüldüğü gibi haksız rekabet sonucu oluşan maddi durumun ortadan kaldırılmasına, haksız rekabetin önlenmesine ve yanlış veya yanıltıcı beyanların düzeltilmesine ve diğer tedbirlere, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun ihtiyati tedbir hakkındaki hükümlerine göre karar verebilir*". Bu maddenin özelliği şudur:

Normal şartlarda dava sonucunu önceden elde edecek şekilde ihtiyati tedbir kararı verilemez iken, haksız rekabet halinde kanun buna izin vermektedir⁸.

Diğer taraftan, TTK m. 56'da "*Haksız rekabet sebebiyle müşterileri, kredisi, meslekî itibarı, ticari faaliyetleri veya diğer ekonomik menfaatleri zarar gören veya böyle bir tehlikeyle karşılaşabilecek olan kimse*"; dava açma hakkına sahiptir. Bu durumda ise TTK m. 58/1 c'nin⁹ işletilmesi mümkündür ve 58/4'e göre tedbir alınması mümkündür. Bu madde, "... **somut olaya uyan uygulanabilir başka tedbirler alabilir**" ifadesiyle mahkemeye çok geniş takdir hakkı verdiği için bu sitelerin kapatılması da imkân dahilindedir. Çünkü, Mahkeme haksız rekabet eyleminin olumsuz sonuçlarının kapsamlı veya vereceği zararın büyük olacağı durumlarda ilgili hizmet sağlayıcısını da dinleyerek, haksız rekabet fiilinin sona erdirilmesini veya önlenmesine ilişkin tedbir kararını hizmet sağlayıcı aleyhine de verebilecektir.

Keza, TTK m. 56/3 gereğince, bu davalar, Ticaret ve sanayi odaları, esnaf odaları, borsalar ve tüzüklerine göre üyelerinin ekonomik menfaat-

⁸ Bu şekilde uyumsuzluğun esaslı çözülmeden hızlı bir yargılama ile verilen ihtiyati tedbir kararları kazandığı öneme rağmen, bazı sakıncalar da doğurabilmektedir (**Yıldırım-Deren**, N.; Haksız Rekabet Hukuku ile Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukuku'nda İhtiyati Tedbirler, İstanbul 1999, s. 8).

⁹ "*Başka sebepler dolayısıyla yazılı basında yayımlanan şeyin, programın, görüntünün, sesin, iletinin sahibinin veya ilan verenin meydana çıkarılması veya bunlara karşı bir Türk mahkemesinde dava açılması mümkün olmazsa, yukarıda anılan davalar, yazı işleri müdürü, genel yayın yönetmeni, program yapımcısı, görüntüyü, sesi, iletini, yayını, iletişim ve bilişim aracına koyan veya koyduran kişi ve ilan servisi şefi; bunlar gösterilemiyorsa, işletme veya kuruluş sahibi aleyhine açılabilir.*" (TTK m. 58/1 c).

lerini korumaya yetkili bulunan diğer meslekî ve ekonomik birlikler ile tüzüklerine göre tüketicilerin ekonomik menfaatlerini koruyan sivil toplum kuruluşlarıyla kamusal nitelikteki kurumlar tarafından da açılabilir.

Sosyal paylaşım sitelerinin yurt dışında yerleşik olması, bu şirketlere Türkiye’de dava açılmasına ve Türk Hukukunun uygulanmasına engel de teşkil etmemektedir. Çünkü, 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un 37’nci maddesine göre. “*Haksız rekabetten doğan talepler, haksız rekabet sebebiyle piyasası doğrudan etkilenen ülke hukukuna tabidir.*

Haksız rekabet sonucunda zarar görenin münhasıran işletmesine ilişkin menfaatleri ihlal edilmişse, söz konusu işletmenin işyerinin bulunduğu ülke hukuku uygulanır”¹⁰.

Madde 40’a göre de, “*Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini, iç hukukun yer itibariyle yetki kuralları tayin eder*”. Bu çerçevede Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 16 uygulama alanı bulur ve “*Haksız fiilden doğan davalarda, haksız fiilin işlendiği veya zararın meydana geldiği yahut gelme ihtimalinin bulunduğu yer ya da zarar görenin yerleşim yeri mahkemesi de yetkilidir*”.

SONUÇ

Sonuç olarak, Türk Ticaret Kanunu’ndaki haksız rekabet kuralları, rekabeti koruyan, özel hukuka ilişkin ekonomi hukuku kuralları niteliğinde olduğundan, yukarıda belirtilen kişi ve kurumlardan her hangi birisinin, Türkiye’de ticaret mahkemesinde açacağı bir haksız rekabet davasında alacağı karar ya da ihtiyati tedbir kararı ile bu şirketlerin faaliyetlerinin durdurulması mümkündür. Bu durdurma kararını veren mahkeme ticaret

¹⁰ Haksız rekabet kuralları ile korunmak istenen düzen menfaati devletin ekonomik yapısını koruma isteğidir. Bu kurallar ile haksız rekabet sonunda bozulan serbest rekabet ortamının düzeltilmesi ve meydana gelen zararın giderilmesi amaçlanmaktadır. Haksız rekabet sonunda serbest rekabet ortamı ve özellikle taraflar arasındaki menfaat dengesi, fiilin işlendiği yerde değil, fakat zararın ortaya çıktığı yerde bozulmuş sayılmaktadır. Zararın ortaya çıktığı yer piyasa yeri olduğu için uygulanacak hukuk olarak da piyasa yeri hukuku esas alınmaktadır (Tarmam, Z. D.; Haksız Rekabetten ve Aldatıcı Reklamlardan Doğan Uyuşmazlıklarda Uygulanacak Hukuk, İstanbul 2011, s. 93).

mahkemesi olacağından, dayanağı anayasa ve yasalar olduğundan özgürlükler kısıtlanıyor diye bir eleştiriye de maruz kalınmayacaktır¹¹.

Bu tür sitelerin faaliyetlerinin durdurulması gündeme geldiğinde, diğer ülkelerden gelmesi muhtemel itirazlar kaygı edilmekte, bu yüzden konunun sadece özgürlük boyutu düşünülmekte ve bu bağlamda medyada da çoğu zaman kamu hukukçuları yorum yapmaktadır. Bununla birlikte, aslında konunun (site kapatma/yasaklama mevzuunun) özel hukuk boyutunun da olduğu (zira söz konusu siteler aslında birer reklam yapan ticaret şirketi), bu hususun 1956'dan beri var olan ve İsviçre'den iktibas edilen kanunlarımızdan biri (TTK'nın haksız rekabet hükümleri) marifetiyle gerçekleştirilebileceği göz ardı edilmektedir¹².

¹¹ Sosyal paylaşım sitelerinin kapatılması ile ilgili olarak Anayasa Mahkemesi ifade özgürlüğü ve Anayasanın 26'ncı maddesi ile ilgili başvurular hakkında iki önemli kararını bireysel başvuru şikâyetleri üzerine almıştır. İlki Twitter hakkındaki Anayasa Mahkemesinin İkinci Bölüm 2.4.2014 tarihli 2014/3986 Başvuru nolu kararıdır (03.04.2014 tarihli ve 28961 Sayılı R.G.). İkincisi ise, Anayasa Mahkemesinin başvuru numarası: 2014/4705 ve karar tarihi 29.5.2014 olan Genel Kurul Kararıdır (06.06.2014 tarihli ve 29022 Sayılı R.G.). Anayasa Mahkemesi hem Twitter ve hem Youtube kararında "youtube.com sitesine erişimin tümüyle engellenmesine yönelik müdahalenin, yeterince açık ve belirgin bir kanuni dayanağa sahip olmadığını" tespit etmiştir. Ayrıca kanuni dayanağın bulunmaması nedeniyle siteden yararlanan tüm kullanıcıların ifade özgürlüğüne ağır müdahale niteliğinde olan söz konusu idari işlemin, başvuruçuların Anayasa'nın 26. maddesinde korunan ifade özgürlüklerini ihlal ettiğine karar vermiştir.

¹² TTK m. 55/1 e'nin kaynağı UWG Art 7'dir.

^H6102 SAYILI TÜRK TİCARET KANUNU'NUN ANONİM ORTAKLIK PAY DEVRİNE GETİRDİĞİ SINIRLAMALAR

Doç. Dr. Nihat TAŞDELEN*

I. GİRİŞ

Anonim ortaklıkta kural, payın serbestçe devredilebilirliği ilkesidir. Bu ilke, anonim ortaklığın bir sermaye ortaklığı olarak benimsenmesinin (TTK m. 124.2) önemli sonuçlarından biridir. Sermaye ortaklıklarında önem arz eden, ortaklığa getirilen sermayedir, zira ortaklık sermayesi, ortaklıktan alacaklı olanların tek güvencesi olup; miktarı ve taahhüt edilen sermaye payının ifa edilmesi önemlidir. Buna karşılık, kuruluşta ortaklıktaki pay sahiplerinin ve pay devri ile eski pay sahibinin yerine payını satın alarak geçecek kişinin/kişilerin kural olarak kişiliği, kim olduğu önemli değildir¹.

Payın serbestçe devredilebilirliği ilkesinin uygulanmasında; payın, çıplak veya senede bağlanmış olmasının bir rolü bulunmamaktadır. Bu ilke, çıplak paylarda, pay senede bağlanmışsa pay senetlerinde ve ilmuhaber çıkarılmışsa ilmuhaberlerde aynen geçerlidir². İlkenin uygulamada işlevini görmesi açısından çıplak payın, pay senede bağlanmışsa pay senedinin veya ilmuhaberin kanununun aradığı şekilde devredilmesi³ yeterlidir.

H Hakem incelemesinden geçmiştir.

* Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, ntasdelen@mynet.com.

¹ **Bahtiyar**, Mehmet; Ortaklıklar Hukuku, Yeni TTK'ya Göre Yazılmış Güncellenmiş 8. Bası, Beta Basım Yayım ve Dağıtım A.Ş., İstanbul 2012, s. 258, 259.

² **Tekinalp**, Ünal; Anonim Ortaklıkta Yeni Bağlam Sisteminin Esasları Pay Defteri Hukuku İle, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012, s. 2.

³ Anonim ortaklıkta payın devren kazanılmasında şekil ve aşamaları için ayrıntılı bilgi için bkz. **Taşdelen**, Nihat; Anonim Ortaklıkta Pay Sahipliği Sifatının Kazanılması, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2005, s. 114 vd.; **Bahtiyar**, Ortaklıklar, s. 243 vd.

Payın serbestçe devredilebilirliği ilkesi, mutlak bir ilke değildir. Ortaklığın, pay sahiplerinin, ortaklıkla ilgisi olan üçüncü kişilerin çıkarlarının korunması ve gözetilmesinin hedeflendiği hallerde, istenmeyen kişilerin ortak olmalarını engellemek için gerek Türk Ticaret Kanunu'nda gerekse özel kanunlarda istisnalar öngörülmüştür. Bu kanuni yasak ve sınırlamaların yanında, emredici hükümlere aykırı olmamak kaydıyla, ortaklık esas sözleşmesiyle bağlam gibi payın devrine dair sınırlama getirilmesi mümkün kılınmıştır (TTK m. 492-495). Bununla birlikte ortaklığa, pay sahiplerine ve üçüncü kişilere karşı dermeyanı mümkün bu kanuni ve sözleşmesel istisnaların dışında, borçlar hukukuna özgü sözleşmelerle, sadece ortaklıkla pay sahipleri veya pay sahipleri arasında geçerli olan sınırlamalar da getirilebilir.

Bu çalışmada sadece TTK'da düzenlenen kanuni sınırlamalar üzerinde durulacaktır. Bu sınırlamaları incelemeye başlamadan önce, bir hususa değinmekte yarar görüyoruz. Anonim ortaklığın kuruluşundan önce pay taahhüdünün devri (m. 352) ile ortaklığın ve sermaye artırımının tescilinden önce çıkarılan ve geçersiz kabul edilen pay senetlerinin devrindeki geçersizlik (m. 486.1), aslında, gerçek anlamda payın devrine ilişkin bir sınırlama değildir. Zira bu aşamalarda henüz pay oluşmadığından, ne paydan ne de geçerli bir pay senedinden bahsedilebilir. Ancak her iki halde de, ortaklığın tescille varlık kazanmasından sonraki hak ve varsa borçların devri hedeflendiğinden, bunların payların devrine ilişkin sınırlamalar kapsamında ele alınmasında yarar vardır.

Ayrıca bu çalışmada konunun başlığından da anlaşılacağı üzere, sadece 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'ndaki sınırlamalar incelenecektir. Anonim ortaklığın pay devrine dair başka kanunlar kapsamında da sınırlamalar söz konusudur. Bu bağlamda Borçlar Kanunu'ndaki muvazaa (m. 19), SerPK.'daki sermaye piyasası kurumları için getirilen sınırlamalar (m. 34 vd.), 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'ndaki (m.18), 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkındaki Kanunu'ndaki⁴ (m. 29), 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'ndaki⁵ (m. 9,10), 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunu'ndaki⁶ (m. 7), 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamalarının

⁴ Bkz. 20.4.1994 tarih ve 21911 sayılı RG.

⁵ Bkz. 14.06.2007 tarih ve 26552 sayılı RG.

⁶ Bkz. 13.12.1994 tarih ve 22140 sayılı RG.

Düzenlenmesine ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnemelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'daki⁷ (m. 7), 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'ndaki⁸ (m. 11/4), 4628 sayılı Enerji piyasası Düzenleme Kurumunun Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'daki⁹ (m. 6), 4632 sayılı Bireysel Emeklilik Tasarruf ve Yatırım Sistemi Kanunu'ndaki¹⁰ (m. 8,13) pay devrine getirilen sınırlamalar zikredilebilir¹¹. Bunlar ve Türk Ticaret Kanunu'nda öngörülen sözleşmesel sınırlamalar bu çalışmanın dışında bırakılmıştır.

II. 6102 SAYILI TÜRK TİCARET KANUNU'NDAKİ SINIRLAMALAR

A. Genel Olarak

6012 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun getirdiği sınırlamalara bakıldığında, bu Kanun'un 6762 Sayılı Türk Ticaret Kanun'undaki bazı sınırlamaları bünyesine almadığı görülmektedir.

Anonim ortaklıkta pay devirleri bakımından bir sınırlama mahiyetinde olan ve payların halka arzı halinde, payları satılacak ortaklığın konusu, süresi, kurucu ve idarecilerin kimlikleri, ayın sermaye durumunu, kuruluşta devralınan ayın ve hakların nevi, miktar ve bedelleri ile kuruculara ve idarecilere temin edilen özel haklar konusunda bilgilenmesini sağlamak ve sermaye sahiplerini korumak amacıyla¹² kanuna karşı hileyi önlemek için getirilen¹³ "Halka Müracaat" başlıklı "*Ani olarak kurulan anonim ortaklığın pay sahipleri, ortaklığın tescilinden sonra beş yıl içinde halka müracaat suretiyle paylarını elden çıkarmak isterlerse 281, 282, 283 ve 284'üncü*

⁷ Bkz. 27.11.1994 tarih ve 22124 sayılı RG.

⁸ Bkz. 30.03.2013 tarih ve 28603 sayılı RG.

⁹ Bkz. 3.3.2001 tarih ve 24335 (mükerrer) sayılı RG.

¹⁰ Bkz. 7.4.2001 tarih ve 24366 sayılı RG.

¹¹ Detaylı bilgi için bkz. **Taşdelen**, Pay Sahipliği; **Bahtiyar**, Ortaklıklar, s. 263 vd.

¹² **Domaniç**, Hayri; Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması, TTK ŞERH-II, Temel Yayınları, İstanbul 1988 (Şerh II), s. 1352.

¹³ **Ülgen**, Hüseyin; Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Ortaklığın Kuruluştan Sonra Malvarlığı Değerlerini Devir Alması (Alman Hukuku İle Karşılaştırmalı Olarak), Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1969, s. 14.

maddeler hükümlerine riayet etmeye mecburdurlar” şeklindeki eTTK 304 madde hükmü yeni kanuna alınmamıştır. Bunun temel nedeni, yeni kanunda halka arzın, kanuna karşı hileye mahal vermeyecek şekilde düzenlenmiş olmasıdır. Yeni TTK’nın “Halka arz edilecek paylar” başlıklı 346. maddesinde;

“(1) Esas sözleşmede taahhüt edilmiş olup da taahhüt sahiplerince, şirketin tescilinden itibaren en geç iki ay içinde halka arz edileceği esas sözleşmede belirtilmiş ve ayrıca garanti edilmiş bulunan nakdî payların karşılıkları satıştan elde edilen gelirden ödenir. Pay senetlerinin halka arz edilmesi sermaye piyasası mevzuatına göre yapılır. Satış süresinin sonunda, payların itibarî değerlerinin, varsa çıkarma priminin karşılığı şirkete, giderler düşüktükten sonra kalan tutar ise, pay senetlerini halka arz eden pay sahiplerine ödenir.

(2) Halka arz edilip de süresinde satılmayan payların bedellerinin tamamı, süresinde halka arzedilmeyen payların bedellerinin ise, yüzde yirmi-beşi iki aylık süreyi izleyen üç gün içinde ödenir” şeklinde yer alan düzenleme ile eTTK 304 maddesine dair kaygı verici hususlar bertaraf edilmiştir.

6012 Sayılı Türk Ticaret Kanununun kapsamına alınmayan ikinci düzenleme, 6762 Sayılı Türk Ticaret Kanununun 313. maddesindeki ortaklığa rehin verilen payların devri yasağıdır.

“İdare meclisi azalarından her biri, itibari kıymetleri esas sermayenin en az yüzde birine muadil miktarda hisse senetlerini şirkete tevdi mecburdur. Şu kadar ki; esas sermayenin yüzde biri 5000 lirayı aşarsa fazlasının tevdi mecburi değildir. Tevdi olunan hisse senetleri azanın umumi heyetçe ibrasına kadar vazifesinden doğan mesuliyete karşı merhun hükmünde olup başkalarına devrolunamaz ve şirketten geri alınamaz.

İdare meclisinin muvafakatiyle rehin makamında olan hisse senetleri, bir üçüncü şahıs tarafından da tevdi edilebilir.

275 nci madde hükmü mahfuzdur” şeklindeki düzenlemesi, başta kapsamındaki miktar olmak üzere, birçok noktada kanunda yer verilme amacın-

daki işlevinden uzaklaştığı için maruz kaldığı eleştiriler¹⁴ de etkili olmuş olmalı ki yeni kanunda yer bulamamıştır.

6012 Sayılı Türk Ticaret Kanununun kapsamına alınmayan üçüncü düzenleme, 6762 Sayılı Türk Ticaret Kanununun 404. maddesindeki ayın karşılığı payların devir yasağıdır.

Ortaklık sermayesinin korunması bağlamında; ortaklığa ayın olarak getirilen sermaye unsurlarının gerçek değeri ne ise o değer üzerinden sermayeye dahil edilmesini sağlamak ve böylece ortaklığı, pay sahiplerini ve ortaklık alacaklılarını korumak amacıyla getirilen “*Ayın karşılığı olan hisse senetlerinin şirketin tescilinden itibaren iki yıl geçmeden başkalarına devri hükümsüzdür*” şeklindeki hüküm yeni kanuna alınmamıştır. 6012 Sayılı Türk Ticaret Kanunu, ortaklığa sermaye olarak konulan mal ve haklara kurucular tarafından kötü niyetle fazla değer biçilmesi ihtimalini bertaraf etmiştir; zira kanunun “Değer biçme” biçme başlıklı 343. maddesine göre,

“(1) Konulan aynı sermaye ile kuruluş sırasında devralınacak işletmelere ve aylara, şirket merkezinin bulunacağı yerdeki asliye ticaret mahkemesince atanan bilirkişilerce değer biçilir. Değerleme raporunda, uygulanan değerlendirme yönteminin somut olayın özellikleri bakımından herkes için en adil ve uygun seçim olduğu; sermaye olarak konulan alacakların gerçekliğinin, geçerliğinin ve 342 nci maddeye uygunluğunun belirlendiği, tahsil edilebilirlikleri ile tam değerleri; aynı olarak konulan her varlık karşılığında tahsis edilmesi gereken pay miktarı ile Türk Lirası karşılığı, tatmin edici gerekçelerle ve hesap verme ilkesinin icaplarına göre açıklanır. Bu rapora kurucular ve menfaat sahipleri itiraz edebilir. Mahkemenin onayladığı bilirkişi kararı kesindir”.

¹⁴ Maddeye yönelik eleştiriler için bkz. **Domaniç**, Şerh II, s. 491; **İmregün**, Oğuz; Anonim Ortaklıklar, Yasa Yayıncılık A.Ş., İstanbul 1989, s. 204; Kara Ticaret Hukuku Dersleri, Onikinci Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2001, s. 332; **Çamoğlu** (Poroy/Tekinalp); Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 9. Bası, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul, 2003, s. 324; **Ansay**, Tuğrul; Anonim Şirketler Hukuku, Altıncı Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1982, s. 100; **Eriş**, Gönen; Açıklamalı-İçtihatlı En Son Değişikliklerle Birlikte Türk Ticaret Kanunu Ticari İşletme ve Şirketler, İkinci Cilt Ticaret Şirketleri- Madde 174-556, 3. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık A.Ş., 2004, s. 1797.

B. Pay Devrinin Yasaklandığı ve Sınırlandığı Haller

1. Kanuni Bağlam (TTK m. 491)

Anonim ortaklıkta payın serbestçe devredilebilirliği ilkesine kanun koyucu tarafından getirilen sınırlamalardan biri¹⁵ TTK m. 491’de yer almaktadır¹⁶. İsviçre BK. m. 685 hükmünden¹⁷ alınan ve kanuni bağlam olarak nitelendirilen bu hükme göre;

“(1) Bedeli tamamen ödenmemiş nama yazılı paylar, ancak şirketin onayı ile devrolunabilir; meğerki devir, miras, mirasın paylaşımı, eşler arasındaki mal rejimi hükümleri veya cebri icra yoluyla gerçekleşsin.

(2) Şirket, sadece, devralanın ödeme yeterliliği şüpheli ise ve şirketçe istenen teminat verilmemişse onay vermeyi reddedebilir”.

Kanun koyucunun bu hükümle ortaklığın sermayesini, bu vesileyle ortaklıktan alacaklı olan üçüncü kişileri ve ortakları korumak istediği söylenilebilir. Fıkranın gerekçesinde de hükmün, ödenmemiş pay bedelinin güvencesi olduğu vurgulanmıştır.

Devredilmek istenen payın bedeli olan sermaye borcu tamamen ödenmemişse, ortaklık esas sözleşmesinde hüküm olmazsa bile¹⁸; pay devri ortaklığın onayı ile gerçekleşecektir. İkinci fıkradan anlaşıldığı üzere ortaklık her halükarda onay vermektan kaçınma imkanına sahip değildir. Aksine sadece payı devralanın, devraldığı payın kalan sermaye borcunun ödenmesi

¹⁵ Bu husus maddenin birinci fıkrasının gerekçesinde “Hüküm kanunî devir sınırlamasını düzenlemektedir. Anonim şirkette ilke, nama yazılı payın serbestçe devredilebilmesidir. Bu ilkenin Kanunda öngörülen tek istisnası bedellerinin tümü ödenmemiş nama yazılı paylardır. ...” şeklinde ifade edilmiştir.

¹⁶ Bu maddenin eski kanundaki karşılığı TTK. m. 418/III’de yer alan “Hisse senetlerinin karşılığının tamamen ödenmemiş olması halinde şirket teminat talep ve teminat gösterilmediği takdirde kayıttan imtina edebilir” şeklindeki düzenlemeydi.

¹⁷ İsv.BK. 685 maddesindeki düzenleme, “Karşılıkları tamamen ödenmemiş pay senetleri, ancak ortaklığın izni ile devredilebilir; şu kadar ki mirasın geçişi, mirasın taksimi, karı koca mallarının idaresine ilişkin hükümler ve cebri-icra yoluyla pay senetlerinin devrinde izin gerekmez.

Ortaklık sadece devir alanın ödeme gücünün şüpheli olması ve talep edilen teminatın gösterilmemesi halinde, kayıttan kaçınılabılır” şeklindedir.

¹⁸ Birinci fıkranın gerekçesine bkz.

konusunda, ödeme yeterliliği şüpheli ise şirket teminat isteyebilecek ve istenen teminat verilmezse ortaklık onay vermeyi reddedebilecektir¹⁹. Dolayısıyla devredilen payların salt bedellerinin ödenmemiş olması, şirkete onay vermeme hakkını bahşetmez. Devralanın ödeme gücüne sahip olması ve dürüst olması halinde şirketin devir işlemine onay vermesi gerekir. Aksine hareket, kanuna ve dürüstlük ilkesine aykırılık teşkil edecektir²⁰. Doktrinde ödeme yeterliliği kavramının sübjektif bir tespiti gerektirdiğinden bedeli kısmen ödenmiş payların devrinde ortaklığın çoğunlukla teminat isteyeceği ifade edilmiştir²¹. Eğer devralanın ödeme gücü hakkında şüphe yoksa ve buna rağmen ortaklık teminat talep ediyorsa, onay verilmemişse devralan tarafından onayın verilmesi veya reddedilmişse reddin iptali için dava açılabileceği kabul edilmektedir²².

TTK'daki düzenlemeden anlaşıldığı üzere; ortaklık onayının aranması, devredilen payın sermaye borcunun tamamının ödenmemiş olmasına bağlanmıştır. Onayın verilmemesi ise ortaklıkça talep edilen teminatın gösterilmemiş olmasını gerektirir. Teminatın talep edilmesi ise, payı devralanın ödeme yeterliliğinin şüpheli olmasına bağlıdır. Şunu da belirtmek gerekir ki, ortaklık bu teminatı istemeye mecbur olmadığı gibi, teminatı keyfi olarak da talep edemez; bunun için devralanın ödeme gücü ve dürüstlüğü tereddüt yaratmalıdır²³. Yönetim kurulu, devreden borçlarını ifa edip etmediğini; devralanın da ödeme kabiliyetine sahip bulunup bulunmadığı konusunda gereği gibi araştırma yapmalıdır. Aksi halde, teminat istemeden payın devrine onay vermesi suretiyle herhangi bir zarara sebebiyet vermişse, bu zarardan sorumlu olacaktır²⁴.

¹⁹ Fıkranın gerekçesinde bu durum "İkinci fıkra, sadece devralanın ödeme yeterliliğinin şüpheli olması olasılığında şirketin talep edilen teminatın verilmemesi halinde şirketin devir işlemini onaylamayı reddedebileceğini hükme bağlamıştır"

²⁰ Birinci fıkranın gerekçesine bkz.

²¹ **Kendigelen**, Abuzer; Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, 2. Bası, XII Levha Yayıncılık A.Ş., s. 399.

²² **Defferrard**, Francine; Le Transfert des action nominatives liée non contées, Fribourg Suisse, Edition Universitaires, 1999, s. 187, 188; **Tekinalp**, Bağlam, s. 34.

²³ İkinci fıkranın gerekçesine bkz.

²⁴ **Pulaşlı**, Hasan; Bağlı Nama Yazılı Pay Senetleri, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara 1992, s. 121; **Defferrard**, a.g.e., s. 187; **Benz**, Ulrich; Aktienbuch und Actionärwechsel, Diss, Zurich 1981, s. 74.

Kanun koyucunun payı devralan açıısından aradığı ödeme yeterliliği şüphesi ve buna bağılı teminatın istenmesi, payın devri anında aranmıştır. Payın devrine onay verildikten sonra, devralanın ödeme gücü hakkında şüphe doğsa da artık teminat istenemez.

Teminatın türü hakkında, kanun hükmünde bir açıklama bulunmamaktadır. Ancak, payın bakiye borcunu karşılamak ve ödemeye yeterli olmak kaydıyla, aynı veya şahsi teminatın verilebileceği kabul edilmektedir²⁵.

Kanun metninden açıkça anlaşıldığı üzere, payın devri, miras, mirasın paylaşımı, eşler arasındaki mal rejimi hükümleri veya cebrî icra yoluyla gerçekleştirmiş ise ortaklığın onayı aranmamaktadır. Ayrıca ortaklık onayının aranmadığı bu devir hallerinde teminat istemek de mümkün olmamalıdır²⁶. Ancak bu hallerde de bir yönüyle ortaklık açıısından bir imkan, diğere boyutuyla payın intikal ettiği kişi açıısından elde edilen pay sahipliği sıfatının devamına getirilen bir sınırlama durumuyla karşılaşmaktayız. Sözü edilen payın iktisap hallerinde borsaya kote edilmemiş nama yazılı pay senetlerinin intikalinde anonim ortaklığın, payı kazanan kişiye gerçek değerini ödemeyi önererek onay vermektan kaçınması mümkündür (TTK md. 393/4).

2. Pay Taahhüdü Devrinin Hükümsüzlüğü (TTK m. 352)

Maddeye göre, “(1) Pay taahhüdünün, şirketin tescilinden önce devri, şirkete karşı geçersizdir”.

Pay taahhütlerinin devrine getirilen bu yasağın nedenine dair, maddenin gerekçesinde devir nedeniyle kurucuların değışmesi ve buna bağılı olarak kurucuların belirlenmemesine binaen kuruluşa ilişkin çeşitli yükümlülüklerin uygulanmasında ortaya çıkabilecek güçlüklerle işaret edilmiştir.

Pay taahhüdünün devrine bağılı olarak şirketin bir zararı meydana gelmişse, şirket zararını, buna sebebiyet veren ilgiliden isteyebilecektir.

²⁵ **Pulaşlı**, Bağlam, s. 122; **Defferrard**, a.g.e., s. 188; **Benz**, a.g.e., s. 75; **Honsell**, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Watter, Rolf; Kommentar Zum Schweizerischen Privatrecht Obligationenrecht II Art. 530-1186 OR, Basel und Frankfurt, Helbing&Lichtenhahn, 1993, s. 661.

²⁶ **Krafft**, Mathias-Charles; La Dissociation Des Droits De L'action Nominative, Lausanne, Vaudoise, 1963, s. 160; **Kendigelen**, İlk Tespitler, s. 399.

Madde hükmü, pay taahhütlerinin ortaklığın tescilden önce devrini yasaklamamaktadır²⁷. Ortaklığın tescilinden önce, pay taahhütlerinin devrini ortaklığa karşı geçersiz saymaktadır²⁸. İleride kurulacak ortaklığa karşı, pay taahhüdünün ilk sahibi, devreden kişi olacaktır, pay taahhüdü devralan şahsa

²⁷ Bu hükmün karşılığı olan eTTK.'nın TTK. 302. maddesinde katılma taahhüdünün devredilmesini açıkça hükümsüz sayan düzenleme nedeniyle ortaklığa karşı hükümsüz kabul edilen katılma taahhüdü devrinin, taraflar arasında geçerli olup olmayacağı konusunda farklı görüşler olmakla beraber, baskın görüş ekonomik düşünceler, tarafların menfaatleri ve sözleşme özgürlüğü gibi gerekçelerle taraflar arasındaki devrin geçerli olduğu yönündeydi (**İmregün**, AO., s. 352; **Ülgen**, Hüseyin, "Anonim Ortaklıklarda Katılma (=İştirak) Taahhüdünün Devri Sorunu", İkt. ve Mal Der., C.XXIII, Sy. 5, 1976-77, s. 202; **Moroğlu**, Erdoğan; Özellikle Anonim ve Limited Ortaklıklarda Oy Sözleşmeleri, 2. Baskı, Sermaye Piyasası Kurulu, Ankara 1996, s. 55 dn. 165; Anonim Ortaklıklarda Esas Sermaye Artırımı, Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2003 s. 102; **Karayalçın**, Yaşar; Özel Hukukta Meseleler ve Görüşler «Hukukî Mütalâalar» IV (1988-1991), Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1992, s. 154; **Kendigelen**, Abuzer; Anonim Ortaklık Payı Üzerinde İntifa Hakkı, İstanbul, 1994, s. 61; **Çeker**, Mustafa; Anonim Ortaklıkta Oy Hakkı ve Kullanılması, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2000, s. 134; **Dağ**, Üner; Anonim Ortaklıkta Oy Hakkının Kazanılması ve Kullanılması, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş. Yayını, İstanbul 1996, s. 49 vd.; "Anonim Şirketlerde Katılma Hakkının Devri Sorunu ve Bu Hakkı Devralan Şahsın Şirket Karşısındaki Hukukî Durumu", Prof. Dr. Hayri DOMANIÇ'e Armağan, MİTOS Yayınları TEM Yapım Yayıncılık Ltd. Şti., İstanbul 1995, s. 54,57; **Doğanay** İsmail; Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Birinci Cilt-Madde 1-419, Tümden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Dördüncü Bası, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul 2004, s. 907; **Eriş**, Şirketler, s. 1740. Bu görüşün aksine **Arslanlı**, katılma taahhüdü devrinin taraflar arasında da geçersizliğini beyan etmektedir (Anonim Şirketler C. I, Umumi Hükümler, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1960, s. 210). **Domanıç** de aynı görüşü benimsemektedir. Yazar, taraflar arasında da geçersiz olan devrin tescilden sonra geçerli hale gelebilmesi için ortaklığın onayını yeterli görmemekte; devir işleminin yeniden yapılması gerektiğini belirtmektedir (Şerh II, s. 1347). Ancak yazar, aynı eserin başka bir sayfasında TTK. m. 302'ye dayalı devirleri taraflar arasında geçerli kabul etmekte, bir pay senedine bağlanmaksızın tescilden önce yapılan pay devirlerinin tescil ile muteber hale geleceğini, bu halde devrin şirketi de bağlaması için temlikin tescilden önce payların devrinin hükümsüzlüğünü düzenleyen TTK. m. 302'deki hükümsüzlüğün sadece ortaklığa karşı olduğunu açıklamaktadır (a.e., s. 1289, 1290).

²⁸ Maddenin gerekçesine bkz.

geçmeyecek; sermaye borcundan taahhütte bulunan sorumlu olacaktır²⁹. Aslında pay taahhüdünün kapsamına geniş anlamda sermaye borcuyla birlikte, pay sahipliği hakkı da girmektedir. Zira, anonim ortaklığın kuruluşunun tamamlanması şartıyla pay senetlerinin verilmesini talep hakkı da bu kapsamdadır³⁰. Bu anlamda; devir, kurulacak ortaklık için bağlayıcı olmayacaktır³¹. İleride kurulacak ortaklığa karşı hükümsüz olan devir işlemi için, sözleşme özgürlüğü şemsiyesinin altına girmek de mümkün değildir³².

Taraflar arasında gerçekleştirilen katılma taahhüdü işleminin geçerliliği, işlemin genel hükümler çerçevesinde, alacağın temliki ve borç varsa borcun nakli hükümlerine göre yapılmasına bağlıdır³³. İsviçre Federal Mahkemesi de kararlarında³⁴, katılma taahhüdünün bir irade beyanı olduğunu ve bununla müteahhidin, taahhüt ettiği meblağı, belirli sayıda paydaşlık hakkının tanınması karşılığında üzerine aldığını belirtmesi de, katılma müteahhidi ile kurucular arasındaki ilişkinin aynen senede bağlanmamış paylarda olduğu gibi, hak ve borçların ayrı ayrı devredilmelerini; diğer bir deyişle alacağın temliki ve borcun nakline göre devredilmelerinin gerekliliğini belirtmiştir³⁵.

Katılma taahhüdü devrinin taraflar arasında geçerli kabul edilmesinin, devir işlemine onay verilmesi durumu hariç, pratikte ortaklık açısından bir önemi yoktur³⁶. Devir işlemine onay verilirse, devralanın ileride varlık kazanacak ortaklık nezdinde pay sahipliği sıfatından bahsedilebilecektir. İşte burada, yani katılma taahhüdü devrinin onaylanması noktasında bir başka sorun karşımıza çıkmaktadır. Onayı kim verecektir? Onayı kurucular verebilir mi? Yoksa kuruluşun tescilinden sonra onay ortaklıktan mı talep edilmelidir?

²⁹ Arslanlı, AŞ I, s. 210.

³⁰ Ülgen, Katılma Taahhüdü, s. 199.

³¹ Domaniç, Şerh II, s. 1346; Ansay, AŞ, s. 264; Kendigelen, İntifa, s. 61; Çeker, Oy Hakkı, s. 134; Doğanay, TTK. Şerhi I, s. 907; Dağ, Katılma Hakkının Devri, s. 65 vd.

³² Ülgen, Katılma Taahhüdü, s. 198, 199.

³³ Ülgen, Katılma Taahhüdü, s. 204.

³⁴ BGE 64 II 281, 15 II 625 (Ülgen, Katılma Taahhüdü, s. 204 dn. 36'dan naklen).

³⁵ Ülgen, Katılma Taahhüdü, s. 204, 205.

³⁶ Tekinalp Ü.; Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku ile Tek Kişi Ortaklığının Esasları, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012, s. 246.

Kanun maddesindeki “ortaklık” ibaresinin bu konuda teorisyenleri etkilediği söylenilebilir. İMREGÜN, “pay ortaklık tescil ile tüzel kişilik kazanmadan önce dahi devredilebilir. Ancak, bu devir ortada henüz ortaklık bulunmadığı cihetle, pay sahipleri defterine kayıt edilemez ve bu nedenle ortaklığa karşı hükümsüzdür (TTK m. 302). Bununla beraber, tescilden önce yapılan devir taraflar arasında geçerlidir ve tescilden sonra pay sahipleri defterine kayıt olunmakla, ortaklık açısından geçerli hale gelir” şeklindeki beyanıyla açıkça olmasa bile, pay defterine kaydı araması ve pay defterinin tutulması yükümlülüğünün de tescilden sonra anonim ortaklığa ait olduğu düşünüldüğünde, yazarın, onayın ortaklık tarafından verileceğini zımnen kabul ettiği söylenilebilir³⁷. Bizce ortaklığın onayı, sermaye artırımını esnasında yeni payların alınması için yapılan taahhütlerin devrinde söz konusu olabilir³⁸. Çünkü bu durumda var olan ortaklık, payların tescille oluşumundan sonra pay sahiplerinin yönetim kurulu tarafından pay defterine kaydıyla onay verebilir. Kurulusta kurucular onay verebilir mi? Verirlerse bunun hukuki bir etkisi olur mu? Kanaatimce ortaklık tüzel kişilik kazanmadığından bu aşamada kurucuların vereceği onayın kendi başına bir hukuki değeri olmayacaktır. Pay taahhüdünün devrine kurucuların vereceği onay, kuruluş aşamasında bir işlem gibi değerlendirildiğinde (m. 355), onay işleminin gelecekte varlık kazanacak ortaklığı bağlayabilmesi, onay işleminin ortaklıkça kabul edilmesine bağlı olacaktır. Ortaklık tarafından kabul edilmesi, işleme ortaklığın onay vermesi anlamındadır ve ortaklık tüzel kişilik kazandıktan sonra gerçekleşen bir durumdur. Bu nedenle kuruluş aşamasında kurucuların vereceği bir onayın tek başına hukuki bir sonuç meydana getirmeyeceğini, ortaklıkça kabul edilmemesi halinde kendilerini sorumluluk altına sokacağı kanaatindeyim; zira bu aşamada bir anonim ortaklık söz konusu değildir. Anonim ortaklık TTK'nın 355. maddesi gereği tescille varlık kazanacaktır. TTK 335/1'deki “*Şirket, kurucuların, kanuna uygun olarak düzenlenmiş bulunan, sermayenin tamamını ödemeyi, şartsız taahhüt*

³⁷ İmregün, AO, s. 352; Eriş de ortaklığın tescilinden önce devredilen ve ortaklığa karşı hükümsüz olan devir işleminin, ortaklığın tescilinden sonra ortaklıkça benimsenmesi ve pay defterine yazılması durumunda; ortaklığa karşı geçerlilik kazanacağını belirtmektedir (Şirketler, s. 1740).

³⁸ Aynı yönde bkz. Dağ, Katılma Hakkının Devri, s. 54 dn. 4; 63 vd.

ettikleri, imzalarının noterce onaylandığı esas sözleşmede, anonim şirket kurma iradelerini açıklamalarıyla kurulur” hüküm uyarınca kurulan ve ön ortaklık olarak ifade edilen ortaklığın niteliği hakkında Kanunda, gerekçesinde bir açıklama mevcut değildir. Maddenin gerekçesinde bu aşamada söz konusu olan ön ortaklığın, adi ortaklık olmadığı bir elbirliği mülkiyeti olduğu belirtilmektedir. Oysa adi ortaklık ilişkisi, yapısal olarak bir elbirliği mülkiyetidir³⁹. Hukukumuzdaki düzenlemeler irdelendiğinde, ön ortaklığın, BK.’nın 620/2 maddesi gereği adi ortaklık olduğu rahatlıkla ifade edilebilir⁴⁰. Ön ortaklık ilişkisinin, adi ortaklık olduğu doktrinde benimsenmektedir⁴¹. Dolayısıyla bu aşamadaki pay taahhüdünün devri, adi ortaklık payının devridir⁴². Bu türden bir payın devri, BK’nun 632. Maddesi gereği diğer bütün ortakların rızasıyla mümkündür. Ancak bu devir, sonradan tescille varlık kazanan anonim ortaklığı bağlamamaktadır. Anonim ortaklık varlık kazandığında, ortaklık tarafından paylar ortaklık sözleşmesine dayalı kurucular adına pay defterine kaydedilecektir. Burada ortaklık açısından pay sahibi, pay taahhüdünü devreden kurucu olacaktır. Pay taahhüdünü devralan

³⁹ **Bahtiyar**, Ortaklıklar, s. 127.

⁴⁰ **Tekinalp**, Ünal; Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku, s. 87. Sözü edilen maddenin 2. Fıkrası “Bir ortaklık, kanunla düzenlenmiş ortaklıkların ayırt edici niteliklerini taşıyorsa, bu bölüm hükümlerine tabi adi ortaklık sayılır” şeklinde kaleme alındığı ve gerekçesinde de değinmediği halde doktrinde bu hükmün sadece ticari ortaklıklardan kişi ortaklıkları için geçerli olduğu, sermaye ortaklığı olan anonim ve limited ortaklıklarda uygulanamayacağı ileri sürülmüştür (**Pulaşlı**, Hasan; 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Yeni Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Adalet Yayınevi, Ankara 2012, s. 328). Bu düşünceye katılma olanağı bulunmamaktadır; zira fıkranın gerekçesine bakıldığında, eski borçlar kanununda bu hükmün karşılığı olan düzenlemede bulunan Ticaret Kanunu ibaresinin çıkarıldığı ve yerine “kanunla” ibaresinin getirildiği düşünüldüğünde, kanun koyucunun ticaret ortaklıkları arasında bir ayrıma gitmesinden söz etmek mümkün olmadığı gibi, ticaret ortaklıklarının dışındaki ortaklık ilişkilerini de kapsamda düşündüğü anlaşılmaktadır.

⁴¹ **Kırca**, İ./**Şehirli Çelik**, F. H./**Çağlar**, M.; Anonim Şirketler Hukuku Cilt 1, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Türkiye İş Bankası A.Ş. Vakfı Yayını, Ankara 2013, s. 288; **Kırca**, İsmail; “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununda Anonim Şirketlerde Kuruluş ve Organlar, Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu, TOBB Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul 2013, s. 322; **Bilgili**, F./**Demirkapı**, E.; Şirketler Hukuku, 9. Bası, Dora Yayıncılık, Bursa 2013, s. 473.

⁴² **Kırca/Şehirli Çelik/Çağlar**, a.g.e., s. 372, 373.

ortaklığa yabancıdır. Bu kişiyi, tescille varlık kazanan ortaklık pay defterine kaydederse pay sahipliği sıfatını kazanacaktır. Dolayısıyla burada pay taahhüdünün devrine ortaklık onay verirse, ortaklık açısından hukuki önem taşıyacaktır. Bu nedenle ortaklık onay vermelidir.

TTK m. 352 ile getirilen katılma taahhüdünün devri yasağı, iradi işlemler için geçerlidir. Miras yoluyla, eşler arasındaki mal rejimlerine dayalı geçişlerde, keza icra veya iflas yoluyla devralımlarda yasak söz konusu olmaz⁴³. Yargıtay eTTK döneminde verdiği bir kararında kurucular arasında devre konu olan katılma taahhüdünün bu maddenin kapsamında olmadığına karar vermiştir⁴⁴.

3. Anonim Ortaklığın Tescilinden Önce Pay Senetlerinin Çıkarılmasının (Dolayısıyla Devrinin) Geçersizliği (TTK m. 486)

Pay senedi, anonim ortaklığın ticaret siciline tescilinden sonra çıkarılabilir. Daha önce çıkarılan pay senedi, TTK m. 486 gereği geçersizdir. “Pay senedi bastırılması” başlıklı hükme göre, “(1) Şirketin ve sermaye artırımının tescilinden önce çıkarılan paylar geçersizdir; ancak, iştirak taahhüdünden doğan yükümlülükler geçerliliklerini sürdürür.

(2) Paylar hamiline yazılı ise yönetim kurulu, pay bedelinin tamamının ödenmesi tarihinden itibaren üç ay içinde pay senetlerini bastırıp pay sahiplerine dağıtır. Yönetim kurulunun hamiline yazılı pay senetlerinin bastırılmasına ilişkin kararı tescil ve ilan edilir, ayrıca şirketin internet sitesine konulur. Pay senedi bastırılıncaya kadar ilmühaber çıkarılabilir. İlmühabere kıyas yoluyla nama yazılı pay senetlerine ilişkin hükümler uygulanır.

(3) Azlık istemde bulunursa nama yazılı pay senedi bastırılıp tüm nama yazılı pay senedi sahiplerine dağıtılır.

⁴³ Kırca/Şehirli Çelik/Çağlar, a.g.e., s. 375; Dağ, Oy Hakkı, s. 54 vd.; Katılma Hakkının Devri, s. 56, 69 vd.

⁴⁴ Y. 11. HD.'nin 16.2.1990 t. ve E. 935, K. 961 sayılı kararından “...TTK.nun 302 nci maddesinin şirketin üçüncü kişilerle tescilden önceki işlemleri geçersiz saydığı ve dava konusu olayın üçüncü kişilerle değil, kurucu ortaklar arasında meydana geldiği ve bu nedenle anılan maddenin uygulanma alanı bulunmadığı ...” (Eriş, AŞ, s. 160).

(4) Tescilden önce pay senedi çıkaran kimse, bundan doğan zararlardan sorumludur”.

Anonim ortaklıkta pay, ancak ortaklığın tesciliyle oluşabilmekte ve pay oluşmadıkça da senede bağlanması mümkün görülmemektedir. Yani pay taahhüdü, pay senedine bağlanamamaktadır. Bunun içindir ki; ortaklığın tescilinden önce pay senedi çıkarılamaz. Aynı durum ilmuhaber için de geçerlidir. Çıkarılma yasağına tâbi olan pay senetlerinin devrinden de bahsedilemez. Pay oluşmadığı için geçersiz olan pay senetlerine dayalı, payın devri düşünülemez. Tıpkı pay taahhüdünün devrinde olduğu gibi, devir geçersizdir. Aynı durum, sermaye artırımını sebebiyle ihdas edilecek payları temsilen çıkarılacak pay senetleri için de geçerlidir⁴⁵. Sermaye artırımını, ticaret siciline tescille kesinleşmedikçe pay senedi çıkarılamaz, devredilemez⁴⁶.

Buradaki devrin hükümsüzlüğü, kanaatimizce katılma taahhüdünün devrinden sonuçları itibariyle daha ağır bir durumdur. Pay taahhüdündeki taraflar arasında devir geçerli kabul edildiği halde; burada buna da olanak yoktur. Çünkü varlık kazanmamış bir ortaklığın pay senetleri söz konusu olamaz. Hükümsüzlük tescille de geçerlilik düzelmez. Ortaklığın varlığından (ticaret siciline tescilinden) önce düzenlenen bu belgelerdeki imzaların bir fonksiyonu bulunmamaktadır. Varlık kazanmayan bir anonim ortaklığın yönetim kurulu olamayacağına göre, hiç kimse ortaklık temsilcisi sıfatıyla çıkarılan bir belgeyi pay senedi olarak imzalamaz; imzalsansa bile böyle bir belge, kıymetli evrak olarak hüküm ifade etmez⁴⁷. Ayrıca bu türden bir belge, ortaklık tescil edilmediğinden, ortaklığın tescil tarihini taşıması yönünden de eksik şekil şartlarına sahip olacaktır (TTK m. 487). Bu tür

⁴⁵ Y. 11. HD.’nin 21.9.1993 t. ve E. 6484, K. 4774 sayılı kararından “Anonim ortaklığın sermaye artırımını işlemleri kesinleşmeden çıkarılarak satılan pay senetleri ‘Geçici pay senedi’ başlığını taşısa bile, bu senetler geçersizdir. Bu nedenle bu senetleri satın alan kişilerin ortaklığın tespiti davasının dinlenme olanağı bulunmadığından, açılan ortaklığın tespiti davasının reddi gerekir” (Eriş, AŞ, s. 571).

⁴⁶ **Domanıç**, Şerh II, s. 1289; **Moroğlu**, Sermaye Artırımı, s. 101; **Bahtiyar**, Mehmet; “Anonim Ortaklıkta Sermaye Artırımının Tescili ve Tescilin İşlevi”, BATIDER, C. XVIII, Sy. 4, 1996, s. 12, 13.

⁴⁷ **Arslanlı**, AŞ I, s. 173, 179.

belgeler ortaklığın varlık kazanmasıyla da pay senedi niteliğini kazanamaz⁴⁸. Yeniden, hem ortaklık tescil tarihinin yazılması, hem de yetkili yönetim kurulu üyelerinin imzalarının atılması suretiyle pay senedinin düzenlenmesi gerekir.

Tescilden önce pay senedi çıkaran kimse, bundan doğan zararlardan sorumludur⁴⁹ (TTK m. 486/4). Buradaki sorumluluk, zararın bu tür pay senetlerinden doğması hâlinde kapsamaktadır.

Geçersiz olan pay senedinin devrinde, üçüncü kişilerin iyi niyetli olması da sonucu değiştirmez. Çünkü burada herhangi bir pay ve dolayısıyla payı temsilen çıkarılan senedin varlığı mevcut değildir.

4. Anonim Ortaklığın Kendi Paylarını Satın Alması Yasası (TTK m. 379)

TTK m. 379 göre, bir anonim ortaklığın kendi paylarını, esas veya çıkarılmış sermayesinin onda birini aşan veya bir işlem sonunda açacak olan miktarda, ivazlı olarak iktisap ve rehin olarak kabul edemez⁵⁰. Bu hüküm, bir üçüncü kişinin kendi adına, ancak şirket hesabına iktisap ya da rehin olarak kabul ettiği paylar için de geçerlidir (1.f). Belirtilen oranda payların iktisap veya rehin olarak kabul edilebilmesi için genel kurulun bu konuda yönetim kuruluna yetki vermesi gerekir. Yönetim kuruluna en çok 5 yıl için verilebilecek yetkide iktisap veya rehin olarak kabul edilecek payların itibarı

⁴⁸ **Domaniç**, Şerh II, s. 1290; **Erdem**, Ercüment; Anonim Şirketlerin Çıkardığı Senetler ve Sermaye Piyasası Hukukuna Giriş (Ders Notları), DEÜHF Yayını, Ankara 1995, s. 9. Anonim ortaklığın tescilinden önce düzenlenen ve hükümsüz olan pay senetlerinin katılma taahhüdünden doğan yükümlülüklerine bir etkisi olmamaktadır. Ortaklığın ticaret siciline tescilinden önce, pay senedinin düzenlenmesinden herhangi bir zarar doğmuşsa, senetleri düzenleyenler bu zarardan sorumludur (TTK. m. 412/II). **Doğanay**, ortaklığın tescilinden önce çıkarılan pay senetlerini hükümsüz kabul etmekle birlikte, ortaklığın sonradan bu senetleri muteber sayabileceğinden bahsetmektedir (TTK. Şerhi I, s. 1231 dn. 68).

⁴⁹ Buradaki sorumluluğun, haksız fiil sorumluluğu olduğu ifade edilmiştir (**Kırca/Şehirli Çelik/Çağlar**, a.g.e., s. 376).

⁵⁰ Halka açık ortaklıklar, Sermaye Piyasası Kurulunun belirleyeceği şartlar çerçevesinde kendi paylarını satın alması ve rehin olarak kabul etmesi mümkündür (SPK. m. 22).

değer sayıları, ödenecek bedelin alt ve üst sınırı gösterilmelidir (2.f)⁵¹. Ayrıca iktisap edilecek payların bedelleri düşüldükten sonra, kalan şirket net aktif, en az esas veya çıkarılmış sermaye ile kanun ve esas sözleşme uyarınca dağıtılmasına izin verilmeyen yedek akçelerin toplamı kadar olmalıdır (3.f). Belirtilen çerçevede iktisap, bedelleri tamamen ödenmiş paylar için mümkündür (4.f.). Bu düzenleme, ana şirketin paylarının yavru şirket tarafından iktisabı hâlinde de uygulanır (5.f).

Maddedeki pay iktisap ve rehin yasağı, ortaklık sermayesini oluşturan %90 oranındaki paylar içindir. Ayrıca yasak, senede bağlanmış olsun olmasın, nama, hamiline, gerçek nama ve bağlı-nama yazılı paylar için uygulanacaktır⁵². Yakın ve ciddi bir kaybın⁵³ önlenmesi söz konusu olduğunda ortaklığın kendi paylarını iktisap etmesi için genel kurulunun yetki vermesine gerek olmadığı 381 maddede düzenlenmiştir (1.f). Ancak bu durumda yönetim kurulu ilk genel kurula; iktisabın sebep ve amacı, iktisap edilen payların sayıları, itibarî değerlerinin toplamı ve sermayenin ne kadarını temsil ettiği, bedeli ve ödeme şartları hakkında yazılı bilgi vermelidir (2.f).

“Kanuna karşı hile” başlıklı 380. maddede, kendi paylarını iktisap etmek amacıyla, ortaklığın başka bir kişiyle yaptığı, konusu avans, ödünç veya teminat verilmesi olan hukuki işlemler batıl kabul edilmiştir. Ancak butlan hükmünün, kredi ve finans kurumlarının işletme konuları içine giren işlemlere ve şirketin veya onun bağlı şirketlerinin çalışanlarına, şirketin paylarını iktisap edebilmeleri için, avans, ödünç ve teminat verilmesine ilişkin hukuki işlemlere uygulanmayacağını, bu istisnai işlemlerin, şirketin,

⁵¹ Genel kuruldan yetki, hiçbir sebep gösterilmeden sadece gereğinde kullanılmak üzere istenebilir. Ancak, genel kurul yetkinin kullanılmasını belli amaçlara bağlayabilir. Genel kurulun belirleyeceği amaç (yetkiyi kullanma sebebi) kanuna, ahlâka ve adâba aykırı ve borsa ticareti yapmaya yönelik olamaz. yetkiye dayalı iktisabın sebebi şirketin, pay sahiplerinin ve çalışanlarının korunmasıdır (bkz. Maddenin gerekçesi). Ayrıca detaylı bilgi için bkz. **Tekinalp**, Ünal; Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013, s. 88 vd.

⁵² Maddenin gerekçesine bkz.

⁵³ Maddenin gerekçesinde yakın ve ciddi tehlikelere örnek olarak, şirketin, kendi paylarını iktisap edememesi durumunda borca batık bir kişiden alacağın tahsil edilememesi, hisse senetlerinin borsada anî düşmesi veya düşebilecek durumda bulunması, şirket hakimiyetinin başka bir grubun eline geçmesi veya geçecek olması halleri verilmiştir.

kanuna ve esas sözleşmesine göre ayırmak zorunda bulunduğu yedek akçeleri azaltıyor veya 519 uncu maddede düzenlenen yedek akçelerin harcanmalarına ilişkin kuralları ihlal ediyor ve şirketin 520 nci maddede öngörülen yedek akçeyi ayırmasına imkân bırakmıyorsa, geçersiz olduğunu düzenlemiştir (1.f)⁵⁴. Ayrıca, şirket ile üçüncü kişi arasında yapılmış bulunan ve bu kişiye, şirketin kendi paylarını; şirketin, şirkete bağlı bir şirketin veya şirketin paylarının çoğunluğuna sahip olduğu şirketin hesabına alma hakkı tanıyan ya da böyle bir yükümlülük öngören bir düzenlemenin, eğer bu payları şirket alsaydı işlem 379 uncu maddeye aykırı kabul edilecek idiyse batıl olduğunu düzenlemiştir.

Sözü edilen bu madde, 379. maddenin etkisiz kalmasını ve dolanılmasını engellemeyi amaçlamıştır. Maddedeki hükmün uygulanabilmesi için yasaklanan işlemin, şirketin hisse senetlerinin alınmasını amaçlaması yeterlidir. Bunun bir anlaşmaya bağlanması gerekli olmadığı gibi, iktisap işleminin kredinin, avansın veya teminatın verilmesinden önce sağlanması şart değildir⁵⁵.

Anonim ortaklık, bedelleri tamamen ödenmiş olan kendi paylarını ivazsız iktisap edebilir (md.383). İktisabın ivazsız olması durumunda bedellerinin tamamı ödenmiş olması şartıyla ortaklık, hiçbir sınırlamaya tabi olmaksızın paylarını iktisap edebilir⁵⁶. Şunu da belirtmek gerekir ki, ivazsız

⁵⁴ Bu durum kanunun gerekçesinde "... söz konusu destek işlemini şirketin kendi paylarını iktisap etmesine eş bir işlem olarak varsaymıştır. Şirket, kendi paylarını iktisap etseydi, Kanunun 520 nci maddesindeki yedek akçeyi ayıracaktı. Burada bu yedek akçeyi ayırmayacak ancak bir hesap yapacaktı. Söz konusu yedek akçe sermayeden iade anlamı taşımadan ve kanunen ya da esas sözleşme uyarınca ayrılması gerekli olup, pay sahiplerinin tasarrufuna bırakılmamış bulunan yedek akçelere dokunmadan ayrılabiliriyorsa destek istemi geçerlidir. Aksi halde batıldır. Bu hesap zihinsel olarak yapılacak yoksa anılan yedek akçe ayrılmayacaktır. "Hükümdeki pay sahiplerine ödeme yapmak için kullanılmayacak" ibaresi ile harcanması, kanunen ve esas sözleşme ile bir amaca bağlanmış yedek akçeler kastedilmiştir. "Ödeme yapmak" terimi, kâr olarak dağıtmak, sermayeye ekleyerek bedelsiz pay vermek ve benzeri ödemeleri kapsar" şeklinde ifade edilmiştir.

⁵⁵ Maddenin gerekçesine bkz.

⁵⁶ **Kendigelen**, İlk Tespitler, s. 272.

iktisapta pay bedellerinin tamamı ödenmiş olsa da, ortaklık tek başına bütün paylarını iktisap edemez; yasaktır (m.338/3).

Anonim ortaklığa, kendi paylarını satın alma yasağı konulmasının amacı, ortaklığın sermayesinin korunmasıdır⁵⁷. Anonim ortaklığa kendi paylarını satın alma olanağı verilirse, bu durum bazı sakıncaları beraberinde getirecektir. İdarecilerin spekülasyon yapma ihtimali doğacaktır, ortaklık işlerinin bozulduğu dönemlerde, paylarda sun'i değer artışı yaratılarak üçüncü kişiler yanıltılabilir. Ortaklığın kendi paylarını satın alması demek, sermayenin iadesi anlamına geleceğinden⁵⁸, ortaklıktan alacaklı olanların yanında bazı pay sahiplerinin de zararına olacaktır. Payları satın alınanlar sermaye paylarını alacaklar, payları satın alınmayanlar ise sermaye payını kaybetme riskiyle karşı karşıya olacaktır⁵⁹. Bunun yanında, payın değerinde olumsuz yönde meydana gelebilecek değişiklikler, üçüncü kişilerin maruz kalabilecek risklerin ortaklık tarafından üstlenilmesi anlamına geleceğinden ortaklık ve bütün pay sahipleri de bundan zarar görebilir⁶⁰.

⁵⁷ Ortaklığın kendi paylarını iktisap yasağını düzenleyen Eski TTK.'nin 329. Maddesinin konuluş amacıyla ilgili, 4.5.1956 tarihli ve E.1/150-K.50 sayılı TTK. Adliye Encümeni Mazbatasının 380. sayfasında "Hükmün gayesi şirketin kendi hisse senetlerini temellük ederek veya rehin alarak, şirket varlığını bunlar karşılığında sarf edip, üçüncü şahısların durumlarını tehlikeye düşürmesine engel olmaktır" şeklinde açıklanmaktadır (Bkz. **Erem**, Turgut S.; Anonim Şirketler Hukuku, İkinci Baskı, Kutulmuş Matbaası, İstanbul 1969, s. 150 dn. 70; **Elbir**, Halid Kemal; Türk Ticaret Kanunu ve Alakalı Mevzuat, Yenilenmiş ikinci bası, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1958, s. 145).

⁵⁸ **Hirş** Ernest; Ticaret Hukuku Dersleri, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1948, s. 282; **Arslanlı**, AŞ I, s. 103,132, 133; **Von Steiger**, Fritz; İsviçre'de Anonim Şirketler Hukuku, çev. Tahir Çağa, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1968, s. 176,177; **Tekinalp** (Poroy/Çamoğlu), a.g.e., s. 478; **Domanıç**, Şerh II, s. 579; **İmregün**, AO., s. 275; **Erem**, AŞ, s. 149; **Ansay**, AŞ, s. 267; **Tekinalp**, Ünal; "Holdingin Pay Senetleri Yavru Ortaklık Tarafından Satın Alınabilir mi?" İkt. ve Mal. Der. C. 15, Sy. 10, 1968/1969, s. 417. **Tekinalp**, bu yasağın gerekçesini, "AO'nun kendi payları ile çeşitli borsa oyunlarına girmesini önlemek, rizikonun bazı pay sahiplerinin sırtından alınıp AO'ya yüklenmesine müsaade etmemek, yani eşit işlem ilkesine aykırı davranışları bertaraf etmek ve rizikosuz hakimiyet sağlamak yollarını tıkamaktır" şeklinde ifade etmektedir (**Tekinalp** (Poroy/Çamoğlu), a.g.e., s. 453); **Bilgili/Demirkapı**, a.g.e., s. 473.

⁵⁹ **Ansay**, AŞ, s. 267.

⁶⁰ **Teoman**, Ömer; Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Oy Hakkından Yoksunluğu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1983, s. 55, 56.

379. maddede, hükme aykırı olarak payların iktisap edilmesinin ve rehlin kurulmasının yaptırımını hakkında bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

Türk Ticaret Kanununun “Aykırı iktisap hâlinde elden çıkarma” başlıklı 385. maddesi “379 ilâ 381 inci maddelere aykırı bir şekilde iktisap edilen veya rehin olarak alınan paylar, iktisapları veya rehin olarak kabulleri tarihinden itibaren en geç altı ay içinde elden çıkarılır ya da üzerlerindeki rehin kaldırılır” şeklinde 379 ilâ 381. maddelere aykırı iktisap edilen payların ve kurulan rehin işleminin akıbetini düzenlemiştir. Doktrinde ortaklığın kendi paylarını iktisap yasağının, elden çıkarma yaptırımını dışında etkin bir yaptırıma bağlanmamış olmasının iktisap yasağını büyük ölçüde etkisizleştireceği ifade edilmiştir⁶¹. Ayrıca 379. maddenin gerekçesinde hükmün emredici niteliğine işaret edilmesine rağmen, yaptırımın bu şekilde öngörülmesi de eleştirilmiştir⁶². Ortaklık bunu yapmayacak ise, 386. maddede elden çıkarılmayan payların, sermayenin azaltılması yoluyla yok edilmesini öngörmüştür. Bu durumda uygulanacak yaptırımın geçersizlik olmadığı rahatlıkla savunulabilir. Şayet geçersizlik yaptırımını söz konusu olsaydı, ortaklığın yasağa aykırı payları iktisap ettiği ve rehnettiği payları elden çıkarmasına gerek olmazdı. Geçersiz olan işlemten dolayı, sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde sorunun çözümü gerekirdi. Ancak şunu belirtmek gerekir ki, yukarıda verilen açıklamalardan da anlaşıldığı üzere, 380. maddeye aykırılığın yaptırımının açıkça batıl olarak düzenlenmesi, 385. madde hükmüyle uyuşmamaktadır.

İsviçre Hukukundaki mehaz hüküm de açıkça hükümsüzlükten bahsetmemektedir. Dolayısıyla doktrinde ve Federal Mahkeme kararlarında yaptırımın mutlak butlan olmadığı kabul edilmektedir; sadece şartları varsa tazminat talebine mesnet olabilir.⁶³ Bu durum bizim hukukumuz açısından da savunulabilir. 379. maddeye aykırı iktisap edilen ve rehnedilen payların elden çıkarılmasına veya yok edilmesine rağmen giderilmeyen bir zarar varsa buna sebebiyet verenlerin sorumluluğuna gitme imkanı sağlamak gerekir.

⁶¹ **Moroğlu**, Erdoğan; 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Değerlendirme ve Öneriler, 7. Baskı, XII Levha Yayını, İstanbul 2012, s. 174.

⁶² **Moroğlu**, Değerlendirme ve Öneriler, s. 174, 175; **Kendigelen**, İlk Tespitler, s. 275.

⁶³ **Von Steger**, a.g.e., s. 178, BGE 43 II 293; 60 II 313 (a.g.e., s.178, dn. 71).

Alman Hukukunda, ortaklığın kendi paylarını kazanması geçersizdir ve bundan doğan zararlardan yönetin kurulu üyeleri müteselsilen sorumludur. Yasağın dolanılması amacıyla ortaklığın payını kendisi için bağlı işletmelere⁶⁴ veya üçüncü kişilere aldırması da yasaktır⁶⁵. Ancak yasağın ihlal edilmesinin yaptırımını, APOK. § 56/II geçersizlik olarak görmemekte, sadece bu şekilde elde edilen payların, pay defterine kaydı yapılmamaktadır.

Burada irdelenmesi gereken bir husus da kanuni şartlar çerçevesinde anonim ortaklığın elinde bulunan paylara dair ortaklığın rüçhan hakkını kullanıp kullanamayacağıdır. 389. maddeye göre “Şirketin iktisap ettiği kendi payları ile yavru şirket tarafından iktisap edilen ana şirketin payları, ana şirketin genel kurulunun toplantı nisabının hesaplanmasında dikkate alınmaz. Bedelsiz payların iktisabı hariç, şirketin devraldığı kendi payları hiçbir pay sahipliği hakkı vermez. Yavru şirketin iktisap ettiği ana şirket paylarına ait oy hakları ile buna bağlı haklar donar”. Madde metninden ortaklığın iktisap ettiği kendi payları için rüçhan hakkına sahip olmadığı ifade edilebilir⁶⁶. Maddenin gerekçesinde de ortaklığın sadece, söz konusu paylardan kaynaklanan bedelsiz payları iktisap edebileceği açıklanmış; rüçhan hakkının kullanılması da dahil olmak üzere hükümlerle ilgili bir kısım sorunların, kanunî çözümlerin sakıncaları göz önüne alınarak içtihadı ve öğretiyeye bırakıldığı ifade edilmiştir. Ancak bu ifade maddenin lafzıyla bağdaşmamaktadır.

Payın devir yasağının kapsamına kural olarak devren kazanmalar girmektedir. Bu husus 388. maddenin gerekçesinden de açıkça ifade edilmiştir. Buna rağmen bazı özel devir halleri ile aslen iktisap hallerinin de kapsamda olmadığı 382. maddeden anlaşılmaktadır. Bu maddeye göre, bir ortaklık, 379 uncu madde hükümleri ile bağlı olmaksızın; yani yüzdelik oran, genel

⁶⁴ APOK § 17’de bağlı işletmeler ifade edilmiştir. Buna göre hukuken bağlı olmamakla beraber, bir işletmenin, üzerinde doğrudan doğruya veya dolayısıyla hakimiyet sağlayacak bir şekilde etkili olduğu işletmeler bağlı işletme kabul edilmektedir (bkz. **Teoman**, Oy Hakkından Yoksunluk, s. 66, 67).

⁶⁵ **Hoffmann-Becking**, M.; Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 4 Aktiengesellschaft, 2. neubearbeitete und erweiterte Auflage, München, C. H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, 1999, s. 113.

⁶⁶ **Tekinalp**, ortaklığın rüçhan hakkını kullanamayacağını ifade etmiştir (**Tekinalp**, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, s. 93.).

kuruldan izin alma, bedelin tamamen ödenmiş olması⁶⁷ ve ödenecek bedelin kaynağına dair şartlar aranmaksızın,

- Esas veya çıkarılmış sermayesinin azaltılmasına ilişkin 473 ilâ 475 inci madde hükümlerini uyguluyorsa,
- Küllî halefiyet kuralının gereğiye (birleşme, bölünme ve mirasla intikal gibi yollarla iktisap edilen paylarda olduğu gibi),
- Bir kanuni satın alma yükümünden doğuyorsa (özelleştirme kanunu veya diğer bir kanunun herhangi bir hükmü dolayısıyla iktisap edilen paylarda olduğu gibi),
- Bedellerinin tümü ödenmiş olmak şartıyla ve cebrî icradan, bir şirket alacağının tahsili amacına yönelikse,
- Şirket, menkul kıymetler şirketiye kendi paylarını iktisap edebilir. Ancak küllî halefiyet kuralının gereği ve bedellerinin tümü ödenmiş olmak şartıyla ve cebrî icradan, bir şirket alacağının tahsili amacıyla ve bedellerinin tamamı ödenmiş olmak şartıyla ortaklık, kendi paylarını ivazsız iktisap etmişse, ortaklık için herhangi bir kayba yol açmadan devirleri mümkün olur olmaz ve her hâlde iktisaplarından itibaren üç yıl içinde elden çıkarılmalıdır; meğerki, şirketin ve yavru şirketin sahip oldukları bu payların toplamı şirketin esas veya çıkarılmış sermayesinin yüzde onunu aşmasın (m.384).

Acaba ortaklığın kuruluşunda ve sermaye artırımında bu yasak söz konusu olabilir mi? Kanaatimce ortaklığın kuruluşunda bu yasağa yer olmaması gerekir; zira kurulmamış olan bir ortaklığın, oluşmayan paylarını kazanması düşünülemez. Bunun yanında sermaye artırımında anonim ortaklık kendi paylarını taahhüt edebilir mi? Bu sorunun cevabı 388. maddede yer almaktadır. Bu hususlar aşağıda ayrı bir başlıkta ele alındığından burada üzerinde durulmayacaktır.

Payın devrine getirilen bu yasağın, yavru ortaklığın ana ortaklığın paylarını kazanmasında ve karşılıklı katılmalarda (iki anonim ortaklığın birbirlerinin pay sahibi olmaları durumunda) payın kazanılmasında uygulanıp uygulanmayacağına gelince:

⁶⁷ **Tekinalp**, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, s. 85.

İsviçre Borçlar Kanunu, 1991 tarihli değişiklikle “*bir ortaklığın yavru ortaklığa çoğunluk sağlayacak şekilde katılması durumunda yavru ortaklığın ana ortaklığın pay senetlerini iktisap etmesi, ortaklığın kendi paylarını iktisabına ilişkin hükümlere tâbidir. ...*” (m. 659b) hükmünü getirmiştir⁶⁸.

Yukarıda işaret edildiği üzere Türk Ticaret Kanununun 379. Maddenin 5. Fıkrası söz konusu maddedeki bu düzenlemenin, ana şirketin paylarının yavru şirket tarafından iktisabı hâlinde de uygulanacağını belirtilmiştir. Bu hükümden önce de doktrinde konu ele alınmıştır. Eğer ana ortaklık, yavru ortaklık üzerinde, yavru ortaklığın paylarının çoğunluğunu elinde bulundurduğu için üzerinde hakimiyet sahibi ise⁶⁹, yavru ortaklığın ana ortaklığın paylarını alması durumu, ana ortaklık açısından bir nev’i yatırılan sermayenin iadesi sayılacağından yasak uygulanması gerektiği ifade edilmiştir⁷⁰. Bunun yanında ana ortaklığın, sahip olduğu paylar, yavru ortaklık üzerinde

⁶⁸ İsviçre Federal mahkemesi 1943 yılında, yavru ortaklığın ana ortaklığın paylarından doğan oy hakkını, ana ortaklığın genel kurulunda kullanıp kullanmayacağıyla ilgili verdiği bir kararında “... yavru ortaklık sermayeye güçlü bir biçimde katılma nedeniyle ya da diğer araçlara ana ortaklık tarafından, bundan böyle bağımsız bir iradesinden söz edilmeyecek biçimde hakimiyet altında bulunduruluyorsa, o zaman ana ortaklık yavru ortaklığın mülkiyetindeki kendi paylarını da yönetme yetkisine sahip demektir. Bu durumda söz konusu paylar gerçekte ana ortaklığın payları olarak ortaya çıktıklarından İsv. BK. m. 659, f. 5’teki yasağın kapsamına girerler” sonucuna varmıştır (BGE 72 II284/85, **Teoman**, Oy Hakkından Yoksunluk, s. 63’ten naklen).

⁶⁹ Alman Hukukunda bir işletmenin diğer bir işletme üzerinde doğrudan veya dolaylı olarak oy ve sermayesi bakımından çoğunluğa hakim olma durumu, fiili (işletmenin paylarını satın alıp; genel kurulda iştirakine bağlı oy haklarını kullanarak yönetiminde etkili olma gibi) veya hukuki (sözleşmeye dayalı-hakimiyet veya kârın devri sözleşmesi yapma gibi) şekilde görülebilir (bkz. **Aytaç**, Zühtü; “Bağlı İşletmeler Hukuku ve Türk Hukukunda Görünümü”, BATİDER, C. VIII, Sy. 4, s. 107, 117 vd.).

⁷⁰ **Aytaç**, a.g.m., s. 121; **Poroy**, Yavru Ortaklığın, TTK. 329. madde hükmünden kurtulma gayesinin olabileceğinden bahsettikten sonra, 1937 tarihli APOK.’un 65. paragrafındaki çözüm tarzının mantıklı olmasından bahsetmektedir. Söz konusu paragrafa göre, anonim ortaklık sadece kanunda belirtilen hallerde kendi paylarını satın alabilir. Paragrafın 5. bendine göre yavru ortaklık da aynı hükme tâbidir (POROY, Reha, “*‘Holding’ler*”, III. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası (13-18 Mayıs 1963) Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1964, s. 442). **Von Steiger**, hakim durumda olan ortaklık ile yavru ortaklığın iktisadi bakımdan aynı şey olduğunu, bu nedenle, yavru ortaklığın, ana ortaklıktan pay almasının caiz olmadığını ifade etmektedir (a.g.e., s. 177 dn. 70).

hakimiyet kurmasına yeterli değilse, bu tür kazanımları yasağın kapsamında değerlendirmemek gerekir.

Bir anonim ortaklığın kendi paylarını kazanmasının kapsamına karşılıklı katılmalardaki⁷¹ kazanımların girip girmediği de tartışmalıdır. Konu hakkında eski Ticaret Kanunu döneminde iki görüş ileri sürülmüştür.

İlk görüş, karşılıklı katılmalarda köpük sermayenin yaratıldığını, aynı sermayenin iki kez kullanıldığını, bu durumun pay sahipsiz anonim ortaklıkların oluşumuna yol açtığını, bilançonun açıklığı ve samimi olması ilkesinin ihlal edildiğini, genel kurulda kullanılan haklarda haksızlığa sebebiyet verdiğini, alacaklıların yanıltıldığını, sınırlı sorumlu ilkesinin güvencesi olan birçok hükmün dolandırıldığını gerekçe göstererek ve maddedeki kanuni düzenlemeye dayanılarak yasağın uygulanmasını benimseyen görüştür⁷². Bu görüşe göre, karşılıklı katılmada, paylarının büyük kısmına sahip olduğu ve kontrol ettiği bir yavru ortaklık paylarının, anonim ortaklıkça satın alınmasında, kanuna karşı hilenin ve bir bakıma bu hallerde ortaklığın kendi paylarını, dolaylı olarak kazanması söz konusudur⁷³.

Diğer görüşe göre, karşılıklı katılmada, kanuna karşı hile oluşmadıkça veya hakkın kötüye kullanılması söz konusu olmadıkça, kazanımlar geçerli kabul edilmelidir. Ancak her somut olayda, olayın özelliklerine göre bu iki husus araştırılmalıdır. Somut olaydan bu iki husustan birinin varlığı tespit edilirse katılma geçersiz, aksi halde geçerli kabul edilmelidir⁷⁴. TEOMAN,

⁷¹ Karşılıklı katılmanın ne anlama geldiği hususunda eTTK.'da bir düzenleme bulunmaktaydı. APOK § 19' a göre, sermaye ortaklığı niteliği taşıyan ve merkezi yurt içinde olan işletmelerden her birinin karşılıklı olarak, diğerinin paylarının dörtte birinden fazlasına sahip olması durumunda karşılıklı katılma sözkonusu olur (bu hususta bkz. **Teoman**, Oy Hakkından Yoksunluk, s. 67 vd.; **Aytaç**, a.g.m., s. 108). 6102 Sayılı TTK.'nın 197. maddesine göre "Birbirlerinin paylarının en az dörtte birine sahip bulunan sermaye şirketleri karşılıklı iştirak durumundadır. Bu payların yüzdelerinin hesaplanmasında 196 ncı madde uygulanır. Anılan şirketlerden biri diğerine hâkimse, ikincisi aynı zamanda bağlı şirket sayılır. Karşılıklı iştirak durumundaki şirketlerin her biri diğerine hâkimse ikisi de bağlı ve hâkim şirket kabul olunur".

⁷² Bu görüşle ilgili bkz. **Tekinalp** (Poroy/Çamoğlu), a.g.e., s. 457.

⁷³ **Von Steiger**, a.g.e., s. 177 dn. 70; **İmregün**, AO, s. 280; **Dağ**, Oy Hakkı, s. 120.

⁷⁴ **Tekinalp** (Poroy/Çamoğlu), a.g.e., s. 458; "Holdingin Pay Senetleri Yavru Ortaklık Tarafından Satın Alınabilir mi?" İkt. ve Mal. Der. C. 15, Sy. 10, 1968/1969, s. 419, 420.

anonim ortaklık tarafından kazanılan paylar kapsamına bir holdinge bağlı yavru ortaklık tarafından edinilen payların girip girmeyeceği konusunda, İsviçre Hukukunda “ana ortaklığın yavru ortaklığa katılma oranı büyük, önemli değilse ve diğer araçlarla da bunun egemenlik altında tutulması öngörülmemişse, oy hakkının kullanılabilmesini, aksine katılma oranı önemli derecede ise, edinme geçerli bile olsa bu haktan yararlanamayacağı, aynı şeyin ana ortaklığın yavru ortaklığı diğer araçlarla tümü ile egemenlik altında bulundurulması ve bundan böyle bu sonuncusunun bağımsız bir iradesinden söz etmenin olanaksız bulunduğu durumlarda geçerli olduğu” şeklinde konuyu ikili bir ayırım yaparak inceleyen SIEGWART’a atıfta bulunmuş ve bu görüşün Türk Hukukunda benimsenebileceğini ifade etmektedir⁷⁵.

5. Anonim Ortaklığın Kendi Paylarını Taahhüt Yasağı (TTK m. 388)

Anonim Ortaklığın Kendi Paylarını Taahhüt Yasağı, TTK’nın 388. maddede yer almaktadır. Maddeye göre, ortaklık kendi paylarını taahhüt edemez (1.f). Üçüncü kişinin veya bir yavru şirketin kendi adına fakat şirket hesabına şirketin payını taahhüt etmesi, şirketin kendi payını taahhüt etmesi sayılır (2.f). Ortaklığın bu iki fıkraya aykırı hareket etmesi halinde, kuruluşta kurucular, sermaye artırımlarında yönetim kurulu üyeleri taahhüt etmiş sayılır ve bu kişiler pay bedellerinden sorumlu olurlar. Kanuna aykırı taahhütte herhangi bir kusurları bulunmadığını ispat eden kurucular ve sermaye artırımlarında yönetim kurulu üyeleri sorumluluktan kurtulurlar (3.f). Birinci ve üçüncü fıkra hükümleri ana şirketin paylarını taahhüt eden yavru şirketlere kıyas yoluyla uygulanır. Söz konusu paylar yavru şirketin yönetim kurulu üyeleri tarafından taahhüt edilmiş kabul olunur. Üyeler pay bedellerinden sorumludur (4.f).

Maddede kuruluştaki pay taahhüdünün kapsamda olduğu ifade edilmiş ve maddenin gerekçesinde “Kuruluşta, anonim şirketin henüz var olmadığı

⁷⁵ **Teoman**, Ömer; “Şirketçe Devralınan Payların Umumi Heyette Temsili Caiz Değildir. Kuralının (TK. m. 329, f. 3, c. 2) Anlamı”, Otuz Yıl Ticaret Hukuku -Tüm Makalelerim-Cilt I, 1971-1982, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul, s. 272. Bu açıklamadan anlaşılacağı İsviçre Hukukunda da bu konu tartışmalıdır. İsviçre Hukukunda yazarlar ve görüşleri hakkında bkz. **Tekinalp**, Yavru Ortaklık, s. 418.

için kendi paylarını taahhüt edemeyeceği düşünülebilir. Ancak çeşitli danışıklılık yollarının bulunduğu, bunun bir örneğinin de maddenin ikinci fıkrasında yer aldığı gözden kaçırılmamalıdır” şeklinde bir açıklamaya yer verilmiştir. Yukarıda da belirttiğimiz gibi, ortaklığın olmadığı bir dönemde kendi paylarını taahhüdünden bahsetmek doğru değildir. İleride kurulacak bir ortaklık adına kurucuların danışıklı olarak pay taahhüdünde bulunduğunu varsaysak bile, bu payların sonradan ortaklığa devrinin 379 ve devamındaki maddelerin süzgecinden geçeceği unutulmamalıdır.

Kendi paylarını taahhüt yasağı başlıklı 388 madde hükmüne aykırılığın sonucunun, maddenin gerekçesinde geçersizlik olduğu, üçüncü fıkra gereğince bu payların kurucular ve yönetim kurulu üyeleri tarafından taahhüt edilmiş sayılmasının şirket yönünden geçersizliği etkilemeyeceği açıklanmıştır. Payların kurucular ve yönetim kurulu üyeleri tarafından taahhüt edildiğini kabul etmek, payların bunlara ait olduğu sonucuna bizi götürmektedir. Bu durumda taahhüt edilen payların ortaklığa ait olmadığı ortadadır. Bu nedenle pay taahhüdünün ortaklık açısından geçersizliğini ifade etmenin hukuki bir sonucu olmayacaktır, gereksizdir. *Sadece kurucular veya yönetim kurulu üyeleri kusurlu olmadıklarını ispatlaması halinde geçersizlik önem arzedecektir. Bu ihtimalde ortaklığın kendi paylarını taahhüt etmesinin geçersizliğiyle birlikte geçersiz taahhüdün yerine bir varsayımla başka taahhüt de geçmeyecektir. Kurucular ve yönetim kurulu üyelerinin pay bedellerinden sorumlu olurlar ibaresinin, ödenmeyen bedellerden müteselsil sorumluluğu ifade ettiği, sorumluların, pay bedellerini aşan zarardan sorumlu olup olmadıkları hususunun mahkeme kararlarına ve doktrine bırakıldığı maddenin gerekçesinde vurgulanmıştır.*

6. TTK m. 433'deki Devir Yasağı

“Yetkisiz katılma” katılma başlıklı TTK'nın 433. maddesine göre, “(1) Oy hakkının kullanılmasına ilişkin sınırlamaları dolanmak veya herhangi bir şekilde etkisiz bırakmak amacıyla, payların veya pay senetlerinin devri ya da pay senetlerinin başkasına verilmesi geçersizdir.

(2) Yetkisiz katılmalarla ilgili olarak her pay sahibi, toplantı başkanlığına itirazda bulunabilir, itirazını ve yönetim kuruluna da itirazda bulunmuş olduğunu tutanağa geçirtebilir”.

Maddedeki düzenlemenin amacı, oydan yoksunluğun söz konusu olduğu hallerde, oy hakkının kullanılmasına getirilen sınırlamaların dolanılmasını engellemektir. Ancak madde amacı itibarıyla gerekçesinde de işaret edildiği gibi eski Ticaret Kanunu 361 maddesinin kapsamından daha geniş bir çerçeve çizmektedir. Sadece oy hakkının kullanılmasına getirilen sınırlamaları dolanmayı değil; bu sınırlamaları herhangi bir şekilde etkisiz bırakmaya dönük her türlü devri yasaklamaktadır. Doktrinde oy hakkının kullanılmasına getirilen sınırlamaların dolanılmasının, oy hakkının kullanılmasına getirilen sınırlamaların etkisiz bırakılması hallerinin kapsamında olduğu gerekçesiyle, dolanmak sözcüğüne maddede yer verilmesine ihtiyaç olmadığı haklı olarak ifade edilmiştir⁷⁶.

Madde hükmü, payın geri dönmesi amacıyla yapılan her türlü devir işlemini; inançlı devirleri, meşru hamil görüntüsünü sağlayan devirleri de kapsamaktadır. Aynı amaçla yapılan intifa hakkı tesisi de, kapsamda değerlendirilmelidir⁷⁷. Yargıtay 1979 tarihli bir kararında, TTK m. 361/I hükmünün pay senedinin verilmesine ilişkin olduğunu; pay senedinin devredilmesi durumunda uygulanamayacağına karar vermiştir⁷⁸.

İkinci fıkranın gerekçesinde “yetkisiz katılma” itirazının, toplantı başkanı, genel kurul ile Sanayi ve Ticaret Bakanlığı temsilcisi tarafından çözülecek bir sorun olmadığına; itirazda bulunanın isterse ihtilafı genel kurul kararlarının iptali bağlamında mahkemeye götürebileceğine işaret edilmiştir. Ancak gerekçede şaşırtıcı olan nokta, paysahibinin bu hususta daha önce (somut olayın özelliğine göre) yönetim kuruluna itirazda bulunmuş ve bu itiraz istediği sonucu alamamışsa, bu hususun da paysahibinin isteği üzerine tutanağa geçirileceğinden bahsedilmesidir. Bu ifade, itiraz konusunda yönetim kurulunun bir çözüm üretebileceğine delalettir. O halde pay devrinin,

⁷⁶ **Kendigelen**, İlk Tespitler, s. 334.

⁷⁷ **Tekinalp** (Poroy/Çamoğlu), a.g.e., s. 546; **Teoman**, Ömer; “Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Oy Hakkından Yoksunluğu Konusundaki Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi” Otuz Yıl Ticaret Hukuku -Tüm Makalelerim- Cilt II 1982-2001, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul 2001, s. 54, 55); Oy Hakkından Yoksunluk, s. 98, 168, 186; **Dağ**, Oy Hakkı, s. 122 vd.; **Çeker**, Oy Hakkı, s. 229.

⁷⁸ Y. 11.HD.’nin 2.7.1979 t. ve E. 79/1882, K. 79/3487 sayılı kararı (**Teoman**, Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi, s. 54).

maddenin öngördüğü kapsamda yapılıp yapılmadığını tespit konusunda yönetim kurulu yetkilidir. Yönetim kurulu, pay devrinin bu amaçla yapıldığı kanaatinde ise, devri pay defterine kaydetmeyebilir, kaydedilse bile; genel kurula itiraz halinde, bu kişi toplantıya alınmayabilir ve genel kurulda oy kullandırılmayabilir⁷⁹. Pay sahibi olmayanların genel kurul toplantısına katıldığına dair itirazda bulunanın, itirazını genel kurul tutanağına da yazdırma hakkından hareketle, genel kurulun bu konuda bir çözüm üretemeyeceğine işaret etmek doğru değildir. Tutanağa yazdırma, itirazda bulunan pay sahibine 446/1-b bağlamında kolaylık sağlayabilir. Kanaatimce bu aşamaya gelmeden önce, genel kurul da önleyici tedbir bağlamında yetkisi olmayan, maddenin amacına aykırı devirle payı elinde bulunduran kişiyi toplantıya almayabilir. Kaldı ki, haksızca genel kurul toplantısına alınmayan kişinin 446. madde çerçevesinde alınan genel kurul kararlarının iptalini talep etme hakkı mevcuttur.

Oy kullanma yasağının ihlali amacıyla payın devri yapılmışsa ve payı devralan oy kullanmışsa kullanılan oyun yaptırımı hakkında eski TTK zamanında doktrinde farklı fikirler ileri sürülmüştür. DOMANIÇ'e göre, yaptırım hükümsüzlüktür. Bu hükümsüzlüğün neticesi, devralan kişinin, söz konusu payları kazanmamış sayılması nedeniyle, oy hakkına sahip olamaması, pay ve oy hakkının, oy kullanma yasağına tâbi üyede kalmasıdır⁸⁰. ARSLANLI "Hisse senedine sırf rey hakkını istimal maksadıyla zilyed olan kimsenin hakları da pay sahibinin haklarından fazla olamaz. Hakiki pay sahibi rey hakkından mahrum veya rey adedinin tahdidine mütedair mukavelede hüküm olup paylar bu tahdidi bertaraf etmek gayesiyle başkasına verilmişse TTK 361'e göre aykırılık vardır, her hissedar itiraz hakkını haizdir. İdare

⁷⁹ **Domaniç**, Şerh II, s. 372, 373. Pay sahibi sıfatıyla genel kurula katılmak isteyenlere, TTK. m. 361/II gereği yönetim kurulu nezdinde itiraz olanağı vardır. İtiraz genel kurul tutanağına da yazdırılabilir (**Teoman**, Ömer; "Anonim Ortaklık Genel Kurul Toplantılarına Dinleyicilerin Katılması" Otuz Yıl Ticaret Hukuku -Tüm Makalelerim- Cilt I 1971-1982, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul 2000, s. 225, 231 vd.).

Y.4. HD.nin 10.3.1958 t. ve E.8506, K. 1248 sayılı kararından : "Anonim şirketlerde ekseri hisse sahiplerinin aynı aileye mensup olması muvazaaya delil sayılabilir" (**Domaniç**, Şerh II, s. 793).

⁸⁰ **Domaniç**, Şerh II, s. 372.

meclisi ise, bu kabil vaziyetleri tahkik ile mükelleftir. Fikrimizce mülkiyet hakkı intikal etmekle beraber fidüsyer devirde de aynı neticeye varılmalıdır” şeklinde aksi bir kanaate varmıştır⁸¹. İMREGÜN ise konu hakkındaki düşüncesini “Oy hakkından yoksunluğa ilişkin hükümlere uyulmamasının yaptırımını, TTK m. 361 ve 381 uyarınca, alınan karara karşı iptal davasıdır” diyerek aktarmaktadır⁸². ÜLGEN de konu hakkında “... oy hakkından mahrum bulunan pahasahipleri paylarını muvazaa yolu ile devredebilirler. Her ne kadar TK. 361 bu hususu açık olarak yasaklamış ise de İMREGÜN’ün haklı olarak belirttiği üzere bunun müeyyidesi sözü geçen maddedeki şartlar altında iptal davası açmak olup süresi içinde dava açılmaz ise, karar geçerlilik kazanır” şeklinde kanaatini belirtmektedir⁸³. MOROĞLU, genel kurula katılma ve oy verme hakkı bulunmayan kimseler oylamaya katıldıkları takdirde alınan kararların sadece iptal edilebilirliklerinden söz etmektedir⁸⁴. Ancak yazarın ifadelerinden bir nokta dikkat çekicidir. Oy yasağının dolanılması durumuna değinmemekte; anladığımız kadarıyla, genel kurula katılmaması gerekenlerin katılması durumu göz önünde bulundurulmaktadır. Konu hakkında yazarın görüşünü bir başka eserinde bulmaktayız. Yazar, oydan yoksunluğa ilişkin yasağın dolanılmasına yönelik ve sonucu doğuran inançlı pay ve pay senedi devirleri ve böylece genel kurulda kullanılan oyların geçersiz olduğunu ifade etmektedir⁸⁵. TEOMAN, özetle genel kurula katılma hakkı olmayanların katılmasıyla alınan kararların yaptırımının TTK m. 361/III gereği iptal olduğunu, oy hakkına ilişkin sınırlandırmalardan

⁸¹ **Arslanlı**, Halil; Anonim Şirketler C. II-III, Anonim Şirketin Organizasyonu ve Tahviller, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1960, s. 47. Aynı yönde bkz. **Dağ**, Oy Hakkı, s. 123.

⁸² **İmregün**, AO, s. 138.

⁸³ **Ülgen**, Kuruluşta Sonra Devralma, s. 90 dn. 51.

⁸⁴ **Moroğlu**, Erdoğan; Türk Ticaret Kanunu’na Göre Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Üçüncü Baskı, Beta Basım Yayın Dağıtım A.Ş., İstanbul 2001, s. 93.

⁸⁵ **Moroğlu**, Oy Sözleşmeleri, s. 77. Ancak yazar, TTK.’da oydan yoksunlukla ilgili bir hüküm olan 291. madde hakkında, sözleşme özgürlüğü çerçevesinde kuruluş genel kurulundaki oy hakkının kullanılmasıyla ilgili yapılan; emredici olan hükmün etkisiz bırakılması ve dolanılması sonucunu doğuran oy sözleşmelerinin, emredici hükme ve aklâka aykırılık nedeniyle batıl olacağını ifade etmektedir (a.g.e., s. 53 dn. 160).

birini etkisiz bırakmak üzere yapılan payın devrine bağlı olarak ortaklığa başvuranların genel kurula katılmalarının haksız olduğunu, dolayısıyla bu kişilerin de TTK m. 361/I kapsamına girdiği bu nedenle bunların katılımıyla alınan kararın yaptırımının da alınan kararın iptali olduğunu açıklamaktadır⁸⁶.

Yargıtay'da 24.1.1986 tarihli bir kararında, "Oy hakkında yoksunluğa ilişkin hükümlere uymayarak ve bu yasağı dolanmak amacıyla yapılan pay senedi devirlerinin müeyyidesi (bizatihi devir işleminin geçersizliği olmayıp) kullanılması caiz olmayan oyların iştiraki ile alınan genel kurul kararının iptalinden ibarettir" sonucuna varmıştır⁸⁷.

Kanaatimizce, kanundaki açık düzenlemeden de anlaşıldığı üzere, oy kullanma yasağının dolanılması amacıyla yapılan payın devri işleminin yaptırımı, sadece alınan genel kurul kararının iptali, yani kullanılan oyların geçersizliği değildir. Burada yasağın ihlal edilmesinin yaptırımı, aynı zamanda bu yasağın ihlalini doğuran taraflar arasındaki işlemin de geçersizliğidir⁸⁸. Bu işlem bir hukuki müesseseden dolayı batıl olmaya mahkumdur. Bu müessese kanuna karşı hiledir. Kanuna karşı hile, meşru bir yöntemle kanunun emredici bir hükmünün bertaraf edilmesidir⁸⁹. Aynı durum burada da mevcuttur. Kanuna karşı hilenin yaptırımı butlandır⁹⁰. Oy hakkını dolanma amacıyla payı devreden ile devralan arasındaki sözleşme geçersiz olduğundan payı devralan dışarıdan genel kurul toplantısına katılanlar gibi değerlendirilmelidir. Yani genel kurul toplantısına katılma yetkisi olmayanlar gibi kabul edilmelidir. Bu durumda alınan kararın iptali istenebilir. Böyle

⁸⁶ Teoman, Oy Hakkından Yoksunluk, s. 203 vd.

⁸⁷ Y. 11. HD.'nin, E. 86/7428, K. 86/175 sayılı kararı (Moroglu/Kendigelen, Notlu-İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat, 8. Basım, Beta Basım Yayım ve Dağıtım A.Ş., İstanbul 2004, s. 309).

⁸⁸ Ansay da oy hakkına ilişkin sınırlamaların ihlali durumunda, pay senedini devralanın pay sahipliği sıfatını kazanamayacağı fikrindedir (Yargıtay Uygulamasında Anonim Şirketler Hukuku (Yargıtay'ın 1975-1980 yılları arasında verdiği kararlar), Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1981, s. 60).

⁸⁹ Ülgen, Kuruluşta Sonra Devralma, s. 13; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Yedinci Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993, s. 421 vd.

⁹⁰ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, a.g.e., s. 424.

bir dava karşısında ortaklığın, TTK m. 446/1-b gereği katılmanın oylama sonucunu değiştirmediği savunmasını yapma olanağı olacaktır⁹¹.

7. TTK m. 940'taki Payın Devri Sınırlaması

TTK'nın 940. maddesinin I. fıkrasına göre, bir geminin Türk Bayrağını ekme hakkını kazanabilmesi için, kural olarak Türk gemisi olması gerekir. Aynı maddenin 4. fıkrasının b bendine, bir anonim ortaklığa ait bir geminin Türk gemisi sayılabilmesi için,

- Türk ticaret şirketlerine ait olan gemiler, şirketi yönetmeye yetkili olanların çoğunluğunun Türk vatandaşı olmaları ve şirket sözleşmesine göre oy çoğunluğunun Türk ortaklarda bulunması,
- Anonim ortaklık paylarının çoğunluğunun nama yazılı olması,
- Bir yabancıya devrinin şirket yönetim kurulunun iznine bağlı bulunması,

şartıyla Türk gemisi sayılırlar.

Yukarıda sıraladığımız unsurlardan sonuncusu, anonim ortaklık pay senetlerinin serbestçe devredilebilirlik prensibine bir sınırlama getirmektedir⁹². Bu husus, yönetim kuruluna, anonim ortaklık paylarının çoğunluğunun Türk vatandaşlarına ait olup olmadığının, pay devirlerinde, oy çoğunluğunun Türk vatandaşlarında kalıp kalmadığının kontrol etmesi olanağını tanımaktadır⁹³. Zira oy çoğunluğunun yabancılara geçmesi durumunda gemi, Türk bayrağını çekme hakkını kaybetmektedir⁹⁴.

⁹¹ Bkz. **Teoman**, Oydan Yoksun Pay Sahipleri, s. 4 vd. Yargıtay verdiği kararlarda, oydan yoksun kişinin veya temsilcisinin oy kullanması durumunda, bu kişilerin genel kurula katılma hakkı mevcut olduğu halde, kanunun genel kurul toplantısına katılma hakkı olmayanların, toplantıya katılmasına münhasır düzenlediği bu savunmanın ortaklıkça yapılabileceğini kabul etmiştir (İlgili kararlar ve eleştirileri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Teoman**, Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi, s. 37 vd.).

⁹² **ağa**, Tahir/**Kender**, Rayegan; Deniz Ticareti Hukuku I, Giriş, Gemi, Donatan ve Kaptan, 13. Baskı, Beta Basım Yayım Dağıtım A.ř., İstanbul 2004, s. 65 vd.

⁹³ **Okay**, M. S.; Deniz Ticareti Hukuku I, Giriş- Gemi Donatan ve Donatma İştiraki Gemi Adamları, Gözden Geçirilmiş İlaveli nc Bası, Kurtuluş Matbaası, İstanbul 1970, s. 126, 127.

⁹⁴ **ağa/Kender**, a.g.e., s. 71.

SONUÇ

1. Devredilmek istenen payın bedeli olan sermaye borcu tamamen ödenmemişse, ortaklık esas sözleşmesinde hüküm olmazsa bile; pay devri ortaklığın onayı ile gerçekleşecektir. 491. maddenin ikinci fıkrasından anlaşıldığı üzere ortaklık her halükarda onay vermektan kaçınma imkanına sahip değildir. Aksine sadece payı devralanın, devraldığı payın kalan sermaye borcunun ödenmesi konusunda, ödeme yeterliliği şüpheli ise şirket teminat isteyebilecek ve istenen teminat verilmezse ortaklık onay vermeyi reddedebilecektir. Dolayısıyla devredilen payların salt bedellerinin ödenmemiş olması, şirkete onay vermeme hakkını bahşetmez. Devralanın ödeme gücüne sahip olması ve dürüst olması halinde şirketin devir işlemine onay vermesi gerekir. Aksine hareket, kanuna ve dürüstlük ilkesine aykırılık teşkil edecektir. Doktrinde ödeme yeterliliği kavramı, sübjektif bir tespiti gerektirdiğinden bedeli kısmen ödenmiş payların devrinde ortaklığın çoğunlukla teminat isteyeceği ifade edilmiştir.

2. TTK 352. maddeye göre, "Pay taahhüdünün, şirketin tescilinden önce devri, şirkete karşı geçersizdir". Pay taahhütlerinin devrine getirilen bu yasağın nedenine dair, maddenin gerekçesinde devir nedeniyle kurucuların değişmesi ve buna bağlı olarak kurucuların belirlenmemesine binaen kuruluşla ilişkin çeşitli yükümlülüklerin uygulanmasında ortaya çıkabilecek güçlüklerle işaret edilmiştir. Pay taahhüdünün devrine bağlı olarak şirketin bir zararı meydana gelmişse, şirket zararını, buna sebebiyet veren ilgiliden isteyebilecektir. Madde hükmü, pay taahhütlerinin ortaklığın tescilden önce devrini yasaklamamaktadır. Ortaklığın tescilinden önce, pay taahhütlerinin devrini ortaklığa karşı geçersiz saymaktadır. İleride kurulacak ortaklığa karşı, pay taahhüdünün ilk sahibi, devreden kişi olacaktır, pay taahhüdü devralan şahsa geçmeyecek; sermaye borcundan taahhütte bulunan sorumlu olacaktır.

3. Anonim ortaklıkta pay, ancak ortaklığın tesciliyle oluşabilmekte ve pay oluşmadıkça da senede bağlanması mümkün görülmemektedir. Yani pay taahhüdü, pay senedine bağlanamamaktadır. Bunun içindir ki; ortaklığın tescilinden önce pay senedi çıkarılamaz. Aynı durum ilmuhaber için de geçerlidir. Çıkarılma yasağına tâbi olan pay senetlerinin devrinden de bahsedilemez. Pay oluşmadığı için geçersiz olan pay senetlerine dayalı, payın

devri düşünülemez. Tıpkı pay taahhüdünün devrinde olduğu gibi, devir geçersizdir. Aynı durum, sermaye artırımını sebebiyle ihdas edilecek payları temsilen çıkarılacak pay senetleri için de geçerlidir. Sermaye artırımını, ticaret siciline tescille kesinleşmedikçe pay senedi çıkarılamaz, devredilemez.

4. TTK m. 379, ortaklığın sermayesinin korunması amacıyla; bir anonim ortaklığın kendi paylarını, esas veya çıkarılmış sermayesinin onda birini aşan veya bir işlem sonunda aşacak olan miktarda, ivazlı olarak iktisap ve rehin olarak kabul edemeyeceğini düzenlemiştir. Bu yasak, bir üçüncü kişinin kendi adına, ancak şirket hesabına iktisap ya da rehin olarak kabul ettiği paylar için de geçerlidir. Kanunun izin verdiği oranda payların iktisap veya rehin olarak kabul edilebilmesi için genel kurulun bu konuda yönetim kuruluna en çok 5 yıl için yetki vermesi gerekir; yetkide iktisap veya rehin olarak kabul edilecek payların itibarı değer sayıları, ödenecek bedelin alt ve üst sınırı gösterilmelidir. İktisap edilecek payların bedelleri düşüldükten sonra, kalan şirket net aktifi, en az esas veya çıkarılmış sermaye ile kanun ve esas sözleşme uyarınca dağıtılmasına izin verilmeyen yedek akçelerin toplamı kadar olmalıdır bu şartlarda iktisap, bedelleri tamamen ödenmiş paylar için mümkündür. İktisap yasağı, ana şirketin paylarının yavru şirket tarafından iktisabı hâlinde de uygulanır. Ortaklık sermayesini oluşturan %90 oranındaki paylar için getirilen bu yasak, senede bağlanmış olsun olmasın, nama, hamiline, gerçek nama ve bağlı-nama yazılı paylar için geçerlidir. Yakın ve ciddi bir kaybın önlenmesi söz konusu olduğu hallerde genel kurulun yetki vermesi aranmamaktadır. Kanun kendi paylarını iktisap etmek amacıyla, ortaklığın başka bir kişiyle yaptığı, konusu avans, ödünç veya teminat verilmesi olan hukuki işlemler batıldır kabul ederek, yasağın etkisiz kalmasını ve dolanılmasını engellemeyi amaçlamıştır. Madde de öngörülen yasak, bedelleri tamamen ödenmiş olan payların ivazsız iktisabında geçerli değildir. Ancak ivazsız iktisapta pay bedellerinin tamamı ödenmiş olsa da, ortaklık tek başına bütün paylarını iktisap edemez; yasaktır. Ortaklığın kanunun çizdiği çerçeve dışında iktisap ettiği paylarını yine kanunun belirlediği sürelerde elden çıkarmalıdır. Elden çıkarılmaması durumunda, sermayenin azaltılması yoluyla payların yok edilmesini öngörülmüştür. Payın devir yasağının kapsamına kural olarak devren kazanmalar girmektedir.

5. Kendi paylarını taahhüt yasağı başlıklı 388. madde hükmüne aykırılığın sonucunun, maddenin gerekçesinde geçersizlik olduğu, üçüncü fıkra gereğince bu payların kurucular ve yönetim kurulu üyeleri tarafından taahhüt edilmiş sayılmasının şirket yönünden geçersizliği etkilemeyeceği açıklanmıştır. Payların kurucular ve yönetim kurulu üyeleri tarafından taahhüt edildiğini kabul etmek, payların bunlara ait olduğu sonucuna bizi götürmektedir. Bu durumda taahhüt edilen payların ortaklığa ait olmadığı ortadadır. Bu nedenle pay taahhüdünün ortaklık açısından geçersizliğini ifade etmenin hukuki bir sonucu olmayacaktır, gereksizdir.

6. Oy kullanma yasağının dolanılması amacıyla yapılan payın devri işleminin yaptırımı, sadece alınan genel kurul kararının iptali, yani kullanılan oyların geçersizliği değildir. Burada yasağın ihlal edilmesinin yaptırımı, aynı zamanda bu yasağın ihlalini doğuran taraflar arasındaki işlemin de geçersizliğidir. Bu işlem bir hukuki müesseseden dolayı batıl olmaya mahkumdur. Bu müessese kanuna karşı hiledir. Kanuna karşı hile, meşru bir yöntemle kanunun emredici bir hükmünün bertaraf edilmesidir. Aynı durum burada da mevcuttur. Kanuna karşı hilenin yaptırımı butlandır. Oy hakkını dolanma amacıyla payı devreden ile devralan arasındaki sözleşme geçersiz olduğundan; payı devralan dışarıdan genel kurul toplantısına katılanlar gibi değerlendirilmelidir.

Kaynakça

- Ansay**, Tuğrul; Anonim Şirketler Hukuku, Altıncı Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1982.
- Arslanlı**, Halil; Anonim Şirketler C. I, Umumi Hükümler, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1960.
- Arslanlı**, Halil; Anonim Şirketler C. II-III, Anonim Şirketin Organizasyonu ve Tahviller, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1960.
- Aytaç**, Zühtü; “Bağlı İşletmeler Hukuku ve Türk Hukukunda Görünümü”, BATİDER, C. VIII, Sy. 4.
- Bahtiyar**, Mehmet; “Anonim Ortaklıkta Sermaye Artırımının Tescili ve Tescilin İşlevi”, BATİDER, C. XVIII, Sy. 4, 1996.
- Bahtiyar**, Mehmet; Ortaklıklar Hukuku, Yeni TTK’YA Göre Yazılmış Güncellenmiş 8. Bası, Beta Basım Yayım ve Dağıtım A.Ş., İstanbul 2012.
- Benz**, Ulrich; Aktienbuch und Actionärwechsel, Diss, Zurich 1981.
- Bilgili**, Fatih/**Demirkapı**, Ertan; Şirketler Hukuku, 9. Bası, Dora Yayıncılık, Bursa 2013.
- Çağa**, Tahir/**Kender**, Rayegan; Deniz Ticareti Hukuku I, Giriş, Gemi, Donatan ve Kaptan, 13. Baskı, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul 2004.
- Çamoğlu** (Poroy/Tekinalp); Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 9. Bası, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul 2003.
- Çeker**, Mustafa; Anonim Ortaklıkta Oy Hakkı ve Kullanılması, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2000.
- Dağ**, Üner; Anonim Ortaklıkta Oy Hakkının Kazanılması ve Kullanılması, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş. Yayını, İstanbul 1996.
- Defferrard**, Francine; Le Transfert des action nominatives liée non contées, Fribourg Suisse, Edition Universitaires, 1999.
- Doğanay**, İsmail; Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Birinci Cilt-Madde 1-419, Tümden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Dördüncü Bası, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul 2004.

- Domaniç** Hayri; Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması, TTK ŞERHİ-II, Temel Yayınları, İstanbul 1988 (Şerh II).
- Elbir**, Halid Kemal; Türk Ticaret Kanunu ve Alakalı Mevzuat, Yenilenmiş İkinci Bası, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1958.
- Erdem**, Ercüment; Anonim Şirketlerin Çıkardığı Senetler ve Sermaye Piyasası Hukukuna Giriş (Ders Notları), DEÜHF Yayını, Ankara 1995.
- Erem**, Turgut S.; Anonim Şirketler Hukuku, İkinci Baskı, Kutulmuş Matbaası, İstanbul 1969.
- Eriş**, Açıklamalı- İctihatlı En Son Değişikliklerle Birlikte Türk Ticaret Kanunu Ticari İşletme ve Şirketler, İkinci Cilt Ticaret Şirketleri- Madde 174-556, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık A.Ş., Ankara 2004.
- Hırş**, Ernest; Ticaret Hukuku Dersleri, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1948.
- Hoffmann-Becking**, M.; Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 4 Aktiengesellschaft, 2. neubearbeitete und erweiterte Auflage, München, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1999.
- Honsell**, Heinrich/**Vogt** Nedim Peter/**Watter** Rolf; Kommentar Zum Schweizerischen Privatrecht Obligationenrecht II Art. 530-1186 OR, Basel und Frankfurt, Helbing&Lichtenhahn, 1993.
- İmregün** Oğuz; Anonim Ortaklıklar, Yasa Yayıncılık A.Ş., İstanbul 1989.
- Karayalçın**, Yaşar; Özel Hukukta Meseleler ve Görüşler «Hukukî Mütalâalar» IV (1988-1991), Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1992.
- Kendigelen**, Abuzer; Anonim Ortaklık Payı Üzerinde İntifa Hakkı, İstanbul 1994.
- Kendigelen**, Abuzer; Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, 2. Bası, XII Levha Yayıncılık A.Ş.
- Kırca**, İsmail; “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununda Anonim Şirketlerde Kuruluş ve Organlar”, Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu, TOBB Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul 2013.

- Kırca**, İsmail/**Şehirli Çelik**, Feyzan Hayal/**Çağlar**, Manavgat; Anonim Şirketler Hukuku Cilt 1, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Türkiye İş Bankası A.Ş. Vakfı Yayını, Ankara 2013.
- Krafft**, Mathias-Charles; La Dissociation Des Droits De L'action Nominative, Lausanne, Vaudoise, 1963.
- Moroğlu**, Erdoğan; Anonim Ortaklıklarda Esas Sermaye Artırımı, Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2003.
- Moroğlu**, Erdoğan; Özellikle Anonim ve Limited Ortaklıklarda Oy Sözleşmeleri, 2. Baskı, Sermaye Piyasası Kurulu, Ankara 1996.
- Moroğlu**, Erdoğan; Türk Ticaret Kanunu' na Göre Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, Gözden geçirilmiş ve Genişletilmiş Üçüncü Baskı, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul 2001.
- Moroğlu**, Erdoğan/**Kendigelen**, Abuzer; Notlu-İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat, 8. Basım, Beta Basım Yayım ve Dağıtım A.Ş., İstanbul 2004.
- Moroğlu**, Erdoğan; 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Değerlendirme ve Öneriler, 7. Baskı, XII Levha Yayını, İstanbul 2012.
- Okay**, M. S.; Deniz Ticareti Hukuku I, Giriş- Gemi Donatan ve Donatma İştiraki Gemi Adamları, Gözden Geçirilmiş İlaveli Üçüncü Bası, Kurtuluş Matbaası, İstanbul 1970.
- Poroy**, Reha; "Holding'ler", III. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası (13-18 Mayıs 1963) Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1964.
- Pulaşlı**, Hasan; Bağlı Nama Yazılı Pay Senetleri, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara 1992.
- Pulaşlı**, Hasan; 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Yeni Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Adalet Yayınevi, Ankara 2012.
- Taşdelen**, Nihat; Anonim Ortaklıkta Pay Sahipliği Sifatının Kazanılması, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2005.
- Tekinalp** Ünal; Anonim Ortaklıkta Yeni Bağlam Sisteminin Esasları Pay Defteri Hakkı ile, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012.

- Tekinalp, Ünal**; “Holdingin Pay Senetleri Yavru Ortaklık Tarafından Satın Alınabilir mi?” İkt. ve Mal. Der., C. 15, Sy. 10, 1968/1969.
- Tekinalp, Ünal**; Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013.
- Tekinalp, Ünal**; Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku ile Tek Kişi Ortaklığının Esasları, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012.
- Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop**; Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Yedinci Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993.
- Teoman, Ömer**; Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Oy Hakkından Yoksunluğu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1983.
- Teoman, Ömer**; “Şirketçe Devralınan Payların Umumi Heyette Temsili Caiz Değildir. Kuralının (TK. m. 329, f. 3, c. 2) Anlamı”, Otuz Yıl Ticaret Hukuku -Tüm Makalelerim- Cilt I, 1971-1982, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul 2001.
- Teoman, Ömer**; “Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Oy Hakkından Yoksunluğu Konusundaki Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi” Otuz Yıl Ticaret Hukuku -Tüm Makalelerim- Cilt II, 1982-2001, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul 2001.
- Teoman, Ömer**; “Anonim Ortaklık Genel Kurul Toplantılarına Dinleyicilerin Katılması” Otuz Yıl Ticaret Hukuku -Tüm Makalelerim- Cilt I 1971- 1982, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul 2000.
- Ülgen, Hüseyin**; “Anonim Ortaklıklarda Katılma (=İştirak) Taahhüdünün Devri Sorunu”, İkt. ve Mal Der., C. XXIII, Sy. 5, 1976-77.
- Ülgen, Hüseyin**; Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Ortaklığın Kurulmadan Sonra Malvarlığı Değerlerini Devir Alması (Alman Hukuku İle Karşılaştırmalı Olarak), Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1969.
- Von Steiger, Fritz**; İsviçre’de Anonim Şirketler Hukuku, Çev. Tahir Çağa, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1968.

H^HTÜKETİCİ İŞLEMLERİNDE AYIPLI MAL VE HİZMETTEN DOĞAN SEÇİMLİK HAKLARIN TABİ OLDUĞU ZAMANAŞIMI VE BUNUN GARANTİ TAAHHÜTLERİYLE İLİŞKİSİ

*Yrd. Doç. Dr. Ahmet TÜRKMEN**

GİRİŞ

Tüketici işlemlerinde ayıptan doğan sorumluluk hükümleriyle, tüketiciye bir kısmı yenilik doğuran hak niteliğinde karşı tarafın hukukî alanına doğrudan ve tek taraflı tesir edebilme imkânı tanınmıştır. Gerek bu yönüyle gerekse kusura dayanmayan bir sorumluluk türü olması nedeniyle muhatap bakımından oldukça ağır sonuçlar doğurabilecek bu hükümler, bu hakların kullanılabilmesi için alacak zamanaşımı sürelerinden (TBK m. 146, 147) çok daha kısa zamanaşımı sürelerinin öngörülmesiyle, tüketici karşısındaki muhatap lehine yumuşatılmaya ve dengelenmeye çalışılmıştır. Ağır bir sorumluluk altında olan muhataplara kanun koyucu tarafından sağlanan bir başka avantaj ise, ayıptan doğan sorumlulukta zamanaşımının başlangıcına aittir. Gerçekten de ayıptan sorumlulukta zamanaşımı mallarda teslimle, hizmetlerde ise hizmetin ifasıyla işlemeye başlar. Zamanaşımının başlaması için tüketicinin maldaki veya hizmetteki ayıbı bilmesine ve öğrenmesine gerek dahi yoktur.

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun ayıptan doğan sorumlulukta zamanaşımına ilişkin düzenlemeleri büyük ölçüde 4077 sayılı Kanundaki düzenlemelerle örtüşmektedir. Ancak yine de ayıptan sorumlulukta seçimlik hakların kullanılmasında gözden geçirme ve bildirim külfetle-

^H Hakem incelemesinden geçmiştir.

* İzmir Gediz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

rinin kaldırılması, ayıbın malın tüketiciye teslim anında var olmasının gerekmesi, ayıptan doğan hakların kullanılmasının yeni kanunî sınırlamalara tabi olması gibi değişikliklerin zamanaşımı konusunda dolaylı etkileri olmuştur. Keza, ikinci el satışlardaki zamanaşımı düzenlemesi de 4077 sayılı Kanunda olmayan yeniliklerdir.

Bu çalışmada; tüketicinin seçimlik haklarının hukukî niteliğinin zamanaşımıyla ilişkisi, zamanaşımının sözleşmeyle kısaltılması, zamanaşımının başlangıç anı, 6502 sayılı Kanunla getirilen yeni zamanaşımı süreleri, zamanaşımının durması ve kesilmesi, garanti taahhütlerinin zamanaşımına etkisi gibi konular tüketici işleminin kendine özgü nitelikleri ve 6502 sayılı Kanundaki yeni düzenlemeler ele alınarak açıklanmaya çalışılmıştır. Tüketici hukuku alanında oldukça geniş bir uygulama alanına sahip olan sözleşmesel garanti taahhütlerinin zamanaşımıyla ilişkisi özel önem arz etmesi nedeniyle ayrı bir başlık altında incelenmiştir. Zamanaşımı müessesesinin tüketici işlemlerinde ayıplı mal ve hizmetten sorumlulukta özellik ve önem arz etmediği hususlara ise değinilmemiştir. Keza, tüketici işlemi kavramı, ayıptan doğan sorumluluğun maddî ve şeklî koşulları, seçimlik hakları kullanmanın sınırları gibi hususlar ya kapsam dışı bırakılmış ya da yalnızca çalışmamızı ilgilendirdiği ölçüde değerlendirme konusu yapılmıştır.

Tüketicinin seçimlik haklarla birlikte veya ondan bağımsız olarak genel hükümlere göre isteyebileceği tazminatlara ilişkin zamanaşımı meselesi de, çalışmanın içeriğini oldukça genişleteceğinden kapsam dışı bırakılmıştır.

I. SEÇİMLİK HAKLARIN HUKUKİ NİTELİĞİ VE ZAMANAŞIMIYLA İLİŞKİSİ

Tüketicie ayıplı mal ve hizmetten dolayı kanun tarafından dört seçimlik hak tanınmıştır (TKHK m. 11/I, 15/I). Bunlar; sözleşmeden dönme, bedelden indirim, ücretsiz onarım ve ayıpsız misliyle değiştirme haklarıdır. Ayıplı hizmette ise, malın ayıpsız misliyle değiştirilmesi hakkı hizmetin yeniden görülmesi hakkı şeklinde ortaya çıkmaktadır. Kanunun tüketiciye tanıdığı bu seçimlik hakların hukukî niteliği birbirinden farklıdır. Bizim katıldığımız ve doktrinde giderek daha çok taraftar bulan görüşe göre, ücretsiz onarım ve değiştirme/hizmetin yeniden görülmesi hakları aynen ifa tale-

binin uzantısı niteliğinde bir alacak hakkıdır¹. Buna karşılık, sözleşmeden dönme hakkı bozucu yenilik doğuran,² bedelden indirim hakkı ise değiştirici yenilik doğuran bir haktır³. Bir diğer görüşe göre ise, tüketiciye tanınan ücretsiz onarım ve malın değiştirilmesi/hizmetin yeniden görülmesi de dahil bütün haklar, yenilik doğuran hak niteliğindedir⁴. Bu vasıflandırmanın iki

¹ **Serozan**, Rona; *Sözleşmeden Dönme*, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007, s. 292; **Buz**, Vedat; *Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar*, Yetkin Yayınları, Ankara 2005, s. 170 vd.; **Atamer**, Yeşim/**İnceoğlu**, Murat; *Satım Sözleşmesinde Tüketicinin Seçimlik Hakları ve Avrupa Birliği Hukuku ile Uyumu Sorunu*, Otomotiv Distribütörleri Derneği Yayını, İstanbul 2012, s. 14; **Atamer**, Yeşim/**Baş**, Ece; “Avrupa Birliği Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak 6502 sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Satım Sözleşmesinde Ayıptan Sorumluluk”, İstanbul Barosu Dergisi, *Tüketici Hakları ve Rekabet Hukuku Özel Sayısı*, Cilt: 88, Özel Sayı 1, 2014, s. 35; **Aydoğdu**, Murat/**Kahveci**, Nalan; *Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri*, İleri Kitabevi, 1. Baskı, İzmir 2013, s. 177.

² **Serozan**, s. 298; **Zevkililer**, Aydın/**Gökyayla**, K. Emre; *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 13. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2013, s. 127; **Aydoğdu/Kahveci**, s. 179; **Şahiniz**, Salih C.; *Tacirler Arası Ticari Satımlarda Satıcının Ayıplı İfadan (Ayıplı Mal Tesliminden) Sorumluluğu*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2008, s. 101; **Ayan**, s. 26; **Atasoy**, Ömer Adil/**Taşkın**, Mustafa/**Acar**, Hakan; *Tüketiciyi Koruma Hukuku*, 2. Baskı, Yargı Yayınevi, Ankara 2000, s. 71.

³ **Serozan**, s. 298; **Atamer/Baş**, s. 35; **Atamer/İnceoğlu**, s. 55; **Arbek**, Ömer; *Satım Konusu Ayıplı Malın Tamir Edilmesi*, Yetkin Yayınları, Ankara 2005, s. 58; **Şahiniz**, s. 101; **Atasoy/Taşkın/Acar**, s. 71.

⁴ **Zevkililer/Gökyayla**, s. 127; **Yavuz**, Cevdet; *Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu*, Beta Yayınevi, İstanbul 1989 (Satım), s. 141; **Aslan**, Yılmaz; *6502 sayılı Kanuna Göre Tüketici Hukuku*, 4. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa 2014, s. 165-166; **Gümüş**, Mustafa Alper; *6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*, Cilt 1 (Madde: 1-46), Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014 (Tüketici), s. 109; **Petek**, Hasan; “Tıbbi Müdahalelerden Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Uygulanması”, Prof. Dr. M. Polat Soyer’e Armağan, DEÜHFD Özel Sayı, C.II, 2013 (Basım Yılı: 2014), s. 995; **Şahiniz**, s. 101; **Yıldırım**, Abdülkerim; *Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması*, XII Levha Yayınları, İstanbul 2009, s. 308; **Deryal**, Yahya; *Tüketici Hukuku*, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2008, s. 94-95; **Ayan**, Nurşen; “Taşınır Satımında Satıcının Kanundan Doğan Ayıba Karşı Tekeffül Borcu”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:15, Sayı: 1, 2007, s. 25; **Atasoy/Taşkın/Acar**, s. 70-71; **Tiryaki**, Betül; *Tüketicinin Korunması Hukuku Açısından Ayıplı Hizmetten Doğan Sorumluluk*, Yetkin Yayınları, Ankara 2007, s. 110-111. Aynı yönde bkz. “4822 sayılı kanunla değişik 4077 sayılı Tüketicinin Korunması

önemi vardır. Birincisi; ücretsiz onarım ve değiştirme haklarını aynen ifa talebinin uzantısı niteliğinde bir hak olarak kabul edersek, tüketicinin bu hakların yerine getirilmemesi durumunda Kanunun kendisine tanıdığı başka seçimlik bir hakkı kullanması mümkün olacaktır⁵. Yok eğer bu hakları yenilik doğuran hak olarak kabul edersek, katıldığımız görüş çerçevesinde⁶, kural olarak bu haklar kullanılmakla tükenecek ve bu haklardan dönülmesi ancak istisnaî durumlarda söz konusu olabilecektir⁷. Tüketicinin seçimlik haklarını vasıflandırmanın ikinci önemi, çalışmamızla da doğrudan ilgili olarak bu hakları kullanmanın tabi olacağı sürenin niteliği bakımından karşımıza çıkar. Kural olarak alacak hakları zamanaşımına tabi iken, yenilik doğuran haklar hak düşürücü süreye tabidirler. Ancak kanun koyucu seçimlik haklar arasında bu hakların hukukî niteliğine göre bir ayrıma gitmemiş, bu hakların tamamını zamanaşımına tabi kılmıştır. Bizim de katıldığımız doktrindeki hakim görüş TKHK'daki bu sürelerin zamanaşımı süresi olduğu yönündedir⁸. Bir başka görüşe göre ise alacak hakkı niteliğindeki ücretsiz

Hakkında Kanunun 4 ve 4/A maddelerinde ayıplı mal ve ayıplı hizmetle ilgili tüketicinin seçimlik hakları sayılmıştır. Bu haklar kullanımla biten inşai haklardan olup, davacının onarım olarak kullandığı seçimlik hakkını ıslah ile değiştirmesi mümkün değildir.", Y. 13. HD., E. 2008/1735, K. 2008/7867, T. 5.6.2008 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁵ **Zevkliler**, Aydın/**Aydoğdu**, Murat; Tüketicinin Korunması Hukuku, 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2004, s. 126; **Atamer/İnceoğlu**, s. 55; **Atamer/Baş**, s. 36-37; **Aydoğdu/Kahveci**, s. 178.

⁶ Yenilik doğuran hakların, ancak tarafların anlaşması veya mahkemenin vereceği inşai kararlarla mümkün olabileceği fikrindeki değiştirilmiş sözleşme teorisini savunan yazarlara göre ise, alıcı yenilik doğuran bir seçimlik hakkını kullandıktan sonra davada ıslah yoluyla seçimlik hakkını değiştirebilmektedir. (**Aral**, Fahrettin/**Ayrancı**, Hasan; Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 9. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2012, s. 125)

⁷ Kullanılmış bir yenilik doğuran hakkın geri alınması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Buz**, s. 443 vd.

⁸ **Zevkliler/Aydoğdu**, s. 149; **Aslan**, s. 174; **Kara**, İlhan; Tüketici Hukuku, Engin Yayınevi, Ankara 2012, s. 392; **Akıncı**, Şahin; Ayıplı Mal ve Hizmetlere Karşı Tüketicinin Korunması, Cemre Yayınları, Konya 1998, s. 156; **Petek**, s. 1005, dn. 72; **Atasoy/Taşkın/Acar**, s. 71; **Kapanacı**, Kadir Berk; 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Açısından Satış Hukukunda Ayıptan Doğan Sorumluluk ve Sözleşmesel Garanti Taahhütleri, XII Levha Yayınevi, İstanbul 2012, s. 79. Satış sözleşmeleri bakımından aynı yönde bkz. **Edis**, Seyfullah; Saticının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Ajans-Türk Matbaası, Ankara 1963, s. 131; **Tunçomağ**, Kenan; Borçlar Hukuku, II. Cilt, Özel Borç

onarım ve değiştirme hakları zamanaşımına, dönme ve bedelden indirim hakları ise hak düşürücü süreye tabi olmalıdır⁹.

Esasında hukukî nitelikleri itibariyle hak düşürücü süreye tabi olmaları gereken sözleşmeden dönme ve bedelden indirim gibi yenilik doğuran hakların zamanaşımına tabi olması Türk-İsviçre hukukunda yeni değildir. Gerçekten de, gerek satış (TBK m. 231) gerekse eser sözleşmesinde (TBK m. 478) ayıptan sorumlulukta, hem ücretsiz onarım ve değiştirme hem de dönme ve bedelden indirim haklarının kullanılması zamanaşımına tabidir. Keza mülga 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda da tüketicinin ayıptan doğan seçimlik hakları zamanaşımına tabiydi (m. 4/IV, 4A/IV). Bu açıdan 6502 sayılı Kanunun bu seçimlik hakların tamamını zamanaşımına tabi tutması bir yenilik değildir ve dolayısıyla satış ve eser sözleşmesindeki zamanaşımı meselelerine ilişkin çözümler, 6502 sayılı Kanunun zamanaşımına ilişkin sorunlarına da yardımcı olacaktır.

Sonuç olarak, tüketici, seçimlik haklarını kanunlarda öngörülen zamanaşımı süresi içinde kullanabilmektedir. Sözleşmeden dönme ve bedelden indirim gibi yenilik doğuran hakların muhataba karşı nasıl kullanılacağı ise tartışmalıdır¹⁰. Sözleşme teorisine göre; tüketicinin bu hakları kullanması muhataba yöneltilmiş bir icap niteliğindedir ve bu hakkın kullanılması için muhatapın bunu kabul etmesi gerekir. Şayet muhatap tüketicinin seçmiş

İlişkileri, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1974, s. 125; **Tandoğan**, Haluk; Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Cilt: I/1, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Yayınları, 4. Bası, Olgaç Matbaası, Ankara 1985 (Cilt I/1), s. 201; **Bilge**, Necip; Borçlar Hukuku, Özel Borç Münasebetleri, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Yayınları, Sevinç Matbaası, Ankara 1971, s. 89; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 139; **Honsell**, Heinrich; Obligationenrecht, Kurzkommentar, Art. 1-529, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2008, Art. 210 N 1, s. 809; **Yavuz**, C., Satım, s. 155; **Yavuz**, Cevdet; Borçlar Hukuku Dersleri, Özel Hükümler, 9. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2011 (Dersler), s. 85; **Yavuz**, Cevdet; Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümleri, Beta Yayınevi, 7. Baskı, İstanbul 2009 (Borçlar), s. 119; **Müller-Chen**, OR 210 N 1, s. 214; **Gümüş**, Mustafa Alper; Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, 3. Bası, Cilt I, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013 (Borçlar Özel), s. 115; **Şahiniz**, s. 124.

⁹ **Bucher**, Eugen; Obligationenrecht, Besonderer Teil, 3. Auflage, Zürich 1988, s. 94; **Buz**, s. 398. Tüketicieye tanınan tüm seçimlik hakları yenilik doğuran hak olarak niteleyen **Yıldırım** da yenilik doğuran hakların zamanaşımına tabi olmaması gerektiğine işaret etmiştir (s. 310).

¹⁰ Bu konudaki teoriler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Yavuz**, C., s. 113 vd.

olduğu hakkı kabul etmezse, tüketici dava açarak muhatabın kabul beyanında bulunmasına hükmedilmesini isteyecektir¹¹. Değiştirilmiş sözleşme teorisine göre ise; hakların icra edilebilmesi için ya tüketici ve muhatap arasında bu yönde bir anlaşma olması veya eğer muhatap bundan kaçınıyorsa, onun irade beyanı yerine geçecek bir mahkeme hükmü gerekir. Böyle bir durumda hakimin vereceği karar yenilik doğurucu (inşâî) bir karar olacaktır¹². Bizim de kabul ettiğimiz hakim görüşüne göre ise; tüketici seçimlik hakkını tek taraflı ve karşı tarafa varması gereken bir irade beyanıyla kullanabilir¹³. Tüketicinin seçimlik hakkını kullanması için dava açmasına gerek olmadığı gibi, tüketici ile muhatap arasında bir anlaşma yapılmasına da gerek yoktur¹⁴. Böyle bir durumda muhatabın tüketicinin seçmiş olduğu seçimlik hakkın gereklerini yerine getirmemesi durumunda, tüketicinin açacağı dava sonunda verilecek karar inşâî nitelikte değil, tespit niteliğinde olacaktır¹⁵. Yani mahkeme, tüketicinin yenilik doğuran hakkını kanunun öngördüğü koşullara ve sınırlamalara uygun olup olmadığına bakacaktır. Eğer uygunsa davayı kabul edecek, değilse, red edecektir. Ancak her hâlükârda tek taraflı irade beyanı ile kullanılan yenilik doğuran hakların zaman aşımını kesebilmesi için -zamanaşımını kesen başkaca bir sebep yoksa- tüketicinin dava açması gerekecektir.

II. SEÇİMLİK HAKLARIN KULLANILMASINDA ZAMANAŞIMINA İLİŞKİN GENEL İLKELER

6502 sayılı Kanununun ayıplı mal ve hizmetten doğan sorumlulukta genel zamanaşımını düzenleyen 12. ve 16. maddelerindeki “*Kanunlarda veya taraflar arasındaki sözleşmede daha uzun bir süre belirlenmediği takdirde*”

¹¹ Serozan, s. 294; Buz, s. 175.

¹² Aral/Ayrancı, s. 124.

¹³ Aslan, s. 165; Akıncı, s. 136; Yıldırım, s. 309; Atasoy/Taşkın/Acar, s. 70. Satış sözleşmeleri bakımından aynı yönde bkz. Bucher, BT, s. 99; Tandoğan, Cilt I/1, s. 189; Serozan, s. 297; Yavuz, C., Borçlar, s. 117; Yavuz, C., Satım, s. 135; Gümüş, Borçlar, s. 97; Ayan, s. 25; Şahiniz, s. 101; Arbek, s. 53.

¹⁴ Tandoğan, Cilt I/1, s. 189; Serozan, s. 297; Zevkliler/Gökyayla, s. 127; Gümüş, Borçlar, s. 97; Akıncı, s. 136; Şahiniz, s. 101.

¹⁵ Tandoğan, Cilt I/1, s. 189; Serozan, s. 298; Zevkliler/Gökyayla, s. 127; Akıncı, s. 136; Aydoğdu/Kahveci, s. 176; Yıldırım, s. 309; Şahiniz, s. 101; Ayan, s. 25.

ifadesinden tüketicinin seçimlik haklarını kullanmasında zamanaşımına ilişkin iki temel ilkenin varlığından söz edilebilir. Bunlardan birincisi, borçlar hukukundaki sözleşme özgürlüğü çerçevesinde kural olarak taraflarca serbestçe kararlaştırılabilecek ve bu anlamda kısıtlanılabilecek zamanaşımı sürelerinin tüketici aleyhine kısıtlanmamasıdır. Gerçekten de Türk Borçlar Kanununun satış, eser gibi sözleşmeler başta olmak üzere ayıptan doğan sorumluluğa ilişkin hükümleri genellikle tamamlayıcı nitelik taşımaktadırlar. Bu kapsamda taraflar zamanaşımını kısıtlanabileceği gibi, hile ve ağır kusur hali gibi istisnalar dışında ayıptan sorumluluğu da tamamen kaldırılabilmektedirler. Buna karşılık satıcı/sağlayıcı/üretici/ithalatçı/kredi veren, vb. karşısında zayıf durumda olan tüketiciyi koruma amacıyla çıkartılan 6502 sayılı Kanun hükümleri çoğunlukla emredici hükümler ihtiva ederler. 6502 sayılı TKHK'da ayıplı mal ve hizmetten doğan sorumluluğu düzenleyen zamanaşımına ilişkin hükümler (TKHK m. 12, 15) de nisbî emredici niteliktedir. Böyle olunca kanunun öngördüğü zamanaşımı süreleri tüketici aleyhine kısıtlanmamakta, ancak sözleşmeyle tüketici lehine uzatılabilmektedir. Tüketicinin ayıplı mal ve hizmetten doğan seçimlik haklarını kullanmasında zamanaşımına ilişkin ikinci ilke ise, farklı kanunlarda seçimlik hakların kullanımına ilişkin TKHK'dakinden daha uzun bir zamanaşımı süresi öngörülmüşse farklı kanunlardaki bu sürenin uygulanması gerekliliğidir.

A. Kanundaki Zamanaşımı Sürelerinin Kısıtlanmaması

Zamanaşımı süreleri farklı kanunlarda düzenlenmiştir. Türk Borçlar Kanununun ikinci ayırımında belirlenen zamanaşımı süreleri (TBK m. 146-147) kesindir. Bu süreler sözleşmeyle değiştirilemez (TBK m. 148). Ancak bu ayırım dışında Türk Borçlar Kanunu ve diğer kanunlarda öngörülen zamanaşımı süreleri kural olarak sözleşme özgürlüğü çerçevesinde değiştirilebilir¹⁶. Zamanaşımı süresi kısıtlanılabileceği gibi, uzatılabilir¹⁷. Ancak süre

¹⁶ **Oğuzman**, Kemal/Öz, Turgut; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt: 1, 11. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013, s. 603; **Eren**, Fikret; Borçlar Hukuku, Genel Hükümler (6098 sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış), Yetkin Yayınları, 14. Baskı, Ankara 2012, s. 1287; **Erdem**, Mehmet; Özel Hukukta Zamanaşımı, XII Levha Yayınları, İstanbul 2010, s. 370 vd.

¹⁷ **Bucher**, BT, s. 96; **Edis**, s. 131; **Tandoğan**, Cilt I/1, s. 200; **Tunçomağ**, s. 127; **Zevkiler/Gökyayla**, s. 139; **Honsell**, Art. 210 N 1, s. 809; **Yavuz**, C., Satım, s. 159;

kısaltılıyorsa, bu sürenin hiçbir zaman alacaklının takipte bulunmasını zorlaştıracak kadar kısa olmaması gerekir¹⁸.

6502 sayılı Kanunda tüketicinin ayıptan doğan seçimlik haklarına ilişkin zamanaşımı süreleri de kanunun emredici niteliği gereği sözleşmeyle kısaltılamaz¹⁹. Eğer taraflar zamanaşımını sözleşmeyle kısaltmışlarsa, bu sözleşme kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olacak, tarafların belirlediği sürenin yerini yasal tekeffül zamanaşımı süresi alacaktır. Aşağıda da görüleceği üzere, kanun koyucu zamanaşımının yalnızca ikinci el satışlarda iki yıldan bir yıla, konut ve tatil amaçlı taşınmazlarda beş yıldan üç yıla indirilebileceğini kabul etmektedir (TKHK m. 12/II)²⁰.

Kanundaki zamanaşımı sürelerinin kısaltılmamasına karşılık, bunların tüketici lehine uzatılabilmesi mümkündür. Taraflar, aralarında yapacakları bir sözleşmeyle yasal tekeffül sorumluluğunu ve buna bağlı olarak tüketicinin seçimlik haklarını kullanmasının bağlı olduğu zamanaşımını serbestçe belirleyebilirler. Doktrinde katıldığımız hakim fikre göre tarafların uzatacakları zamanaşımı süresi hiçbir zaman on yılı geçemez²¹. Ancak garanti taahhütleriyle daha uzun bir garanti süresi belirlenebilir. Böyle bir durumda, muhatabin yasal tekeffül sorumluluğu ve tüketicinin bundan doğan seçimlik hakları on yıla sınırlı olacak, bunun dışındaki taahhütler ise muhatapların öngördüğü kapsamda ve taahhüt ettiği süre kadar geçerli olacaktır²². Yasal

Aral/Ayrancı, s. 142; **Gümüş**, Borçlar Özel, s. 116. Satış sözleşmelerinde ayıptan sorumluluk zamanaşımının kısaltılmayacağı yönünde bkz. **Feyzioğlu**, Feyzi Necmeddin; Borçlar Hukuku, Akdin Muhtelif Nevileri (Özel Borç İlişkileri), Cilt I, 4. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1980, s. 302; **Aydoğdu/Kahveci**, s. 225.

¹⁸ **Oğuzman/Öz**, s. 603; **Eren**, s. 1287; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 139; **Yavuz**, C., Satım, s. 160; **Erdem**, s. 373-374.

¹⁹ **Zevkliler/Aydoğdu**, s. 147; **Kapancı**, s. 83; **Atasoy/Taşkın/Acar**, s. 76.

²⁰ Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. aşa. IV B 2.

²¹ **Zevkliler/Gökyayla**, s. 139; **Gümüş**, Tüketici, s. 125-126; **Atasoy/Taşkın/Acar**, s. 75; **Yavuz**, Nihat; Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2010, s. 181. Satış sözleşmeleri bakımından aynı yönde bkz. **Edis**, s. 131; **Tunçomağ**, s. 127; **Tandoğan**, Cilt I/1, s. 200; **Feyzioğlu**, s. 302; **Honsell**, Art. 210 N 4, s. 811; **Aral/Ayrancı**, s. 141-142; **Gümüş**, Borçlar, s. 116; **Aydoğdu/Kahveci**, s. 224; **Şahiniz**, s. 125; **Ayan**, s. 34.

²² **Gümüş**, Tüketici, s. 126.

zamanaşımı için on yıldan uzun süre kararlaştırılmış olması halinde, bu sözleşme TBK m. 146'ya aykırı olacaktır²³. Doktrinde bazı yazarlar ise herhangi bir sınırlamaya tabi olmaksızın ayıptan doğan sorumluluğa ilişkin zamanaşımı sürelerinin uzatılabileceği görüşündedirler²⁴.

Yasal zamanaşımı süresinin sözleşmeyle uzatılması ile garanti verenin yasal zamanaşımı süresinden uzun garanti süreleri içinde malda veya hizmette ortaya çıkabilecek aksaklıklardan sorumlu olacağını sözleşmeyle taahhüt etmesi birbirinden farklı kavramlardır. Garanti taahhütleri ve zamanaşımı arasındaki ilişki özel önemi nedeniyle aşağıda ayrı bir başlık altında incelenecektir²⁵.

B. Tüketicinin Lehine Olan Zamanaşımı Sürelerinin Uygulanması

Ayıptan doğan seçimlik hakların kullanımına ilişkin zamanaşımı süreleri TKHK dışında farklı kanunlarda da belirlenmiş olabilir. Farklı kanunlardaki zamanaşımı süreleri TKHK'da belirlenen zamanaşımı sürelerinden kısa olabileceği gibi, uzun da olabilir. İşte böyle bir durumda tüketici lehine olan kanundaki uzun zamanaşımı süresi uygulanmalıdır. Başka kanunlarda daha kısa bir zamanaşımı süresi öngörülmüş ise, tüketici işlemleri bakımından TKHK'daki süre daha uzun ise, TKHK'daki uzun süre uygulanacaktır.

TKHK dışındaki bir kanundaki zamanaşımı süresinin uygulanması, bu işlemin tüketici işlemi sayılmasını (TKHK m. 83/II) ve dolayısıyla bunun sonucu olarak 6502 sayılı Kanunda öngörüldüğü şekilde ve onun sınırlamalarına tabi olarak tüketicinin seçimlik haklarını kullanmasını engellemecektir. Başka bir deyişle, başka bir kanundaki zamanaşımı süresi uygulanırsa bile, o kanundaki ayıptan sorumluluğa ilişkin diğer hüküm ve sınırlamalardan önce, TKHK'daki hükümler uygulanacaktır. Örneğin, ilk altı ay içinde ortaya çıkan ayıpların malın teslim edildiği veya hizmetin ifa edildiği

²³ Tandoğan, Cilt I/1, s. 200; Edis, s. 131; Feyzioğlu, s. 302; Zevkliler/Gökyayla, s. 139; Şahiniz, s. 125.

²⁴ Yavuz, C., Dersler, s. 86; Yavuz, C., Satım, s. 159; Aslan, s. 179; Akçaal, Mehmet/ Uyumaz, Alper; "6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Bazı Hükümlerine (m. 1-16) İlişkin Bir İnceleme", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 4, Sayı: 2, 2013, s. 266-267.

²⁵ Bkz. aşa. VII.

anda var olduğu kabul edilecek ve ispat yükü satıcı veya sağlayıcıda olacaktır (TKHK m. 10/I). Keza görev ve yetkiye ilişkin konularda da bu işlem TKHK'ya tabi olacaktır (TKHK m. 83/II). Başka bir deyişle, başka kanunlardaki lehe olan zamanaşımı uygulanacak, ancak uyuşmazlık TKHK dışındaki kanun hükümlerine göre değil, tüketiciye daha etkin koruma sağlayan TKHK hükümlerine göre çözülecektir. Ancak TKHK m. 83 atfıyla TKHK'da hüküm bulunmayan hallerde yine genel hükümler uygulanacaktır.

III. ZAMANAŞIMININ BAŞLANGIÇ ANI

TKHK zamanaşımı süresinin başlangıç anı bakımından malın teslimi (TKHK m. 12/I) ve hizmetin ifası (TKHK m. 16/I) tarihlerini esas almıştır. Tüketici işlemine konu olan bir malın teslimi söz konusuysa süre malın tesliminden itibaren başlayacak, mal sağlama dışında diğer her türlü faaliyet olarak tanımlanan hizmetlerde de (TKHK m. 3/I d) süre hizmetin ifası tarihinden itibaren başlayacaktır. Gerek ayıplı mal tesliminde gerekse ayıplı hizmet ifasında *ayıp daha sonra ortaya çıksa bile* zamanaşımı süresi malın teslimi ve hizmetin ifasından itibaren başlayacaktır. Zamanaşımı tüketicinin maldaki ayıbı öğrendiği andan itibaren başlamaz. Zamanaşımının başlaması için tüketicinin malın ayıplı olduğunu veya hizmetin ayıplı ifa edildiğini bilmesi de gerekmez. Hatta öyle ki, tüketici ayıbı hiç öğrenmeden de zamanaşımı sona erebilir²⁶.

A. Malın Teslimi

Ayıplı maldan sorumluluk, ayıp daha sonra ortaya çıksa bile, malın tüketiciye teslim tarihinden itibaren başlar (TKHK m. 12/I)²⁷. Teslimden anlaşılması gereken, sözleşmeyi ifa etmek iradesiyle malın tüketicinin

²⁶ Müller/Chen, OR 210 N 4, s. 215.

²⁷ Bir malın tüketiciye teslimi yalnızca satış sözleşmelerine münhasır olmayıp, bir malın teslimini içeren eser sözleşmelerinde de ortaya çıkabilir. Örneğin, terzinin sipariş üzerine diktiği gelinliği teslim etmesinde olduğu gibi. TKHK ayıplı maldan sorumluluk hükümlerini yalnızca satış sözleşmeleri bakımından ele almıştır. Kanun koyucunun ayıplı mal sağlamanın yalnızca satış sözleşmesi ile olacağı varsayımından hareketle yaptığı bu düzenleme **Gümüş** tarafından haklı olarak eleştirilmiştir (Tüketici, s. 104).

tasarrufu altına konulduğu bütün durumlardır²⁸. O halde teslim için alıcının satılanın niteliklerini gözden geçirebilecek şekilde satılan üzerinde fiilî yetki kazanmış olması gerekir²⁹. Taşınırlar bakımından bu süre, malın tüketicinin fiilî hakimiyet alanına sokulmasıyla başlar³⁰. Tüketicinin malı teslim almada temerrüde düşmesi ve tüketicinin isteği üzerine malın sözleşmesel veya kanunî ifa yerinden başka bir yere gönderilmesi hallerinde de kural olarak, mal tüketiciye teslim edilmeden tüketici için zamanaşımı süresi başlamayacaktır. Buna karşılık, satılanın tüketicinin temsilcisine teslim edilmiş olması yeterli olacaktır³¹.

Yalnızca zilyetliğin devri, malın teslim edilmiş sayılması için yeterli değildir. Malın teslim yoluyla zilyetliğinin devredilmesi gereklidir³². Bu anlamda, malın kendisinin teslimi, mal üzerinde fiilî hakimiyet kurmaya yarayan araçların teslimi, malın zilyedin fiilî hakimiyet alanına bırakılması, malın yasal ve iradî temsilciye verilmesi teslim yerine geçerken, malın zilyetliğin havalesi yoluyla devri, hükmen teslim, malı temsil eden senetlerin teslimi gibi zilyetliğin devri yolları teslim yerine geçmez³³ ve dolayısıyla bu türden zilyetlik devriyle zamanaşımı süresi işlemeye başlamaz. Kısa elden teslimde ise, mal halihazırda tüketicinin elinde olduğu için zamanaşımı süresi sözleşmenin kurulduğu andan itibaren başlar. Artırma yoluyla satışlarda da, malın mülkiyeti taşınırlarda ihale anında, taşınmazlarda tescil ile tüketiciye geçse de (TBK m. 279), satıcının ayıptan sorumluluğu teslimden itibaren başlayacaktır. Örneğin internet üzerinden yapılan bir müzayedede malın mülkiyeti ihale anında tüketiciye geçerken, satıcının ayıptan sorumluluğu ihale edilen malın tüketiciye gönderilip teslim edilmesiyle başlaya-

²⁸ Akıncı, s. 158; Şahiniz, s. 123.

²⁹ Yavuz, C., Satım, s. 156-157; Şahiniz, s. 123.

³⁰ Müller/Chen, OR 210, N 4, s. 215.

³¹ Yavuz, C., Satım, s. 157; Şahiniz, s. 123.

³² Gümüş de satım sözleşmeleri bakımından dolaysız zilyetliği alıcıya sağlamayan devirlerin zamanaşımının başlaması için yeterli olmadığını, alıcı malın dolaysız zilyetliğini devralmadan zamanaşımının başlamayacağını ifade etmektedir (Gümüş, Borçlar, s. 114). Ayrıca bkz. Gümüş, Tüketici, s. 126.

³³ Zilyetliğin devri türleri bakımından geniş bilgi için bkz. Oğuzman, Kemal/Seliçi, Özer/Oktay-Özdemir, Saibe; Eşya Hukuku, 15. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2012, s. 71 vd.

caktır. Mülkiyetin geçmesinin tescile bağlı olduğu durumlarda da, zamanaşımı süresi tescil ile değil, malın teslimiyle başlayacaktır. Örneğin, tüketici işlemine konu bir otomobil noterde yapılan satış sözleşmesinden sonra trafik siciline tescil edilmiş olsa bile, zamanaşımı süresi satış veya tescil tarihinden itibaren değil, otomobilin tüketiciye tesliminden itibaren işlemeye başlayacaktır. Aynısı tüketici işlemine konu olan taşınmazlar bakımından da geçerlidir. Ön ödemeli konut satışı ve konut finansmanı sözleşmelerinde de, ayıptan sorumluluk teslimden sonra başlayacaktır. Bu noktada konutun kat irtifakı veya kat mülkiyeti olarak tapuya tescil edilmesi de bir önem taşımayacaktır. Ard arda teslimli satışlarda ise her bir teslimden sonra o teslim edilen mal için zamanaşımı işlemeye başlar³⁴. Örneğin, bir dergi aboneliği sözleşmesinde aylık maldan sorumluluk her bir derginin teslim edildiği günden itibaren başlayacaktır. Geciktirici koşula bağlı olarak yapılan satışlarda, zamanaşımı, satılanın teslimi tarihinden itibaren değil, sözleşmede kararlaştırılan geciktirici koşulun gerçekleşmesiyle işlemeye başlar³⁵. Gayrimaddi mallar bakımından ise, malın tüketicinin egemenlik alanına sokulmasıyla zamanaşımı işlemeye başlayacaktır. Örneğin, mesafeli sözleşmeyle satın alınan bir e-kitap, e-makale, dijital formatlı bir film veya müzik formatları veya akıllı telefonlarda ücretli bir uygulama veya oyun satışında zamanaşımı, dosyanın veya uygulamanın tamamının indirilmesiyle başlar.

B. Hizmetin İfası

Aylık hizmetten sorumluluk, ayıp daha sonra ortaya çıkmış olsa bile hizmetin ifası tarihinden itibaren başlar (TKHK m. 16/I). Hizmet, bir ücret veya menfaat karşılığında yapılan ya da yapılması taahhüt edilen mal sağlama dışındaki her türlü tüketici işleminin konusunu teşkil etmektedir³⁶. Aylık hizmet; bir eser, vekâlet, taşıma, sigorta, simsarlık, saklama, vb. kanundaki tipik sözleşmelerden kaynaklanabileceği gibi herhangi bir atipik sözleşmeden de kaynaklanabilir.

³⁴ Edis, s. 131; Tunçomağ, s. 126; Tandoğan, Cilt I/1, s. 189; Zevkliler/Gökyayla, s. 139; Aral/Ayrancı, s. 141; Yavuz, C., Satım, s. 156; Şahiniz, s. 123.

³⁵ Edis, s. 131; Tunçomağ, s. 126; Tandoğan, Cilt I/1, s. 199; Zevkliler/Gökyayla, s. 139; Yavuz, C., Satım, s. 156; Şahiniz, s. 123.

³⁶ Hizmet kavramıyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Tiryaki, s. 41 vd.

Ayıplı hizmetten sorumlulukta zamanaşımının başlangıcı hizmetin ifa edildiği tarihtir. Örneğin, bir doktorun hastasını hatalı ameliyat etmesi halinde ayıptan sorumluluğu ameliyat tarihinden itibaren başlayacaktır. Hizmet, sürekli veya belirli aralıklarla ifa ediliyorsa, ayıplı hizmetin ifa edildiği andan itibaren zamanaşımı süresi başlar. Örneğin, bir spor salonu için yıllık üyelik sözleşmesi yapan bir tüketicinin spor salonundaki bazı aletlerin çalışmaması yüzünden almış olduğu ayıplı hizmette zamanaşımı, tüketiciye karşı ayıplı hizmetin ifa edildiği tarih olacaktır.

IV. ZAMANAŞIMI SÜRELERİ

Ayıplı mal ve hizmetten doğan seçimlik haklara ilişkin zamanaşımı süreleri TKHK'da özel olarak düzenlenmiştir. Tüketici ayıplı mal ve hizmetten doğan seçimlik haklarını yukarıda belirttiğimiz zamanaşımına ilişkin genel ilkeler çerçevesinde kullanabilecektir³⁷. Kanunlarla belirlenen bu zamanaşımı süreleri, tüketicinin ayıplı mal ve hizmetten doğan seçimlik haklarını kullanmasına ilişkindir. Yoksa tüketicinin seçimlik hakkı kullanmasıyla muhatabın ortaya çıkan borçları, örneğin sözleşmeden dönme ve bedelden indirim haklarının kullanılması halinde bu hakların kullanılmasıyla ortaya çıkan iade borçları, seçimlik hakların kullanılabilmesi için Kanunun öngördüğü zamanaşımına değil, on yıllık genel zamanaşımına tabidir (TBK m. 146)³⁸.

A. Genel Süre (2 Yıl)

Kanunlarda veya taraflar arasındaki sözleşmede daha uzun bir süre belirlenmediği takdirde, ayıplı maldan sorumluluk, ayıp daha sonra ortaya çıkmış olsa bile, malın tüketiciye teslim tarihinden itibaren iki yıllık zamanaşımına tabidir (TKHK m. 12/I). İki yıllık zamanaşımı süresi ayıptan doğan seçimlik hakların kullanılması için genel zamanaşımı süresi olup, kanunlarda veya taraflar arasındaki sözleşmelerde daha uzun bir süre belirlenmediği takdirde iki yıllık zamanaşımı süresi uygulanacaktır. Aynı şekilde ayıplı hizmetler bakımından da iki yıllık zamanaşımı süresi öngörülmüştür (TKHK m. 16/I).

³⁷ Bkz. yuk. II.

³⁸ **Buz**, s. 265, 399; **Kapancı**, s. 80.

Kanunda veya taraflar arasındaki sözleşmede daha uzun bir süre belirlenmediği takdirde, tüketici seçimlik haklarını bu iki yıllık süre içinde kullanabilmektedir. İki yıllık genel zamanaşımını kaçıran tüketici, seçimlik haklarından birini kullanması durumunda zamanaşımı def'iyle karşı karşıya kalabilecektir. Buna karşılık, tüketici böyle bir durumda ayıptan doğan seçimlik haklarını kullanamasa da, tüketici işleminin niteliğine göre sözleşmeden doğan alacak zamanaşımı süreleri olan on yıllık (TBK m. 146) ve 5 yıllık (TBK m. 147) zamanaşımı süreleri geçmediği müddetçe, sözleşmenin gereği gibi ifa edilmemesinden doğan sözleşmeye aykırılık hükümlerine (TBK m. 112 vd.) dayanabilecektir.

İki yıllık zamanaşımı süresi adi ve gizli ayıplar bakımından geçerli olup, ayıbın hile ve ağır kusurla gizlendiği durumlarda (TKHK m. 12/III, 16/II) uygulanmayacaktır. Sözleşmenin kurulduğu tarihte tüketicinin haberdar olduğu ve haberdar olmasının beklendiği ayıplar bakımından ise tüketici zaten -bu ayıplarla sınırlı olmak üzere- seçimlik haklarını kullanamayacaktır (TKHK m. 10/II)³⁹.

B. 6502 Sayılı Kanundaki Özel Süreler

1. Konut ve Tatil Amaçlı Taşınmazlar (5 Yıl)

Konut veya tatil amaçlı taşınmazlarda satıcının ayıptan sorumluluğu taşınmazın tüketiciye teslim tarihinden itibaren beş yıldır (TKHK m. 12/I). TKHK bu düzenlemeyle, Türk Borçlar Kanunundaki taşınmaz satışına ilişkin zamanaşımından farklı bir düzenleme getirmektedir. Türk Borçlar Kanununa göre; satıcının bir yapının ayıplı olmasından doğan davalar, mülkiyetin geçmesinden başlayarak beş yılın ve satıcının ağır kusuru varsa yirmi yılın geçmesiyle zamanaşımına uğramaktadır (TBK m. 244/III). Her iki kanunda da ayıptan doğan sorumluluk için süre beş yıl olsa da, TKHK'da bu süre teslimden itibaren, TBK'da ise mülkiyetin geçmesinden itibaren

³⁹ Ancak belirtmelidir ki sözleşmenin kurulması esnasında tüketicinin bilmediği veya bilmesinin beklenemeyeceği ayıplar daha sonra ortaya çıkmışsa bu durumda ayıptan sorumluluk söz konusu olur. (TKHK m. 10/II) Örneğin, teşhirden satın alınan bir koltuğun teşhir nedeniyle ortaya çıkan olağan eskimelerinden ve çiziklerinden satıcı sorumlu olmazken, bu koltuğun kılıfının ilk yıkamada renginin bozulması nedeniyle ortaya çıkacak ayıptan satıcı sorumlu olacaktır.

başlamaktadır. Türk hukukunda kural olarak taşınmaz mülkiyeti ise tescille kazanılmaktadır. Adi taşınmaz satışlarında satıcının ayıptan doğan sorumluluğu tescil tarihinden itibaren başlayacaktır. Ancak tüketici işlemlerinde ayıptan sorumluluk konut veya tatil amaçlı taşınmazın teslimiyle başlayacaktır. Konut veya tatil amaçlı taşınmazlarda teslim koşulunun gerçekleşmesi için taşınmazın tüketicinin egemenlik alanına sokulması yeterli olacaktır. Bu da çoğu zaman konutun anahtarlarının teslimiyle mümkün olacaktır⁴⁰. Kanaatimizce, teslimin tescilden önce yapılması halinde, ayıptan doğan sorumluluk tescilden itibaren başlamalıdır. Ancak teslim, tescilden sonra yapılmışsa bu takdirde ayıptan sorumluluğun teslimden itibaren başlayacağına şüphe yoktur. Bu noktada ifade etmek gerekir ki; tüketicinin malı teslim almada temerrüde düşmesi durumunda da taşınmaz teslim edilmeden zamanaşımı süresi işlemeye başlamayacaktır.

Bir eserin teslimini içeren konut ve tatil amaçlı taşınmazlarda da yüklenicinin sorumluluğu eserin tüketiciye teslim tarihinden itibaren beş yıldır. Bu süre ve sürenin başlangıç anı, eser sözleşmesinde ayıptan sorumluluğa ilişkin (TBK m. 478) zamanaşımını düzenleyen hükümlerle de uyumludur.

Türk Borçlar Kanunu ve TKHK'da konut ve tatil amaçlı taşınmazlarda ayıptan doğan sorumlulukta zamanaşımına ilişkin ayrı bir başka düzenleme, ayıbın alıcıdan hileyle gizlenmesi veya ayıbın satıcının ağır kusuruyla meydana gelmesi durumudur. Türk Borçlar Kanununa göre; hile ve ağır kusurla gizlenen ayıplarda satıcının sorumluluğu mülkiyetin geçmesinden itibaren 20 yıldır (TBK m. 244/III). TKHK'da ise, hileli ve ağır kusurlu ayıplarda 5 yıllık zamanaşımı süresinin uygulanmayacağı ifade edilmektedir. Kanaatimizce burada, on yıllık genel zamanaşımı (TBK m. 146) yerine, tüketicinin lehine olan 20 yıllık sürenin uygulanması gerekecektir. 20 yıllık zamanaşımı süresi de, mülkiyetin devrinden itibaren değil, teslimden itibaren başlayacaktır. Aynı şekilde, bir yapının teslimini konu alan eser sözleşmelerinde de, yüklenicinin hilesi veya ağır kusuru halinde, konut ve tatil amaçlı taşınmazlar da dahil olmak üzere ayıplı yapının niteliğine bakılmaksızın yüklenicinin ayıptan doğan sorumluluğu yapının teslim tarihinden itibaren yirmi yıldır (TBK m. 478).

⁴⁰ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 74.

Son olarak belirtmek gerekir ki; konut ve tatil amaçlı taşınmaz dışındaki taşınmaz satışlarında, bunun bir tüketici işlemi olması halinde, iki yıllık genel zamanaşımı süresi uygulanacaktır ve bu süre içinde seçimlik haklarını kullanmayan tüketicinin hakları zamanaşımına uğrayacaktır.

2. İkinci El Satışlar

TKHK'da ikinci el satışlarda zamanaşımı bakımından yeni bir düzenleme getirilmiştir. Buna göre; ikinci el satışlarda satıcının ayıplı maldan sorumluluğu bir yıldan, konut veya tatil amaçlı taşınmaz mallarda ise üç yıldan az olamayacaktır (TKHK m. 12/II)⁴¹. Bu düzenlemeyle Türk hukukuna ilk kez ikinci el satış kavramı girmiştir. İkinci el kavramıyla kastedilen, kullanılmış mallardır. Bu düzenlemeye göre taraflar sözleşmeyle satıcının sorumluluğuna ilişkin zamanaşımı süresini sözleşmeyle kısaltabilecekler, ancak tarafların sözleşmeyle belirleyeceği zamanaşımı süresi ayıplı mallarda bir yıldan, konut ve tatil amaçlı taşınmazlarda üç yıldan az olamayacaktır. Tarafların sözleşmeyle kanunda öngörülen zamanaşımı sürelerini bir, konut ve tatil amaçlı taşınmazlarda üç yıla kadar kısaltabileceklerini öngören bu düzenleme, zamanaşımı sürelerinin tüketici aleyhine değiştirilemeyeceği ilkesinin de bir istisnasını oluşturmaktadır⁴².

Önemle belirtmek gerekir ki; tarafların zamanaşımına ilişkin bir düzenleme yapmadıkları ve sözleşmeyle süreyi kısaltmadıkları durumlarda ikinci el satışlarda satıcının sorumluluğu TKHK m. 12/I'deki iki ve beş yıllık zamanaşımına tabi olacaktır⁴³.

⁴¹ Bu düzenlemenin kaynağı olan 25/5/1999 tarihli Tüketici Malları Satım Sözleşmeleri ve İlgili Garantilerin Bazı Yönleri Hakkında 1999/44/AT sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Yönergesinin (L 171 12 Official Journal European Communities 7.7.1999) 7. maddesine göre satıcı ile tüketici arasındaki yapılan ikinci el mal satıcı ile tüketici, Yönergenin 5. maddesinde öngörülen iki yıllık zamanaşımını sözleşmeyle kısaltabilirler. Ancak kısaltılacak bu süre bir yıldan az olamaz. Direktifin gerekçesinde de buna ilişkin olarak ikinci el mallarda tüketicinin ayıpsız misliyle değiştirme hakkını kullanmasının neredeyse imkânsız olduğunu, bu nedenle tarafların sözleşmeyle daha kısa bir süre kararlaştırabilecekleri ifade edilmektedir. Bu Yönergenin kapsamına yalnızca taşınır mallar girmektedir (Yönerge m. 1).

⁴² Aynı yönde bkz. **Atamer/Baş**, s. 60.

⁴³ Başka görüşte bkz. **Gümüş**, Tüketici, s. 126. Yazar, getirilen bu yeni düzenlemeyle ikinci el satışlarda zamanaşımı süresinin iki yıldan bir yıla, konut ve tatil amaçlı taşın-

Bu hüküm yalnızca tüketici işlemi niteliğindeki ikinci el satışlar bakımından geçerlidir. Bu nedenle satıcının meslekî ve ticarî amaçla hareket eden bir kişi, karşı tarafın da meslekî ve ticarî amaçla mal edinmeyen tüketici niteliğinde biri olması gerekmektedir. Tüketici işlemi niteliğinde olmayan adi ve dar anlamda ticarî satış sözleşmeleri bakımından taraflar herhangi bir alt sınıra tabi olmaksızın TBK m. 231’de öngörülen iki yıldan daha kısa bir zamanaşımı süresi belirleyebileceklerdir.

Ayrıca hatırlatmak gerekir ki; zamanaşımı süresi dolmadan malın tüketici tarafından üçüncü bir kişiye devredilmesi halinde, şayet malın ilk tesliminden itibaren zamanaşımı süresi dolmamışsa, ikinci tüketici, meslekî ve ticarî amaçla hareket eden ilk satıcıya ve üretici ve ithalatçı gibi diğer muhataplara karşı seçimlik haklarını kullanabilecektir⁴⁴.

3. Ağır Kusur veya Hileyle Gizlenen Ayıplarda Süreler (10 Yıl)

TKHK’da mal veya hizmetteki ayıbın ağır ve hile ile gizlenmesi durumunda zamanaşımı sürelerinin uygulanmayacağı ifade edilmektedir

mazlarda ise beş yıldan üç yıla indirildiğini, ancak tarafların sözleşmeyle zamanaşımı sürelerini uzatabileceklerini ifade etmektedir. Yine bu yönde bkz. **Kaya**, Ferman; “Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun”, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt: 88, Sayı: 2014/1, Ocak-Şubat 2014, s. 74. Benzer yönde bkz. **Akçaal/Uyumaz**, s. 266.

⁴⁴ Aynı yönde bkz. **Atamer/Baş**, s. 60. Malın temlikî durumunda tazminat isteminin genel mahkemelerde görülmesi gerektiği konusunda bkz. “4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanununun 1 ve 2. maddelerinde açıklanan kanunun amacı ve kapsamı ile 3. maddesinde tanımlanan satıcı ve tüketici kavramları birlikte değerlendirildiğinde, bir uyumsuzluğun bu yasa kapsamında sayılabilmesi ancak taraflar arasında mal veya hizmet satışına ilişkin bir hukukî işlemin bulunmasına bağlıdır. Dava konusu somut olayda ise davacı ile davalı arasında sözleşme bulunmamaktadır. Taraflar arasında bir mal ve hizmet alımı söz konusu değildir. Bu nedenle davacının 4077 sayılı “Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun” kapsamında “tüketici” olduğundan söz edilemez. Açıklanan nedenle davaya genel mahkemelerce bakılması gerekir. Şu durumda mahkemece, davaya tüketici mahkemesi sıfatıyla bakılamayacağından görevsizlik kararı verilmesi gerekirken, işin esasına girilerek yazılı biçimde hüküm kurulması doğru görülmemiş, bu nedenle kararın bozulması gerekmektedir.”, Y. 4. HD., E. 2008/1800, K. 2008/3308, T. 13.3.2008 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Ayıba karşı tekeffülden doğan hakların temlikî halinde bunun sözleşmeden dönme ve bedelden indirim haklarına nasıl uygulanacağı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. **Buz**, s. 341 vd. Ayrıca bkz. **Yavuz**, C., Satım, s. 149.

(TKHK m. 12/III, 16/II). Öncelikle ifade etmek gerekir ki gizli ayıplar bu kapsamda değildir, onlar genel zamanaşımı sürelerine tabidir⁴⁵. Hileyle ve ağır kusurla gizlenen ayıplar bakımından zamanaşımının uygulanmayacağı ifade edilmiş ise de, bununla yalnızca TKHK’da öngörülen kısa zamanaşımı sürelerinin uygulanmayacağı kastedilmekte, yoksa muhatabı sınırsız bir zamanla sorumlu tutmanın haklı olmadığı doktrinde haklı olarak ifade edilmektedir⁴⁶. Bunun sonucunda muhatapların ayıptan sorumluluğu on yıllık (TBK m. 146) zamanaşımına tabi olacaktır⁴⁷. Bir başka görüşe göre ise⁴⁸,

⁴⁵ Yargıtay’ın gizli ayıplarda zamanaşımı sürelerinden yararlanılamayacağına ilişkin verdiği kararlara katılmamaktayız. “*Davacılar 2007 yılı başlarında dava konusu çatlakların oluştuğunu ve bunun imalat hatasından kaynaklanan gizli ayıp olduğunu ileri sürerek eldeki davayı açmışlardır. 4822 Sayılı Kanunla değişik 4077 Sayılı Kanunun 4/4. maddesi gereği ayıplı maldan sorumluluk konut ve tatil amaçlı taşınmaz mallarda 5 yıl ise de aynı maddenin son cümlesinde “Ancak, satılan malın ayıbı tüketiciden satıcının ağır kusuru veya hile ile gizlenmişse zamanaşımı süresinden yararlanılamaz” denmektedir. Hal böyle olunca dava konusu taşınmazdaki ayıbın gizli ayıp olduğunun tespiti halinde 5 yıllık zamanaşımı süresinden faydalanılamayacağı kabul edilmelidir. Mahkemece öncelikle bilirkişilerden çatlakların zaman içinde ortaya çıkan gizli ayıp niteliğinde olup olmadığına ilişkin (davalının bu konudaki iddialarının da araştırılması suretiyle) rapor alınması ve sonrasında raporun değerlendirilmesi suretiyle sonucuna uygun karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.*”, Y. 13. HD., E. 2008/6176, K. 2008/10736, T. 18.9.2008 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Gizli ayıp-gizlenmiş ayıp ayırımı hakkında bkz. **Atamer/İnceoğlu**, s. 67; **Atamer/Baş**, s. 59.

⁴⁶ **Aslan**, s. 177; **Petek**, s. 1007. Satış sözleşmeleri bakımından aynı yönde bkz. **Tandoğan**, Cilt I/1, s. 201.

⁴⁷ **Eren**, s. 1290; **Zevkliler/Aydoğdu**, s. 148; **Aral/Ayrancı**, s. 144; **Aslan**, s. 177; **Atamer/İnceoğlu**, s. 67; **Atamer/Baş**, s. 59; **Gümüş**, Tüketici, s. 126; **Demir**, Mehmet; “Tüketim Mallarının Satımındaki Garantilere İlişkin AB Yönergesi ve Ülkemizdeki Yasal Düzenleme”, AÜHFD, C. 54, S. 3, 2005, s. 42; **Petek**, s. 1007; **Aydoğdu/Kahveci**, s. 228; **Ayan**, s. 35-36; **Erdem**, s. 228-229; **Çelik**, s. 68; **Yavuz**, N., s. 181. Satış sözleşmeleri bakımından aynı yönde bkz. **Edis**, s. 132; **Bilge**, s. 89; **Tandoğan**, Cilt I/1, s. 201; **Feyzioğlu**, s. 303; **Honsell**, Art. 210 N 2, s. 810; **Bucher**, BT, s. 96; **Müller/Chen**, OR 210, N 9, s. 216; **Yavuz**, C., Satım, s. 164; **Şahiniz**, s. 131. **Akıncı** ise kanunda bir üst sınır belirtilmemekle birlikte, bu hakların dürüstlük kuralı kapsamında kullanılması gerektiğini ve sözleşmenin yapılmasından çok uzun zaman sonra ayıbı ileri sürmenin hakkın kötüye kullanılması yasağıyla aykırı olacağını ifade etmektedir (s. 160-161). **Atasoy/Taşkın/Acar** da bu durumda süre sınırlaması olmaksızın tüketicinin seçimlik haklarını kullanabileceğini savunmaktadır (s. 76).

ayıbın hile ve ağır kusur ile gizlenmesi haksız fiil teşkil eder ve burada haksız fiile ilişkin zamanaşımı süreleri (TBK m. 72) uygulanmalıdır. Bu görüşün kabulü halinde, ayıbın ağır kusur ve hileyle gizlendiğinin teslimden kısa bir süre sonra öğrenilmesi halinde, tüketicinin iki yıllık zamanaşımı süresi içinde haklarını kullanması gerekecektir ki, böyle bir durumda kanun koyucunun hile ve ağır kusur halinde zamanaşımı sürelerinin uygulanmayacağı yönündeki iradesinin bir anlamı kalmaz⁴⁹.

Tüketici, ağır kusur ve hileyle gizlenen ayıplarda kanunun öngördüğü seçimlik haklarını genel zamanaşımı süreleri içinde dilediği gibi kullanabilir. Ancak bu durumda da şayet kanunlarda, genel alacak zamanaşımından daha uzun bir zamanaşımı öngörülmüşse, tüketici işlemleri bakımından bu sürelerin uygulanması gerekir. Örneğin, ayıbın tüketiciden hile veya ağır kusurlu gizlenmesi halinde, taşınmaz satışlarında yapının teslim tarihinden itibaren (TBK m. 244/III) ve eser sözleşmelerinde yüklenicinin ağır kusuru varsa, ayıplı eserin niteliğine bakılmaksızın yirmi yılın geçmesiyle zamanaşımına uğramaktadır (TBK m. 478). Eser sözleşmelerini konu alan bir tüketici işleminde, ağır kusurlu yüklenicinin sorumluluğu eseri teslim tarihinden itibaren 20 yıl, şayet bir eserin teslimini konu alan bir eser sözleşmesi niteliğinde değilse, örneğin, bir doktorun estetik ameliyat yapmasında olduğu gibi, bu da hizmetin ifasından itibaren 20 yıllık zamanaşımına tabi olacaktır.

Ağır kusur ve hileyle gizlenen ayıplar bakımından son olarak, satıcı ve sağlayıcıyla birlikte ayıptan müteselsilen sorumlu olan üretici, ithalatçı ve bağlı kredilerde konut finansmanı veya kredi verenin durumunun da ortaya konması gerekir. Üretici, ithalatçı ve bağlı kredilerde kredi verenin sorumluluğu teminat amaçlı bir sorumluluk olduğundan, satıcı veya sağlayıcının ayıbı hileyle ve ağır kusurla gizlemesi halinde, üretici, ithalatçı ve kredi verene yönelik talepler de on yıllık zamanaşımına (TBK m. 146) tabi olmalıdır⁵⁰. Keza üretici ve ithalatçının da ayıbı ağır kusur ve hileyle gizlemeleri halinde de tüketicinin ayıptan doğan seçimlik hakları on yıllık zamanaşımına

⁴⁸ **Serozan**, s. 299, dn. 146 ve orada anılan yazarlar. Ayrıca bkz. **Honsell**, Art. 210 N 2, s. 810.

⁴⁹ **Aral/Ayrancı**, s. 144.

⁵⁰ Kredi verenin durumu hariç bu yönde bkz. **Gümüş**, Tüketici, 129.

tabidir. Zira kanun koyucu, ayıptan müteselsilen sorumlu olanlar arasında ayıbın ağır kusur veya hileyle gizlenmesi bakımından bunların kim tarafından gizlendiği konusunda bir ayırımı gitmemiş, tüketicinin ayıptan doğan seçimlik haklarının zamanaşımına tabi olmayacağını ifade etmiştir (TKHK m. 12/III, 16/II)⁵¹. Maldaki veya hizmetteki ayıbın kim tarafından gizlendiği, yalnızca müteselsil sorumluların iç ilişkilerindeki rücu hakları bakımından önem taşır.

4. Bağlı Kredilerde Kredi Veren Sorumluluğunda Süreler (1 Yıl)

Tüketici kredisi veya konut finansmanı sözleşmelerindeki bağlı kredilerde kredi verenin, satıcı veya sağlayıcının sözleşmeyi hiç veya gereği gibi yerine getirmemesinden dolayı müteselsil sorumluluğu öngörülmüştür (TKHK m. 30/IV, 35/II). Bir gereği gibi yerine getirmeme hali olarak, malın ayıplı teslim edilmesi veya hizmetin ayıplı ifa edilmesi hallerinde de kredi veren veya konut finansmanı kuruluşu bu ayıptan dolayı sorumlu olacaktır.

Kredi verenin sorumluluğu, satıcı ve sağlayıcının sorumluluğundan farklı olarak miktar bakımından sınırlandırılmış, süre bakımından da satıcının sorumluluğundan daha kısa bir süre öngörülmüştür. Kredi veren yalnızca kullandığı kredi miktarıyla sorumludur. Ayıbın bu miktarı aşması durumunda kredi veren, yalnızca kullandığı kredi miktarına kadar sorumlu tutulabilecek, tüketici, varsa geri kalan miktarı satıcı veya sağlayıcıdan talep edebilecektir. Kredi verenin sorumluluğuna ilişkin ikinci sınırlama ise sorumlu olduğu süre bakımındandır. Satıcı veya sağlayıcı malın veya hizmetin niteliğine göre taşınır mallarda iki yıl, konut ve tatil amaçlı taşınmazlarda beş yıl, hizmetlerde iki yıl ile ayıplardan sorumlu tutulabilirken, kredi verenin sorumluluğu ayıptan doğan seçimlik haklardan dolayı sorumluluğu bir yıl ile sınırlandırılmıştır⁵². Kredi verenin sorumluluğu, kredinin verildiği

⁵¹ Aksi yönde bkz. **Gümüş**, Tüketici, s. 129-130. Yazara göre satıcının ağır kusurlu olmadığı durumda, üretici veya ithalatçı ağır kusurlu olsa bile, üretici ve ithalatçıya yönelik talepler için on yıllık genel zamanaşımı süresi uygulanmaz.

⁵² **Aydoğdu** konut finansmanı kuruluşunun sorumluluğunun miktar yönünden sınırlandırılmasını doğru bulmakla birlikte, ayıplı ifadan dolayı sorumluluğun bir yıllık süreyle sınırlandırılmasını eleştirmektedir. **Aydoğdu**, Murat; Konut Finansman Sistemi (Mortgage), Adalet Yayınevi, Ankara 2010 (Konut), s. 90-91. Yazar ayrıca, 4077 sayılı

veya varsa tescilden itibaren değil, ayıplı malın tesliminden ve hizmetin ifası tarihinden itibaren başlayacaktır. Keza malın sözleşmede kararlaştırılan tarihten sonraki bir zamanda teslim edilmesi halinde de bir yıllık süre teslimden itibaren başlayacaktır⁵³. Seçimlik hakların kullanılmasını da kapsayan bu süre doktrinde de kabul edildiği üzere bir zamanaşımı süresidir⁵⁴. TKHK'daki bu düzenlemeler nisbî emredici nitelikte olduğu için, taraflar sözleşmeyle bağlı kredi verenin ayıplı ifadan dolayı sorumluluğunu uzatabilirler⁵⁵, ancak tarafların uzatacakları süre on yılı aşamaz (TBK m. 146). Satış sözleşmelerinde tüketicinin bağlı kredi verene karşı sürekli def'i hakkını kullanıp kullanamayacağı aşağıda incelenmiştir⁵⁶.

C. Satış Sözleşmelerinde Tüketicinin Sürekli Def'i Hakkı

Türk Borçlar Kanununun satış sözleşmesinde zamanaşımını düzenleyen hükümlerinde alıcının satılanın kendisine devrinden başlayarak iki yıl içinde bildirdiği ayıptan doğan def'i hakkının, bu sürenin geçmiş olmasıyla ortadan kalkmayacağı ifade edilmektedir (TBK m. 231/I c. son). Buna göre; alıcı gözden geçirme ve bildirim külfetlerini yerine getirmişse zamanaşımı süresi geçmiş olsa bile satıcının kendisine bedel talebine karşı ayıptan doğan seçimlik haklarını def'i olarak ileri sürme imkânına sahiptir.

TKHK m. 83/II atfi gereği, TKHK'da hüküm bulunmayan hallerde genel hükümler uygulanacağından satış sözleşmesinde alıcıya tanınan bu sürekli def'i hakkının tüketici işlemleri bakımından da söz konusu olup olmadığının tartışılması gerekir. Öncelikle ifade etmek gerekir ki; adi satış sözleşmeleri için getirilen gözden geçirme ve bildirim külfetleri yeni 6502

Kanun döneminde kampanyalı satışlarda süre sınırı getirilmemesinin yerinde olduğunu ifade etmektedir (s. 90-91).

⁵³ **Çabri**, Sezer; Konut Finansmanı Sözleşmeleri, XII Levha Yayınları, İstanbul 2010, s. 339. Ancak yazara göre konutun teslimi alıcıdan kaynaklanan sebeplerle sözleşmede kararlaştırılan zamanda gerçekleşmiyorsa, kararlaştırılan zamanda teslim gerçekleşmiş gibi konut finansmanı kuruluşunun sorumluluğunun başlar. Ayrıca yazar, konutun tesliminin sözleşmede kararlaştırılan zamandan önce gerçekleşmiş olması halinde, bir yıllık sürenin teslimle başlayacağını ifade etmektedir (s. 339).

⁵⁴ **Gümüş**, Tüketici, s. 212.

⁵⁵ **Çabri**, s. 340.

⁵⁶ Bkz. aşa. IV C.

sayılı Kanunda kaldırılmıştır. Bu nedenle, tüketici satışlarında tüketicinin kendisine yöneltilen bedel talebine karşı ayıptan doğan sürekli def'i hakkını kullanması için iki yıllık veya konut ve tatil amaçlı taşınmazlar bakımından da beş yıllık zamanaşımı içerisinde gözden geçirme ve bildirim külfetlerini yerine getirmesi zorunlu değildir⁵⁷. Tüketici gözden geçirme ve bildirim yapmaksızın kendisine karşı yöneltilen bedel taleplerine karşı herhangi bir zamanaşımı sınırına tabi olmaksızın ayıptan sorumluluğa ilişkin seçimlik haklarından birini kullanabilecektir⁵⁸. Örneğin, taksitle bir mal satın almış olan tüketici malın ayıplı çıkması halinde, satıcının herhangi bir taksit tutarının ödenmesi talebine karşılık, ayıptan doğan def'i hakkını ve bununla seçimlik haklarını satıcıya karşı kullanabilecektir.

Tüketicinin satış sözleşmesi niteliğindeki tüketici işlemleri bakımından sürekli def'i hakkını bağlı kredilerde kredi verene karşı kullanıp kullanamayacağını da tartışılması gerekir. Bağlı kredilerde kredi verenin ayıptan dolayı sorumluluğu malın teslimi veya hizmetin ifasından itibaren bir yılla sınırlandırılmıştır (TKHK m. 30/IV, 35/II). Kanaatimizce, bu süre geçtikten sonra da kredi verenin kredi bedelinin ödenmesine ilişkin talebine karşı tüketici, satış sözleşmelerinde satıcıya karşı ileri sürebildiği def'i hakkını, bağlı kredi verenin sorumlu olduğu bir yıllık süre geçtikten sonra da ileri sürerek ayıptan dolayı kanunun kendisine tanıdığı seçimlik haklarını kullanabilmelidir⁵⁹. Satış sözleşmelerinde tüketicinin satıcıya karşı kullanabileceği sürekli def'i hakkının, bağlı kredilerde kredi verene karşı teşmil edilmesi tüketicinin korunması işlevinin yerine getirilmesini sağlayacaktır.

⁵⁷ **Aslan** ise tüketicini def'i yoluyla seçimlik haklarını kullanabilmesi için tüketicinin teslimden itibaren iki yıl içinde ortaya çıkan ayıpları satıcıya bildirmesi gerektiğini ifade etmektedir (s. 177).

⁵⁸ Satış sözleşmeleri bakımından tüketicinin def'i hakkının zamanaşımına uğramayacağı yönünde bkz. **Yavuz**, C., Satım, s. 165; **Yavuz**, C., Dersler, s. 88; **Şahin**, s. 133. Aksi yönde bkz. **Gümüş**, Borçlar Özel, s. 118. Yazara göre sürekli def'i hakkının sözleşmenin tasfiyesine yol açan bir yenilik doğuran hak işlevi görmesi, söz konusu def'i hakkının kıyasen TBK m. 146'daki on yıllık zamanaşımına tabi olması gerektirir.

⁵⁹ **Çabri** ise konut finansmanı sözleşmelerindeki bağlı krediler bakımından tüketicinin sürekli def'i hakkından söz etmemekle beraber, bir yıllık sürenin geçmesinden itibaren hiçbir şekilde konut finansmanı kuruluşuna başvurulamayacağını ifade etmektedir (s. 339).

V. ZAMANAŞIMININ DURMASI VE KESİLMESİ

A. Genel Olarak

Zamanaşımının ayıplı mallarda teslimden, ayıplı hizmetlerde ifa tarihinden itibaren başlayacağını düzenleyen TKHK'da zamanaşımının durması ve kesilmesine ilişkin özel hükümler bulunmamaktadır. TKHK m. 83 atfı gereği ayıplı maldan sorumlulukta zamanaşımının durması ve kesilmesi hususlarında Türk Borçlar Kanununun genel hükümleri uygulanacaktır⁶⁰.

Bu nedenle, yalnızca ücretsiz onarım ve ayıpsız misliyle değiştirme haklarında değil, sözleşmeden dönme ve bedelden indirim haklarının kullanılmasında zamanaşımına tabi olacak ve her bir seçimlik hakkın kullanılmasında zamanaşımının durması ve kesilmesine ilişkin hükümler uygulanacaktır.

B. Zamanaşımının Durması

Zamanaşımını durduran sebeplerden biri varsa zamanaşımı işlemeye başlamaz, işlemiş olan zamanaşımı ise durur. Zamanaşımını durduran sebepler, başta TBK m. 153 ve diğer kanunlarda sınırlı sayıda sayılmıştır ve kıyas yoluyla yeni bir durma sebebi yaratılması mümkün değildir⁶¹. Ayıplı mal ve hizmetten doğan seçimlik hakların kullanılmasında da kanunlarda sayılan sebeplerin varlığı zamanaşımını durduracaktır. Bunlar dışındaki sebeplerin varlığı, özellikle tüketici işlemlerinde ayıp hakkında yapılan görüşmeler ve müzakereler ise zamanaşımını durdurmaz.

Tüketici ve satıcı/sağlayıcı arasında çoğu zaman ayıbın varlığı ya da yokluğu veya ayıptan doğan seçimlik hakların kullanılması yönünde görüş-

⁶⁰ **Zevkliler/Aydoğdu**, s. 149; **Aslan**, s. 174; **Petek**, s. 1006-1007; **Aydoğdu/Kahveci**, s. 228; **Akıncı**, s. 158; **Kara**, s. 392; **İlhan**, Cengiz; Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, TBB Yayınları, Ankara 2006, s. 68; **Atasoy/Taşkın/Acar**, s. 71; Satış sözleşmeleri bakımından aynı yönde bkz. **Tandoğan**, Cilt I/1, s. 198; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 139; **Yavuz, C.**, Satım, s. 155; **Şahiniz**, s. 124.

⁶¹ **Ergenekon**, Yılmaz; Türk Borçlar Hukukunda Müruru Zamanın Kat'ı (Ve Tatili ile Mukayesesi), Güzel Sanatlar Matbaası, Ankara 1960, s. 15. Tarafların sözleşmeyle yeni durma ve kesilme sebepleri kararlaştırabilmeleri borçlunun durumunu ağırlaştırabilir. (**Eren**, s. 1287); **Erdem**, s. 236; **Özkaya**, Eraslan; Özel Hukukumuzda Zamanaşımı ve Hak Düşürücü Süreler, Seçkin Yayınevi, Ankara 2012, s. 248; **Akçay**, Ergin; Türk Borçlar Kanununa Göre Zamanaşımı, XII Levha Yayınları, İstanbul 2010, s. 95.

meler yapılmaktadır. Örneğin uygulamada tüketicinin ayıbın var olduğunu iddia ederek malı satıcıya teslim ettiği hallerde, satıcı çoğu zaman maldaki ayıbın teslimden sonra kaynaklanıp kaynaklanmadığını tespit etmek üzere malı teslim almakta ve ilgili servis istasyonlarına incelettirmektedir⁶². Böyle bir durumda, satıcının ayıbın varlığını kabul edip tüketicinin kullandığı seçimlik hakkı kendiliğinden kabul ettiği durumlarda zamanaşımı kesilecektir (TBK m. 154/I b. 1). Ancak, satıcı veya sağlayıcının malı uzun süre alıkoyup sonrasında ayıbın varlığını inkar ettiği durumlarda, malın satıcıda kaldığı süre zamanaşımının işlemlerini durdurmaz. Uygulamada ayıplı mal genellikle satıcıya teslim edilmekte, satıcı malın ayıplı olup olmadığının veya ayıbın teslimden sonraki kullanımdan kaynaklı olup olmadığının tespiti için malı üreticiye veya ithalatçıya göndermekte, üretici veya ithalatçı da çoğu zaman aynı şehirde olmadığından tüm bu süreç oldukça uzayabilmekte ve bu sürede zamanaşımı durmamaktadır.

6502 sayılı Kanunda tüketicinin ücretsiz onarım veya değiştirme hakkını kullandığı durumlarda bu talebin satıcıya, üreticiye veya ithalatçıya yöneltilmesinden itibaren azamî otuz iş günü, konut ve tatil amaçlı taşınmazlarda ise altmış iş günü içinde yerine getirilmesinin zorunlu olduğu ve Garanti Belgesi Yönetmeliği⁶³ eki listede yer alan mallara ilişkin, tüketicinin ücretsiz onarım talebinin yönetmelikte belirlenen azamî tamir süresi içinde yerine getirileceği düzenlenmektedir (m. 11/IV). 6502 sayılı Kanundaki zamanaşımı süreleri dikkate alındığında bu hükümde belirtilen işgünü niteliğindeki sürelerin zamanaşımı içinde hiç de azımsanmayacak süreler olduğu görülmektedir. Bu süreçte zamanaşımının durmasının düzenlenmemesi önemli bir eksikliklerdir.

Garanti Belgesi Yönetmeliğinde malın arızalanması durumunda tamirde geçen sürenin garanti süresine ekleneceği düzenlenmiştir (Yönetmelik m. 6/III). Böylece tamirde geçen süre kadar garanti süresi uzayacaktır. Ancak yasal tekeffül sorumluluğunda bu türden bir düzenleme yoktur. Kaldı

⁶² Kullanım hatası olup olmadığının tespitinin bağımsız bir kurum tarafından yapılması gerektiği hakkında bkz. **Baykan**, Renan; Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Eksik ve Aksak Yönleri ile Tadiline İlişkin Çözüm Önerileri, İstanbul Ticaret Odası Yayını, Yayın No: 2008-27, İstanbul 2008, s. 117-118.

⁶³ RG S. 29029, T.13.6.2014.

ki; Garanti Belgesi Yönetmeliğindeki bu düzenleme, yalnızca sanayi mallarına ve ücretsiz onarım hakkının kullanıldığı durumlarda malın tamir edildiği süreye münhasırdır.

Oysa TKHK'ya göre, tüketicinin muhataba karşı diğer seçimlik haklarını kullandığı durumlarda çoğu zaman muhatabın tüketicinin tercih ettiği seçimlik hakkı müzakere etmesi olağandır. İşte bu süreçte, yani tüketicinin ayıptan doğan seçimlik hakkını kullanmak için muhataba başvurduğu andan, muhatabın tüketicinin seçimlik hakkını reddettiği ana kadar geçen sürede zamanaşımının durması yerinde bir çözüm olacaktır. Hiç şüphesiz böyle bir durumda görüşmelerin başlaması ve sona ermesi ispat sorunlarını da beraberinde getirecektir. Alman Medenî Kanununun 203. paragrafında borçlu ve alacaklı arasında, borçlunun taleplerine veya talep kuracak durumlara ilişkin görüşmeler, taraflardan biri görüşmeleri reddedene kadar zamanaşımını durdurmaktadır. Zamanaşımın durmasından itibaren en erken üç ay içinde zamanaşımı tekrar işlemeye başlamaktadır. Görüşmeler geniş yorumlanmaktadır⁶⁴. Salt ayıp ihbarı görüşme olarak değerlendirilmekte, ayıbın sebebinin ne olduğunun bildirilmesi gerekmemektedir⁶⁵. Ayıbın incelenmesi⁶⁶, incelenmek üzere tüketicinin servis istasyonuna yönlendirilmesi ve bu sürede ikame mal verilmesi zamanaşımını durdurmaktadır. Buna mukabil, muhatap ayıbı gidermeyi reddettiği andan itibaren duran zamanaşımı tekrar işlemeye başlamaktadır⁶⁷. Bizde de tüketiciyi koruma amacıyla en azından TKHK'ya bu süreçte zamanaşımını durduran benzer bir düzenleme konulması yerinde olacaktır.

C. Zamanaşımının Kesilmesi

1. Genel Olarak

Öncelikle belirtmek gerekir ki; tüketicinin seçimlik haklarını kullanması için dava açması şart değildir. Tüketici bu seçimlik haklarını zaman-

⁶⁴ BGH NJW 83, 2075, WM 09, 1597 Rn 16 (**Ellenberger**, Jürgen; in: Palandt Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch, 72. Auflage, Verlag C.H. Beck, München 2013, §203 Rn 2, s. 228).

⁶⁵ BGH NJW 08, 576 (**Palandt/Ellenberger**, §203 Rn 2, s. 228).

⁶⁶ **Palandt/Ellenberger**, §203 Rn 2, s. 228.

⁶⁷ **Palandt/Ellenberger**, §203 Rn 2, s. 229.

aşımı süresi içinde doğrudan muhataba yönelterek kullanabilir. Ancak seçimlik hakların kullanılmasında zamanaşımının kesilmesine ilişkin genel hükümler uygulanacaktır. Buna göre; borçlu borcu ikrar etmişse, özellikle faiz ödemiş veya kısmen ifada bulunmuşsa ya da rehin vermiş veya kefil göstermişse (TBK m. 154/I b. 1) ve alacaklı, dava veya def'i yoluyla mahkemeye veya hakeme başvurmuşsa, icra takibinde bulunmuşsa ya da iflas masasına başvurmuşsa (TBK m. 154/I b.2) zamanaşımı kesilecektir. Tüketici işlemlerinde ayıba karşı sorumlulukta zamanaşımını kesen başlıca sebepler muhatabın malın veya hizmetin ayıplı olduğunu ikrar etmesi ve tüketicinin dava yoluyla hakeme veya mahkemeye başvurması halleridir⁶⁸.

2. Zamanaşımını Kesen Sebepler

a. Ayıba Karşı Tekeffül Borcunun İkrar Edilmesi

Tüketicinin salt muhataba yönelttiği seçimlik haklarından birini kullanması zamanaşımını kesmeyecektir. Zamanaşımının kesilebilmesi için muhatabın malın veya hizmetin ayıplı olduğunu ikrar etmesi gerekecektir⁶⁹. Muhatabın ikrarı açık olabileceği gibi zımnî de olabilir. Örneğin, tüketicinin dönme hakkının yerine getirilmesi için muhatapla yaptığı anlaşma⁷⁰ ya da satıcının malı ücretsiz tamir etmeye başlaması⁷¹ veya dönme hakkının kullanılması halinde satıcının malı teslim alarak bedeli iade edeceğini beyan

⁶⁸ Hiç şüphesiz bunlar dışındaki kanundaki diğer sebepler de (TBK m. 154) zamanaşımını kesmektedir. Örneğin, tüketicinin muhataba karşı ayıptan doğan seçimlik hakkını kullanmak suretiyle ilamsız icra takibinde bulunması halinde de zamanaşımı kesilecektir. Lâkin biz özel önemine binaen yalnızca borcun ikrarı ve hakeme/mahkemeye başvurma hallerini özel olarak ele aldık.

⁶⁹ **Yavuz**, C., Satım, s. 157; **Yavuz**, C., Dersler, s. 85; **Aslan**, s. 175. Farklı yönde bkz. **Tandoğan**, Cilt I/1, s. 200. Yazara göre ayıpları giderme taahhüdü, bu taahhüdün alıcının hakkını tanıdığı anlamı çıkarılmadıkça zamanaşımını kesmez. Aynı görüşte bkz. **Yavuz**, N., s. 1073.

⁷⁰ **Müller/Chen**, OR 210, N 5, s. 215.

⁷¹ **Müller-Chen**, OR 210 N 5, s. 215; **Erdem**, s. 281. “*davalı satıcının yetkili servisinin araçtaki arızanın tamirini yapmasının ayıp yönünden bir nevi ikrar olması nedeniyle B.K.nun 132 ve 133. maddelerine göre zamanaşımının kesilmiş sayılacağı*”, Y. 19. HD., 6.2.2007, 2006/6813, 2007/904 (2), (**Bilgen**, Mahmut; Özel Hukukta Zamanaşımı, Adalet Yayınevi, Ankara 2010, s. 1035).

etmesi veya bedelden indirim talebini kabul ederek ödemedede bulunması ya da tüketicinin seçimlik hakkını tanıyarak ayıbı gidermesi⁷² durumunda da zamanaşımı kesilir. Muhatabın malın ayıbının tespit edilmesi veya teslimden sonraki bir sebepten kaynaklı olup olmadığının tespiti için alması durumunda zamanaşımı durmaz ve de kesilmez. Bu süreçte tüketiciye ikame mal verilmesi de tek başına zamanaşımını kesmeye yetmez. Ancak malın ücretsiz onarımı sırasında tüketiciye ikame mal verilmesi durumunda muhatabın ücretsiz onarım için ikrarda bulunduğu anda zamanaşımı kesilir. Muhatabın, tüketicinin kullandığı hakkı yerine getirmeyeceği açıkça veya zımnen anlaşıyorsa, tüketicinin zamanaşımını kesebilmesi için dava açması gerekecektir⁷³. Kanaatimizce muhatabın hiçbir beyanda bulunmadan malı onarmak için teslim alması durumunda da bunun tüketici lehine yorumlanarak ikrar sayılması gerekir. Bu kabulde mal onarımı için ücret talep eden muhatabın en geç malı teslim alırken bunu belirtmesi gerekecektir. Bundan başka, muhatabın tüketicinin seçtiği hakkı yerine getirmek için bir süre talebi de ikrar yerine geçer⁷⁴.

Ücretsiz onarım hakkının kullanılması durumunda satıcının maldaki ayıbı kabul ederek malı onarması ikrar sayılmalı ve yalnızca o ayıp bakımından zamanaşımı kesilmelidir. Önemle belirtelim ki zamanaşımı kesen ayıp dışında, ücretsiz onarım sonrası ortaya çıkabilecek diğer ayıplar bakımından ise zamanaşımı kesilmez. Örneğin, bir otomobilin fren sistemindeki bir ayıp nedeniyle muhatabın malı onarması o ayıp için zamanaşımını keser ve aynı ayıp için süre yeniden işlemeye başlar. Ancak fren sistemi dışında bir ayıbın ortaya çıkması durumunda, mesela kaporta boyasının güneşte solması halinde, bu ayıptan dolayı zamanaşımının kesilmesi için malın ayıplı olduğunun ikrar edilmesi gerekir. Aracın kaporta boyasının güneş ışığı nedeniyle solması zamanaşımı süresi dolduktan sonra ortaya çıkmışsa, muhatap zamanaşımı def'ini ileri sürerek davanın reddedilmesini sağlayabilir. Buna mukabil, zamanaşımı kesildikten sonra işlemeye başlayacak yeni süre içinde aynı ayıbın tekrar ortaya çıkması durumunda tüketici doğrudan dilediği seçimlik hakkını kullanabilecektir.

⁷² **Honsell**, Art. 134, N 2, s. 572.

⁷³ **Müller-Chen**, OR 210 N 5, s. 215.

⁷⁴ Karş. **Ergenekon** s. 33.

Zamanaşımın kesilmesiyle yeni bir süre işlemeye başlar (TBK m. 156/I). Bu süre eskiden işleyip kesilen sürenin aynısı olacaktır. Ancak malın ayıplı olduğu veya hizmetin ayıplı görüldüğü bir senetle ikrar edilmiş ise yeni süre her zaman on yıl olacaktır (TBK m. 156/II)⁷⁵.

b. Tüketicinin Hakem Heyetine Başvurması veya Dava Açması

Tüketicinin seçimlik haklarını kullanması için hakem heyetine başvurusu veya dava açması gerekmez. Ancak tüketicinin zamanaşımını kesebilmesi için, -zamanaşımını kesen başkaca bir sebep yoksa- zamanaşımı süresi içinde hakeme başvurusu veya dava açması gerekir. Zamanaşımının kesilmesi için hakem heyetine başvuru veya dava açılmış olması yeterli olup, bunun ayrıca davalıya duyurulmasına veya tebligat yapılmasına gerek yoktur⁷⁶. Tüketici, uyuşmazlığın miktarına göre kendi yerleşim yeri veya tüketici işleminin yapıldığı yer tüketici hakem heyetine veya tüketici mahkemesine başvurarak zamanaşımının kesilmesini sağlayabilir⁷⁷. Yerleşik Yargıtay içtihatlarına göre de tüketici hakem heyetine başvurusunun zamanaşımını keseceği kabul edilmektedir⁷⁸.

⁷⁵ “Özellikle davalının davacıya gönderdiği 17.5.1994 tarihli fax mesajında kabul edilmeyen (ayıplı parçaları) parçaları değiştirmeyi kabul etmiş olmasına, HGK'nun 1992/4-1616 Esas 1972/698 Karar sayılı ilamında da belirtildiği üzere, ayıplı mallardaki ayıbın giderilmesinin satıcı tarafından kabul edilmesi halinde, on yıllık zamanaşımı süresi uygulanacak olup(...)”, Y. 19. HD., 16.1.2003, 2002/3319, 2003/256 (**Bilgen**, s. 1042); “davalı acentanın satılıp teslim edilen taşıma araçlarındaki eksikliklerin giderme yükümlülüğünü yazı ile kabul ettiği halde bu yükümlülüğe uygun davranmadığına göre, zamanaşımının 10 yıl olarak kabulü icap eder(...)”, YHGK., 4.6.1975, 1972/4-1616, 698 (**Bilgen**, s. 1042).

⁷⁶ **Çelik**, s. 126.

⁷⁷ 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 (TKHK m. 68/I).

⁷⁸ Y. 13. HD., E. 2002/1534, K. 2002/4099, T. 15.4.2002 (Kazancı İctihat Bilgi Bankası); Y. 13. HD., E. 2002/2063, K. 2002/3990, T. 11.4.2002 (Kazancı İctihat Bilgi Bankası); Y. 13. HD., E. 2002/1534, K. 2002/4099, T. 15.4.2002 (Kazancı İctihat Bilgi Bankası).

Zamanaşımın kesilmesiyle yeni bir süre işlemeye başlar (TBK m. 156/I). Bu süre önceki işleyip kesilen sürenin aynısı olacaktır. Ancak malın ayıplı olduğu veya hizmetin ayıplı görüldüğü bir senetle bir mahkeme ya da hakem kararına bağlanmış ise yeni süre her zaman on yıl olacaktır (TBK m. 156/II). Seçimlik bir hakkın kullanılması için tüketici hakem heyetine başvurulması veya bunun dava edilmesi, o ayıpla sınırlı olmak üzere diğer seçimlik haklar için de zamanaşımını kesecektir⁷⁹.

D. Bir Seçimlik Hakkın Kullanılmasıyla Zamanaşımının Durması ve Kesilmesinin Diğer Seçimlik Haklara Etkisi

Seçimlik bir hakkın kullanılmasıyla zamanaşımın durması ve kesilmesi, o ayıpla sınırlı olmak üzere, diğer seçimlik haklar için de zamanaşımının durması ve kesilmesi sonucunu doğurur⁸⁰. Zira burada aynı hukukî sebepten doğan farklı içerik ve nitelikte haklar sözkonusudur⁸¹. Tüketicinin her bir seçimlik hakkını ayrı ayrı dava ve takip etmesi kendisinden beklenemez. Örneğin, tüketicinin ücretsiz onarım veya değiştirme hakkını kullandığı durumlarda, satıcının aybın giderilmesini taahhüdü (borcun ikrarı) ile kesilen zamanaşımı diğer haklar için de kesilecektir. Şayet satıcı, malı ücretsiz olarak onarmaz veya değiştirmezse, tüketici diğer seçimlik haklarını yeni işlemeye başlayacak zamanaşımı süresi içinde kullanabilecektir.

Özellikle seçimlik hakların kullanılmasının kanunî sınırlamalara uygun olmadığı durumlarda veya tüketicinin seçimlik hakkını değiştirme imkânı bulunduğu hallerde⁸², tüketicinin başta kullandığı seçimlik hak dışında başka bir seçimlik hak kullanması gündeme gelebilecek ve zamanaşımı kesildiği için tüketici yeni seçimlik hakkını yeniden işlemeye başlayan zamanaşımı süresi içinde kullanabilecektir. Örneğin, TKHK m. 11/III'e göre; ücretsiz onarım veya malın ayıpsız misli ile değiştirilmesinin satıcı için orantısız

⁷⁹ Müller-Chen, OR 210 N 5, s. 215; Gümüş, Borçlar, s. 138; Kapancı, s. 81; Şahiniz, s. 124.

⁸⁰ Tandoğan, Cilt I/1, s. 200; Honsell, Art. 210 N 3, s. 810; Yavuz, C., Dersler, s. 85; Yavuz, C., Satım, s. 157; Aral/Ayrancı, s. 140; Gümüş, Borçlar Özel, s. 116.

⁸¹ Yavuz, Borçlar, s. 133; Şahiniz, s. 124.

⁸² Yenilik doğuran hakların geri alınabilmesi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Buz, s. 443 vd.

güçlükleri beraberinde getirecek olması hâlinde tüketici, sözleşmeden dönme veya ayıp oranında bedelden indirim haklarından birini kullanabilir. Böyle bir durumda tüketicinin malın ücretsiz onarılması için açtığı dava zamanasını kesecek, ancak dava sırasında hakim malın onarımının satıcı için orantısız güçlükleri de beraberinde getireceğine karar verdiğinde tüketici, dava açılmasıyla kesilip yeniden işlemeye başlayan yeni zamanaşımı süresi içinde dönme veya bedelden indirim haklarını kullanabilecektir. Keza bir başka örnekte, tüketicinin sözleşmeden dönme hakkını kullanması durumunda zamanaşımının kesilmesi için açtığı davada, durum bunu haklı göstermiyorsa hâkim, satılanın onarılmasına veya satış bedelinin indirilmesine karar verebilecek (TBK m. 229/IV), böyle bir durumda sözleşmeden dönme için gerçekleşen zamanaşımının kesilmesi veya durması bedelden indirim ve onarım hakkı bakımından da kesilecektir. Aksinin kabulü halinde, tüketici dava açarak kullandığı seçimlik hakkın reddedilmesi halinde, yeni bir seçimlik hak kullanmak için zamanaşımı süresini kaçırmış olabilecektir.

Öte yandan, kanaatimizce ayıptan doğan sorumluluk hükümleriyle yarışan diğer haklara ilişkin davalardan, tüketicinin garanti belgesindeki taahhütlerin yerine getirilmemesi nedeniyle açtığı davalar (TKHK m. 56-57) ile hata, hile gibi irade sakatlıklarına dayanarak açtığı davalar seçimlik haklar yönünden zamanaşımını kesmeyecektir. Zira bu davaların hukukî sebepleri ve dayanakları birbirinden farklıdır. Ancak tüketicinin seçimlik haklarla birlikte veya onlardan bağımsız olarak satıcıya veya üreticiye/ithalatçıya karşı açacağı tazminat davalarının seçimlik haklar bakımından da zamanaşımını keseceği kanaatindeyiz⁸³. Zira tüketiciye tanınan tazminat hakkı da TKHK'da tüketicinin seçimlik haklarıyla birlikte düzenlenmiş olup (TKHK m. 11/VI), esasen hem seçimlik hakların hem de tazminatın dayanağı malın ayıplı olmasıdır.

E. Müteselsil Sorumlulukta Zamanaşımının Durması ve Kesilmesi

Tüketici işlemlerinde, mal satan satıcı yanında, üretici ve ithalatçı da tüketicinin seçimlik haklarından malın ücretsiz onarımı ve ayıpsız misliyle değiştirilmesinden müteselsilen sorumlu tutulmuştur (TKHK m. 11/II). Keza

⁸³ Satış sözleşmeleri bakımından aynı yönde bkz. Aral/Ayrancı, s. 140.

münhasıran belirli bir mal veya hizmetin tedarikine ilişkin bağlı tüketici kredilerinde satıcı ile kredi veren tüketicinin seçimlik haklarından dönme ve bedelden indiriminden (TKHK m. 30/IV) ve münhasıran belirli bir konutun satın alınmasına ilişkin bağlı konut finansmanı kredilerinde konut finansmanı kuruluşu satıcı ile birlikte tüketicinin seçimlik haklarını kullanmasından (TKHK m. 35/II) kullandıkları kredi miktarı ile sorumludurlar. Aynı borçtan müteselsilen sorumlu olanlar bakımından borçlulardan birine karşı kesilen zamanaşımı diğerine karşı da zamanaşımının kesilmesine yol açar (TBK m. 155). Örneğin, bir yıllık zamanaşımı geçtikten sonra kredi verene dava açan tüketici, malın tesliminden itibaren bir yıllık süre geçtiği için zamanaşımı def'iyle karşılaştığında, süre dolmayan diğer müteselsil sorumlulara karşı da zamanaşımı kesilmiş sayılmalı ve tüketici diğer sorumlulara karşı yeni işlemeye başlayan zamanaşımı süresi içinde dava açabilmelidir. Ancak, satış sözleşmelerinde tüketicinin seçimlik haklarından sözleşmeden dönme veya bedelden indirim haklarını kullanılması halinde, bunlardan yükümlü olmayan üretici veya ithalatçıya karşı zamanaşımının kesilmesi söz konusu değildir.

VI. SEÇİMLİK HAKLARIN ZAMANAŞIMI SÜRESİ İÇİNDE KULLANILMAMASININ SONUÇLARI

A. Genel Olarak

Seçimlik hakların kanunlarda öngörülen sürelerin geçirilerek zamanaşımına uğramasıyla birlikte tüketicinin ayıptan doğan seçimlik hakları sona ermez, devlet organlarıyla hakkını icra etme imkânı ortadan kalkar. Bunun sonucu olarak zamanaşımının dolmasıyla tüketicinin seçimlik hakkı ortadan kalkmadığından, zamanaşımının dolmasından sonra borçlu tarafından seçimlik haklara yönelik yapılan ifalar geçerlidir ve borçlu edimini ifa ettikten sonra bunu geri isteyemez. Kanunda öngörülen zamanaşımı süreleri geçtikten sonra, tüketicinin ayıptan doğan sorumluluğa ilişkin seçimlik haklarını kullanması durumunda karşı taraf, zamanaşımı def'ini ileri sürerek tüketicinin seçimlik haklarını kullanmasını engelleyebilecektir. Bu def'i ileri sürülmedikçe, seçimlik hakkı kullanmanın zamanaşımına uğramış olduğunu hakim re'sen dikkate alamaz (TBK m. 161).

B. Zamanaşımı Def'inin Hakkın Kötüye Kullanılması Niteliğinde Olması

Zamanaşımı süresinin dolmasıyla, muhatap her zaman için zamanaşımı def'ini ileri sürebilirse de, bu def'iyi ileri sürmenin hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olmaması gerekir; aksi halde, muhatabın zamanaşımı def'i reddedilir. Zamanaşımı def'inin hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olup olmadığını, tüketici ileri sürmemiş olsa bile hakim re'sen dikkate alır. Zamanaşımı def'inin hangi hallerde hakkın kötüye kullanılması niteliği taşıdığı ise, her somut olayın özelliğine göre ayrı ayrı araştırılmalıdır. Muhatabın zamanaşımının dolması amacıyla tüketiciyi oyaladığı ve özellikle karşı tarafta hakkın yerine getirileceği konusunda güven yaratılıp tüketicinin hukukî yollara başvurmasının engellendiği durumlarda zamanaşımı def'ini ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması yasağıyla karşı karşıya kalacaktır (TMK m. 2/II)⁸⁴. Yargıtay'ın böyle durumlarda zamanaşımın işlemeyeceği veya duracağını ifade eden kararlarına ise katılmamaktayız⁸⁵, zira zamanaşımını durduran ve kesen sebepler kanunlarda sınırlı sayıda sayılmıştır ve bu şekilde yorum yoluyla genişletilmesi mümkün değildir⁸⁶. Lâkin, tüketici

⁸⁴ Tandoğan, Cilt I/1, s. 201; Yavuz, C., Satım, s. 164; Aslan, s. 175; Aydoğdu/Kahveci, s. 190; Şahiniz, s. 131; Yavuz, N., s. 182; Erdem, s. 391; Akçay, s. 161-162. Kanımızca zamanaşımını durduran sebepler kanunlarda sınırlı sayıda sayılmış olup, yorum yoluyla zamanaşımını durduran bir sebep yaratılamaz. Zira borçlunun bu tür kötüniyetli davranması halinde, her zaman için zamanaşımı def'inin ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması yasağına tabi olacaktır. Bizimle aynı yönde bkz. Akçay, s. 161-162.

⁸⁵ “Olayda, davacının aracı birden fazla tamire götürmesi nedeniyle servislerin aynı arızanın tamirle giderilemeyeceğini, üretimden kaynaklandığını bilmeleri gerekir. Bunun davacıya söylenmemesi arızanın gizlenmesi ve davacıyı oyalama sonucunu da doğurur. Bu gibi durumlarda zamanaşımı işlemez.”, Y. HGK., E. 2004/4-84, K. 2004/99, T. 25.2.2004 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). “Kaldı ki, üretim hatasının varlığını rahatlıkla tespit edebilecek nitelikte olması gereken servisin tüketiciyi sonuç alınamayan tamirlerle oyalaması ve arızanın belli periyotlarla tekrarlaması karşısında davada zamanaşımının varlığından söz edilemez”, Y. HGK., E. 2004/4-29, K. 2004/83, T. 18.2.2004 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Aynı yönde bkz. Tekinay, Selahattin Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Altop, Atilla; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993, s. 1048-1049. Yazarlara göre; borçlunun bu türden kötüniyetli davranışlarını zamanaşımını durduran bir sebep olarak kabul edilmelidir.

⁸⁶ Bizimle aynı yönde bkz. Akçay, s. 161-162.

ile muhatap arasında devam eden görüşmeler sırasında zamanaşımının duracağına ilişkin kanunî bir düzenleme yapılması yerinde olacaktır. Son olarak şunu da ekleyelim ki; muhatabın zamanaşımı def'ini ileri sürmesinin hakkın kötüye kullanılması sayılması için onun bu süreçte kötüniyetli olması gerekli değildir⁸⁷. Gerçekten malın ayıplı olup olmadığının araştırılması, muhatabın etki alanı dışındaki çeşitli sebeplerle uzamış olabilir, ancak daha sonra onun zamanaşımı def'ini ileri sürmesi, duruma göre, hakkın kötüye kullanılması niteliği taşıyabilir.

VII. GARANTİ TAAHHÜTLERİNİN ZAMANAŞIMIYLA İLİŞKİSİ

A. Genel Olarak Garanti Taahhütleri

Bugün gelinen serbest rekabet ortamında müteşebbisler sundukları mal ve hizmetlerin cazibesini artırmak için ayıptan doğan yasal tekeffül sorumluluğunun dışında sözleşmeyle tüketiciye çeşitli garanti taahhütleri vermektedirler. Bu taahhütler, genellikle yasal tekeffül rejimini tekrarı veya onu genişletici mahiyettedir. Bunlarla yasal tekeffül rejimi tüketici aleyhine sınırlandırılmaz veya kaldırılamaz⁸⁸. Garanti taahhütleri, satıcı/sağlayıcı tarafından tüketici ile aralarında yaptıkları sözleşmenin bir parçası olarak bağımsız olmayan teminat hükümleri⁸⁹ şeklinde verilebileceği gibi, üretici ve ithalatçı tarafından bağımsız garanti taahhüdü şeklinde de verilebilmektedir⁹⁰. Garanti taahhüdü ile garanti veren, garanti süresi içinde mal veya

⁸⁷ **Erdem**, s. 391.

⁸⁸ Bununla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **Kapancı**, s. 108 vd.

⁸⁹ Bir sözleşme kapsamında taraflardan biri kanunun kendisine yüklediği rizikoları da sözleşmeye konulan bir kayıtla üzerine alması halinde bağımsız olmayan teminat hükümünden söz edilir (**Reisoğlu**, Seza; *Garanti Mukavelesi*, Ajans Türk Matbaası, Ankara 1963, s. 54). **Tandoğan**, Haluk; *Garanti Mukavelesi (Mahiyeti ve Benzeri Hukukî Münasebetlerden Tefriki)*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 1959 (Garanti), s. 12; **Kapancı**, s. 110.

⁹⁰ Bağımsız garanti sözleşmeleri, teminatı amaçlayan ve yöneltmeyi amaçlayan (saf) garanti sözleşmesi olarak ikiye ayrılmaktadır. Konumuz bakımından ele alınacak yöneltmeyi amaçlayan garanti sözleşmesi, bir kimsenin bir başkasını belli bir davranışa yöneltmek amacıyla bu davranıştan o kişi için doğacak tehlikeleri kısmen veya tamamen üzerine almasıdır (**Tandoğan**, Garanti, s. 12; **Kapancı**, s. 115).

hizmette ortaya çıkacak aksaklıklar konusunda garanti alana içeriği taraflarca belirlenen bir teminat vermektedir⁹¹.

Garanti taahhütleri kural olarak gönüllülük esasına dayalıdır. Ancak Türk tüketici mevzuatında dünyada eşine az rastlanır biçimde zorunlu bir garanti sistemi kurulmuştur⁹². Kanundan doğan sözleşme yapma zorunluluğu niteliğindeki zorunlu garanti kurumu uyarınca, üretici ve ithalatçılar sanayi malları için tüketiciye bir garanti belgesi düzenlemek ve satıcılar da bu belgeyi tüketiciye vermek yükümlülüğü altındadırlar (TKHK m. 56/I). Bu garanti taahhüdü, üretici ve ithalatçının satıcıdan bağımsız olarak verdiği bir garanti taahhüdüdür. Bunun yanında müteşebbisler zorunlu garanti sistemi dışındaki mallar ve hizmetler için içeriği müteşebbis tarafından belirlenecek bir ihtiyari garanti de verebilirler (TKHK m. 57). Satıcı ve sağlayıcılar tarafından verilecek ihtiyari garantiler kural olarak bağımsız olmayan teminat hükümleri şeklinde ortaya çıkmaktadır⁹³. Örneğin, bir çatı ustasının onardığı çatının beş yıl süreyle akmayacağını, şayet akması halinde bunu onarmayı garanti etmesi gibi. Bu örnekte bağımsız olmayan teminat hükmü eser sözleşmesinin bir parçasını oluşturmaktadır. Buna mukabil, üretici ve ithalatçı tarafından verilen garantiler de genel olarak bağımsız garanti taahhüdü niteliği taşımaktadırlar. Örneğin, satıcı ile tüketici arasındaki satış sözleşmesine taraf olmayan ithalatçı bir otomobil firmasının garanti süresi boyunca otomobilde ortaya çıkan arızaları onarma garantisini vermesi gibi. Bu örnekte, ithalatçının vermiş olduğu taahhüt satıcı ile tüketici arasında yapılan satış

⁹¹ Yasal tekeffül sorumluluğundan farklı olarak, burada sadece teslim veya hizmetin ifası anında var olan ayıplar için değil, garanti süresi boyunca ortaya çıkabilecek ve maldaki devamlılığı sektöre uğratabilecek aksaklıkların da teminat altına alınması söz konusudur. Dolayısıyla mal veya hizmetin özelliklerini etkileyebilecek, satıcı ve sağlayıcının kontrol edemeyeceği dış etkenlerden kaynaklanan rizikolar da bununla teminat altına alınmaktadır. (Kapancı, s. 109, 111-112). Aynı yönde bkz. Baykan, s. 117.

⁹² Atamer/İnceoğlu da zorunlu garanti sistemini borçlar hukukunun irade serbestisi prensibine aykırı bulmakta ve eleştirmektedirler (s. 53). Aynı yönde bkz. Atamer/Baş, s. 35. Baykan, s. 115.

⁹³ Hiç şüphesiz satıcının bağımsız garanti taahhüdü vermesi de mümkündür. Eğer verilen garanti satıcılık sıfatının dışında bir garantiyse bu böyle kabul edilir. Ancak satıcının taahhütleri genellikle bağımsız bir garanti vermekten ziyade, satış sözleşmesinden doğan yükümlülüklerin genişletilmesi amacını güder. Satılanın belirli bir vasfının gelecekte de devamını garanti etme bağımsız olmayan bir teminat taahhüdüdür (Reisoğlu, s. 60).

sözleşmesinden bağımsız ayrı bir sözleşmedir ve bu nedenle bu sözleşmeye esas sözleşmenin tabi olduğu hükümler uygulanmaz.

Zorunlu garanti belgesi, üretici ve ithalatçının sanayi malları bakımından kanun gereği düzenlemekle, satıcının da bu belgeyi tüketiciye vermekle yükümlü olduğu ve tüketiciye malın tesliminden itibaren asgarî iki yıl süreyle arızalanan malların ücretsiz onarımını sağlayan ve üretici/ithalatçı ile tüketici arasında sözleşme yapma zorunluluğu doğuran bir sözleşme niteliğindedir⁹⁴. Malın arızalanması durumunda tüketiciye ilk etapta yalnızca malın ücretsiz onarılması hakkını tanıyan zorunlu garantide, tüketicinin kanundan doğan diğer seçimlik haklarını kullanması malın garanti süresi içinde tekrar arızalanması veya tamiri için gereken azamî sürenin aşılması veya tamirinin mümkün bulunmadığının anlaşılması hâllerinde mümkün olabilecektir. Satıcı tüketicinin talebini reddedemez. Bu talebin yerine getirilmemesi durumunda satıcı, üretici ve ithalatçı müteselsilen sorumludur (TKHK m. 56/III). İhtiyari garanti ise zorunlu garantiden farklı olarak irade serbestisine dayalı sözleşmesel bir taahhüt niteliği taşımaktadır⁹⁵. İhtiyari garanti tüketicinin yasal hakları saklı kalmak kaydıyla mal veya hizmetle ilgili; değişim, onarım, bakım, bedel iadesi ve benzeri hususlarda satıcı, sağlayıcı, üretici veya ithalatçı tarafından verilen ilave taahhüdü ifade etmektedir (TKHK m. 57/I).

B. Garanti Taahhütlerinin Yasal Tekeffülden Doğan Sorumluluk Zamanaşımıyla İlişkisi

“Kanunlarda veya taraflar arasındaki sözleşmede daha uzun bir süre belirlenmediği takdirde” (TKHK m. 12/I, 16/I) ifadesinden açıkça tarafların kanunla belirlenen zamanaşımı sürelerini sözleşmeyle uzatabilecekleri ifade edilmektedir. Bu noktada yasal tekeffül zamanaşımının uzatılmasıyla, müteşebbislerin tek taraflı garanti taahhütleriyle garanti süresi içinde meydana çıkabilecek ayıplardan sorumlu olmasına dair taahhüdünü birbirinden ayırt etmek gerekir⁹⁶. Yasal tekeffül zamanaşımının uzatılması dışında, garanti taahhütleriyle de garanti veren, öngörülen garanti süresi içinde ortaya çıka-

⁹⁴ **Gümüş**, Tüketici, s. 119.

⁹⁵ **Atamer/Baş**, s. 57; **Kapancı**, s. 226.

⁹⁶ **Feyzioğlu**, s. 302; **Ayan**, s. 34.

çak ayıplardan sorumlu olacağını taahhüt edip, içeriğinde belirlediği hakları tüketiciye tanıyabilir. Böyle bir durumda, muhatabın yasal tekeffül sorumluluğu ve tüketicinin bundan doğan seçimlik hakları azamî on yıla kadar uzatılabilecek, bunun dışındaki taahhütler ise muhatapların öngördüğü kapsamda ve taahhüt ettiği süre kadar geçerli olacaktır⁹⁷. Örneğin, üreticinin 20 yıl garanti verdiği bir malın onikinci yılda ayıptan dolayı arızalanması halinde, tüketici, yasal tekeffül sorumluluğu hükümlerine başvuramayacak, ancak üreticinin garanti taahhüdündeki bir hakkı, örneğin ücretsiz onarım hakkını kullanabilecektir. Burada tüketicinin ücretsiz onarım hakkının dayanağı ayıba karşı tekeffül hükümleri değil, üreticinin vermiş olduğu bağımsız garanti taahhüdü olacaktır.

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere kanundaki zamanaşımı süreleri tüketici aleyhine kısaltılamazken, uzatılması mümkündür⁹⁸. Müteşebbisler tarafından tüketiciye verilen garanti taahhütleri, ister zorunlu garanti ister ihtiyari garanti şeklinde ortaya çıksın, bu garantilerin varlığı muhatabın yasal tekeffül sorumluluğunu sınırlandıramaz veya ortadan kaldıramaz⁹⁹. Aynı şekilde yasal tekeffül sorumluluğu için öngörülen zamanaşımı süreleri de TKHK'nın zamanaşımını düzenleyen hükümlerinin nisbî emredici niteliği gereği bu garanti taahhütleri ile kısaltılamaz.

Müteşebbisler genel olarak malın veya hizmetin özellik ve niteliklerine yönelik bir garanti taahhüdü verebileceği gibi, sınırlı olarak malın veya hizmetin belirli bazı özelliklerine ilişkin garanti taahhüdü de verebilir. Böyle bir durumda, taraflarca zamanaşımının uzatılmasına ilişkin anlaşma, garanti sözleşmesiyle taraflarca belirlenmiş hususlar (ayıplar) için geçerli olacak, taraflarca belirlenmemiş ayıplar için ise yasal zamanaşımı süresi uygulanacaktır¹⁰⁰. Örneğin, üreticinin piyasaya sürdüğü bir otomobil için sekiz yıl boya ve paslanmazlık garantisi vermesi halinde bu garanti yalnızca boya ve paslanmazlığa ilişkin olacak, araçta başka bir ayıp çıkması halinde, örneğin motorunun bozulması halinde ise yasal zamanaşımı süresi olan iki yıllık süre uygulanacaktır.

⁹⁷ **Gümüş**, Tüketici, s. 126.

⁹⁸ Bkz. yuk. II A.

⁹⁹ **Kapancı**, s. 224 ve orada anılan yazarlar.

¹⁰⁰ **Yavuz**, C., Dersler, s. 86; **Şahiniz**, s. 125-126; **Yavuz**, Borçlar, s. 135.

Tüketici hukuku alanında garanti taahhütlerinin süresi, genellikle yasal tekeffül zamanaşımı süresiyle aynı veya zamanaşımı süresinden uzun olarak belirlenmektedir, ancak istisnaen yasal tekeffül zamanaşımından daha kısa garanti verildiğine de rastlanmaktadır.

1. Garanti Süresinin Yasal Tekeffül Sorumluluğuna İlişkin Zamanaşımı Süresinden Kısa Olması

Yasal tekeffül zamanaşımı süreleri hükümlerinin nisbî emredici niteliği sebebiyle, garanti süresi ile tüketicinin yasal tekeffülden doğan haklarını kullanma süresi kısaltılamaz¹⁰¹. Tarafların sözleşmeyle kanunda öngörülen- den daha kısa bir garanti süresi belirlemeleri doğrudan yasal tekeffül zamanaşımının kısaltılması anlamına da gelmez¹⁰². Böyle bir durumda tarafların iradesi, yasal zamanaşımı süresini kısaltmak yönünde değil de, kanunun tüketiciye tanımadığı bir takım hakları tanımak ve bunları garanti etmek anlamına gelebilir¹⁰³. Bu nedenle, yasal tekeffül sorumluluğu kapsamına girmeyen arızalar veya hakların kullanımı ile yasal zamanaşımı süresinden daha kısa ihtiyari garanti verilebilmesi mümkün olmalıdır. Örneğin, garanti verenin ilk altı ay içinde sattığı bir klimanın olağan bakımını yapmayı garanti etmesi gibi. Böyle bir durumda yasal tekeffül sorumluluğundan doğan haklar dışında, muhatabın tüketiciye tanıdığı ek haklar bu süreye tabi olacak, ancak tüketicinin kanundan doğan diğer hakları bakımından sürenin kısaltılması tüketicinin bu haklarına hanel getirmeyecektir¹⁰⁴. Başka bir deyişle tüketicinin ayıplı mal ve hizmetten doğan yasal tekeffül sorumluluğu kapsamındaki hakların tabi olduğu zamanaşımı süreleri, garanti süreleri ile kısaltılamayacaktır. Keza garanti belgesiyle satılmak zorunda olan mallar bakımından kanunda öngörülen garanti süresinden (TKHK m. 56/II) daha kısa bir süre belirlenmesi mümkün değildir¹⁰⁵.

¹⁰¹ **Arbek**, s. 240.

¹⁰² **Gümüş**, Tüketici, s. 130

¹⁰³ Satış sözleşmeleri bakımından benzer yönde bkz. **Edis**, s. 132; **Bilge**, s. 89; **Yavuz**, C., Satım, s. 163.

¹⁰⁴ Benzer yönde bkz. **Yavuz**, N., s. 1072.

¹⁰⁵ **Aslan**, s. 179. “*Davalı üretici tarafından düzenlenerek tüketiciye verilen garanti belgesinde, yasada öngörülen iki yıllık sürenin altında olmak üzere bir yıllık garanti süresi yer almaktadır. Oysa garanti sürelerinin yasada yer alan süreden aşağıya çekilmesi*

2. Garanti Süresi ile Yasal Tekeffüle İlişkin Zamanaşımı Sürelerinin Aynı Olması

Garanti taahhüdündeki süre ile yasal zamanaşımı süresinin aynı olduğu durumlarda, tarafların yasal zamanaşımı süresini değiştirmek istemedikleri, bu süreyle bağlı kalmak istedikleri varsayılır¹⁰⁶. Zorunlu garanti sisteminde asgarî garanti süresi iki yıldır ve bu süre malın teslim tarihinden itibaren başlamaktadır (TKHK m. 56/I). Ancak, özelliği nedeniyle bazı malların garanti şartları Bakanlıkça başka bir ölçü birimi ile de belirlenebilmektedir (TKHK m. 56/II). Zamanaşımının başlangıcı ve süresi yönünden bu garanti süresi, o mallar bakımından yasal tekeffül zamanaşımıyla aynıdır. Bu süre içinde tüketici, ayıplı mal için zorunlu garanti hükümlerine dayanabileceği gibi, yasal tekeffül hükümlerine de başvurabilir. Ancak garanti süresinin sona ermesi ile yasal tekeffül zamanaşımı süresinin sona ermesi, garanti süresinin durması veya zamanaşımının kesilmesi gibi sebeplerle aynı zamana tekabül etmeyebilir. Ayrıca yasal tekeffül sorumluluğu için zamanaşımı malın teslimi veya hizmetin ifasıyla başlarken, garanti taahhütlerinde zamanaşımı ayıbın tespit edildiği andan itibaren başlamaktadır¹⁰⁷. Tüketici, hangi hukukî yol daha avantajlı ise ona başvurabilir. Yine zorunlu garanti sistemindeki bazı malların garanti şartlarının başka bir ölçü birimi ile belirlendiği durumlarda yasal zamanaşımından farklı bir durum ortaya çıkabilir. Şöyle ki; Garanti Yönetmeliği Ekli liste uyarınca bir binek otomobilin garanti süresi iki yıl veya 60.000 km'dir. Hangisi önce dolarsa, garanti süresi de o zaman sona erecektir. Oysa yasal tekeffül sorumluluğunda böyle bir sınırlama yoktur. Tüketici, araç kaç km yapmış olursa olsun teslimden itibaren iki yıl içinde seçimlik haklarını kullanabilecektir.

3. Garanti Süresinin Yasal Tekeffül Zamanaşımı Süresinden Uzun Olması

Garanti taahhüdü ile yasal tekeffül zamanaşımı süresinden daha fazla süre ile garanti verilmişse, bu durumda tarafların yasal zamanaşımı süresini

olanaklı değildir. Bu nedenle, anılan belge tüketiciyi yanıltacak niteliktedir ve getirdiği sınırlamaların kabulü mümkün değildir.”, Y. HGK., E. 2009/4-291, K. 2009/318, T. 8.7.2009 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

¹⁰⁶ Şahiniz, s. 129; Yavuz, C., Borçlar, s. 138.

¹⁰⁷ Bkz. aşa. VII C ve D.

değiştirmek istedikleri ve yerine daha uzun olan bu süreyi ikame etmek istedikleri kabul edilmektedir¹⁰⁸. Böyle bir durumda, tüketicinin garanti taahhüdüyle kendisine tanınan haklar bakımından yasal tekeffül zamanaşımı süresi uzamış sayılacaktır. Garanti süresi boyunca ayıplı mal veya hizmet durumunda tüketicinin garantiden doğan hakları ile yasal tekeffül sorumluluğundan doğan hakları, bunların süresi çakıştığı müddetçe yarışma halindedir. Ancak aşağıda da ayrıntılı olarak görüleceği yasal tekeffülde ayıptan sorumluluk teslimle veya hizmetin ifasıyla başlarken, hem bağımsız olmayan teminat hükümlerinde hem de bağımsız garanti taahhütlerinde zamanaşımı ayıbın tespit edildiği andan itibaren başlamaktadır¹⁰⁹. Bu bağlamda çeşitli sebeplerle yasal tekeffül zamanaşımını kaçıran tüketici, kendisine daha uzun süre avantaj tanıyan garanti hükümlerine başvurabilir¹¹⁰. Garanti süresinin bir üst sınırı yoktur¹¹¹. Nitekim uygulamada da uzun süreli garanti taahhütlerine rastlanmaktadır. Ancak Gümüş'ün de haklı olarak ifade ettiği üzere¹¹², garanti taahhütleriyle tüketicinin yasal tekeffül sorumluluğu TBK m. 146 gereği en fazla on yıla kadar uzatılabilir. On yıl geçtikten sonra, yasal tekeffül sorumluluğu sona erer, ancak tüketici garanti taahhüdüne dayanarak garantide taahhüt edilen haklarını garanti süresi içinde kullanabilir.

C. Garanti Süresi ve Hukukî Niteliği

Garanti süresi, garanti verenin bu süre içinde malda veya verdiği hizmet sonucu ortaya çıkabilecek aksaklıkları gidermeyi taahhüt ettiği bir süredir. Garanti veren, garanti süresi boyunca ortaya çıkacak rizikoları gidermekle yükümlüdür. Garanti süresinin dolmasıyla garanti verenin borcu sona erer. Süre sona erdikten sonra ortaya çıkabilecek rizikolar garanti verenin sorum-

¹⁰⁸ **Tandoğan**, Cilt I/1, s. 200; **Yavuz**, C., Borçlar, s. 136; **Demir**, s. 33; **Gümüş**, Tüketici, s. 130; **Şahiniz**, s. 126; **Atasoy/Taşkın/Acar**, s. 75; **Yavuz**, N., s. 181.

¹⁰⁹ Bkz. aşa. VII D.

¹¹⁰ **Kapancı**, s. 188-189.

¹¹¹ **Kapancı** ise bağımsız olmayan bir teminat hükmünde, taahhütte bulunulacak özellik bakımından garanti süresinin üst sınırını malın kullanım ömrünün oluşturacağını ifade etmektedir (s. 112). Satış Sonrası Hizmetler Yönetmeliği Ekli listede mal grupları için kullanım ömür süreleri öngörülmektedir.

¹¹² **Gümüş**, Tüketici, s. 126.

luluğunda değildir. Garantiye konu olan malın garanti süresi içinde başkasına temlik halinde ise, garantiden doğan haklar da yeni alacaklıya geçer¹¹³.

Garanti süresi yasal tekeffül zamanaşımından daha uzun olarak belirlenmişse, bu, yasal tekeffül zamanaşımı süresini de, garantide tanınan haklar bakımından uzatmaktadır. Garanti süresi, bir zamana bağlanabileceği gibi bir olayın meydana gelmesi koşuluna da bağlanabilir¹¹⁴. Bir yazıcının 10.000 sayfa çıktı verdikten sonra garantinin dolması gibi. Taraflar sözleşme özgürlüğü kapsamında garanti süresini istedikleri gibi belirleyebilirler. Ancak zorunlu garanti sisteminde bu süre asgarî iki yıl olmalıdır (TKHK m. 56/I). Sözleşmede herhangi bir süre belirlenmemişse, yasal tekeffül zamanaşımı süresinin onun yerine geçebileceği kabul edilebilir¹¹⁵.

Garanti süresi ve yasal zamanaşımı sürelerinin hesaplanması da birbirinden bağımsızdır¹¹⁶. Her iki süre birbirinden bağımsız olarak duruma göre, durur, işler veya sona erer. Garanti süresi kesilmezken, yasal tekeffül zamanaşımı süresi kanunda öngörülen sebeplerin varlığı halinde kesilebilir ya da Garanti Belgesi Yönetmeliğine göre tamirde geçen sürede garanti süresi dururken (m. 6/III), yasal tekeffül zamanaşımında bu süreçte zamanaşımı durmaz, ancak tamir borcun ikrarı niteliğindeyse zamanaşımı kesilir.

Garanti veren amaca uygun şekilde garanti süresinin başlangıç anını ve süresini tespit etmelidir. Eğer garanti süresinin ne zaman başlayacağı belirlenmemişse süre, malın tesliminden veya hizmetin ifa tarihinden itibaren

¹¹³ **Atamer/Baş**, s. 60; **Aydoğdu/Kahveci**, s. 179; “*Davacının ikinci el satın alan kişi olduğu kabul edilse bile, dava konusu aracın garanti süresi içinde arızalanmış olması nedeniyle davanın 4077 sayılı Yasa kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Şu durumda, uyuşmazlığın çözümü konusunda Tüketici Mahkemesi görevlidir.*”, Y. HGK., E. 2009/13-542, K. 2009/551, T. 25.11.2009 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); Y. 4. HD., E. 2009/4845, K. 2009/6847, T. 14.5.2009 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

¹¹⁴ **Weidenkaff**, Walter; in: Palandt Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch, 72. Auflage, Verlag C.H. Beck, München 2013, §443, Rn 13, s. 668.

¹¹⁵ **Palandt/Weidenkaff**, §443, Rn 13, s. 668; **Tonner**, § 26 Rn 34, s. 1257. Süresiz garanti verilmesi durumunda yasal zamanaşımı süresinin geçerli olacağı yönünde bkz. **Arbek**, s. 239. Türk hukukunda **Reisoğlu** ise süre konusunda teşebbüsün mahiyeti, garanti yüklenilmesinin amacı ve diğer vakıaların belirleyici olacağını, özel durumlar dikkate alınmak suretiyle garanti alana belirli bir süre verilmesi gerektiğini, bu süre içinde harekete geçilmez ise sorumluluğun sona ereceğini belirtmektedir (s. 171).

¹¹⁶ **Tonner**, § 26 Rn 8, s. 1252.

başlar¹¹⁷. TKHK'da düzenlenen zorunlu garanti sisteminde de garanti süresinin malın tesliminden itibaren başlayacağı ifade edilmektedir (TKHK m. 56/I).

Garanti süresinin bir tespit süresi mi, bir zamanaşımı süresi mi yoksa bildirim süresi mi olduğu doktrinde tartışmalıdır¹¹⁸. Garanti süresinin bir tespit süresi olarak kabul edilmesi halinde ayıbın garanti süresi içinde ortaya çıkması yeterlidir. Ayıp, sürenin son günü bile ortaya çıksa, tüketici herhangi bir bildirimde gerek olmaksızın garantiden doğan haklarını kullanabilir. Garanti süresinin bir bildirim süresi olarak kabul edilmesi halinde ise, tüketici, malda garanti süresi içinde ortaya çıkan ayıbı garanti süresi içinde muhabata bildirmek suretiyle garantiden doğan haklarını kullanabilecektir¹¹⁹. Garanti süresinin bir zamanaşımı süresi olarak kabul edilmesi halinde ise, tüketici, garantiden doğan haklarını bu süre içinde kullanmak zorundadır, aksi halde bu hakları zamanaşımına uğrar¹²⁰. Bu durumda tüketicinin garantiden doğan haklarını kullanması için dava açması gerekmez, ancak zamanaşımının durması ve kesilmesi konusunda genel hükümler uygulanır.

¹¹⁷ Alman hukukunda sürenin hasarın intikalinden itibaren başlayacağı ifade edilmektedir. (Palandt/Weidenkaff, §443, Rn 13, s. 668; Tonner, § 26 Rn 34, s. 1257).

¹¹⁸ Aral/Ayrancı, s. 142; Yavuz, C., Borçlar, s. 135 vd.; Arbek, s. 237; Kapancı, s. 173 vd.

¹¹⁹ Yavuz bu anlamda bir bildirim süresinin hak düşürücü nitelikte olduğunu ifade etmektedir (s. 136). Tüketici Malları Satım Sözleşmeleri ve İlgili Garantilerin Bazı Yönleri Hakkında 1999/44/AT sayılı Yönergenin 5. maddesinin ikinci fıkrasında üye ülkelerin yasal düzenlemelerinde ayıbın ortaya çıkmasından itibaren en az iki ay önceden yapılmış tüketicinin satıcıyı maldaki ayıplara ilişkin bilgilendireceği ihbar süresi getirme hakkına sahip oldukları düzenlenmiştir. Bu yönergeyle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Erlüle, Fulya; "Tüketim Mallarının Satımı Sözleşmesi ve Bu Mallara İlişkin Olarak Verilen Garantiler Hakkında Yönerge", Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Seçkin Yayınevi, Ankara 2004, s. 419 vd.; Demir, s. 23 vd.

¹²⁰ Aral/Ayrancı yasal zamanaşımı süresinden uzun garanti sürelerini şüphe halinde teslimle başlayan bir zamanaşımı süresi olarak kabul etmektedir. Yazar ayrıca, ayıba karşı tekeffülle ilgili anlaşmazlıkların kısa sürede giderilmesini amaçlayan kanuni düzenlemelerle ve basit bir ödeme emriyle zamanaşımının kesilebileceğini öngören Türk Borçlar Kanununun (TBK m. 154/I b. 2) sistemiyle bağdaştırılmasının mümkün olmadığını ifade etmektedir (s. 142). Aynı yönde bkz. Arbek, s. 237. Y. 19. HD. 13.4.2009, 2008/6365, 2009/3010; Y. 19. HD. 2.11.2009, 2009/3073, 2009/9968; Y. 19. HD. 11.2.2010, 2009/10995, 2010/1322 (Bilgen, s. 1020-1021).

Garanti süresinin hukukî niteliğinin tespiti her bir garanti taahhüdü bakımından ayrı ayrı yorumlanmayı gerektirir. Öncelikle garanti süresinin niteliği kanun ve ona dayanılarak çıkartılan yönetmelikler tarafından belirlenmiş olabilir. Bundan başka taraflar, sözleşme özgürlüğü çerçevesinde garanti sözleşmesinde bu sürenin niteliğini kendileri belirlemiş olabilirler. Bağımsız olmayan ihtiyari teminat hükümlerinde, garanti süresinin niteliği taraflarca belirlenmişse, irade özerkliği bağlamında bu nitelemeyi kabul etmek gerekir. Bağımsız olmayan teminat hükümlerinde, taraflar garanti süresinin yanında ayrıca bir zamanaşımı süresi öngörebilecekleri gibi, tarafların garanti süresini bir zamanaşımı süresi olarak kararlaştırması mümkündür¹²¹. Buna karşılık, bağımsız garanti taahhütlerinde ise garanti süresinin bir zamanaşımı süresi olarak kararlaştırılması mümkün değildir¹²².

Garanti süresinin niteliğine ilişkin olarak kanunlarda ve yönetmeliklerde bir hüküm yoksa ve bunun ne anlama geldiği sözleşmeden anlaşılamiyorsa, bu sürenin niteliği yorum yoluyla belirlenebilir. Öncelikle ifade etmek gerekir ki; TKHK'da ve zorunlu garanti belgesi hükümlerini düzenleyen Garanti Belgesi Yönetmeliğinde garanti süresinin niteliğine ilişkin açık bir hüküm yer almamaktadır¹²³. Ancak tüketicinin garantiden doğan haklarını kullanabilmesi için malın arızalanması veya sözleşmede taahhüt edilen nitelik ve özelliklerinde bir aksaklık meydana gelmesi ve tüketicinin bunu tespit etmesi gerekmektedir. Bu yönüyle garanti süresi her şeyden önce bir tespit süresidir¹²⁴. Bundan başka garanti süresinin aynı zamanda bir bildirim süresi olup olmadığı da ortaya konmalıdır. TKHK'da veya Garanti Belgesi Yönetmeliğinde garanti süresinin bir bildirim süresi olduğu ifade

¹²¹ **Kapancı**, s. 175.

¹²² **Kapancı**, s. 178. Zira rizikonun ortaya çıkmasıyla işlemeye başlayacak zamanaşımı süresi TBK m. 146'daki on yıllık zamanaşımı süresidir ve bu sürelerin sözleşmeyle değiştirilmesi mümkün değildir.

¹²³ **Kapancı** da aynı tespiti yapmakla birlikte, yazar garanti belgesinden doğan hakların kullanılmasının zamanaşımı süresinin garanti süresi olduğu görüşündedir (s. 223).

¹²⁴ "Hal böyle olunca; yerel mahkemece, öncelikle, dava konusu araçta var olduğu davacı tarafça ileri sürülen ayıpların garanti süresi içerisinde ortaya çıkmış olup olmadıklarının yöntemince araştırılıp, saptanması; bunların garanti süresi içerisinde ortaya çıkıklarının saptanması halinde davaya bakma görevinin kendisine ait olduğunun benimsenmesi (...)", Y. HGK., E. 2009/13-542, K. 2009/55, T. 25.11.2009 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

edilmemiştir. Ancak TKHK m. 56/II'ye göre ilk arızada onarım hakkını kullanan tüketicinin kanundan doğan diğer seçimlik haklarını kullanabilmesi için azamî tamir süresinin aşılması veya malın tamirinin mümkün olmadığının anlaşılması gerektiği ifade edilmektedir. Dolayısıyla, malın yeniden arızalanması haricindeki bu hallerin söz konusu olduğu durumlarda, tüketicinin seçimlik haklarını kullanabilmesi için muhataba bildirimde bulunması işin niteliği gereğidir. Ancak bu bile, tek başına garanti süresinin bir bildirim süresi olduğu anlamına gelmez. Şöyle ki; malın garanti süresinin son günü arızalanması halinde bu arızayı süre geçtikten sonra bildiren tüketici kanundan doğan seçimlik haklarını kullanabilmelidir. Kanaatimizce, aksi kanunlarda, yönetmeliklerde veya sözleşmede kararlaştırılmadıkça garanti süresi, tüketicinin mal veya hizmetteki aksaklığı tespit süresidir. Garanti süresinin bir tespit süresi olduğu yönünde vardığımız sonuç, aksi kararlaştırılmadıkça, gerek bağımsız olmayan teminat hükümleri gerekse bağımsız garanti taahhütleri için geçerlidir¹²⁵.

D. Garantiden Doğan Hakların Tabi Olduğu Süre

Garanti süresinin bir tespit süresi olduğunu kabul ettiğimizde, karşımıza ikinci bir sorun çıkmaktadır. Acaba tüketici, tespit ettiği ayıplar bakımından garantiden doğan haklarını hangi süre içinde kullanabilecektir? Bu konuda TKHK'da ve Garanti Belgesi Yönetmeliğinde özel bir hüküm bulunmamaktadır. Öncelikle belirtmek gerekir ki; garanti verenin garantiden doğan borcu aksaklığın ortaya çıkıp tespit edilmesiyle birlikte muaccel olur ve genel hükümlere göre zamanaşımı alacağın muaccel olmasıyla başlar (TBK m. 149). Bu bakımdan tüketicinin garantiden doğan hakları da ilk olarak aksaklığın tespit edildiği andan itibaren başlar ve zamanaşımının aksaklığın tespit edildiği bu andan itibaren işlemesi gerekir¹²⁶. Bu süre garanti süresinden bağımsız olarak işlemeye başlar¹²⁷.

¹²⁵ **Kapanıcı** ise garanti süresinin hem tespit hem de bildirim süresi olduğu görüşündedir. Yazara göre; tüketici ancak garanti süresi içinde bildirimde bulunmak kaydıyla tespit ettiği ayıplardan dolayı garanti hükümlerine başvurabilir (s. 175, 178).

¹²⁶ Aynı yönde bkz. **Yavuz**, N., s. 1072; Y. 3. HD. 21.4.1998, 3309/4387 (**Yavuz**, N., s. 1072). Alman hukukunda aynı yönde bkz. BGH NJW 79, 645 (**Palandt/Weidenkaff**, §443, Rn 15, s. 668). İsviçre hukukunda bkz. **Müller/Chen**, OR 210, N 11, s. 216.

¹²⁷ **Palandt/Weidenkaff**, §443, Rn 15, s. 668.

Zamanaşımının başlangıç anını tespit etmek güç olmamakla birlikte, tüketicinin bu haklarını hangi süre içinde kullanması gerektiği ise tartışmalıdır. Burada bağımsız olmayan teminat hükümleri ile bağımsız garanti taahhütleri bakımından bir ayrıma gitmek gerekecektir. Kanaatimizce, bağımsız olmayan teminat hükümleri, bir sözleşmenin parçasını oluşturduğundan esasen tabi olduğu sözleşme hükümlerine ve dolayısıyla orada öngörülen zamanaşımı sürelerine tabidir¹²⁸. Tüketici işlemlerinde üretici ve ithalatçı tarafından verilen bağımsız garanti taahhütleri ise, asıl sözleşmeden bağımsız ayrı bir sözleşme niteliği taşırlar ve kanunlarda düzenlenmemiş bulunan atipik sözleşme niteliğindeki bu garanti sözleşmesinden doğan alacaklar genel zamanaşımına tabi olmalıdırlar. Bağımsız olmayan teminat hüküm-

¹²⁸ **Reisoğlu**, s. 60; **Demir**, s. 37; **Kapanıcı**, s. 175. Aynı yönde bkz. “Somut olayda, motorlu araç satıcısı olan davalı şirket, aracın tüm parçalarının satış tarihinden başlayıp 24 ay süre ile ve 40.000 veya km/saat için imalat ve montaj hatalarına karşı garanti altına almış ve de süre ve çalışma saati ve km hangisi önce dolarsa onun geçerli olacağı kararlaştırılmıştır. Böylece davalı taraf, kendisi ile sözleşme yapmaya teşvik için yasal yükümlülüklerini genişletmek suretiyle bağımsız olmayan teminat hükümlerini davacı yararına tanımış bulunmaktadır. Bu teminat hükümleri asıl sözleşmenin (satış sözleşmesinin) bir parçasını meydana getirdiklerinden dolayı onun bağlı olduğu hükümlere tabidirler. Bir başka anlatımla müstakil olmayan teminat hükümleri satım sözleşmesinin haricinde ayrı bir varlığa sahip değildirler. Zira burada davalı şirket, dava konusu aracın bazı niteliklerini, satım sözleşmesinin bir hükmü ile garanti altına almış bulunmaktadır. O halde davalının satış sözleşmesi esnasında verdiği garantileri kural olarak satış sözleşmesinin bir parçasını teşkil ettiklerini, yani müstakil olmayan teminat hükümlerine vücut verdiklerini ve bu hükümlerin satış sözleşmesinin tabi olduğu hükümlere (BK. mad. 182, 231) bağlı olduğunu kabul etmek gerekecektir.

Satılanın ayıplı olması nedeniyle alıcının açacağı fesih ve semenin indirilmesi davaları, teslimden itibaren bir yıllık zamanaşımına tabidir (BK. mad. 207/1). Bu bir yıllık süre, gizli ayıplar için dahi teslimden itibaren işlemeğe başlar.

Yukarıda sözü geçen zamanaşımı süresini taraflar sözleşme ile uzatabilirler veya kısaltabilirler. Bu nedenle sözleşmede bir yıldan fazla garanti süresi kabul edilmesi zamanaşımının uzatılmasına delalet eder. Bu takdirde bir yıllık zamanaşımı, garanti süresi içinde ayıbın anlaşıldığı tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır.

*Satılan araçtaki bozukluk (ayıp) 13.11.1991 tarihinde meydana gelmiş ve dava da 30.4.1997 tarihinde açılmış bulunmasına göre davanın yukarıdaki gerekçeler dikkate alınarak zamanaşımı yönünden reddedilmesi kararın sonucu itibariyle doğru olduğundan ötürü onanmasını gerektirmiştir.”, Y. 3. HD. 21.4.1998, 3309/4387, (Yavuz, N., s. 1074-1075). Alman hukukunda aynı yönde bkz. **Tonner**, § 26 Rn 8, s. 1252.*

lerinde hakların kullanılabilceği süre, garantiye konu olan sözleşme tipinin öngördüğü zamanaşımı olmalıdır¹²⁹. Örneğin, bir taşınır satış sözleşmesine konu üç yıllık garanti süresi olan bir malda bir aksaklığın ortaya çıkması durumunda tüketicinin garantiden doğan haklarını kullanmak için zamanaşımı arızanın tespit edildiği tarihten itibaren ayıplı mallardaki iki yıllık zamanaşımına tabi olacaktır¹³⁰. Buna göre; tüketici işlemleri bakımından, TKHK m. 12 ve 16'daki zamanaşımı süreleri uygulanmalıdır. Yani mallar bakımından iki yıl, konut ve tatil amaçlı taşınmazlar bakımından beş yıl ve ayıplı hizmetler bakımından da iki yıllık zamanaşımı süreleri uygulanmalıdır. Bu hakların kullanılacağı süre ise, esas tüketici işleminin zamanaşımına tabi olması nedeniyle bir zamanaşımı süresidir, bu nedenle varsa, sözleşmeden dönme ve bedelden indirim gibi yenilik doğuran hakların kullanılması da zamanaşımına tabi olmalıdır.

Bağımsız garanti taahhütlerinde ise tüketici haklarını garantiye konu olan ayıbın ortaya çıkmasından itibaren genel zamanaşımı süresi (TBK m. 146) içinde kullanılabilir. Zira burada garanti sözleşmesi tüketici işlemini konu alan sözleşmeden tamamen bağımsız bir sözleşmedir. Bu nedenle, bağımsız bir sözleşme niteliğindeki garanti taahhüdünden doğan alacaklara TBK m. 146'daki on yıllık genel zamanaşımı süresi uygulanmalı ve garanti borcunun muaccel olduğu andan itibaren, yani ayıbın tespit edildiği andan itibaren tüketici garanti sözleşmesinden doğan haklarını kullanabilmelidir¹³¹. Örneğin, ücretsiz onarım, değiştirme ve bakım borçları gibi. Zamanaşımı, garanti süresi içinde ve sonrasında da işlemeye devam eder. Buna karşılık, tüketici, alacak hakkı niteliğinde olmayan yenilik doğuran haklarını ise,

¹²⁹ Satış sözleşmeleri bakımından aynı yönde bkz. **Kapanacı**, s. 175.

¹³⁰ **Tonner**, § 26 Rn 31, s. 1257.

¹³¹ **Reisoğlu**, s. 60; **Kapanacı**, s. 179. Bu konuda bağımsız olmayan teminat taahhütleri ile bağımsız garanti taahhütleri arasında bir ayrıma gitmeksizin zamanaşımının on yıl olması gerektiği konusunda bkz. **Feyzioğlu**, s. 302; **Müller/Chen**, OR 210, N 11, s. 216; **Ayan**, s. 34, dn. 77. Alman Federal Mahkemesinin bağımsız olmayan teminat hükümleri ve bağımsız garanti taahhütleri ayırımı yapmaksızın bütün garantilere esas sözleşmenin tabi olduğu zamanaşımı hükümlerini uygulaması doktrinde **Tonner** tarafından haklı olarak eleştirilmektedir. Yazara göre; üreticinin garanti taahhüdü bir satış sözleşmesi olmadığı için kıyasen veya dolaylı olarak satış hükümlerinin uygulanması doğru değildir, dolayısıyla genel zamanaşımı uygulanmalıdır (§ 26 Rn 31-32, s. 1257).

-örneğin sözleşmeden dönme veya bedelden indirim gibi- garanti sözleşmesinde bir süre öngörülmüşse bu süre içinde¹³², süre öngörülmemişse garanti verenin tayin edeceği uygun bir süre içinde veya garanti verenin bir süre tayin etmediği durumlarda hakkın etkisizleşmesine kadar kullanılabilir. Hakkın etkisizleşmesi, kullanılması süreye tabi olmayan yenilik doğuran haklarda muhatabın bir süre tayin etmediği ve tüketici tarafından hakkın kullanılmayacağı yönünde muhatapta bir güven yaratılması durumunda söz konusu olur¹³³.

Tüketicinin gerek bağımsız olmayan teminat hükümlerinde gerekse bağımsız garanti taahhütlerinde, garanti süresi içinde tespit ettiği ayıptan doğan haklarını kullanabilmesinin bir bildirim koşuluna bağlanıp bağlanmayacağı da tartışılmalıdır. Kanaatimizce, böyle bir bildirim için niteliğinden dolayı gereklidir. Zira böyle bir bildirim gerekli olmadığını kabul edersek, garanti eden, haberdar bile olmadığı bir ayıptan dolayı uzunca bir süre sorumlu olmak durumunda kalacaktır ki bu da, hem ayıbın ne zaman ortaya çıktığının tespitinde güçlükler yaratacak, hem de tüketici-satıcı/üretici arasındaki menfaatler dengesini ciddi derecede bozacaktır¹³⁴. Dolayısıyla garanti taahhüdüyle, tüketicinin garantiden doğan haklarını kullanması, tespit edilen aksaklığın belli bir süre içinde bildirilmesi koşuluna bağlanabilir¹³⁵. Nitekim Tüketici Malları Satım Sözleşmeleri ve İlgili Garantilerin

¹³² Tarafların sözleşmeyle yenilik doğuran haklar yaratması ve bunların kullanımını bir süreye bağlaması mümkündür. Hukukî işlemle yenilik doğuran hak yaratılması hususunda ayrıntılı bilgi için bkz. **Buz**, s. 188 vd.

¹³³ Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **Buz**, s. 408.

¹³⁴ **Kapanıcı** da bildirim süresinin zamanaşımı süresinin sonuna kadar devam ettiğinin kabulü halinde, bu durumun satıcının sorumluluğunu aşırı derecede güçleştireceğini ve garanti süresinin bir bildirim süresi olarak ele alınmasının gerek satıcının gerekse alıcının menfaatlerini eşit surette gözetmesi nedeniyle daha isabetli olduğunu ifade etmektedir (s. 174). **Arbek** ise, satış sözleşmeleri bakımından garanti süresini bir tespit süresi olarak kabul etmekte ve aksaklık ortaya çıktığı an bunun bildirilmesi gerektiğini ifade etmektedir (s. 188).

¹³⁵ Alman hukukunda aynı yönde bkz. **Tonner**, § 26 Rn 33, s. 1257. Türk hukuku bakımından aksi yönde bkz. **Şahiniz**, garanti belgesi ile onarım garantisi verilmesi halinde, bu bildirim bir süreye bağlanamayacağını, zira garanti belgesiyle satıcının garanti süresi boyunca ortaya çıkacak ayıplardan sorumlu olmayı taahhüt ettiğini ve bu taahhüdün ayıbın belirli bir süre içinde bildirim koşuluna bağlanarak işlerliğini yitirebileceğini ve

Bazı Yönleri Hakkında 1999/44/AT sayılı Yönergede tüketicinin satıldaki sözleşmeye aykırılığı tespitten itibaren iki ay içerisinde satıcıya durumu ihbar yükümü öngörülmüştür (m. 5/II). Bu hükümde, tüketicinin daha lehine olacak şekilde bir düzenleme öngörmek yolunu açık tutmak amacıyla, üye ülkelere bildirim sürelerinin belirlenmesi konusunda bir düzenleme yapma serbestisi tanınmıştır¹³⁶. Böyle bir bildirim süresinin kabulü, kötüniyetli tüketicilerin haklarını kötüye kullanmalarını da önleyici bir işleve sahiptir¹³⁷. Ancak bu süre hiç şüphesiz tüketicinin haklarını kullanmasını engelleyici veya önleyici nitelikte kısa olmamalıdır. Garanti taahhüdüne konan bu tür bir kayıt haksız şart olarak değerlendirilip kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olabilecektir (TKHK m. 5/I-II). Esasında böyle bir bildirim süresi, daha sonra ayıbın garanti süresi içinde meydana çıktığını ispat etmek zorunda olan tüketiciye de ispat kolaylığı sağlayacaktır. 6502 sayılı Kanunla yasal tekeffül sorumluluğu için artık bu türden bir bildirim külfetinin öngörülmemiş olması, tamamen gönüllük ve irade özerkliğine dayalı garanti taahhütlerinde bu türden bir süre belirlenmesine engel değildir.

Garanti taahhüdüyle böyle bir süre belirlenmemişse bile, garanti süresi içinde tespit edilen arızanın bildirilmesi TMK m. 2 gereği dürüstlük kuralının bir gereğidir¹³⁸. Tüketicinin garanti süresi içinde ortaya çıkan ayıbı tespit edip, uzunca bir süre garantiden doğan haklarını kullanmayıp sonradan kullanmaya kalkması hakkın kötüye kullanılması yasağıyla karşı karşıya kalacaktır¹³⁹. Benzer şekilde, yasal tekeffül sorumluluğunda ihbar külfetinin

burada bildirimde bulunmanın tek ölçütünün dürüstlük kuralı olduğuna işaret etmektedir (s. 170, dn. 567).

¹³⁶ **Demir**, s. 33. Yazar, Yönergedeki bu ihbar yükümünün kimi sözleşme türleri (mesafeli, kapıdan, taksitli ve kampanyalı satış gibi) bakımından tüketicinin durumunu zorlaştıracığına, bu tür sözleşmeler bakımından ayrı bir düzenleme yapılması gerektiğine işaret etmektedir (s. 34). AB ülkelerinden Avusturya, Almanya, Çek Cumhuriyeti, Fransa, İngiltere, İrlanda, Letonya, Lüksemburg ve Yunanistan bu imkanı kullanmamış ve ihbar külfeti getirmemiştir. Buna karşılık Danimarka, Estonya, Finlandiya, Hollanda, İspanya, İsveç, İtalya, Kıbrıs, Litvanya, Macaristan, Malta, Polonya, Portekiz, Slovakya ve Slovenya ihbar külfetine yer vermiştir (**Atamer/İnceoğlu**, s. 33, dn. 32).

¹³⁷ **Demir**, s. 33; **Erlüle**, s. 429.

¹³⁸ Karş. **Şahiniz**, s. 170, dn. 567.

¹³⁹ Aynı yönde bkz. "Kaldı ki davacı, 19.06.2006 tarihinde en son onarım hakkını kullanmış, bu tarihten uzunca bir süre geçtikten sonra 18.12.2007 tarihinde eldeki davayı

kaldırılmasıyla ilgili olarak TKHK m. 10 gerekçesinde de ayıbı çok erken tespit etmiş olmasına rağmen, tüketicinin uzunca bir süre haklarını kullanmamasının, duruma göre TMK m. 2/II'deki hakkın kötüye kullanılması itirazıyla karşılaşılabileceği ifade edilmektedir.

Bundan başka, herhangi bir bildirim süresi öngörülme de, Garanti Belgesi Yönetmeliğinde, malın tamirinin mümkün olmadığı raporla tespiti durumunda bu raporun arızanın bildiriminden itibaren azamî tamir süresi içinde yerine getirilmesi gerektiği ifade edilmektedir (m. 9/V). Keza Satış Sonrası Hizmetler Yönetmeliğinde¹⁴⁰ garanti süresi içinde arızalanan bir malın servis istasyonlarında tamiri için gerekli azamî sürenin başlaması için bu arızanın yetkili servis istasyonuna veya satıcıya bildirilmesi şart koşulmaktadır (Satış Sonrası Hizmetler Yönetmeliği m. 10/IV)¹⁴¹. Lâkin bu bildirimler ne bir süreye bağlanmıştır ne de zorunludur. Ayrıca bu düzenlemeler Yönetmelikte Ek'li listede yer alan mallara münhasır olup, diğer malları ve hizmetleri kapsamamaktadır. Bu nedenle, garanti süresi içinde meydana gelen aksaklıkların bildirim için genel bir düzenleme yapılması yararlı olacaktır.

Konuyla ilgili son olarak, TKHK m. 56/III hükmünden de söz etmek gerekir. Zorunlu garanti belgesiyle satılan mallar yönünden uygulanacak bu

*açmıştır. Dava hakkının makul sürede kullanılması zorunludur. Aksi halde, MK'nın 2/2. maddesi anlamında hakkın kötüye kullanılması söz konusu olur", Y. 13. HD., E. 2008/13133, K. 2009/8618, T. 22.6.2009 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). **Atamer/İnceoğlu** da yasal tekeffül sorumluluğunda ihbar külfetinin kaldırılmasıyla ilgili olarak, tüketicinin her hâlükârda ayıptan doğan haklarını kullanmak için zaten 2 yıllık zamanaşımı süresi içinde bir gün satıcıya başvurabileceğini, bu başvurunun olayların birçoğunda ayıbı tespit ettikten kısa süre sonra olacağını, alıcının bunu yapmamış, hafif ayıplı malı kullanmaya devam etmiş ve ancak zamanaşımı süresinin dolmasına yakın satıcıya başvurarak malı değiştirmek istemesi halinde, bu durumun ya hakkın kötüye kullanılması sayılarak TMK m. 2/II çerçevesinde değerlendirileceğini ya da zaten ilgili ayıbın malın tesliminden sonra, yani tüketicinin kusurundan kaynaklanmış olması ihtimali ağır basacağını ifade etmektedir (s. 33).*

¹⁴⁰ RG S. 29029, T.13.6.2014.

¹⁴¹ Tüketici arıza bildirimini; telefon, faks, e-posta, iadeli taahhütlü mektup ve benzeri bir yolla yapabilir. Uyuşmazlık halinde bildirim ilişkili ispat yükümlülüğü tüketiciye aittir (Satış Sonrası Hizmetler Yönetmeliği m. 10/V). Bu nedenle ispat kolaylığı bakımından tüketicinin bildirimini noter marifetiyle yapması lehine olacaktır.

hükme göre; tüketici onarım hakkını kullanmışsa, malın garanti süresi içinde tekrar arızalanması veya tamiri için gereken azamî sürenin aşılması veya tamirinin mümkün bulunmadığının anlaşılması hâllerinde TKHK m. 11’de yer alan diğer seçimlik haklarını kullanabilmektedir. Hükümde belirtilen koşulların oluşması durumunda tüketicinin, garantiden doğan haklarından onarım hakkını kullandığı halde, yasal tekeffül sorumluluğundan doğan hakları yeniden canlanacaktır. Bu hakların kullanılabilmesi süre ilk olarak, malın tekrar arızalanması halinde arızanın ortaya çıktığı andan itibaren, malın tamiri için gerekli azamî sürenin aşılması durumunda sürenin aşıldığı andan itibaren ve malın tamirinin mümkün olmadığının anlaşılması halinde ise bu durumun tüketiciye bildirilmesinden itibaren başlayacaktır. Ancak bu hakların hangi süre içinde kullanılabilmesine TKHK’da dair bir düzenleme bulunmamaktadır. Yukarıda katıldığımız görüş çerçevesinde¹⁴² tüketici, garanti süresi içinde ayıbı tespit etmek kaydıyla, malın garanti süresi içinde tekrar arızalanmasından itibaren alacak hakkı niteliğindeki değiştirme hakkını TBK m. 146’daki on yıllık zamanaşımı süresi içinde, yenilik doğuran hak niteliğindeki sözleşmeden dönme ve bedelden indirim haklarını ise sözleşmeyle belirledikleri bir süre içinde, böyle bir süre tayin edilmemişse, muhatabın tayin edeceği uygun bir süre içinde veya muhatabın bir süre tayin etmediği durumlarda hakkın etkisizleşmesine kadar kullanabilir.

E. Garantiden Doğan Hakların Sona Ermesi ile Zamanaşımının Durması ve Kesilmesi Arasındaki İlişki

Zamanaşımının durması ve kesilmesi hususunda tüketicinin ayıplı mal ve hizmetten sorumluluktan dolayı hakkını dayandırdığı hukukî sebebin belirlenmesi büyük önem taşımaktadır. Tüketicinin, yasal tekeffül sorumluluğundan doğan hakları ile garanti sözleşmesinden doğan hakları birbirinden bağımsızdır ve bu haklar yarışma halindedir. Tüketici, hukukî sebeplerden dilediğine dayanarak kanundan veya sözleşmeden doğan haklarını kullanabilir. Tüketicilere verilen garanti taahhüdü onun yasal tekeffül hükümlerine başvurmasını kısıtlayıcı ve ortadan kaldırıcı bir etkiye sahip değildir. Ancak uygulamada müteşebbisler, tüketiciyi garanti taahhütlerine yönlendirmekte ve böylece tüketiciyi kanundan doğan sözleşmeden dönme ve değiştirme

¹⁴² Bkz. yuk. VII C.

gibi etkin haklar dışında ücretsiz onarım hakkını kullanmaya yönlendirmektedirler¹⁴³. Yargıtay da tüketicinin talebini kime karşı ve hangi hukukî sebebe dayanarak ileri sürdüğüne bakmaksızın garanti hükümlerini uygulamaktadır¹⁴⁴.

Tüketicinin talebini hangi hukukî sebebe dayandırdığı zamanaşımının durması ve kesilmesi bakımından önemlidir. Bu noktada ilk tespitimiz, tüketicinin yasal tekeffül sorumluluğuna dayanarak herhangi bir sebeple zamanaşımının kesilmesi garanti süresini durdurmayacağı gibi, tüketicinin garantiden doğan haklarını kullanması için de zamanaşımını kesmez. Keza aynı şekilde garanti taahhüdüne dayanılarak bir hakkın kullanılması, dava edilmesi veya garanti eden tarafından borcun ikrar edilmesi yasal tekeffül sorumluluğundan doğan seçimlik haklar yönünden zamanaşımını kesmez.

Özel önem taşımasıyla nedeniyle zorunlu garantide ücretsiz onarım hakkının kullanılmasının zamanaşımını kesmesi üzerindeki etkisi üzerinde durmak gerekecektir. Yukarıda da ifade edildiği üzere müteşebbisin ücretsiz onarım taahhüdü veya malın ücretsiz onarılması yasal tekeffül sorumluluğu bakımından borcun ikrarı niteliğinde olduğundan o ayıp bakımından zamanaşımını kesmektedir¹⁴⁵. Müteşebbisin ayıbı ücretsiz giderme taahhüdünde bulunmaksızın sırf malın ayıplı olup olmadığının tespiti için onda bulunduğu süre zarfında ise yasal tekeffül zamanaşımını durmaz ve de kesilmez.

Tüketicinin ücretsiz onarım hakkını garanti taahhüdüne dayandırması durumunda ise, malın müteşebbis tarafından onarılmasıyla garanti eden taahhüdünü yerine getirmiş olur. Malın garanti süresi içinde tekrar arızalanması durumunda malı onarmak yine garanti edenin borcudur. Müteşebbisin malın ayıplı olduğunu kabul etmemesi halinde ise, tüketicinin maldaki aksaklıkla işlemeye başlayan zamanaşımını kesebilmesi için uyumsuzluğun miktarına

¹⁴³ **Aydoğdu**, Murat; “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Getirdiği Yeniliklere Genel Bakış, Sözleşmeye Aykırılık, Ayıplı İfa Kavramlarına Getirdiği Farklı Yaklaşım ve Bu Konudaki Önerilerimiz”, DEÜHFD, Cilt: 15, Sayı: 2, 2013 (Basım Yılı: 2014), (Yenilikler), s. 16.

¹⁴⁴ Y. HGK., 22.6.2005, E. 2005/4-309, K. 2005/391; Y. 13. HD. 22.12.2005, E. 2005/13120, K. 2005/19103; Y. HGK. 21.10.2009, E. 2009/4-441, K. 2009/444 (**Atamer/İnceoğlu**, s. 60).

¹⁴⁵ Bkz. yuk. V C 2 a.

göre hakem heyetine başvurması veya dava açması gerekecektir. Garanti veren, malın garanti süresi sona erdikten sonra ortaya çıkan ayıpları ise gidermek zorunda değildir.

Garanti Belgesi Yönetmeliğinde tamirde geçen sürenin garanti süresine ekleneceği ifade edilmektedir (m. 6/III). Bu durumda garanti süresinin hesabında tamirde geçen süre hesaba katılmaz, süre durur. Duran süre, malın tamiri için gereken azamî sürenin aşılması (m. 9/I b) veya tamirinin mümkün olmadığı, yetkili servis istasyonu, satıcı, üretici veya ithalatçı tarafından bir raporla belirlenmesi (m. 9/I c) halinde kaldığı yerden yeniden işlemeye başlar. Maldaki aksaklığın ayıp sonucu değil de, kullanım hatası kaynaklı olması durumunda tüketici garantiden doğan haklarını kullanamayacaktır. Arızalarda kullanım hatasının bulunup bulunmadığının, yetkili servis istasyonları, yetkili servis istasyonunun mevcut olmaması halinde sırasıyla; malın satıcısı, ithalatçısı veya üreticisinden birisi tarafından mala ilişkin azamî tamir süresi içerisinde düzenlenen raporla belirlenmesi ve bu raporun bir nüshasının tüketiciye verilmesi zorunludur (Garanti Belgesi Yönetmeliği m. 11/II). Malın servis istasyonunda bulunduğu bu süre zarfında garanti süresi duracaktır.

Tüketicinin TKHK m. 56/III'de atıf yaptığı seçimlik hakların kullanılmasının zamanaşımının durması ve kesilmesinin üzerindeki etkilerinden de söz etmek gerekir. Maddeye göre; tüketici malın garanti süresi içinde tekrar arızalanması veya tamiri için gereken azamî sürenin aşılması veya tamirinin mümkün bulunmadığının anlaşılması hâllerinde halinde, sözleşmeden dönme, bedelden indirim veya değiştirme haklarını kullanabilmektedir. Lâkin tüketicinin yasal tekeffül sorumluluğundan doğan bu hakların canlanabilmesi için aksaklığın garanti süresi içinde ortaya çıkmış olması gerekir. Garanti süresi sona erdikten sonra malın yeniden arızalanması durumunda tüketicinin değiştirme, sözleşmeden dönme ve bedelden indirim haklarını kullanması mümkün değildir. Zira garanti süresinin dolmasıyla muhatapın borcu sona erer. Muhatap yalnızca garanti süresi içinde ortaya çıkan aksaklıkları gidermekle yükümlüdür.

TKHK m. 56/III'de tüketicinin TKHK m. 11'de yer alan seçimlik haklardan onarım hakkını kullanması halinde yasal tekeffülden doğan diğer

haklarını kullanabileceği ifade edilmektedir. Bu düzenlemenin lafzı isabet-sizdir¹⁴⁶. Şöyle ki; tüketiciye bir mal veya hizmete ilişkin garanti verilmesi durumunda tüketicinin sözleşmesel garantiden doğan hakları ile yasal tekeffülden doğan hakları yarışma halindedir. Tüketici, yasal tekeffül sorumluluğundan doğan ücretsiz onarım hakkını kullanabileceği gibi, garanti taahhüdüyle kendisine tanınan ücretsiz onarım hakkını da kullanabilir. Kanun koyucu, bu hakların yarıştığını göz ardı ederek, tüketicinin yasal tekeffülden doğan onarım hakkını kullanması halinde, TKHK m. 56/III'deki koşulların varlığı halinde, diğer haklarını kullanabileceğini düzenlemiştir. Oysa tüketicinin yasal tekeffül sorumluluğuna dayanarak birer alacak hakkı olarak nitelendirdiğimiz ücretsiz onarım hakkının kullanılması ve bunun belirli bir sürede¹⁴⁷ yerine getirilmemesi halinde, tüketici, yasal tekeffülden doğan diğer haklarına zamanaşımı süresi içinde başvurabilecektir. Ayrıca yasal tekeffül sorumluluğunda tüketici, ücretsiz onarım hakkını hiç kullanmadan da doğrudan kanundaki diğer seçimlik haklarını kullanabilmektedir. Buna karşılık, tüketicinin zorunlu garantiye dayanması halinde, öncelikle ücretsiz onarım hakkını kullanması zorunlu olup, bu hakkın kullanılması halinde ise, onun diğer seçimlik hakları kullanabilmesi malın garanti süresi içinde tekrar arızalanması, tamir için gerekli azamî sürenin aşılması veya tamirinin mümkün olmamasına bağlıdır. Sonuç olarak, tüketicinin ücretsiz onarım hakkı ya

¹⁴⁶ Maddenin kaleme alınmış tarzını haklı olarak eleştiren **Gümüş** de, kanun koyucunun yasal tekeffül sorumluluğu ile bağımsız akdî sorumluluğu birbirine karıştırdığını, yasal tekeffül sorumluluğunun tüketiciye bir kısım seçimlik haklar ve bunlara bağlı tazminat alacağı sağlarken; akdedilmiş sözleşmeye (garanti belgesine) dayalı garanti sorumluluğunun tüketici için malın onarımı ve değişimine dayalı ayın olarak ifa edilen bir tazminat alacağı öngördüğünü ifade etmiştir (Tüketici, s. 119).

¹⁴⁷ Tüketicinin yasal tekeffül hükümlerine dayanarak ücretsiz onarım hakkını kullanması halinde, onarımın hangi süreler içinde yapılmazsa tüketicinin diğer seçimlik haklarını kullanabileceği kanunda düzenlenmiştir. Buna göre; Ücretsiz onarım veya malın ayıpsız misli ile değiştirilmesi haklarından birinin seçilmesi durumunda bu talebin satıcıya, üreticiye veya ithalatçıya yöneltilmesinden itibaren azamî otuz iş günü, konut ve tatil amaçlı taşınmazlarda ise altmış iş günü içinde yerine getirilmesi zorunludur. Ancak, bu Kanunun 58 inci maddesi uyarınca çıkarılan yönetmelik eki listede yer alan mallara ilişkin, tüketicinin ücretsiz onarım talebi, yönetmelikte belirlenen azamî tamir süresi içinde yerine getirilir. Aksi hâlde tüketici diğer seçimlik haklarını kullanmakta serbesttir (TKHK m. 11/IV).

yasal tekeffülden ya da garanti taahhüdünden doğar, yani haklardan birinin dayanağı yasa iken, diğerinin dayanağı ise sözleşmedir. Kanaatimizce, burada lafzî yorum yapmaksızın, TKHK m. 56/III'deki tüketicinin kullandığı onarım hakkının dayanağını, hükmün düzenlendiği yer bakımından da garantiden doğan onarım hakkı olarak anlamak gerekir¹⁴⁸.

Tüketicinin hakkını dayandırdığı hukukî sebep yasal tekeffül zamanlaşımı ve garanti süresinin hesabı bakımından önemlidir. Tüketicinin, yasal tekeffülden doğan onarım hakkını kullanması halinde, malı onarma taahhüdü veya malın ücretsiz onarımı ayıba karşı tekeffül borcunun ikrarı sayılıp o ayıp bakımından zamanlaşımını keser. Zira müteşebbisin borcu, malın veya hizmetin ayıplı olması durumunda bu ayıptan dolayı sorumlu olma borcudur. Müteşebbisin ayıptan dolayı sorumlu olması için tüketicinin kullandığı seçimlik hakkın bir önemi yoktur. Oysa zorunlu garanti taahhüdünde garanti verenin borcu, malda garanti süresi içinde ortaya çıkabilecek arızaları malın onarımı şeklinde tezahür eden ve ayın olarak ifa edilen bir tazminat borcudur ve müteşebbis o malı onardığı sürece borcu sona erer¹⁴⁹. Dolayısıyla tüketicinin garanti sözleşmesinden doğan onarım hakkını kullanması ve malın onarılması halinde garanti süresinin veya zamanlaşımının durması ve kesilmesi söz konusu olmaz, sadece tamirde geçen süre, garanti süresine eklenir. Tüketicinin hukukî sebep belirtmeksizin ücretsiz onarım hakkını kullandığı durumlarda müteşebbis malın ücretsiz onarımıyla zamanlaşımının kesilmesini istemiyorsa, tüketicinin hakkını hangi hukukî sebebe dayandırdığını ispat etmelidir.

SONUÇ

6502 sayılı Kanundaki yasal tekeffül sorumluluğunda seçimlik hakların kullanılması *-hakkın niteliğine bakılmaksızın-* zamanlaşımına tabi tutulmuştur. Kanunda zamanlaşımının başlangıcı bakımından malın teslimi ve hizmetin ifa tarihi esas alınmıştır. Kanunda ayıplı mal ve hizmetten doğan zamanlaşımı süreleri belirlenmiştir. TKHK'nın ayıptan sorumlulukta zamanlaşımı sürelerine ilişkin hükümlerin nisbî emredici nitelikte olması nedeniyle,

¹⁴⁸ Karş. **Gümüş**, Tüketici, s. 119.

¹⁴⁹ Karş. **Gümüş**, Tüketici, s. 119.

bu sürelerin taraf iradeleriyle kısaltılması, *-ikinci el satışlarda iki yıl olan zamanaşımı süresinin sözleşmeyle bir yıla indirilebilmesi dışında-* mümkün değildir. Ayrıca kanunlarda daha uzun bir zamanaşımı öngörülmüşse daha uzun olan zamanaşımı süresinin uygulanması gerekecektir. Zamanaşımının durması ve kesilmesine ilişkin özel hükümler ihdas edilmediğinden bu hususlara ilişkin genel hükümler uygulanacaktır. Tüketicinin kanundan doğan seçimlik hakları kullanması bir dava açılmasını gerektirmediği halde, malın teslimi veya hizmetin ifasıyla başlayan zamanaşımının kesilebilmesi için muhatabın borcunu ikrar etmesi veya tüketicinin hakem heyetine başvurusu ya da dava açması gerekecektir. Tüketicinin seçimlik haklarını kullandığı ve bunu muhatapla müzakere ettiği zaman dilimi içinde zamanaşımının durmasına ilişkin bir hüküm bulunmaması önemli bir eksikliklerdir. Bu tür durumlarda hakkın kötüye kullanılması yasağı (TMK m. 2/II) tüketiciyi koruma işlevi görür.

Tüketicinin kanundan doğan seçimlik hakkını kullanması, diğer seçimlik haklar bakımından da zamanaşımını durduracak veya kesecektir. Ayıplı mal ve hizmetten birden fazla kişinin müteselsil sorumlu olduğu durumlarda da sorumlulardan birine karşı zamanaşımının kesilmesi, diğerlerine karşı da zamanaşımının kesilmesine yol açacaktır.

Müteşebbisler yasal tekeffül sorumluluğu yanında, sundukları mal ve hizmetler bakımından sözleşmesel garanti taahhütleri vermektedirler. Böyle bir durumda, garanti süresinin yasal tekeffül sorumluluğu için kanunun öngördüğü zamanaşımı süresinden uzun olması halinde, yasal tekeffül sorumluluğunun da garanti süresi kadar uzadığı varsayılır. Bu durumda, tüketicinin yasal tekeffül sorumluluğundan doğan hakları ile garanti sözleşmesinden doğan hakları yarışma halindedir ve dolayısıyla tüketici mal veya hizmette bir ayıbın ortaya çıkması halinde dilediği hukukî sebebe dayanarak haklarını kullanabilir. Tüketicinin yasal tekeffül sorumluluğuna dayanarak seçimlik haklarından birini kullanmasıyla zamanaşımının kesilmesi, garanti süresini durdurmayacağı gibi, tüketicinin garantiden doğan haklarını kullanması da yasal tekeffül sorumluluğunda zamanaşımını kesmez. Keza aynı şekilde garanti taahhüdüne dayanılarak bir hakkın kullanılması, dava edilmesi veya garanti eden tarafından borcun ikrar edilmesi yasal tekeffül sorumluluğundan doğan seçimlik haklar yönünden zamanaşımını kesmez.

Garanti süresi, kanaatimizce bir tespit süresidir ve dolayısıyla tüketicinin ayıptan doğan hakları kullanma süresi ayıbın tespit edildiği andan itibaren başlar. Tüketicinin garantide öngörülen haklarını garanti süresi içinde kullanması şart değildir. Ancak işin niteliği ve dürüstlük kuralı gereği tüketicinin ortaya çıkan aksaklığı makûl süre içinde muhabata bildirmesi gereklidir, aksi halde tüketicinin talebi, duruma göre, hakkın kötüye kullanılması yasağına tabi olacaktır (TMK m. 2/II). Bu, hem bağımsız olmayan teminat hükümleri hem de bağımsız garanti sözleşmeleri bakımından geçerlidir. Lâkin, tüketicinin garantiden doğan haklarını belirli bir süre içinde kullanabilmesi bakımından bağımsız olmayan teminat hükümleri ile bağımsız garanti sözleşmeleri bakımından bir ayırımı gitmek gerekecektir. Bağımsız olmayan teminat hükümlerinde zamanaşımı, hakkın niteliğine bakılmaksızın, o tüketici işlemi için öngörülen zamanaşımına tabi olurken, bağımsız garanti taahhütlerinde tüketici, ayıp ortaya çıkıp tespit edildikten sonra, ücretsiz onarım, değiştirme ve diğer alacak hakları bakımından on yıllık genel zamanaşımı süresi (TBK m. 146) içinde sözleşmeden doğan haklarını kullanabilecektir. Bu aşamadan sonra ise zamanaşımının durmasına ve kesilmesine ilişkin genel kurallar uygulanacaktır. Tüketicinin garanti taahhüdüne dayanarak onarım hakkını kullanması durumunda ve TKHK m. 56/III'deki koşulların varlığı halinde kendisine tanınan; sözleşmeden dönme, bedelden indirim gibi yenilik doğuran haklar ise, bu hakların hangi süre içinde kullanılacağına dair kanunda bir süre öngörülmediğinden, garanti taahhüdünde bir süre öngörülmüşse bu süre içinde, süre öngörülmemişse, muhabatın vereceği uygun bir süre içinde veya hakkın etkisizleşmesine kadar kullanılabilir.

Yararlanılan Kaynaklar

- Akçaal**, Mehmet/**Uyumaz**, Alper; “6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Bazı Hükümlerine (m. 1-16) İlişkin Bir İnceleme”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 4, Sayı: 2, 2013, s. 241-276.
- Akçay**, Ergin; Türk Borçlar Kanununa Göre Zamanaşımı, XII Levha Yayınları, İstanbul 2010.
- Akıncı**, Şahin; Ayıplı Mal ve Hizmetlere Karşı Tüketicinin Korunması, Cemre Yayınları, Konya 1998.
- Aral**, Fahrettin/**Ayrancı**, Hasan; Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 9. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2012.
- Arbek**, Ömer; Satım Konusu Ayıplı Malın Tamir Edilmesi, Yetkin Yayınları, Ankara 2005.
- Aslan**, Yılmaz; 6502 sayılı Kanuna Göre Tüketici Hukuku, 4. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa 2014.
- Atamer**, Yeşim/**İnceoğlu**, Murat; Satım Sözleşmesinde Tüketicinin Seçimlik Hakları ve Avrupa Birliği Hukuku ile Uyumu Sorunu, Otomotiv Distribütörleri Derneği Yayını, İstanbul 2012.
- Atamer**, Yeşim/**Baş**, Ece; “Avrupa Birliği Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak 6502 sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Satım Sözleşmesinde Ayıptan Sorumluluk”, İstanbul Barosu Dergisi, Tüketici Hakları ve Rekabet Hukuku Özel Sayısı, Cilt: 88, Özel Sayı 1, 2014, s. 19-61.
- Atasoy**, Ömer Adil/**Taşkın**, Mustafa/**Acar**, Hakan; Tüketiciyi Koruma Hukuku, 2. Baskı, Yargı Yayınevi, Ankara 2000.
- Ayan**, Nurşen, “Taşınır Satımında Satıcının Kanundan Doğan Ayıba Karşı Tekeffül Borcu”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:15, Sayı: 1, 2007, s. 11-38.
- Aydoğdu**, Murat; Konut Finansman Sistemi (Mortgage), Adalet Yayınevi, Ankara 2010, (Konut).

- Aydoğdu**, Murat; “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Getirdiği Yeniliklere Genel Bakış, Sözleşmeye Aykırılık, Ayıplı İfa Kavramlarına Getirdiği Farklı Yaklaşım ve Bu Konudaki Önerilerimiz”, DEÜHFD, Cilt: 15, Sayı: 2, 2013 (Basım Yılı: 2014), s. 1-62, (Yenilikler).
- Aydoğdu**, Murat/**Kahveci**, Nalan; Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, İleri Kitabevi, 1. Baskı, İzmir 2013.
- Baykan**, Renan; Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Eksik ve Aksak Yönleri ile Tadiline İlişkin Çözüm Önerileri, İstanbul Ticaret Odası Yayını, Yayın No: 2008-27, İstanbul 2008.
- Bilge**, Necip; Borçlar Hukuku, Özel Borç Münasebetleri, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Yayınları, Sevinç Matbaası, Ankara 1971.
- Bilgen**, Mahmut; Özel Hukukta Zamanaşımı, Adalet Yayınevi, Ankara 2010.
- Bucher**, Eugen; Obligationenrecht, Besonderer Teil, 3. Auflage, Zürich 1988.
- Buz**, Vedat; Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Yetkin Yayınları, Ankara 2005.
- Çabri**, Sezer; Konut Finansmanı Sözleşmeleri, XII Levha Yayınları, İstanbul 2010.
- Demir**, Mehmet; “Tüketim Mallarının Satımındaki Garantilere İlişkin AB Yönergesi ve Ülkemizdeki Yasal Düzenleme”, AÜHFD., C. 54, S. 3, 2005, s. 23-51.
- Deryal**, Yahya; Tüketici Hukuku, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2008.
- Edis**, Seyfullah; Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Ajans-Türk Matbaası, Ankara 1963.
- Ellenberger**, Jürgen; in: Palandt Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch, 72. Auflage, Verlag C.H. Beck, München 2013.
- Erdem**, Mehmet; Özel Hukukta Zamanaşımı, XII Levha Yayınları, İstanbul 2010.

- Eren**, Fikret; Borçlar Hukuku, Genel Hükümler (6098 sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış), Yetkin Yayınları, 14. Baskı, Ankara 2012.
- Ergenekon**, Yılmaz; Türk Borçlar Hukukunda Müruru Zamanın Kat'ı (Ve Tatili İle Mukayesesi), Güzel Sanatlar Matbaası, Ankara 1960.
- Erlüle**, Fulya; "Tüketim Mallarının Satımı Sözleşmesi ve Bu Mallara İlişkin Olarak Verilen Garantiler Hakkında Yönerge", Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Seçkin Yayınevi, Ankara 2004, s. 419-434.
- Feyzioğlu**, Feyzi Necmeddin; Borçlar Hukuku, Akdin Muhtelif Nevileri (Özel Borç İlişkileri), Cilt I, 4. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1980.
- Gümüş**, Mustafa Alper; Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, 3. Bası, Cilt I, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013, (Borçlar Özel).
- Gümüş**, Mustafa Alper; 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Cilt 1 (Madde: 1-46), Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014. (Tüketici I)
- Honsell**, Heinrich; Obligationenrecht, Kurzkomentar, Art. 1-529, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2008.
- İlhan**, Cengiz; Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, TBB Yayınları, Ankara 2006.
- Kapancı**, Kadir Berk; 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Açısından Satış Hukukunda Ayıptan Doğan Sorumluluk ve Sözleşmesel Garanti Taahhütleri, XII Levha Yayınevi, İstanbul 2012.
- Kara**, İlhan; Tüketici Hukuku, Engin Yayınevi, Ankara 2012.
- Kaya**, Ferman; "Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun", İstanbul Barosu Dergisi, Cilt: 88, Sayı: 2014/1, Ocak-Şubat 2014, s. 71-80.
- Müller-Chen**, Marcus; in: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Art. 184-318 OR, 2. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich-Basel-Genf 2012.
- Oğuzman**, Kemal/Öz, Turgut; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt: 1, 11. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013.

- Oğuzman**, Kemal/**Seliçi**, Özer/**Oktay-Özdemir**, Saibe; Eşya Hukuku, 15. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2012.
- Özkaya**, Eraslan; Özel Hukukumuzda Zamanaşımı ve Hak Düşürücü Süreler, Seçkin Yayınevi, Ankara 2012.
- Petek**, Hasan; “Tıbbi Müdahalelerden Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Uygulanması”, Prof. Dr.M. Polat Soyer’e Armağan, DEÜHFD Özel Sayı, C.II, 2013 (Basım Yılı: 2014), s. 969-1017.
- Reisoğlu**, Seza; Garanti Mukavelesi, Ajans Türk Matbaası, Ankara 1963.
- Serozan**, Rona; Sözleşmeden Dönme, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007.
- Şahiniz**, Salih C.; Tacirler Arası Ticari Satımlarda Satıcının Ayıplı İfadan (Ayıplı Mal Tesliminden) Sorumluluğu, Seçkin Yayınevi, Ankara 2008.
- Tonner**, Klaus; in: **Tamm**, Marina/**Tonner**, Klaus (Hrsg.); Verbraucherrecht, Nomos Verlag, Baden-Baden 2012.
- Tandoğan**, Halûk; Garanti Mukavelesi (Mahiyeti ve Benzeri Hukukî Münasebetlerden Tefriki), Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 1959, (Garanti).
- Tandoğan**, Halûk; Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Cilt: I/1, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Yayınları, 4. Bası, Olgaç Matbaası, Ankara 1985, (Cilt I/1).
- Tekinay**, Selahattin Sulhi/**Akman**, Sermet/**Burcuoğlu**, Haluk/**Altıp**, Atilla; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993.
- Tiryaki**, Betül; Tüketicinin Korunması Hukuku Açısından Ayıplı Hizmetten Doğan Sorumluluk, Yetkin Yayınları, Ankara 2007.
- Tunçomağ**, Kenan; Borçlar Hukuku, II. Cilt, Özel Borç İlişkileri, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1974.
- Weidenkaff**, Walter; in: Palandt Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch, 72. Auflage, Verlag C.H. Beck, München 2013.

- Yavuz**, Cevdet; Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu, Beta Yayınevi, İstanbul 1989, (Satım).
- Yavuz**, Cevdet; Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümleri, Beta Yayınevi, 7. Baskı, İstanbul 2009, (Borçlar).
- Yavuz**, Cevdet; Borçlar Hukuku Dersleri, Özel Hükümler, 9. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2011, (Dersler).
- Yavuz**, Nihat; Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2010.
- Yıldırım**, Abdulkerim; Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması, XII Levha Yayınları, İstanbul 2009.
- Zevkliler**, Aydın/**Aydoğdu**, Murat; Tüketicinin Korunması Hukuku, 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2004.
- Zevkliler**, Aydın/**Gökyayla**, K. Emre; Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 13. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2013.

^HÇEK CEZASI (TTK 783/3)

*Yrd. Doç. Dr. Ali Haydar YILDIRIM**

GİRİŞ

Kanun koyucu, poliçe ve bonodan farklı olarak, çekler bakımından özel yaptırımlar öngörmüştür. Bunun temel nedeni, çekin tedavül gücünü özel olarak koruma altına almaktadır. Bu tedavül güvenliği sadece Türk Ticaret Kanunu'nda öngörülen yaptırımlarla sağlanmamış, bunun yanı sıra Çek Kanunu'nda da özel yaptırımlar öngörülmüştür. Bu çerçevede, çekin karşılıksız çıkması durumunda Cumhuriyet savcısı tarafından talep üzerine çek hesabı sahibi gerçek veya tüzel kişi hakkında, çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı kararı verilmektedir (ÇekK 5).

Bu çalışmanın konusunu, TTK 783/3'de düzenlenen çek cezası oluşturmaktadır. Hükümde, çekin karşılıksız kalan kısmının yüzde onu dışında, hamilin uğradığı zararları da talep edebileceği belirtilmiştir. Bu husus, çalışmanın kapsamı içinde yer almamaktadır.

Bu çalışmada, ilk olarak çek cezasının niteliği ve bununla bağlantılı olarak benzer kurumlara arasındaki ilişki incelenmiştir. İkinci olarak, çek cezasının talep edilebilmesinin temel şartını oluşturan karşılıksız durumuna temas edilmiştir. Daha sonra, çek cezasını talebe yetkili olanlar ve bundan sorumlu olanlarla özellikle düzenleyen lehine aval veren kimsenin durumu açıklanmıştır. Bu hususlarla bağlantılı olarak çek cezasının miktarına da değinilmiştir. Bir diğer incelemeye konu teşkil eden noktaysa, çek cezası bakımından özellik taşıyan sebepsiz zenginleşme, karşılığın devri, bloke çek, garanti çeki, vizeli çek, keşide çeki hususlarıdır. Bunun yanı sıra, çek

^H Hakem incelemesinden geçmiştir.

* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

cezasının çek hesabı açma ve çek düzenleme yasağıyla ilişkisi, icra hukuku bakımından özellik taşıyan noktaları ve son olarak zamanaşımı sorunu incelenmiştir.

I. YASAL DÜZENLEME, DÜZENLEMENİN KAYNAĞI VE 3167 SAYILI eÇEKK'DE DÜZENLENEN DÜZELTME HAKKIYLA İLİŞKİSİ

A. Yasal Düzenleme ve Düzenlemenin Kaynağı

Türk Ticaret Kanunu'nun 783. maddesinin 3. fıkrasına göre, muhatap nezdinde karşılığı kısmen veya tamamen bulunmayan bir çek düzenleyen kişi, çekin karşılıksız kalan bedelinin yüzde onunu ödemekle yükümlü olduktan başka, hamilin bu yüzden uğradığı zararları da gidermekle yükümlüdür.

6762 sayılı TTK'nun 695. maddesinin üçüncü fıkrasında da, çekin kapatılmayan miktarının yüzde beşinden çeki keşide eden kimsenin sorumlu olduğu ifade edilmişti. Bu iki hüküm arasındaki temel farklılık 6762 sayılı Kanun'da öngörülen yüzde beşlik oranın yüzde ona çıkarılmasıdır. Düzenlemenin gerekçesindeyse, 6762 sayılı TTK'nın 695. maddesinin dili sadeleştirilerek aynen alındığı belirtilmiştir.

Yeni TTK'nun gerekçesinde yüzde beşlik çek cezası oranının neden yüzde ona çıkarıldığına ilişkin herhangi bir açıklama yoktur. Bu durumun 3167 sayılı Kanun'da düzenlenen düzeltme hakkıyla bağlantısı bulunmaktadır. Bu husus aşağıda açıklanacaktır.

TTK'nun 783/3 maddesinde düzenlenen çek cezası ilişkin esas, İsviçre Borçlar Kanununun (OR) 1103. maddesinden alınmıştır. Söz konusu düzenlemeye göre, muhatap nezdinde karşılığı bulunmadan çek düzenleyen kişi, hamilin bu yüzden görmüş olduğu zararlar dışında, karşılıksız kalan kısmın yüzde beşini de ödemek zorundadır. Bu hükme karşılık gelen bir düzenleme Cenevre Yeknesak Kurallarında bulunmamaktadır. Hükümün dayanağı eski İsviçre Borçlar Kanunu'nun 837. maddesinin ilk fıkrasıdır¹.

¹ Bu hususta bk. **Öztañ**, Fırat; Kıymetli Evrak Hukuku, 2. Bası, Ankara 1997, s. 1322, dpn. 61; bu düzenlemenin İsviçre hukukunda yasa haline gelme nedenleri için bk. **Tschannen**, Emmanuel Georg; Vorbeugender Rechtsgüterschutz durch Privatrecht -

B. Düzeltme Hakkıyla İlişkisi

3167 sayılı Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanunu'nun (kısaca Eski Çek Kanunu) 8. maddesinde düzeltme hakkı düzenlenmişti². Bu hükme göre; “Çekte yazılı keşide gününe göre hesaplanacak ibraz süresinin bitim tarihinden itibaren en geç on gün içinde çekin karşılıksız kalan kısmını yüzde on tazminatı ve ibraz tarihinden ödeme gününe kadar geçen süre için 16a maddesine göre hesaplanacak gecikme faizi ile birlikte ödemek suretiyle düzeltme hakkını kullanan, çek keşide etmek hakkını yeniden kazanır”.

Hüküm, tekrar çek düzenlemek isteyen düzenleyene bir olanak tanımaktaydı. Düzenleyen, tekrar çek düzenlemek istiyorsa, ibraz süresinin bitiminden itibaren karşılıksız kalan kısmın yüzde onunu ödemek zorundaydı. Yoksa, hamilin bu bedeli düzenleyenden talep etmesi mümkün değildi³. Bu hüküm sadece, düzenleyenin yeniden çek düzenlemesi bakımından önem taşımamaktaydı. Gerçekten de eğer düzenleyen, çekin karşılıksız kalan kısmının yüzde onunu süresi içinde öderse, kendisi hakkında karşılıksız çek düzenlemeden kaynaklı ceza davasının açılması da mümkün değildi (bk. eÇekK 16c/I-a).

Bununla birlikte, düzenleyenin düzeltme hakkını kullanıp, çekin karşılıksız kalan kısmının yüzde onunu hamile ödemesi durumunda, hamilin TTK 783 (eTTK 695)'de öngörülen miktarı başvuru hakkı kapsamında düzenleyenden talep etmesi mümkün değildi⁴.

3167 sayılı Kanunun yürürlükte olduğu dönemde eTTK 695. maddesinde öngörülen yüzde beşlik çek cezasının, düzeltme hakkıyla beraber

Eine Bestandesaufnahme überkompensatorischer Rechtsfolgen im Vertragsrecht der Schweiz-, Bern 2009, s.246; **Rampa**, Nilo; Der Ungedekte Check und Seine Rechtsfolgen, Schwarzenbach 1947, s. 89.

² Bu hakla ilgili olarak ayrıntılı açıklamalar için bk. **Güngör**, Seda Ş.; “Çekte Düzeltme Hakkı”, Doç. Dr. Mehmet Somer'in Anısına Armağan, İstanbul 2006, s. 134 vd.

³ Bu hususta bk. **Öztan**, Kıymetli Evrak, s. 1308; ancak bk. ve karşı. **Kubilay**, Huriye; “Karşılıksız Çeklerde Hesap Sahibinin Hukuki Durumu”, MBD 1986, S.17, s. 16; **Eriş**, Gönen; Çek Hukuku, 5. Bası, Ankara 2004, s. 115.

⁴ Bu hususta bk. **Öztan**, Kıymetli Evrak, s. 1308.

yüzde ona çıkıp çıkmadığı tartışması bulunmaktaydı⁵. Artık bu tartışma yeni Çek Kanunu ve 6102 sayılı TTK bakımından anlamını yitirmiştir. Gerçekten de 5941 sayılı yeni Çek Kanunu düzeltme hakkı için öngörülen karşılıksız kalan çek bedelinin yüzde onunun ödenmesi esnasından vazgeçtiği gibi, 6102 sayılı yeni TTK yüzde beş olan çek cezasını da yüzde ona çıkarmıştır. Bununla birlikte, çekin karşılıksız kalan kısmının yüzde beşinin yüzde ona çıkarılmasının temel sebebi düzeltme hakkıyla ilgili düzenlemeye uyum sağlamaktı.

II. ÇEK CEZASININ NİTELİĞİ

A. Tazminat Olarak Nitelendirilip Nitelendirilemeyeceği Sorunu

Yargıtay uygulamasında ve doktrinde bazı yazarlar tarafından TTK 783/3 (eTTK 695/III)'de öngörülen karşılıksız kalan çek bedelinin yüzde onunu belirtmek için “ çek tazminatı” ifadesi kullanılmaktadır. Burada olsa olsa çekin karşılıksız kalan kısmının yüzde onunun götürü (maktu) tazminat

⁵ Bu husustaki tartışmalar için bk. **Kendigelen**, Abuzer; Çek Hukuku, Gözden Geçirilmiş Güncellenmiş 4. Bası, İstanbul 2007, s. 306 vd.; **Öztürk**, Özgür; “Çekte Düzeltme Hakkı”, Batider 2001, C.XXI, S.1, s. 226-227; **Yıldız**, Şükrü; “5941 Sayılı Çek Kanunundaki Etkin Pişmanlık Hükmünün Çek Tazminatına Etkileri”, EÜHFD 2009, C. XIII, S. 3-4, s. 154-156.

Yargıtay, 6762 sayılı eTTK 695'de öngörülen yüzde beşlik oranının 3167 sayılı Çek Kanunu'nda öngörülen düzeltme hakkıyla yüzde ona çıkmadığını kabul etmekteydi. Yüksek Mahkeme bir kararında (**12. HD., 21.09.1989, E. 1989/4996, K. 1989/10905**) bu hususu ifade etmiştir: “...Sair temyiz itirazları yerinde değilse de, Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkındaki 3167 sayılı Kanunun 8. maddesi ile öngörülen tazminatın, düzeltme hakkı ile ilgili olup, bankalarca uygulanacağına ve ilamsız takip konusu yapılamayacağına binaen, alacaklının TTK.nun 695 (yeni TTK 783). maddesine göre % 5 tazminat isteyebileceği nazara alınmadan tazminatın % 10 üzerinden tahsilini gerektirir şekilde itirazın ret olunması isabetsiz ve bozmayı gerektirir ise de hatanın giderilmesi yeniden yargılama ve murafaayı gerektirmediğinden 12.9.1989 tarih, 102-855 sayılı merci kararının hüküm fıkrasına “takip taleplerinde yazılı %10 çek tazminatının icra dairesince %5 olarak hesap edilmesine” sözleri eklenmek suretiyle kararın düzeltilmesine ve merci kararının düzeltilmiş bu şekliyle İİK.nun 366. ve HUMK.nun 438. maddeleri uyarınca (BOZULMASINA)...” (Bu karar için bk. **Kazancı Veri Tabanı**).

niteliğinde olup olmadığı tartışılabilir⁶. Tazmin edilmesi gereken muhtemel zarar miktarının önceden ve götürü olarak belirlenmesine götürü tazminat denir⁷. Bu tazminatın temel amacı, tazminatın hesaplanmasında taraflara özellikle alacaklıya kolaylık sağlamaktır⁸. Götürü tazminat alacaklıyı zararın varlığı ve miktarı hususunda ispat yükünden kurtarır. Artık, zararın belirtilen miktarın altında olduğu hususunun borçlu tarafından ispat edilmesi gerekir. Götürü tazminat, niteliği itibarıyla bir tazminat olduğundan, bunun meydana gelen zarar miktarını aşması mümkün değildir⁹. Çünkü, tazminatın hiçbir şekilde zarara uğrayanın haksız zenginleşmesine neden olmaması gerekir.

Ancak Kanun'da öngörülen hamilin talep edebileceği çekin karşılıksız kalan kısmının yüzde onunu götürü (maktu) tazminat olarak nitelendirmek mümkün değildir. Gerçekten de tazminat sorumluluğunun doğabilmesi için gerekli olan temel şart zararın varlığıdır¹⁰. Hem TTK 783/3 hem de özellikle kaynak düzenleme olan OR Art. 1103/III'nin lafzı çok açık şekilde hamilin uğramış olduğu zararlardan ayrı olarak, çekin karşılıksız kalan miktarının yüzde onunu talep edebileceğini belirtmiştir. Yani, hamil çekin karşılıksız

⁶ Nitekim doktrinde bir görüş çekin karşılıksız kalan kısmının yüzde onunu (eTTK 695'deki yüzde beşlik miktarı) maktu tazminat olarak nitelendirmektedir (Bu hususta bk. **Domaniç**, Hayri; Kıymetli Evrak Hukuku, C. IV, İstanbul1990, s. 724-725; **Domaniç**, Hayri; Karşılıksız Çek, İstanbul 1983, s. 1; **Şimşek**, Edip; Hukukta ve Cezada Ticari Senetler, Ankara 1982, s. 425).

⁷ Bu hususta bk. **Kocağa**, Köksal; Türk Özel Hukukunda Cezai Şart (BK. m. 158-161), Ankara 2003, s. 49.

⁸ Bu hususta bk. **Gauch**, Peter/**Schlupe**, Walter R./**Schmid**, Jörg/**Rey**, Heinz; Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, B.II, 8. Auf., Zürich 2003, s. 344; **Fischer**, Thomas; Vertragliche Pauschalierung von Schadenersatz, Zürich 1998, s. 170; **Koller**, Alfred; Schweizerisches Obligationenrecht- Allgemeiner Teil, 3. Auf., Bern 2009, s. 1316; **Kren Kostkiewicz**, Jolanta/**Nobel**, Peter/**Schwander**, Ivo/**Wolf** Stephan (**Staffelbach**); OR Hand Kommentar, 2. Auf., 2009, Art. 160, No. 9; **Kocağa**, s. 49.

⁹ Bu hususta bk. **Fischer**, s. 170-171; **Kocağa**, s. 50-51.

¹⁰ Götürü tazminat için de zararın varlığının şart olduğu hususunda bk. **Bucher**, Eugen; Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Auf., Zürich 1988, s. 525; **Furrer**, Andreas/**Schnyder**, Anton K. (**Pellanda/Dubs**); Handkommentar zum Schweizer Privatrecht-Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen - , Art. 1-183 OR, 2. Auf., 2012, Art. 160, No. 18; ancak bk. ve karşı. **Tunçomağ**, Kenan; Türk Borçlar Hukuku, I. Cilt, Genel Hükümler, 6. Bası, İstanbul 1976, s. 861.

çıkması nedeniyle hiçbir zarara uğramamış olsa dahi, çekin karşılıksız kalan miktarının yüzde onunu düzenleyenden talep edebilir. Çekin karşılıksız çıkan kısmının yüzde onunu talep hakkı hamilin uğramış olduğu zararlar bağlantısı olmadığından, hamilin uğramış olduğu zararların yüzde onluk miktardan mahsup edilmesi de söz konusu olmaz¹¹.

B. Cezai Şart Olarak Nitelendirilip Nitelendirilemeyeceği Sorunu

Cezai şart, borçlunun alacaklıya karşı mevcut bir borcu hiç veya gereği gibi ifa etmemesi halinde ödemeyi vaad ettiği, hukuki işlemle belirlenmiş ekonomik değeri olan bir edimdir¹². Cezai şart üçlü ayrıma tabi tutulmaktadır. Bunlar; seçimlik cezai şart (TBK 179/I), ifaya eklenen cezai şart (TBK 179/II) ve ifayı engelleyen cezai şart (dönme cezası)dır (TBK 179/III).

Doktrinde savunulan bir görüşe göre, hamilin TTK 783/3 (eTTK 695/III)'e göre talep edebileceği tutar kanuni cezai şart niteliğindedir¹³. Karşılık-

¹¹ Doktrinde **Domaniç**, çekin karşılıksız kalan kısmının yüzde onunu (eTTK 695'deki yüzde beşlik kısmı) maktu tazminat olarak nitelendirdikten sonra bu kısmın talebi için hamilin zarara uğramasının gerek olmadığını, hamilin diğer uğradığı zararlardan bu kısmın mahsup edilemeyeceğini belirtmektedir (**Domaniç**, Kıymetli Evrak, s. 727). Yukarıda metinde de ifade edildiği üzere, maktu tazminatın talep edilebilmesi için zarar şarttır. Zarar olmadan tazminat talep edilebilmesi mümkün değildir. Buradan da anlaşılmalıdır ki, yazarın maktu tazminatla kastettiği husus aşağıda da belirteceğimiz medeni cezadır.

¹² Bu hususta bk. **Eren**, Fikret; Borçlar Hukuku-Genel Hükümler-, 10. Bası, İst 2008, s. 1133; ayrıca bk. **Tekinay**, Selahattin Sulhi/**Akman**, Sermet/**Burcuoğlu**, Haluk/**Altop**, Atilla; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul 1993, s. 341; **Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, 2. Auf, 1945 (Becker)**, Art. 160, Rz.1; **Honsell**, Heinrich/**Vogt**, Nedim Peter/**Wiegand**, Wolfgang (**Ehrt**); Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1- 529 OR, 4. Auf, Basel 2007, Art. 160, No.1; **Bucher**, s. 521; **Gauch/Schlupe/Schmid/Rey**, s. 333; **Fischer**, s. 55; **Furrer/Schnyder (Pellanda/Dubs)**, Art. 160, No. 1.

¹³ Bu hususta bk. **Karayalçın**, Yaşar; Ticari Senetler, 4. Bası, Ankara 1970, s. 282; **Selçuk**, Sami; "Çek Koşulları ve Karşılıksız Çek", AdD 1974, S. 4-5, s. 268; bu tutarın cezai şart niteliğinde olduğu hususunda bk. **Kayar**, İsmail; Kıymetli Evrak Hukuku, 7. Bası, Ankara 2013, s. 220; **Öktem, Seda**; "Çekte Müracaat Hakkı", Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan, C. I, İstanbul 2007, s. 752; **Kendigelen**, Çek, s. 306.

sız kalan çek bedelinin yüzde onunun cezai şart olarak nitelendirilmesi halinde bunun pratik bazı sonuçları da ortaya çıkacaktır. Bu çerçevede, hamil düzenleyenin çek bedelini ödeme teklifini çekincesiz kabul ederse, çekin karşılıksız kalan bedelinin yüzde onuna ilişkin talep hakkı sona erecektir (bk. TBK 179/II). Yine hamil, ancak yüzde onluk tutarı aşan zararlarını düzenleyenden talep edebilecektir (bk. TBK 180/II). Çekin karşılıksız çıkması nedeniyle hamilin uğramış olduğu zararlar yüzde onluk kısmı aşmamahtaysa, ayrıca zarar talep etmesi mümkün olmayacaktır¹⁴. Bunun yanı sıra, çekin karşılıksız kalan kısmının yüzde onu aşırı nitelik taşıyor ve düzenleyen tacir değilse TBK 182/III gereğince bu miktarın hakim tarafından kendiliğinden indirilmesi gerekecektir.

Ancak, doktrinde savunulan bu görüşe katılmak mümkün değildir. Zira, cezai şartın mutlaka taraflar arasında kararlaştırılması gerekir. Belli bir yükümlülüğe uygun hareket edilmediği zaman ödenecek edimi yanlar değil, kanun belirliorsa cezai şarttan söz edilemez¹⁵. TTK 783/3'deki düzenlemede de çekin karşılıksız çıkması durumunda ödenmesi gereken tutar, kanun koyucu tarafından belirlenmiştir. Bu nedenle, cezai şartın temel koşulu olan yanlar arasında belirleme TTK 783/3 bakımından geçerli değildir. Bunun

¹⁴ Cezai şartın bu niteliğiyle ilgili olarak bk. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 358-359; **Fischer**, s. 58; **Gauch/Schluep/Schmid/Rey**, s. 338-339.

Çekin karşılıksız kalan kısmının yüzde onunu cezai şart olarak nitelendiren yazarlar, hamilin bu miktarla karşılanmayan zararlarını da düzenleyenden talep edebileceğini kabul etmektedirler (Bu hususta bk. **Kayar**, s. 220-221).

Doktrinde **Pulaşlı**, çekin karşılıksız kalan kısmının yüzde onunu açıkça cezai şart olarak nitelendirmese de, hamilin bu miktarla karşılanmayan zararlarını talep edebileceğini belirtmektedir (Bu hususta bk. **Pulaşlı**, Hasan; -Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre ve 6273 Sayılı Kanunla Değişik Çek Kanunu'nun Yorumu ile- Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 3. Baskı, Ankara 2013, s. 380).

Selçuk ise, çekin karşılıksız kalan kısmının yüzde onunu (yüzde beş) kanuni cezai şart olarak nitelendirmekte, ancak karşılıksız çek nedeniyle açılacak tazminat davasında bu miktarın, zarar miktarından mahsup edilmeyeceğini kabul etmektedir (**Selçuk**, s. 269).

¹⁵ Bu hususta bk. **Tunçomağ**, Kenan; Türk Hukukunda Cezai Şart, İstanbul 1963, s. 16; **Tunçomağ**, Borçlar, s. 859; **Kocağa**, s. 113; benzer olarak bk. **Bucher**, s. 521; **Fischer**, s. 55; **Koller**, s. 1319; **Kren Kostkiewicz/Nobel/Schwander/Wolf (Staffelbach)**, Art. 160, No. 2; **BernerKomm (Becker)**, Art. 160, Rz.2; **BaslerKomm (Ehrat)**, Art. 160, No. 2.

sonucu olarak, çekin karşılıksız kalan kısmının yüzde onu cezai şart niteliğinde olmadığı için, bu miktarın hakim tarafından indirilmesi mümkün olmadığı gibi¹⁶, hamil yüzde onluk tutardan ayrı olarak uğradığı zararları talep edebilecektir. Yine çek bedelinin çekincesiz kabul edilmesi hamilin yüzde onluk tutarı talep etmesine engel teşkil etmeyecektir.

Sonuç olarak, TTK 783/3’de yer alan karşılıksız kalan çekin yüzde onu oranındaki tutarın cezai şart olarak nitelendirilmesi mümkün değildir.

C. Faiz Olarak Nitelendirilip Nitelendirilemeyeceği Sorunu

Faiz temelde anapara (kapital) ve temerrüt (gecikme) faizi olmak üzere ikili bir ayrıma tabi tutulur¹⁷. Eğer sözleşme uyarınca alacaklıya ait bir paranın faiz geliri elde etmek amacıyla ödünç verilmesi veya herhangi bir şekilde borçluda kalması üzerine faiz ödenmesi öngörülmüşse buna anapara faizi denir¹⁸. Anapara faizinin sözleşme veya kanunla öngörülmesi mümkündür. Burada önemli olan faizin vadeye kadar işletilmesidir¹⁹. Diğer bir ifadeyle, anapara faizi vadeye kadar işletilen faizdir. Ancak çekin karşılıksız kalan kısmının yüzde onu oranındaki tutarı anapara faizi olarak nitelendirmek mümkün değildir. Gerçekten de hamilin çekin karşılıksız kalan kısmının yüzde onunu talep edebilmesi için çekin ibraz süresi içinde bankaya ibraz edilmiş olmasına rağmen ödenmemiş olması gerekir. Yani, hamilin talep hakkı çekin ibrazına rağmen karşılıksız kalmasıyla doğmaktadır.

Acaba, çekin karşılıksız kalan kısmının yüzde onunun temerrüt faizi olarak nitelendirilmesi mümkün müdür?

Temerrüt faizi, para borcunu zamanında ödemeyerek temerrüde düşen borçlu tarafından ödenmesi gereken faizdir²⁰. Temerrüt faizinde ödemenin gecikmesine bağlı olarak miktarı da artış gösterir. Temerrütten sonra ödeme

¹⁶ Aynı yönde bk. **Kocağa**, s. 113.

¹⁷ Faizin türleri hususunda ayrıntılı açıklamalar için bk. **Helvacı**, Mehmet; Borçlar ve Ticaret Kanunu Açısından Para Borçlarında Faiz Kavramı, İstanbul 2000, s. 95 vd.

¹⁸ Bu hususta bk. **Aydoğdu**, Murat/**Ayan**, Serkan (**Aydoğdu**); Türk Borçlar ve Türk Ticaret Hukuku’nda Yer Alan Faiz ile İlgili Düzenlemelerin Değerlendirilmesi, 2. Baskı, Ankara 2014, s. 5.

¹⁹ Bu hususta bk. **Helvacı**, Faiz, s. 102.

²⁰ Temerrüt faizinin şartları için bk. **Helvacı**, Faiz, s. 103 vd.

ne kadar erken yapılırsa o kadar az temerrüt faizi ödenir. Buna karşılık, ödeme ne kadar gecikirse, borçlunun ödeyeceği temerrüt faizi gecikmeyle doğru orantılı olarak artış gösterir²¹.

Karşılıksız kalan çek bedelinin yüzde onu oranındaki tutarı, temerrüt faizi olarak nitelendirmek mümkün değildir²². Gerçekten de çekin karşılıksız kalan kısmının yüzde onunun talep edilebilmesi için hamilin usulüne uygun olarak ibraz ettiği çekin karşılıksız kalması yeterlidir. Çekin karşılıksız kalması anından itibaren hamil yüzde onluk bedeli talep edebilir. Yoksa hamilin talep edebileceği yüzde onluk oran, düzenleyen tarafından ödemenin geciktirilmesine bağlı olarak artış göstermez. Yüzde onluk oran maktu bir bedel olarak öngörülmesi olup, zamanla değişiklik göstermemektedir²³.

D. Adli ve İdari Para Cezası Olarak Nitelendirilip Nitelendirilemeyeceği Sorunu

Adli para cezası²⁴, kanunun açıkça gösterdiği durumlarda, fail tarafından işlenen suçun karşılığı olarak devlet hazinesine ödenmesi gereken bir

²¹ Borçlunun ediminin zamandan bağımsız olması durumunda faiz olarak nitelendirilmeyeceği hususunda bk. **Hausherr**, Heinz (**Weber**); Berner Kommentar, Bd. VI/1/4, Die Erfüllung der Obligation, Art. 68-96 ORSchweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, 2. Auf, 2005, Art. 73, Rz. 22; **Gauch/Schluemp/Schmid/Rey**, s. 56; **Kren Kostkiewicz/Nobel/Schwander/Wolf (Kren Kostkiewicz)**, Art. 73, No. 1

²² Çekin karşılıksız kalan kısmının yüzde onunun faiz niteliğinde olmadığına ilişkin olarak bk. **Yıldız**, EÜHFD 2009, C. XIII, S. 3-4, s. 153; benzer olarak bk. **Bilgili**, Fatih/**Demirkapı**, Ertan; Kıymetli Evrak Hukuku, Bursa 2014, s. 197; ancak bk. ve karşı. **von der Crone-Schmocker**, Brigitte; Das Checkinkasso und die Checktruncation, Zürich 1986, s. 9; **Meier-Hayoz**, Arthur/**von der Crone**, Hans Caspar; Wertpapierrecht, 1985, s. 236-237.

²³ İsviçre hukuku bakımından aynı yönde açıklamalar için bk. **Blaeser**, Alexander; Die Zinsen im Schweizerischen Obligationenrecht- Geltendes Recht und Vorschlag für eine Revision, Zürich/St. Gallen 2011, s. 183; **Zimmermann**, Harry; Kommentar des schweizerischen Scheckrechts, Zürich 1964, Art. 1003, No. 18; **BernerKomm (Weber)**, Art. 73, No. 35; **Tschannen**, s.247.

²⁴ Söz konusu ceza “kamu para cezası” olarak da adlandırılmaktadır (Bu hususta bk. **Çolak**, Haluk/**Altun**, Uğurtan; “Bir Yaptırım Türü Olarak Para Cezalarının Teori ve Uygulamadaki Analizi”, TBB 2007, S. 69, s. 266).

paradır²⁵. İdari para cezalarıysa, belirli kuralların ihlali nedeniyle doğrudan doğruya idari merciler tarafından verilen para cezalarıdır²⁶. Görüldüğü üzere idari para cezaları idari merciler tarafından verilirken, adli para cezası adli organlar tarafından verilmektedir. Ancak her ikisinde de fiilden zarar görene bir ödeme yapılmaz. Söz konusu para, hazineye veya diğer kamu kurumlarına gelir olarak kaydedilir.

Çekin karşılıksız kalan kısmının yüzde onunu adli ve idari para cezası olarak nitelendirmek mümkün değildir. Zira her şeyden önce çekin karşılıksız kalan kısmının yüzde onunun ödenmesine adli veya idari makam karar vermemektedir. Bunun yanı sıra, söz konusu bu bedel, para cezalarından farklı olarak hamile ödenmektedir²⁷.

E. Medeni Ceza Olarak Nitelendirilip Nitelendirilemeyeceği Sorunu

Türk ve kaynak İsviçre hukukunda hakim görüş, TTK 783/3 (eTTK 695/III)'de belirtilen çekin karşılıksız kalan kısmının yüzde onu oranındaki tutarı medeni ceza olarak nitelendirmektedir²⁸. Bu tutarın hakim görüş tara-

²⁵ Bu hususta bk. **Çolak/Altun**, s. 266-267.

²⁶ Bu hususta bk. **Çolak/Altun**, s. 271.

²⁷ Benzer olarak bk. **Rampa**, s. 89-90.

²⁸ Bu hususta bk. **Jäggi**, Peter/**Druey** Jean Nicolas/**von Greyerz**, Christoph; Wertpapierrecht, Basel und Frankfurt 1985, s. 282; **İnan**, Nurkut; Çek Rizikolarından Doğan Sorumluluk, Ankara 1981, s. 55; **Reisoğlu**, Seza; Çek Hukuku, Ankara 2011, s. 286; **Roberto**, Vito/**Trüb**, Hans Rudolf (**Kuhn**); Handkommentar zum Schweizer Privatrecht- GmbH, Genossenschaft, Handelsregister und Wertpapiere-Bucheffektengesetz- Art. 772-1186 OR und BEG, 2. Auf, 2012, Art. 1130, No. 3; **Honsell**, Heinrich/**Vogt**, Nedim Peter/**Watter**, Georg (**Widmer**); Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, Art. 530-1186 OR, 3. Auf, Basel 2008, Art. 1103, No. 5; **Doğanay**, İsmail; Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C. 2, 4. Bası, İstanbul 2004, s. 2118; **Öztaş**, Kıymetli Evrak, s. 1307; **Bilgili/Demirkapı**, s. 197; **Kocağa**, s. 113; **Rampa**, s. 90; **Kren Kostkiewicz/Nobel/Schwander/Wolf (Schwarz)**, Art.1103, No. 5.

Yargıtay da bir kararında (11. HD., 11.07.2011, E. 2010/683, K. 2011/8676) düzenleyen sorumlu olduğu bu miktarın medeni ceza olduğunu ifade etmiştir. Bu kararın ilgili bölümü şu şekildedir: "...TTK 695/3 (yeni TTK 783/3). maddesinde ise, "Gösterilen paraya mukabil muhatap nezdinde karşılığı bulunmadan bir çek keşide eden kimse;

findan medeni ceza olarak nitelendirilmesinin temel nedeni, hamilin zarardan ve düzenleyenin kusurundan bağımsız olarak bu miktarı talep etmesinin mümkün olmasıdır²⁹.

Çekin karşılıksız kalan kısmının yüzde onunun medeni ceza olarak nitelendirilmesinin sonucu olarak, hamil çekin karşılıksız kalması nedeniyle hiçbir zarara uğramasa dahi, bu tutarı yine de düzenleyenden talep edebilir. Bunun yanı sıra, hamilin çekin karşılıksız kalması nedeniyle uğramış olduğu zararlar varsa, bunlar yüzde onluk kısımdan mahsup edilemez³⁰. Örn. Hamil tarafından, bankaya ibraz edilen çekin 50.000 TL lik kısmı karşılıksız kalmışsa, hamil düzenleyenden medeni ceza olarak 5.000 TL talep edebilir. Hamilin çekin karşılıksız kalması nedeniyle 6.000 TL zararı ortaya çıkmışsa, hamil medeni ceza olarak hem 5.000 TL hem de zarar nedeniyle ortaya çıkan 6.000 TL'yi talep edebilir. Halbuki, çekin karşılıksız kalan kısmının yüzde onu ifaya eklenen cezai şart olarak nitelendirilmiş olsaydı, ancak cezai şartla karşılanamayan zararlarını (verilen örnekte 1.000 TL) talep edebilecekti.

Bizce de, çekin karşılıksız çıkan kısmının yüzde onluk kısmını medeni ceza olarak nitelendirmek gerekir. Zira bu miktarın talep edilebilmesi için hamilin zarara uğramasına gerek olmadığı gibi, düzenleyenin kusurlu olup olmamasının da bir önemi yoktur. Burada, kanun koyucunun amacı düzenleyeni süresi içinde ibraz edilen çekin karşılığını bulundurmaya zorlamaktır. Böylelikle yüzde onluk tutar, usulüne uygun olarak muhataba ibraz edilen çekin karşılıksız çıkmaması bakımından düzenleyen üzerinde caydırıcı bir

çekin kapatılmayan miktarının yüzde beşini ödemekle mükellef olduktan başka hamilin bu yüzdenden uğradığı zararı tazmine mecburdur” hükmü bulunmaktadır. TTK 695/3 (yeni TTK 783/3). maddesinde belirtilen “tazminat”, bir “zarar” karşılığı ödenmesi gereken bir zarar değildir. Bu, bir nevi “medeni ceza”dır...” (Bu karar için bk. **YKD 2012, C. XXXVIII, S. 2, s. 255-258**).

²⁹ Bu hususta bk. **İnan**, Çek Rizikoları, s. 55; **Reisoğlu**, s. 286; **Doğanay**, s. 2118-2119; bu miktarın zarar ve kusurdan bağımsız olarak talep edilebileceği hususunda bk. **Karahan**, Sami/**Arı** Zekeriya/**Bozgeyik**, Hayri/**Saraç**, Tahir/**Ünal** Mücahit (**Arı**); Kıymetli Evrak Hukuku, Konya 2013, s.389; **Bilgili/Demirkapı**, s.197; hamilin iyiniyetinin ve kötüniyetinin çek cezası bakımından önem taşımadığı hususunda bk. **Rampa**, s. 90.

³⁰ Bu hususta bk. **İnan**, Çek Rizikoları, s. 55-56; **Reisoğlu**, s. 286.

etki sağlanmış olmaktadır^{31,32}. Özellikle, bedeli yüksek olup karşılıksız çıkan çeklerde düzenleyen, faiz, komisyon ve diğer zararlardan bağımsız olarak önemli bir tutarı daha hamile ödemek zorunda kalacaktır.

Hamilin uğramış olduğu zararların yüzde onluk tutardan mahsup edilmemesi³³, düzenlemenin amacının hamilin uğradığı zararları tazmin etmek olmadığını da göstermektedir. Amaç, karşılıksız çek düzenleyeni cezalandırmaktır³⁴. Böylelikle yasa koyucu, diğer kambiyo senetleri olan poliçe ve bonodan farklı olarak çekin tedavül güvenliğini özel bir güvence altına almıştır³⁵.

Diğer taraftan hükmün, karşılıksız çıkan çek nedeniyle başvuru hakkını kullanan hamilin doğrudan düzenleyene müracaat etmesini sağlayarak başvuru yolunu kısaltma amacı da bulunmaktadır. Zira hamil düzenleyen (ve onun lehine aval veren) dışında başvuru borçlularına müracaat ettiğinde çekin karşılıksız kısmının yüzde onunu talep edemeyecektir. Düzenleyenin karşılıksız çıkan çek bedelini karşılayacak malvarlığının olması durumunda hamilin ona başvurması önemli bir avantaj sağlayacaktır. Böylelikle çekte başvuru yolu da kısalmış olmaktadır.

Sonuç olarak medeni ceza niteliğinde olan bu düzenleme aynı zamanda başvuru hakkının kapsamını genişleten bir hak niteliğindedir.

³¹ Benzer olarak bk. **Rampa**, s. 86. genel olarak medeni cezanın bu yönüyle ilgili olarak bk. **Koller**, s. 711.

³² Bu yaptırımın sonucu olarak düzenleyen daha dikkatli davranmak ve banka hesaplarını daha titiz incelemek zorunda kalacaktır (Benzer olarak bk. **Coşkun**, Muzaffer; Özel Hukukta Karşılıksız Çek ve Hamilin Hakları, İstanbul 1994, s. 12).

³³ Ancak bk. ve karşı. **Bozer**, Ali/Göle Celal; Kıymetli Evrak Hukuku, 3. Bası, Ankara 2013, s. 307.

³⁴ Medeni (hususî) cezanın amacının faili cezalandırmak olduğu hususunda bk. **Tunçomağ**, Cezai Şart, s. 43.

³⁵ Bu hususta bk. **Rampa**, s. 89; benzer olarak bk. **Selçuk**, s. 267-268.

Belirtmek gerekir ki, kanun koyucu poliçe ve bonodan farklı olarak çekte, sadece çek cezası öngörerek çekin tedavül gücünü artırmamıştır. Bunun yanı sıra, çekin karşılıksız çıkması durumunda, çek hesabı açma ve çek düzenleme yasağı şeklinde bir idari yaptırım da öngörmüştür (bk. ÇekK 6).

III. ÇEK CEZASI TALEP EDİLEBİLMESİNİN TEMEL ŞARTI: ÇEKİN KARŞILIKSIZ KALMASI

A. Ön Sorun: Çekin Karşılıksız Kaldığının TTK 808'e Uygun Olarak Tespitinin Zorunlu Olup Olmadığı

1. Yargıtay'ın Görüşü

Yargıtay'a göre, hamilin düzenleyenden çek cezası (tazminatı) talep edebilmesi için bu durumu TTK 808 (eTTK 720) gereğince tespit ettirmesi gerekir. Bu çerçevede çekin süresi içinde ibraz edilip, karşılıksız kalma durumunun protesto, muhatap bankanın veya takas odasının beyanıyla tespit edilmesi gerekir. Eğer bu şekilde bir tespit yapılmazsa çek cezasının (tazminatının) talep edilmesi mümkün olmaz.

Bu husustaki bir Yargıtay kararının (12. HD., 01.04.2004, E. 2004/3218, K. 2004/7767) ilgili bölümü şu şekildedir:

“...Sair temyiz itirazları yerinde değil ise de; muhatap bankada karşılığı bulunmayan çek nedeniyle keşidecinin TTK.nun 695/son (yeni TTK 783) maddesi hükmüne göre çekin kapatılmayan miktarının %5'i oranında çek tazminatı ile sorumlu tutulabilmesi için bu belgenin kanunen çek niteliğinde olması zorunludur.Somut olayda takip dayanağı çek, yasal süresi içerisinde muhatap bankaya ibraz edilmediği için, alacaklı, TTK.nun 708 (yeni TTK 796) ve 720 (yeni TTK 808). maddeleri gereğince müracaat hakkını kaybetmiştir. Bu durumda alacaklı çek tazminatı talep edemez. Borçlu vekilinin icra dairesine verdiği itiraz dilekçesinde, borcu kabul edip, ödediğini ileri sürmüş olması, dayanak belge nedeniyle alacaklıya borca itirazın kaldırılması olanağını tanır ise de, belgenin niteliğine ilişkin yukarıda açıklanan gerekçe nedeniyle, borçlunun çek tazminatı ile sorumlu tutulması mümkün değildir. O halde çek tazminatına hasren itirazın kaldırılması isteminin reddi yerine bu kısım içinde itirazın kaldırılması isabetsizdir...”³⁶.

³⁶ Bu karar için bk. **Oskay, Mustafa/Koçak, Coşkun/Deynekli, Adnan/Doğan, Ayhan; İİK Şerhi, Madde 100-176b, C.3, Ankara 2007, s. 4121; Kazancı Veri Tabanı.** Aynı yönde başka bir karar için bk. **12. HD., 18.5.2001, E. 7701, K. 8813** (Bu karar için bk. **e-Uyar Veri Tabanı**)

Yargıtay yeni tarihli başka bir kararında da (19. HD., 18.04.2012, E. 2012/435, K. 2012/6592) çekin süresi içinde muhatap bankaya ibraz edilmemesi durumunda çek cezasının istenemeyeceğine hükmetmiştir. Bu kararın ilgili bölümü şu şekildedir:

“...Mahkemece; süresinde muhatap bankaya ibraz edilmeyen çeki dayanarak davalı hamilin kambiyo hukukundan kaynaklanan haklarını kullanamayacağı, bu durumda davalının çek tazminatı ve reeskont faizi talep hakkı bulunmadığı, bilirkişi raporunun denetimi açık olduğu ve hükme esas alındığı gerekçesiyle davanın kabulüne, dava tarihi itibarıyla davacının takip dosyasında davalıya fazladan ödediği 9.958,03 TL'nin davalıdan istirdatı ile davacıya verilmesine karar verilmiş, hüküm davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir. Dosyadaki yazılara kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere ve özellikle davalı tarafından takibe konulan çek kambiyo senedi niteliğini yitirdiğinden davacının çek tazminatı ve davalı tarafından talep edilen faizin tamamından sorumlu tutulmamasında bir isabetsizlik bulunmamasına göre davalı vekilinin yerinde görülmeyen bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün ONANMASINA...”³⁷.

2. Doktrindeki Görüşler

Doktrinde savunulan bir görüşe göre, çek cezasının talep edilebilmesi için çekin karşılıksız kalması yeterlidir. Çekin karşılıksız kaldığı hususunun TTK 808’de belirtilen sürede ve şekilde tespit edilmesine gerek yoktur. Bu görüşün temel gerekçesini, çek cezasının başvuru hakkı kapsamında olmaması, onun düzenleyen için öngörülen bir haksız fiil yaptırımını oluşturmasıdır³⁸.

Bu görüşün pratik sonucuysa, hamil süresi içinde çeki muhatap bankaya veya takas odasına ibraz etmese, karşılıksız kalma durumunu TTK 808’de belirtilen şekillerde tespit ettirmese dahi, çekin karşılıksız kaldığını ispat etmek şartıyla çek cezasını talep edebilecektir.

Doktrinde savunulan hakim görüşe göreysen, hamilin düzenleyenden çek cezasını talep edebilmesi için çekin Kanun’da öngörülen ibraz süreleri içinde

³⁷ Bu karar için bk. **e-Uyar Veri Tabanı**

³⁸ Bu hususta bk. **Rampa**, s. 62.

muhatap bankaya veya takas odasına ibraz edilmesi gerekir. Bunun yanı sıra, çekin karşılıksız kalma durumunun TTK 808’de belirtilen üç usulden biriyle tespit ettirilmesi zorunludur³⁹. Bunun sonucu olarak, çek hesabında yeterli karşılık bulunmamasına rağmen, TTK 808’e uygun olarak çekin karşılıksız kaldığının tespiti yapılmazsa, hamil, çek cezasını düzenleyenden talep edemez.

Bizce de ikinci görüş daha yerindedir. Daha önce de ifade edildiği üzere, hükmün temel amacı, ibraz süresi içinde düzenleyenin ilgili çek hesabında yeterli karşılığı bulundurmasını sağlamaktır. Buna aykırı davranan düzenleyen bakımından da özel bir yaptırım öngörmektir. Diğer taraftan çek cezasına ilişkin düzenleme, hamilin başvuru hakkına ilişkin TTK 810’nun kapsamını genişleten bir haktır. Bunun sonucu olarak başvuru hakkının kullanılabilmesi için gerekli şekli şartların, onun bir parçasını oluşturan çek cezası bakımından da yerine getirilmesi gerekir. Bu nedenle, TTK 783/3’deki çek cezasının başvuru hakkının kapsamını düzenleyen TTK 810 içerisinde düzenlenmesi daha yerinde olabilirdi.

B. Karşılıksız Çek İçin Gerekli Olan Şartlar

Yukarıda yapılan açıklamalar çerçevesinde, çekin karşılığının olmadığı hususunun TTK 808’de belirtilen usule uygun olarak hamil tarafından tespit ettirilmesi gerekir. Bu çerçevede, şeklen geçerli bir çek, ibraz süresi içinde yetkili hamil tarafından usulüne uygun olarak ibrazına rağmen kısmen veya tamamen ödeme yapılmadıysa karşılıksız çekten söz edilir.

1. Şeklen Geçerli Bir Çekin Mevcut Olması

Karşılıksız çekten söz edilebilmesi için şeklen geçerli bir çekin varlığı ilk şarttır⁴⁰. Zira geçerli bir çekin olmadığı durumda, o çekle ilgili karşılıksız

³⁹ Bu görüş için bk. **İnan**, Çek Rizikoları, s. 58; **Coşkun**, s. 56; **Domanıç**, Kıymetli Evrak, s. 713-714; benzer olarak bk. **Yıldız**, Şükrü; “İbraz Süresini Geçiren Çek Hamilinin Hukuki Durumu ve Yargıtay Kararları”, THYKS XIX, 10 Mayıs 2003, s. 196; **Öztaş**, Kıymetli Evrak, s. 1307.

⁴⁰ Bu hususta bk. **Yasan**, Mustafa; “3167 Sayılı Kanuna Göre Hukuki ve Cezai Açından Karşılıksız Çek Keşidesinin Meydana Gelmesi İçin Gerekli Olan Koşullar”, AÜEHFD 1999, C. III, S. 1, s. 343; **Güngör**, s. 131.

işlemi yapılmaz. Böyle bir durumda getirilen belgenin ibraz edene tekrar iade edilmesi gerekir⁴¹.

Çekin geçerli olabilmesi için TTK 780'da belirtilen unsurları taşıması gerekir. Bu çerçevede çekin geçerliliği için gerekli olan unsurlar şunlardır: a. Çek kelimesi, b. Kayıtsız ve şartsız belirli bir bedelin ödenmesi hususundaki havaleyi c. Muhatabın ticaret unvanı d. Ödeme yeri e. Düzenleme tarihi ve yeri f. Düzenleyenin imzası⁴².

Türk Ticaret Kanunu çerçevesinde geçerli bir çekten söz edebilmek için gerekli olan unsurlar yukarıda belirtilenlerle sınırlıdır. Bununla birlikte, 5941 sayılı Çek Kanununda tacir olan ve tacir olmayanlara kişilere verilecek çeklerle hamile yazılı çeklerin açıkça ayırt edilebilecek şekilde bastırılması gerektiği belirtilmiştir. Yine, çek defterinin her bir yaprağına yazılacak unsurlar Kanun'da gösterilmiştir (bk. ÇekK 7). Bunlar: a. Çek hesabının numarası b. Çek hesabının bulunduğu banka şubesinin adı c. Çek hesabı sahibi gerçek kişinin adı ve soyadı, tüzel kişinin adı d. Çek hesabı sahibi gerçek veya tüzel kişinin vergi kimlik numarası e. Çekin basıldığı tarih.

Ancak 5941 sayılı Çek Kanunu çekin geçerliliğine ilişkin olası tartışmaların önüne geçmek için, Türk Ticaret Kanunu'ndaki unsurları taşıması kaydıyla düzenlenen çekin, geçerli olacağını belirtmiştir (ÇekK 2/9). Bunun sonucu olarak bir çek ÇekK 2. maddesine aykırı olarak düzenlenmiş olsa dahi, TTK 780 ve 781 çerçevesinde gerekli unsurları taşıyorsa, hukuken geçerli bir çektir⁴³.

⁴¹ Bu hususta bk. **von der Crone-Schmocker**, s. 10.

Belirtmek gerekir ki, yasal unsurları taşımayan bir çek, muhatap banka tarafından karşılıksız işlemine tabi tutulsa dahi, bu belgeye dayanarak hamilin düzenleyenden çek cezasını talep etmesi mümkün değildir (Bu hususta bk. **11. HD., 22.9.1989, E. 1989/5992, K. 1989/4561 (Kazancı Veri Tabanı)**).

⁴² Metinde belirtilenlerin yanı sıra, çekte ödeme yeri gösterilmemişse, muhatapın ticaret unvanının yanından gösterilen yer ödeme yeri sayılır. Yine, düzenleme yeri gösterilmemiş olan çek, düzenleyenin adı yanında yazılı olan yerde düzenlenmiş sayılır (bk. TTK 781).

⁴³ Belirtmek gerekir ki, çeki geçersiz kılacak bir hususun da çeki yazılmaması gerekir. Bu çerçevede, çekteki havalenin şarta bağlanması veya taksitle ödeme gibi kayıtlar çeki geçersiz kılar. Böyle bir durumda da karşılıksız çekten söz edilemez.

2. Çekin Süresi İçinde Muhatap Bankaya veya Takas Odasına İbrahim Edilmesi

Karşılıksız çekten söz edilebilmek için çekin süresi içinde bankaya ibraz edilmesi gerekir. Söz konusu süre, çekin ödeme ve düzenleme yerinin neresi olduğuna bağlı olarak farklılık gösterir. Eğer çekin ödeme ve düzenleme yeri aynı yerse, bu süre 10 gündür. Buna karşılık çekin düzenleme ve ödeme yeri farklı yerlerse süre bir aydır. Ödeme ve düzenleme yeri Akdeniz'e kıyası olmamak şartıyla farklı kıtalarsa süre üç aydır. Aynı yer farklı yerden ne anlaşılması gerektiği doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre aynı yerden ilçe sınırları anlaşılmalıdır. Büyükşehir belediyeleri bakımından, büyükşehir belediyesi kapsamına giren ilçelerin de aynı yer sayılması gerekir⁴⁴. Diğer bir görüşe göre, aynı yer- farklı yer belirlenmesinde il sınır-

⁴⁴ Bu hususta bk. **Öztan**, Kıymetli Evrak, s. 1168; **Pulaşlı**, s. 296; **Bilgili/Demirkapı**, s. 175; **Eriş**, Çek, s. 186-187. Yargıtay da bir kararında (10. CD., 24.2.2004, E. 2004/401, K. 2004/2006) bu görüşü kabul etmiştir. Kararın ilgili bölümü şu şekildedir: "...Çekin keşidesinden itibaren belli bir süre içerisinde ödenmek üzere muhataba ibrazı gerekmekte olup, ödeme için ibraz süreleri TTK'nun 708 (yeni TTK 796). maddesinde ayrıntılı bir şekilde hüküm altına alınmıştır. Bu madde gereğince, bir çek keşide edildiği yerde ödenecekse 10 gün, keşide edildiği yerden başka bir yerde ödenecekse 1 ay içerisinde muhataba ibraz edilmelidir. Çekin keşide edileceği yerde ödenecek olmasından maksat, çek hesabının bulunduğu muhatap bankanın ve keşide yerinin aynı ilçe idari birim sınırları içerisinde olmasıdır. Çekin keşide edildiği yerden başka bir yerde ödenecek olması ise, çekin keşide edildiği yer ile çekin işleyen hesabının bulunduğu banka şubesinin farklı ilçe veya ilde olmalarıdır. Burada muhatap banka sözünden kast edilen yer, çekle işleyen hesabın bulunduğu yer olup, çekin ibrazı üzerine karşılığını sormak suretiyle çek bedelini ödeyen şubenin bulunduğu yer değildir. Yani çekin yabancı bir şubeye ibraz edilmiş olması, ibraz sürelerini etkilemez. Zira, yabancı şube çek bedelini 3167 sayılı Yasa'nın 4. maddesi gereğince ve müşterilerine hizmet etmek amacıyla ödemekte ve daha sonra muhatap banka ile hesaplaşmaktadır. Yine keşide ve ödeme yerlerinin aynı yer sayılmasında ve ibraz sürelerinin hesaplanmasında, il sınırı değil, ilçe sınırının esas alınacağı, ancak; Büyükşehir Belediyesinin bulunduğu yerlerde, Büyükşehir Belediyesi sınırları içerisinde kalan yerlerin aynı yer sayılacağı hususu da gözden uzak tutulmayacaktır..." (Bu karar için bk. **Kazancı Veri Tabanı**).

Belirtmek gerekir ki, 6360 sayılı Kanun ile 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanununun Büyükşehir belediyesini tanımlayan maddesinde değişiklik yapıldıktan sonra bu görüşün büyükşehri esas alan kısmının pratik bir önemi kalmamıştır. Gerçekten de Büyükşehir Belediyesi Kanununun 3/I-a hükmüne göre, büyükşehir belediyesinin sınırları il mülki

larının dikkate alınması gerekir. Bunun sonucu olarak ödeme yeriyle düzenleme yeri aynı ilin sınırları içerisindeyse süre on gündür⁴⁵.

Bizce de, aynı yer farklı yer değerlendirmesinde en doğru çözüm il sınırlarının esas alınmasıdır. Aynı yer- farklı yer belirlenmesinde çekin üzerinde yazılı olduğu düzenleme yerinin esas alınması gerekir. Yoksa çekin fiilen nerede düzenlediğinin bir önemi bulunmamaktadır. Hükümde belirtilen süreler, çekte yazılı olan düzenleme tarihinin ertesi günü başlar (TTK 796/III)⁴⁶. Sürelerin hesabında aradaki tatil günleri de hesaba katılır. Ancak ibraz süresinin son günü, bir tatil gününe denk gelirse ibraz süresi tatil günlerini takip eden ilk iş gününe kadar uzar (bk. TTK 816)⁴⁷.

Bunun yanı sıra, düzenleyen tarafından çek üzerine konulacak bir kayıtle ibraz sürelerinin uzatılması veya kısaltılması mümkün değildir⁴⁸. Bununla birlikte, hesaplamada çekin üzerinde yazılı düzenleme tarihi dikkate

sınırdır. Yine değişikliğe uğrayan 5. madde de büyükşehir belediyesinin sınırlarının il mülki sınırları olduğu belirtilmiştir.

⁴⁵ Bu hususta bk. **Narbay**, Şafak; “Çekte İbraz Sürelerinin Belirlenmesinde Ölçü Alınan “Yer” Kavramına “De Lege Lata” ve “De Lege Ferenda” Çözüm Önerileri “ Bilgi Toplumunda Hukuk- Ünal Tekinalp’e Armağan, İstanbul 2003, s. 815; **Ülgen**, Hüseyin/**Helvacı**, Mehmet/**Kendigelen** Abuzer/**Kaya**, Arslan (**Kendigelen**); Kıymetli Evrak Hukuku, Gözden Geçirilmiş 7. Bası, İstanbul 2013, s. 265.

⁴⁶ Bu düzenleme TTK’nın kıymetli evrak kitabında yapılan ender değişikliklerden bir tanesidir. Düzenlemenin gerekçesinde, bu hükümle TTK 817 (eTTK 729) arasında eski düzenlemede uyumsuzluk bulunduğu ve böylelikle bu uyumsuzluğun giderildiği ifade edilmiştir. TTK 817’e göre de Kanunun bu kısmında gösterilen süreler hesap edilirken bunların başladığı gün hesaba katılmaz.

⁴⁷ Yargıtay da bir kararında (**12. HD., 16.12.2003, E. 2003/21333, K. 2003/24942**) bu hususu ifade etmiştir. Kararın ilgili bölümü şu şekildedir: “...Takip dayanağı çek 24.7.2003 keşide tarihli olup, T.T.K.’nun 708/1 (yeni TTK 796).maddesinde öngörülen 10 günlük yasal sürenin sonu 3.8.2003 Pazar günü olmakla T.T.K.’nun 728. (yeni TTK 816) maddesi uyarınca çekin ibrazı bir sonraki iş gününde yapılabilir. O halde 4.8.2003 tarihinde yapılan ibraz yasal sürede olup, takip dayanağı çekin yasal unsurlarının da tam olması nedeniyle Merciiçe şikayetin reddine karar verilmesi gerekirken çekin süresinde ibraz edilmediği gerekçesi ile takibin iptaline karar verilmesi isabetsizdir...” (Bu karar için bk. **Kazancı Veri Tabanı**).

⁴⁸ Aynı yönde bk. **Jacobi**, Ernst; Wechsel- und Scheckrecht, Berlin 1955, s. 273-274; **BaslerKomm (Hippeler)**, Art. 1116, No. 2; **Bilgili/Demirkapı**, s. 176; **Pulaşlı**, s. 296; **Kayar**, s. 190.

alınır. Bu nedenle çekin üzerine fiilen düzenlenen tarih dışında tarih yazılmak suretiyle ibraz sürelerinin uzatılıp kısaltılması mümkündür⁴⁹. Yine çekin fiilen düzenlendiği yerden başka bir yer düzenleme yeri gösterilmek suretiyle ibraz süresinin uzatılması ya da kısaltılması mümkündür.

Süresi içinde yapılacak ibrazın muhatap bankaya yapılması gerekir. Çekin muhatap bankanın herhangi bir şubesine ibraz, geçerli bir ibrazın hüküm ve sonuçlarını doğurur (bk. ÇekK 3).

Belirtelim ki, çekin mutlaka muhatap bankaya ibrazı şart değildir. TTK 798’de de ifade edildiği üzere takas odasına ibraz da ödeme için ibraz yerine geçer. Takasa ibraz edilecek çeklerde, hamil tahsil veya temlik ciroyuyla çeki muhatap banka dışında bir bankaya devretmekte, devredilen banka tarafından da çek takasa ibraz edilmektedir⁵⁰. Bu ibraz fiziki ortamda gerçekleştirilebildiği gibi, elektronik ortamda da gerçekleştirilebilmektedir.

3. Çek Bedelinin Kısmen veya Tamamen Ödenmemesi

Çekin karşılıksız kalmasından söz edilebilmesi için gerekli olan diğer bir şart, çek bedelinin kısmen veya tamamen ödenmemesidir⁵¹. Çekin bankaya veya takas odasına ibrazı anında, çek bedelini ödeyecek oranda nakit veya kredinin bulunmaması durumunda çekin karşılıksız kalmasından söz edilir^{52,53}. Çek bedelini karşılayacak yeterli nakdin ve kredinin bulunma-

⁴⁹ Bu hususta bk. **Bahtiyar**, Mehmet; “İleri Tarihli Çekten Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk”, Makaleler-1, İstanbul 2008, s. 44; **Öztürk**, Sinan; “Çekte İbraz”, YD 2001, C. XXVII, S. 3, s. 549; **BaslerKomm (Hippeler)**, Art. 1116, No. 3; **Bilgili/Demirkapı**, s. 176; **Kayar**, s. 190.

⁵⁰ Bu hususta bk. **Reisoğlu**, s. 217.

⁵¹ Benzer olarak bk. **İnan**, Çek Rizikoları, s. 53.

⁵² Bu hususta bk. **Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya (Kendigelen)**, s. 277; ayrıca bk. **Akın**, Murat Yusuf; “Türk Hukukunda Karşılıksız Çek”, MÜHF- Hukuk Araştırmaları 1995, C. IX, S.1-3, s. 418; **Ertekin**, Erol/**Karataş**, İzzet; Uygulamada Ticari Senetler, 3. Bası, Ankara 1998, s. 243; **Tekil**, Müge; Çekte Muhatap Bankanın Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 1997, s. 25; **Roberto/Trüeb (Kuhn)**, Art.1003, No.1; **Kayar**, s. 180; **Selçuk**, s. 264; **Coşkun**, s. 4; **Kren Kostkiewicz/Nobel/Schwander/Wolf (Schwarz)**, Art.1103, No.2.

⁵³ Aslında çek düzenleyebilmesi için muhatap nezdinde, düzenleyeninin emrine tahsis edilmiş bir karşılığın olması gerekir. Ancak, karşılığın mevcut olmaması geçerli şekil şart-

masından kasıt, hesap sahibi ile banka arasında yapılan çek anlaşması hesabında yeterli karşılığın bulunmamasıdır. Hesap sahibinin muhatap banka nezdinde diğer hesaplarında yeterli karşılığın olması dikkate alınmaz⁵⁴. Bununla birlikte, muhatap bankanın hesaplar üzerine virman yapma yetkisi varsa ve diğer hesaplarda yeterli karşılık varsa, çekin karşılıksız kalmasından söz edilemez⁵⁵.

Belirtmek gerekir ki, yukarıda kredinin kapsamına hem çek hesabı sahibi ile muhatap banka arasında yapılan çek bedelinin banka tarafından ödeneceğine ilişkin kredi sözleşmesi girmektedir. Hem de, 5941 sayılı ÇekK 3/2 maddesinde belirtilen, muhatap bankanın çekleri hesap sahibine vermesiyle meydana gelen dönülemeyecek nitelikteki gayri nakdi kredi sözleşmesi girer⁵⁶.

larını taşıyan belgenin çek olma vasfını ortadan kaldırmaz (bk. TTK 783). Buradan da anlaşılacağı üzere, önemli olan ibraz anında karşılığın mevcut olmasıdır (İsviçre hukuku bakımından aynı yönde bk. **Rampa**, s. 90).

⁵⁴ Aynı yönde bk. **Demir**, Şamil; “5941 Sayılı Çek Kanununda Düzenlenen İdari ve Cezai Yaptırımlar”, ABD 2013/1, s. 231; **Poroy**, Reha/**Tekinalp**, Ünal; Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, Güncelleştirilmiş 21 Bası, İstanbul 2013, s. 311; **Akın**, s. 418; **Şimşek**, Ticari Senetler, s. 422; **Güngör**, s. 133; **Karahan/Arı/Bozgeyik/Saraç/Ünal (Arı)**, s. 335; **Tekil**, s. 26; **Bilgili/Demirkapı**, s. 158.

⁵⁵ Bu hususta bk. **Antmen**, Alpay; “Karşılıksız Çek - Karşılıksız Çekin Hukuki ve Cezai Sonuçları (I)”, YD 1992, S.4, s.515; **Bahtiyar**, Mehmet; Kıymetli Evrak Hukuku, 9. Bası, İstanbul 2012, s. 122; **Erman**, Sahir; “Karşılıksız Çek”, Batider 1981, C. XI, S.2, s. 130; **Bozer/Göle**, s. 305; **Coşkun**, s. 4; **Demir**, s.231-232; **Ertekin/Karataş**, s. 245; **Tekil**, s. 26; **Bilgili/Demirkapı**, s. 158; karşılık kavramı ve bunun türleri için bk. **Rampa**, s. 28 vd.

⁵⁶ Bu hüküm çerçevesinde çekin karşılığının hiç bulunmamasıyla kısmen bulunması arasında ödenecek miktar farklılık göstermektedir. Çekin karşılığının hiç bulunmaması durumunda; 1. Çek bin Türk Lirası ve üzerindeyse bin Türk Lirası 2. Çek bedeli bin Türk Lirasının altındaysa çek bedelinin muhatap banka tarafından ödenmesi gerekir. Çek bedelinin hesapta kısmi karşılığı varsa iki ihtimal ortaya çıkar. Eğer çek bedeli bin Türk Lirası ve altındaysa çek bedelini aşmamak koşuluyla kısmi karşılığın bin Türk Lirasını tamamlayacak miktarın banka tarafından ödenmesi gerekir. Buna karşılık, çek bedeli bin Türk Lirasının üzerindeyse, çek bedelini aşmamak koşuluyla kısmi karşılığa ilave olarak bin Türk lirasının banka tarafından ödenmesi gerekir. Belirtelim ki, bu 1.000 TL’lik miktar 27.01. 2014 tarihinden itibaren 1.120, 00 TL’ye çıkarılmıştır (RG, 21.01.2014, S. 28889).

Çek hesabı sahibiyle banka arasındaki kredi sözleşmesi çerçevesinde, çek bedelinin tamamı ödenmişse karşılıksız çekten söz edilemez⁵⁷. Bunun yanı sıra çek hesabı sahibiyle banka arasında ÇekK 3/2 dışında bir kredi sözleşmesi bulunmasa dahi, banka, müşterisinin karşılıksız çeke ilişkin yaptırımlarla karşı karşıya kalmaması için çek bedelini öderse karşılıksız çekten söz edilemez⁵⁸. Hatta, banka hataen hesapta yeterli karşılık olmamasına rağmen çek bedelinin tamamını öderse, yine çekin karşılıksız kalmasından söz edilemez⁵⁹. Yani karşılığın olmadığı durumda banka her ne şekilde olursa olsun ödeme yapmışsa çekin karşılıksız kalmasından bahsedilemez⁶⁰.

Bunun yanı sıra çekin karşılıksız çıkmasıyla bazı özel durumlara da değinmek gerekir. Bu çerçevede, hesapta yeterli karşılık bulunmasına rağmen, muhatap tarafından hataen ve bilinçli olarak ödeme yapılmaması durumunda, çekin karşılıksız kaldığından söz edilecektir⁶¹. Bu halde çek cezasını ödemek zorunda kalan düzenleyen ödediği bu bedeli, aralarındaki çek anlaşmasına aykırı davranan muhatap bankadan talep edebilir. Yine, hesapta mevcut olan karşılığın hesap üzerinde haczin veya ihtiyati tedbirin bulunması

⁵⁷ Aynı yönde bk. **Bozer/Göle**, s. 305; **Bahtiyar**, Kıymetli Evrak, s. 122.

⁵⁸ Bu hususta bk. **Karahan/Arı/Bozgeyik/Saraç/Ünal (Arı)**, s. 379, dñn.191; **Domanıç**, Karşılıksız Çek, s. 99; **Yasan**, s. 354.

⁵⁹ Aynı yönde bk. **Bozer/Göle**, s. 305; benzer olarak bk. **Coşkun**, s. 13.

⁶⁰ Bu hususta bk. **Rampa**, s. 90; **Domanıç**, Kıymetli Evrak, s. 713; **Güngör**, s. 130; **Antmen**, s.516.

⁶¹ Bu hususta bk. **Kendigelen**, Çek, s. 284; benzer olarak bk. **Domanıç**, Kıymetli Evrak, s. 619; ancak bk. ve karşı. **Yasan**, s.354.

Zimmermann'a göre, yeterli karşılık bulunmasına rağmen banka tarafından ödeme yapılmazsa, bu halde hamil çek cezasını düzenleyenden talep edemez. Yazar'a göre, bu durum başvuru hakkının kullanılmasından farklılık arz etmektedir. Başvuru hakkının kullanılabilmesi için çekin herhangi bir nedenle ödenmemesi yeterlidir. Ancak, çek cezası için çekin karşılıksız kalması gerekmektedir (Bu hususta bk. **Zimmermann**, Art. 1103, No. 19).

Bu görüşe katılmak olanaklı değildir. Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, çek cezası hamilin başvuru hakkını genişleten bir hak niteliğindedir. Bu nedenle çekin ödenmediği her durumda hukuki yaptırımların uygulanması bakımından karşılıksız çek söz konusu olur.

yahut hesap üzerinde rehin bulunması nedeniyle ödenememesi halinde de karşılıksız çekten söz edilir^{62,63}.

4. Ödenmeme Durumunun Usulüne Uygun Olarak Tespit Ettirilmesi

Karşılıksız çekten söz edilebilmesi için süresi içinde bankaya ibraz edilen şeklen geçerli çekin ödenmediği hususunun usulüne uygun olarak tespit ettirilmesi gerekir. Çekin kısmen veya tamamen karşılıksız kaldığı hususunun nasıl tespit edileceği TTK 808’de belirtilmiştir. Bu hükme göre; a. Resmi bir belge “protesto” ile b. Muhatap tarafından ibraz günü de göste-

⁶² Bu hususta bk. **Kendigelen**, Çek, s. 285; **Coşkun**, s. 21; **Yasan**, s. 352.

Buna karşılık doktrinde **İnan** tarafından savunulan görüşe göre, icrai ve ihtiyati haczi birbirinden ayırmak gerekir. Eğer icrai haciz durumu söz konusuysa, düzenleyen çekin karşılıksız kalmasından sorumludur. Zira bu halde borçluya (düzenleyen) ödeme emri tebliğ edildiğinden, düzenleyen durumdan haberdardır. Buna karşılık, ihtiyati haciz halinde, düzenleyene borcu nedeniyle tebligat yapılmadığından, bu durumla ilgili bilgi sahibi olmayan düzenleyeni karşılıksız çekle ilgili sorumlu kılmamak gerekir (**İnan**, Nurkut; “Özel Hukukta Karşılıksız Çek”, Batider 1981, C. XI, S. 2, s. 114). Borçlunun tedbir alamayacağı gerekçesiyle ihtiyati haciz durumunda karşılıksız çekten söz edilemeyeceği hususunda bk. **Antmen**, s. 524.

Ancak bu görüşe katılmak mümkün değildir. İlk olarak karşılıksız çek nedeniyle sorumluluğun doğabilmesi düzenleyenin kusurlu olmasına gerek yoktur. Bu nedenle, düzenleyen çek hesabının üzerine haciz konulduğunu bilmesede dahi, karşılıksız çekin hukuki yaptırımlarına maruz kalır. İkinci olarak, iletişim araçlarında ve özellikle internet alanında meydana gelen gelişmeler dikkate alındığında, düzenleyen çek hesabının üzerine ihtiyati haciz konulduğunu kolaylıkla öğrenebilir.

⁶³ Yargıtay ise bir kararında (**12. HD., 7.2.2003, E. 2002/28970, K. 2003/2384**) çek bedelinin bankada bloke edilmesinin karşılıksızlığa neden olmayacağını belirtmiştir. Bu kararın ilgili bölümü şu şekildedir: “...TTK.’nun 695 (yeni TTK 783). maddesinin uygulanabilmesi çekin ibrazında muhatap banka nezdinde karşılığının olmamasına bağlıdır. Merciice gerek çek arkasında gerekse muhatap banka yazısında ibrazda çek bedelinin bankada bloke edildiği gözetilmeksizin anılan madde gereğince muteriz borçlunun çek tazminatı ile sorumlu tutulmasına karar verilmesi isabetsizdir...” (Bu karar için bk. **Kazancı Veri Tabanı, e-Uyar Veri Tabanı**).

Ancak yüksek mahkemenin bu görüşüne katılma olanağı yoktur. Daha önce de ifade edildiği üzere, çek cezasının talep edilebilmesi için çekin karşılıksız kalması yeterlidir. Bedelin bloke edilmesi, düzenleyeni çek cezasından doğan sorumluluktan kurtarmaz.

rilmek suretiyle, çekin üzerine yazılmış tarihli beyanla c. Bir takas odasının çek zamanında ibraz edildiği halde ödenmediğini tespit eden tarihli bir beyanıyla tespitin yapılması gerekir. Bu üç alternatiften biriyle durumun tespit edilmesi yeterlidir⁶⁴.

IV. ÇEK CEZASINI TALEBE YETKİLİ OLANLAR VE ÇEK CEZASINDAN SORUMLU OLANLAR

A. Talebe Yetkili Olanlar

Çek cezasını talep etme yetkisi hamile aittir. Gerçekten de TTK 783/3'e göre, düzenleyen çekin karşılıksız kalan bedelinin yüzde onunu ödemekle yükümlü olduktan başka, hamilin bu yüzden uğradığı zararı da gidermekle yükümlüdür. Buradaki hamilden kasıt, çeki süresi içinde ibraz edip, usulüne uygun olarak karşılıksızlık durumunu tespit ettiren kimsedir. Eğer çekin birden fazla hamili varsa ve bunlar arasında teselsül bulunuyorsa her biri çek cezasının tamamını talep edebilir. Buna karşılık, aralarında bu şekilde bir teselsül bulunmuyorsa, her bir hamil hissesi oranında talepte bulunabilir^{65,66}. Mütessesil alacaklılığı düzenleyen TBK 169/IV hükmüne göre, aksi karar-

⁶⁴ Daha hızlı ve ucuz olması nedeniyle ödememe durumunun muhatap bankanın veya takas odasının beyanıyla tespit edildiği hususunda bk. **von der Crone-Schmocker**, s. 10.

⁶⁵ Benzer olarak bk. **Coşkun**, s. 81-82; **Reisoğlu**, s. 76-77; **Öztañ**, Kıymetli Evrak, s. 460 ve özellikle orada dñn. 86. Ancak **Öztañ**, önceki tarihli bir makalesinde, birden fazla kimsenin lehtar olarak gösterildiği ve bunlar arasında teselsül veya iştirak halinde mülkiyet halinin bulunmadığı durumda, her birinin ancak hissesi kadar talepte bulunacaklarına dair bir kaydın da mevcut olmaması şartıyla lehtarların senet bedelini tahsil edebilmelerinin senetteki alacak hakkı bölünemez nitelikte olduğundan, içlerinden herhangi birinin diğerleri adına hareket etmesi veya hep birlikte hareket etmeleri kaydıyla mümkün olabileceği görüşünü savunmuştur (Bu hususta bk. **Öztañ**, Fırat; "Ticari Senetlerde Birden Fazla Lehtar Gösterilmesi", Batider 1978, C. IX, S. 4, s. 1021-1022).

⁶⁶ Burada TTK 7 anlamında teselsül karinesi de uygulama alanı bulmaz. Zira TTK 7 sadece birlikte borçluluk durumunu düzenlemiştir. Yoksa bu düzenlemenin kapsamına birlikte alacaklılık durumu girmemektedir (Bu hususta ayrıntılı açıklamalar ve olması gereken hukuk bakımından yapılan değerlendirme için bk. **Acar**, Faruk; Türk- İsviçre Medeni Hukukunda Alacaklılar Arası Teselsül, Ankara 2003, s. 156 vd).

laştırılmadıkça ve alacaklılar arasındaki hukuki ilişkinin niteliğinden anlaşıl-
madıkça alacaklıların her birinin edim üzerindeki hakları eşittir⁶⁷.

Bunun yanı sıra, hamil başvuru hakkı kapsamında cirantalar veya bun-
lar lehine aval veren kişilere başvurarak bunlardan çekin ödenmemiş olan
bedelini tahsil edebilir (bk. TTK 808 ve TTK 810). Hamile ödeme yapan çek
borçlularının ödedikleri bedelin tahsili için düzenleyene başvurmaları müm-
kündür. Ancak hamile ödeme yapan çek borçluları düzenleyenden çek ceza-
sını talep edemezler⁶⁸.

Acaba, hamil süresi içinde ve usulüne uygun olarak çekin karşılıksız
kaldığını tespit ettirdikten sonra çeki ciro ederse, bu durumda çeki devralan
çek cezasını talep edebilir mi? TTK 793/1'de, protestonun düzenlenmesin-
den veya aynı nitelikteki bir belirlemeden veya ibraz süresinin geçmesinden
sonra yapılan cironun alacağın temlik sonuçlarını doğuracağı belirtilmiştir.
Alacağın temlikine ilişkin TBK 189'a göre, alacağın devri ile devreden
kişiliğine özgü olanlar dışındaki öncelik hakları ve bağlı haklar da devralana
geçer. Böylelikle, gecikmiş ciroyla çeki devralan devreden hukuki duru-
munu kazanmaktadır⁶⁹. Bu hükmün sonucu olarak, çek cezasının devralan
tarafından da talep edilebileceğini kabul etmek gerekir.

Daha önce de ifade edildiği üzere, çekin karşılığı olmasa dahi, muhatap
banka tarafından çek bedelinin hamile ödenmesi mümkündür. Ancak, bu
şekilde ödeme yapan banka düzenleyene çek cezasının ödenmesi için başvu-
ramaz. Zira, muhatap tarafından ödeme yapıldığında, çek cezasının temel
şartı olan karşılıksızlıktan söz edilemez.

⁶⁷ Yargıtay bonolara ilişkin olsa da niteliği gereği çekler bakımından da uygulanabilecek
bir kararda (12. HD., 23.6.1992, 1813/8573) birden fazla lehtarın bulunduğu kambiyo
senesinde, her bir lehtarın ancak bono bedelinin yarısını talep edebileceğini belirtmiştir.
Bu kararın ilgili bölümü şu şekildedir: "... Takip dayanağı bonoda iki lehtar vardır.
Takip yapan ise lehtarlardan birisidir. Münferit istek bakımından alacaklar arasında
ilişkiyi düzenleyen TTK.da bir hüküm bulunmadığı B.K.da dahi açıklayıcı bir hüküm
yoktur. Para borcu olduğu için B.K.69 (TBK 85). maddesi uygulanamaz. Alacaklılar
arasında teselsül ifade eden bir kayıta bulunmadığından B.K.nun 148 (TBK 169).
maddesi de uygulanamaz. Bu durumda lehtarlardan birisi tek başına senetten doğan
hakkın tamamını isteyemez. Yarısını dava ve takip etme hakkı vardır..." (Bu karar için
bk. Oskay/Koçak/Deynekli/Doğan, s. 4150).

⁶⁸ Aynı yönde bk. Kayar, s. 220; Öktem, s. 752.

⁶⁹ Aynı yönde bk. Öztan, Kıymetli Evrak, s. 572.

B. Çek Cezasından Sorumlu Olanlar

1. Düzenleyenin Sorumluluğu

TTK 783/3'de çek cezasından düzenleyenin sorumlu olduğu belirtilmiştir⁷⁰. Çek hesabı sahibiyle düzenleyenin farklı kişiler olması durumunda da, çek cezasından yine düzenleyen sorumlu olur⁷¹. Yoksa çeki düzenlemeyen çek hesabı sahibi çek cezasından sorumlu olmaz.

Eğer birden fazla düzenleyen varsa TTK 7 gereğince, bunlar hamile karşı müteselsilen sorumlu olurlar. Gerçekten de bu düzenlemeye göre, ticari bir iş dolayısıyla birden fazla kişi borç altına girmişlerse sözleşmede ve kanunda aksine bir düzenleme yoksa bunlar müteselsilen sorumlu olurlar. Yani, çeki düzenleyen sıfatıyla imzalayanların birinden hamil çek cezasının

⁷⁰ Yargıtay da bir kararında (12. HD., 3.7.2001, E. 2001/11381, K. 2001/12093) bu hususu ifade etmiştir. Bu kararın ilgili bölümü şu şekildedir: "...TTK.nun 695/son (yeni TTK 783) maddesi hükmüne göre % 5 oranındaki çek tazminatı, çeki keşide edenden istenebilir. İcra takibi çek keşidecisi hakkında yapılmadığından alacaklının sözü edilen çek tazminatını istemeye hakkı yoktur. Mercice alacaklının buna ilişkin itirazın kaldırılması isteminin reddine karar verilmesi gerekirken sözü edilen alacak için de itirazın kaldırılmasına karar verilmesi isabetsizdir..." (Bu karar için bk. **Kazancı Veri Tabanı**). Aynı yönde başka kararlar için bk. 23. HD., 08.12.2011, E.2011/732, K. 2011/2439 (Bu karar için bk. **Kazancı Veri Tabanı**); 12. HD., 20.11.2006, 20935/21695 (Bu karar için bk. **Oskay/Koçak/Deynekli/Doğan**, s.4059); 12. HD., 22.04.2009, 4471/5207 (Bu karar için bk. **Oskay/Koçak/Deynekli/Doğan**, s.4146); 12. HD., 27.06.2011, E.2010/32432, K. 2011/13242 (Bu karar için bk. **e-Uyar Veri Tabanı**); 12. HD., 21.02.2012, E. 2011/18838, K. 4472 (Bu karar için bk. **e-Uyar Veri Tabanı**).

⁷¹ Yargıtay da bir kararında (12. HD., 18.4.1995, 5945/5952) çeki imzalayan kişinin çek hesabı sahibi olmazsa dahi, bu çekten sorumlu olacağına hükmetmiştir. Bu kararın ilgili bölümü şu şekildedir: "... Çeklerde keşideci Deniz Akın- Salih Akın olarak gösterilmiştir. Ancak tek imza mevcuttur. Muteriz borçlu vekili bu imzanın müvekkilinin oğlu Deniz'e ait olduğunu iddia etmiştir. TTK. 695 (yeni TTK 783). maddesi hükmüne göre, çek imzalayan kişi çek hesabı kendisine ait olmasa veya müşterek bulunsa dahi çek bedelinden sorumludur. Çek hesabı sahibinin çekte imzası yoksa sorumlu tutulması mümkün değildir..." (Bu karar için bk. **Ertekin/Karataş**, s. 342).

Belirtmek gerekir ki, yeni Çek Kanunu dikkate alındığında bu durumun fiiliyatta gerçekleşmesi hemen hemen imkansızdır. ÇekK 2/7'de de belirtildiği üzere, çek yaprağının üzerinde, çek hesabı sahibi gerçek kişinin adı ve soyadıyla tüzel kişinin adının yer alması zorunludur.

tamamını talep edebilir. Bu halde çek cezasının tamamını ödeyen TBK 167 çerçevesinde diğer düzenleyene rücu edebilir.

Düzenleyenin sorumluluğuyla bağlantılı olarak açıklığa kavuşturulması gereken diğer bir nokta, yetkisiz temsil ve sahte imza halinde çek cezasından kimin sorumlu olacağıdır⁷². TTK 818/1-c düzenlemesine göre, poliçeye ilişkin TTK 677- 680. maddeleri çekler bakımından da uygulanır. Yetkisiz temsili düzenleyen TTK 678 gereğince yetkisiz olarak çek düzenleyen kimse o çekten bizzat sorumlu olur⁷³. Bunun sonucu olarak, yetkisiz temsilcinin çekin karşılıksız çıkmasının sonuçlarına katlanması gerekir^{74,75}. Bu sorumluluğun kapsamına TTK 783/3'de düzenlenen çek cezası da girer⁷⁶. Yetkisiz

⁷² 5941 sayılı ÇekK 5/3'de çek hesabı sahibi gerçek kişinin kendisi adına çek düzenlemek için bir başkasını vekil veya temsilci olarak atayamayacağı belirtilmiştir. Ancak hükmün devamında, gerçek kişinin vekil veya temsilci aracılığıyla çek düzenlemesi halinde, bu çekten doğan hukuki ve idari sorumluluğun çek hesabı sahibine ait olacağı belirtilmiştir. Bunun sonucu olarak, çek hesabı sahibi gerçek kişinin yetki verdiği temsilcinin düzenlediği çekin karşılıksız kalması durumunda, çek cezasından çek hesabı sorumlu olacaktır (Çek hesabı sahibi gerçek kişinin yetki verdiği temsilcinin düzenlediği çekin geçerli olacağı hususunda bk. **Kırca**, İsmail; 5941 Sayılı Çek Kanunu- Konferans (22 Ocak 2010), Ankara 2010, s. 26; **Poroy/Tekinalp**, s. 355; **Reisoğlu**, s. 46).

⁷³ Belirtmek gerekir ki, kambiyo senedine yetkisiz olarak imza koyanın, bu senetten bizzat sorumlu olması, Borçlar hukukunda düzenlenen yetkisiz temsilin hukuki sonuçlarından farklılık göstermektedir. Gerçekten de TBK 47/I gereğince temsil olunanın yetkisiz olarak yapılan işlemi onamaması halinde, yetkisiz temsilciden işlemin geçersiz olması nedeniyle doğan zararların tazmini istenebilir. Hükümde kast edilen zararlar menfi zararlardır. Bununla birlikte, hakkaniyet gerektiriyorsa yetkisiz temsilciden müspet zararların da tazmini istenebilir (bk. TBK 47/II). Bu farklılığın sebebi, kambiyo senetlerinin tedavül fonksiyonunu ve bununla bağlantılı olarak hamili korumaktır.

⁷⁴ Benzer olarak bk. **İnan**, Çek Rizikoları, s. 72; **Şimşek**, Ticari Senetler, s. 428; **Coşkun**, s. 29.

⁷⁵ Belirtmek gerekir ki, yetkisiz temsilde temsilci çekten bizzat sorumluyken, çek hesabı başka bir kişi adına açılmış bulunduğundan hesapta karşılık bulunsa da bulunmasa da çek karşılıksız kalmış olacaktır (Bu hususta bk. **Reisoğlu**, s. 266-267 ve 53-54).

⁷⁶ Yargıtay da bir kararında (**11. HD., 11.07. 2011, E. 2010/683, K. 2011/8676**) yetkisiz temsilcinin çek cezasından sorumlu olacağını belirtmiştir. Bu kararın ilgili bölümü şu şekildedir: "...TTK 590 (yeni TTK 678). maddesinde yer alan özel hüküm uyarınca, temsile yetkili olmadığı halde bir şahsın temsilcisi sıfatıyla poliçeye imzasını (bu imza keşide, kabul, ciro, aval, araya girme imzası olabilir) koyan kimse, o poliçeden dolayı bizzat sorumlu ve poliçeyi ödediği takdirde de temsil olunanın haiz olduğu haklara sahip

temsilcinin çek bedelinden ve bununla bağlantılı olarak çek cezasından sorumlu olması esasını sahte imza bakımından da kabul etmek gerekir⁷⁷. Bunun sonucu olarak başkasının imzasını taklit edip, çek düzenleyen kimse de çek cezasından sorumludur.

2. Ciranta ve Muhatap Bankanın Sorumluluğu

Yukarıda da ifade edildiği üzere TTK 783/3 gereğince çek cezasından düzenleyen sorumludur. Bu hususta cirantaların herhangi bir sorumluluğu yoktur⁷⁸. Düzenlemenin amacı, daha önce de ifade edildiği üzere, süresi

olur. Bu kural, BK 39 (TBK 47). maddesinde öngörüldüğü şekilde, yetkisiz temsilcinin tazminatla yükümlü olması değil, poliçeden bizzat sorumlu tutulması, yani yetkisiz temsilcinin keşide, kabul, ciro, aval, araya girme gibi kambiyo işleminin bizzat alacaklısı ve borçlusu sayılması, temsil edilenin ise anılan işlemler dolayısıyla herhangi bir hakkı ve borcunun bulunmamasıdır. Birlikte imzanın şart edildiği durumlarda tüzel kişinin unvanı altında tek başına imza atan yetkili TTK 590 (yeni TTK 678). maddesi uyarınca sorumlu olur (Poroy/Tekinalp, Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, 2007, s. 132-133). Yukarıdaki açıklamalar ışığında, çift imza ile düzenlenen çek karşılıklı borç yükümlülüğü doğabilecek şirket adına, davalının tek imza ile bizzat düzenlediği ve imzaladığı karşılıksız çekte dayalı olarak davacıya karşı keşideci gibi sorumlu olması ve TTK 695/3 (yeni TTK 783/3). maddesi gereği çek tazminatından sorumluluğuna hükmedilmesi gerekirken, alacağın TTK 590 (yeni TTK 678). maddesi gereğince şahsi sorumluluktan kaynaklanan bir alacak olduğu gerekçesiyle çek tazminatına ilişkin talebin reddine karar verilmesi doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir...” (Bu karar için bk. **YKD 2012, C. XXXVIII, S.2, s. 255-258**).

⁷⁷ Yetkisiz temsilcinin kambiyo senedinden bizzat sorumlu kılınmasına ilişkin esasın sahte imza bakımından da uygulanması gerektiği hususunda bk. **BaslerKomm (Grüninger/Hunziker/Roth)**, Art. 998, No. 12; **Öztan**, Kıymetli Evrak, s. 413; **Poroy/Tekinalp**, s. 157; **Jacobi**, s. 260.

⁷⁸ Yargıtay da oldukça yeni tarihli bir kararında (**12. HD., 01.10.2013, E. 22295/K. 31010**) çek cezası nedeniyle cirantaya başvurulamayacağına hükmetmiştir. Bu kararın ilgili bölümü şu şekildedir: “...Somut olayda, çek tazminatından 6102 sayılı TTK’nın 783’üncü maddesine göre keşideci borçlu şirket sorumlu olduğundan, bu tazminat ciranta konumunda olan borçludan talep edilemez. Bu durumda, mahkemece ciranta (borçlu) B.Tali’nin çek tazminatına yönelik borca itirazının kabulüne karar verilmesi gerekirken, bu yöne ilişkin istemin yazılı gerekçe ile reddi doğru görülmemiş ve yerel icra hukuk mahkemesi kararının bozulması gerekmiştir...” (Bu karar için bk. **Eriş, Gönen; Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Kıymetli Evrak**, Ankara 2014, s. 742). Yargıtay’ın aynı yöndeki başka bir kararının (**12. HD., 17.9.1996, E. 1996/9902, K. 1996/10494**) ilgili bölümü şu şekildedir: “...takip borçlusu, çeki keşide eden kişi olma-

içinde usulüne uygun olarak ibraz edilen şeklen geçerli bir çekin düzenlenmesini karşılık bulundurmaya zorlamaktır. Cirantanınsa çek hesabında yeterli karşılık bulundurması gibi bir yükümlülüğü konumu gereği mümkün değildir⁷⁹.

Muhatap banka bakımından da aynı sonuca varmak gerekir. Gerçekten de kanun koyucu muhatap bankanın çek borçlusu olmasını arzu etmediği gibi, onun çek borçlusu haline gelmesini sağlayacak hukuki yolları da kapatmıştır. Bu çerçevede, çekte kabul işlemi yasaklandığı gibi (TTK 784), çekte muhatabın aval veremeyeceği (TTK 794/2), muhatap bankaya yapılan cironun makbuz ve onun tarafından yapılan cironun batıl olduğu (TTK 789) belirtilmiştir. Hiçbir şekilde çek borçlusu olmayan muhatap bankanın çek cezasından sorumlu olması da söz konusu değildir.

Muhatap bankanın çek cezasının sorumluluğu olsa olsa dolaylı olarak söz konusu olabilir. Şöyle ki, çekle işleyen hesapta yeterli karşılık olmasına rağmen, muhatap banka tarafından ödeme yapılmazsa çek karşılıksız kalacaktır. Böyle bir durumda hamil yukarıda da ifade edildiği üzere düzenle-

yıp, cirantadır. TTK.nun 695/son (yeni TTK 783) maddesi uyarınca, çekin kapatılmayan miktarından % 5 oranında sorumlu tutulan kişi, çekteki keşidecidir. Cirantanın herhangi bir sorumluluğu bulunmadığı halde, takip borçlusunun % 5 oranında tazminatla sorumlu tutulması isabetsizdir...” (Bu karar için bk. **YKD 1996, C. XXII, S.10, s. 1581-1582**). Aynı yönde başka kararlar için **12. HD., 5.12.2011, E. 2011/9015, K. 2011/26374** (Bu karar için bk. **Kazancı Veri Tabanı**); **12. HD., 14.02.2011, E. 2010/20183, K. 2011/579** (Bu karar için bk. **Kazancı Veri Tabanı**); **12. HD., 22.02.2007, 2006/24920-2922** (Bu karar için bk. **Oskay/Koçak/Deynekli/Doğan, s. 4042**); **12. HD., 20.04.2006, 5672/8505** (Bu karar için bk. **Oskay/Koçak/Deynekli/Doğan, s. 4077-4078**); **12. HD., 02.05.2006, 6564/9640** (Bu karar için bk. **Oskay/Koçak/Deynekli/Doğan, s. 4074-4075**). **12. HD., 10.05. 2007, E. 2007/7087, K. 2007/9548** (Bu karar için bk. **Kazancı Veri Tabanı**); **12. HD., 15.03. 2004, E. 2004/339, K. 2004/5929** (Bu karar için bk. **Kazancı Veri Tabanı; e-Uyar Veri Tabanı**); **12. HD., 2.11. 2001, E. 2001/17167, K. 2001/17860** (Bu karar için bk. **Kazancı Veri Tabanı**); **12. HD., 17.9.1996, E. 1996/9902, K. 1996/10494** (Bu karar için **Kazancı Veri Tabanı**); **12. HD., 21.03.2005, E. 2067/K. 5894** (Bu karar için bk. **Eriş, Kıymetli Evrak, s. 770**); **12. HD., 7.2.2000, E. 1122, K. 1836** (Bu karar için bk. **e-Uyar Veri Tabanı**); **12. HD., 26.09.2008, E. 12922, K. 16436** (Bu karar için bk. **e-Uyar Veri Tabanı**); **12. HD., 23.09.2008, E.13056, K. 16182** (Bu karar için bk. **e-Uyar Veri Tabanı**).

⁷⁹ Çek cezasının cirantanın sorumluluğunun kapsamında olmadığı hususunda bk. **Zimmermann, Art. 1003, No. 16; Domaniç, Kıymetli Evrak, s. 725.**

yenden çek cezasını talep edebilir. Bu halde, çek cezasını hamile ödeyen düzenleyen sözleşmeye aykırı davrandığı gerekçesiyle muhatap bankadan ödediği bu meblağı isteyebilir⁸⁰.

3. Avalistin Sorumluluğu

Çekte yazılı olan bedelin kısmen veya tamamen aval yolu ile teminat altına alınması mümkündür (bk. TTK 794). TTK 818 gereğince, avalın şekil ve hükümleri hakkında poliçeye ilişkin TTK 701 ve 702 çekler bakımından da uygulama alanı bulur. Aval, çek (poliçe) nedeniyle sorumluluk taşıyan kişiler lehine bir tür kefalet olup hamile haklarını elde etmesi için ek bir teminat sağlar⁸¹. Avalin üç unsuru vardır (TTK 701)⁸². Bunlar: a. Aval içindir veya buna benzer ibare⁸³ b. Lehine aval verilen kimsenin belirtilmesi⁸⁴ c. Aval verenin imzası.

Avalist, kimin için taahhüt altına girmişse aynen onun gibi sorumlu olur (TTK 702/1). Bunun sonucu olarak avalist, bir ciranta lehine aval vermişse çek cezasından sorumlu olmaz. Çünkü, çek cezasından ciranta sorumlu

⁸⁰ Benzer olarak bk. **Domanıç**, Kıymetli Evrak, s. 725. Çeki ödeyen düzenleyenin medyana gelen zararları için muhataba başvurabileceği hususunda bk. **Karayalçın**, s. 281.

Buna karşılık **Zimmermann**, hesapta yeterli karşılık olmasına rağmen bankanın ödeme yapmaması durumunda, düzenleyenin sorumlu olmayacağını kabul ettiğinden, ödeme yapmayan bankanın çek cezası bakımından düzenleyene karşı sorumlu olmayacağını belirtmektedir (**Zimmermann**, Art. 1103, No. 13).

⁸¹ Bu hususta bk. **Poroy/Tekinalp**, s. 207.

⁸² Avalin şartlarına ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bk. **Demirkapı**, Ertan; Kambiyo Senetlerinin Aval Yoluyla Temini, İzmir 2005, s. 24 vd.

⁸³ Benzer ibareye örnek olarak “kefilim”, “garanti veriyorum” “teminat veriyorum” gösterilebilir. Yargıtay da kambiyo senedinin üzerine kefil ibaresinin konulmasının aval olarak nitelendirileceğine hükmetmiştir. **12. HD., 18.10.1999, E.1999/11398, K. 15(9)99/12463** (Bu karar için bk. **YKD 2000, C. XXVI, S.1, s. 61**). Aynı yöndeki başka kararlar için bk. **12. HD., 29.11.2012, E. 17437/K. 35680** (Bu karar için bk. **Eriş**, Kıymetli Evrak, s. 281-282); **12. HD., 21.10.1976, E.1976/8549, K. 1976/10351 (YKD 1976, C. IV, S. 5, s. 757)**.

⁸⁴ Çek üzerinde, aval beyanı ve aval verenin imzası olmasına rağmen kimin için aval verildiği belirtilmişse, düzenleyen lehine aval verilmiş sayılır. Yine, çekin ön yüzüne düzenleyen dışında bir kimse tarafından atılan açıklama taşımayan imza, düzenleyen lehine aval sayılır (bk. TTK 701/3-4).

olmayacağına göre, onun lehine aval verenin de sorumluluğundan söz edilemez. Bu noktadaki, asıl tartışma düzenleyen lehine aval verenin çek cezasından sorumlu olup olmayacağıdır. Bu hususa ilişkin Yargıtay uygulaması ve doktrinde farklı görüşler ileri sürülmektedir.

a. Yargıtay'ın Görüşü

Yargıtay artık kökleşmiş hale gelen içtihatlarında, düzenleyen lehine aval verenin çek cezasından sorumlu olduğunu kabul etmektedir. Yargıtay (12. HD., 01.07.2013, E. 2013/17726, K. 2013/24638) bir kararında bu hususu ifade etmiştir. Bu kararın ilgili bölümü şu şekildedir:

“...Takip dosyasının incelenmesinde, takibe konu çekte borçlu C.T'nin aval veren konumunda bulunduğu görülmüştür. Takip dayanağı çekin keşide tarihi itibarıyla uygulanması gereken 6762 Sayılı TTK.'nun 695/3 (yeni TTK 783/3) maddesine göre; “Gösterilen paraya mukabil muhatap nezdinde karşılığı bulunmadan bir çek keşide eden kimse; çekin kapatılmayan miktarının yüzde beşini ödemekle mükellef olduktan başka hamilin bu yüzden uğradığı zararı tazmine mecburdur.”

Aynı yasanın 6762 sayılı TTK.'nun 614 (yeni TTK 702). maddesine göre; “Aval veren kimse, kimin için taahhüt altına girmişse tıpkı onun gibi mesul olur.” Türk Ticaret Kanunu'nun 695 (yeni TTK 783). maddesinin 3. fıkrasındaki tazminat, keşideci lehine aval veren bakımından da aynı esaslar dahilinde uygulanır (TTK 730/1, 7, 614) (12 HD., 11.11.1992 E. 6169 K. 13764 Prof. Dr. Fırat Öztan Kıymetli Evrak Hukuku Turhan Kitabevi 2. Bası syf. 1308) Bu nedenle mahkemece aval verenin talep edilen çek tazminatına ilişkin itirazının reddine karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile kabulüne dair hüküm tesisi isabetsizdir...”⁸⁵.

Yine Yüksek mahkeme oldukça yeni tarihli başka bir kararında (12. HD., 01.10.2013, E. 21146/K. 30812) düzenleyen lehine aval veren kimse nin çek cezasından sorumlu olacağına karar vermiştir. Bu kararın ilgili bölümü şu şekildedir:

⁸⁵ Bu karar için bk. Eriş, Kıymetli Evrak, s. 744-745; Kazancı Veri Tabanı.

“... 6102 sayılı TTK’nın 702/1’inci maddesi gereğince, aval veren kişi, kimin için taahhüt altına girmişse aynen onun gibi sorumlu olur. Somut olayda, itiraz eden borçlunun, takibe konu çekte kimin için aval verildiği belirtilmediğinden, çeki düzenleyen şirket lehine aval verdiği görülmektedir. Türk Ticaret Kanunundaki yukarıda açıklanan düzenlemeler dikkate alındığında, çeki düzenleyen lehine aval veren, aynen onun gibi sorumlu olduğundan, aval verenin çek tazminatından da sorumlu bulunduğu kabulü gerekir...”⁸⁶.

Kararlardan da anlaşıldığı üzere, Yargıtay’ın düzenleyen lehine aval vereni çek cezasından sorumlu tutmasının dayanağını TTK 702 hükmü oluşturmaktadır. Bu düzenlemeye göre, aval veren kimin lehine aval vermişse aynen onun gibi sorumlu olur.

b. Doktrindeki Görüşler

aa. Düzenleyen Lehine Aval Veren Çek Cezasından Sorumlu Olmadığını Kabul Eden Görüş

Doktrinde savunulan bir görüşe göre, aval veren çek cezasından sorumlu değildir⁸⁷. Bunun nedeniyse, aval verenin sorumluluğunun kambiyo hukukuna ilişkin özel taleplerle sınırlı olmasıdır. Bunun sonucu olarak TTK 810 (eTTK 722)’de belirtilen talep hakları bakımından aval veren sorumlu olur. Yoksa, hamilin haksız fiil kökenine dayanan TTK 783/3 (eTTK 695/3)’de belirtilen düzenleyenden olan talepleri, aval verenin sorumluluğunun kapsamı içinde değildir⁸⁸.

bb. Düzenleyen Lehine Aval Veren Çek Cezasından Sorumlu Olduğunu Kabul Eden Görüş

Doktrinde hakim görüş, düzenleyen lehine aval veren kimsenin çek cezasından sorumlu olacağını kabul etmektedir⁸⁹. Bu görüşün temel dayanak

⁸⁶ Bu karar için bk. **Eriş**, Kıymetli Evrak, s. 742-743.

⁸⁷ Bu hususta bk. **Bozer/Göle**, s. 306; **İnan**, Çek Rizikoları, s. 306; **Kendigelen**, Çek, s. 306.

⁸⁸ Bu hususta bk. **İnan**, Çek Rizikoları, s. 59.

⁸⁹ Bu hususta bk. **Gürbüz** Hulusi; Yargıtay Uygulaması Işığında Ticari Senetlerin İptali Davaları ve Ticari Senetlere Özgü Sorunlar, İstanbul 1984, s. 167; **Zimmermann**, Art.

noktasını TTK 702/1 (eTTK 614) hükmü oluşturmaktadır. TTK 818 atfi gereğince çekler bakımından da uygulama alanı bulan bu hükme göre, aval veren kimin lehine aval vermişse tıpkı onun gibi sorumlu olur.

Bizce de düzenleyen lehine aval veren kimse, TTK 783'de belirtilen çek cezasından sorumludur. Az yukarıda da ifade edildiği üzere, aval veren kimin lehine aval vermişse tıpkı onun gibi sorumlu olur (TTK 702/1). Diğer taraftan çek cezası, ödenmeyen çek nedeniyle hamilin haklarını sınırlandırmamakta, aksine onun başvuru hakkının kapsamını genişletmektedir. Aval veren nasıl, çek bedelinden, temerrüt faizinden, yapılan masraflardan ve komisyondan sorumluysa (bk. TTK 810), farklı maddelerde düzenlenmiş olsa dahi, çek cezasından da sorumludur. Başka bir ifadeyle, bir kimse düzenleyen lehine aval vermekle, çekin karşılıksız çıkmasının sonuçlarını kabul etmektedir. Bu hukuki sonuçlardan bir tanesi de çek cezasıdır.

4. Defilerin Sorumluluğa Etkisi

a. Emre Yazılı Çekler Bakımından

Çek kanunen emre yazılı bir kıymetli evraktır (bk. TTK 785). Emre yazılı kıymetli evrakta da defiler temelde üçlü bir ayrıma tabi tutulur. Bunlar, senet metninden anlaşılan defiler, senetdeki taahhüdün geçersizliğine ilişkin defiler ve şahsi defilerdir⁹⁰.

Senet metninden anlaşılan defiler, senedin ön ve arka yüzüyle eklerinin incelenmesinden anlaşılan defilerdir⁹¹. Çekin gerekli şekil şartlarının mevcut

1103, No. 16; **Tschannen**, s. 245; **Domanıç**, Kıymetli Evrak, s. 725; **Öztañ**, Kıymetli Evrak, s. 1308; **Coşkun**, s. 58; **Selçuk**, s. 268.

⁹⁰ Belirtelim ki, emre yazılı kıymetli evrakta defiler çok farklı ayrımlara tabi tutulmaktadır. Ancak, bu ayrımların burada tartışılması çalışmanın kapsamını aşacağından, tarafımızca yapılacak değerlendirme yukarıda belirtilen ayırım çerçevesinde olacaktır (Türk ve yabancı doktrinde defilerin sınıflandırılması hususunda ayrıntılı açıklamalar için bk. **Oktay**, Saibe; "Poliçede Defiler", Prof. Dr. Ernst E. Hirsch'in Hâtrısına Armağan, Ankara 1986, s. 343 vd.; **Yılmaz**, Lerzan A.; Kambiyo Senetlerinde Defiler, İstanbul 2007, s. 161 vd.).

⁹¹ Bu hususta bk. **Yılmaz**, s. 110.

olmaması, çekin üzerindeki düzenleme tarihinin henüz gelmemiş olması⁹², ciro zincirinin kopuk olması senet metninden anlaşılan defilerdir. Böyle bir durumda, bankanın karşılıksızdır işlemi yapmaması gerekir. Banka tarafından karşılıksız işlemi yapılsa dahi, hamil düzenleyene başvurduğunda, düzenleyen bu durumu hamile karşı ileri sürerek çek cezasını ödemekten kaçınabilir.

Senetteki taahhüdün hükümsüzlüğüne ilişkin defilerde senet tamamen geçersiz olmayıp, o senetle taahhüt altına girenlerden bir veya birkaçının taahhüdü geçerli değildir⁹³. Bu tür defiler kimin şahsında meydana gelmişse, o, bu durumu kendisine başvuran herkese karşı ileri sürebilir⁹⁴. Bu defilerin ileri sürüldüğü hamilin iyiniyetli veya kötünüyetli olması bir farklılık meydana getirmez. Yani, hamil ister iyiniyetli, ister kötünüyetli olsun, definin ileri sürülmesi mümkündür⁹⁵. Bu defilere örnek olarak, ehliyetsizlik, yetkisiz temsil, sahte imza, senet metninde değişiklik, zorla imza attırma ve tehdit gösterilebilir. Düzenleyen ileri sürebileceği bu şekilde bir defa durumunda, çek karşılıksız kalmışsa, hamil nasıl TTK 810'da belirtilen kalemleri düzenleyenden talep edemeyecekse, çek cezasını da düzenleyenden talep edemez.

Şahsi defilerse, senetteki borç taahhüdünün varlığına hiçbir etkisi olmayan borçlu ile belirli bir alacaklı arasındaki doğrudan hukuki ilişkiden kaynaklanan defilerdir⁹⁶. Bunlar da kendi içinde temelde dörde ayrılırlar: a. Temel ilişkiden doğan defiler (geçersizlik, hata, aşırı yararlanma, ayıp, sözleşmenin ifa edilmediği gibi), b. Temel ilişki dışında taraflar arasında var olan herhangi bir ilişkiden doğan defiler (Takas), c. Taraflar arasında kambiyo ilişkisiyle ilgili özel anlaşmadan doğan defiler (kambiyo senedinin

⁹² 5941 sayılı Çek Kanununun geçici 3. maddesinin 5. fıkrasına göre, 31.12.2017 tarihine kadar üzerinde yazılı düzenleme tarihinden önce çekin ödenmek için muhatap bankaya ibrazı geçersizdir.

⁹³ Benzer olarak bk. **Arslan**, İbrahim; "Kambiyo Senetlerinde Geçersizlik Def'ileri", SÜHFD 2008, C. XVI, S. 1, s. 17; **Bahtiyar**, Kıymetli Evrak, s. 28.

⁹⁴ Bu hususta bk. **Helvacı**, Mehmet; "Kambiyo Senetlerinde Defiler", Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan, C. I, İstanbul 2007, s. 670.

⁹⁵ Bu hususta bk. **Oktay**, s. 357. Yazarın aynı yerde haklı olarak belirttiği üzere, burada hukuken geçerli iradeye duyulan saygı ve özen işlem güvenliğine üstün tutulmaktadır.

⁹⁶ Bu hususta bk. **Öztan**, Kıymetli Evrak, s. 234; **Bahtiyar**, Kıymetli Evrak, s. 30.

vadesini uzatma, kambiyo senedindeki tutarı indirme gibi), d. Dürüstlük kuralına aykırılıktan doğan defiler⁹⁷.

Şahsi defiler kural olarak ilgililer arasında ileri sürülebilir. Gerçekten de TTK 825/2'e göre, borçlu ile önceki hamillerden biri veya senedi düzenleyen kişi arasında doğrudan doğruya var olan ilişkiye dayanan defilerin ileri sürülmesi, ancak senedi iktisap ederken hamilin bilerek borçlunun zararına hareket etmesi halinde mümkündür. Görüldüğü üzere, defilerin ileri sürülmesi kural olarak mümkün olmayıp, ancak hamil bilerek borçlunun zararına hareket ettiği durumda olanaklı olmaktadır. Bu durum emre yazılı çeklere tedavül kolaylığı sağlamaktadır.

Bu şekilde şahsi bir definin varlığı halinde, düzenleyen tarafından leh-tara verilen çek üçüncü kişiye devredilir ve hamil iyiniyetliyse, düzenleyen tarafından bu definin ona karşı ileri sürülmesi mümkün değildir. Bu halde, çek karşılıksız çıkarsa hamil, çekin karşılıksız çıkan kısmının yüzde onunu çek cezası olarak kendisine ödenmesini talep edebilir.

Burada asıl problem teşkil eden nokta, çekin lehtar tarafından üçüncü bir kişiye devredilmemesi veya senedi devralanın bilerek borçlunun zararına hareket etmesidir. Acaba, bu halde çek bedeli karşılık olmadığı için banka tarafından ödenmezse hamil düzenleyene başvurarak çek cezasının ödenmesini talep edebilir mi?

Doktrinde bir görüş bu durumu TTK 799 (eTTK 711)'de düzenlenen çekten cayma kurumuyla birlikte ele almaktadır. Bu görüşe göre, düzenleyen tarafından hamile ileri sürülebilecek şahsi bir defi mevcut olsa dahi, düzenleyen çekten cayamaz. Süresi içinde ve usulüne uygun olarak muhatap bankaya ibraz edilen çek ödenmezse, karşılıksız çek durumu ortaya çıkar. Bu haldeyse hamil, düzenleyene TTK 783/3 (eTTK695/III)'de belirtilen talepleri ileri sürebilir. Karşılıksız çekin yaptırımını düzenleyen TTK 783/3 (eTTK 695/III) kusur ve zarardan bağımsızdır⁹⁸. Daha açık bir ifadeyle bu görüş gereğince hamil düzenleyenden çekin karşılıksız kalan kısmının yüzde onunu talep edebilecektir.

⁹⁷ Bu hususta bk. **Poroy/Tekinalp**, s. 99-100.

⁹⁸ Bu görüş için bk.; **İnan**, Batider 1981, C .XI, S. 2, s. 111; **Coşkun**, s. 17 ancak bk ve karşı. s. 18-19; benzer olarak bk. **Şimşek**, Ticari Senetler, s. 406.

Bizce bu görüşe katılmak mümkün değildir. Burada çekten cayma kurumuyla çek cezasının talep edilmesini birbirinden ayırmak gerekir. Bir kere, çekten caymaya ibraz süresi içinde istisnalar tanınmaya başlanırsa, düzenleyen tarafından bu husus istismar edilebilir⁹⁹. Gerçekten de düzenleyen bu halde herhangi bir gerekçe ileri sürerek çekten cayabilir. Muhatap banka tarafından da bu caymanın yerinde olup olmadığının tespiti yapılamaz. Aksi düşüncenin kabulü ibraz süresi içinde çekten cayılamayacağına ilişkin TTK 799 hükmünü anlamsız hale getirir. Ancak bu durum, düzenleyenin lehtarla kendisi arasındaki ilişkiden kaynaklanan şahsi defileri ona karşı ileri sürmesine engel teşkil etmez. Başka bir ifadeyle, düzenleyenin ödeme yapmaktan kaçınmasını haklı kılan bir şahsi defi varsa, lehtar (hamil) çekin karşılıksız kaldığı gerekçesiyle TTK 810'da belirtilen başvuru hakkı kapsamında yer alan hususları ve TTK 783/3'deki çek cezasını talep edemez¹⁰⁰.

b. Hamiline Yazılı Çekler Bakımından

Police ve bonodan farklı olarak çeklerin hamiline yazılı olarak düzenlenmesi de mümkündür (bk. TTK 785). Hamiline yazılı çeklerde de defiler üçe ayrılır. Bunlar; senet metninden anlaşılan defiler, senetteki taahhüdün hükümsüzlüğüne ilişkin defiler ve şahsi defilerdir (bk. TTK 659). Defilerin çek cezasına etkisine ilişkin yukarıda emre yazılı çekler bakımından ifade edilen esaslar kural olarak hamiline yazılı çekler bakımından da geçerlidir.

c. Nama Yazılı Çekler Bakımından

Yukarıda da ifade edildiği üzere çek, kanunen emre yazılı bir kıymetli evraktır. Kanunen emre yazılı olan çekin olumsuz emre kaydı veya düzenleyen tarafından konulan ciro edilemez kaydıyla nama yazılı hale getirilmesi

⁹⁹ Bu hususta bk. **Narbay**, Şafak; Çekten Cayma ve Ödeme Yasağı, 2. Bası, İstanbul 1999, s. 77.

Belirtmek gerekir ki, bu kötüye kullanma nedeniyle çekte ödeme yasağını düzenleyen eTTK 711/III hükmü, kanundan çıkarılmıştı. Eski Türk Ticaret Kanunundan çıkarılan bu hüküm yeni TTK'ya da alınmamıştır.

¹⁰⁰ Şahsi defilerin varlığı halinde hamilin haklı nedene dayanarak ödemedenden kaçınması durumunda karşılıksız çekten söz edilemeyeceği hususunda bk. **Coşkun**, s. 18.

mümkündür (bk. TTK 785/1-b). Nama yazılı çek alacağın temlik hükümlerine göre devredildiğinden, borçlu devredene karşı ileri sürebileceği defileri devralana karşı da ileri sürebilir¹⁰¹. Halefiyet ilkesi gereğince önceki bütün hamillere karşı ileri sürülebilecek defiler son hamile karşı da ileri sürülebilir¹⁰². Bunun sonucu olarak düzenleyenin ileri sürebileceği şahsi bir defi nedeniyle çekin karşılıksız çıkması durumunda, hamil düzenleyene başvurarak çek cezasının ödenmesini isteyemez¹⁰³.

V. ÇEK CEZASININ MİKTARI VE KARŞILIKSIZLIĞIN TESPİTİNDEN SONRA YAPILAN ÖDEMENİN ÇEK CEZASINA ETKİSİ

A. Çek Cezasının Miktarı ve Bu Miktarı Faiz İşletilmesi

TTK 783/3'de açıkça belirtildiği üzere, çek cezasının miktarı çekin karşılıksız kalan kısmının yüzde onudur¹⁰⁴. Çek cezasının hesaplanmasında sadece çekin karşılıksız kalan miktarı dikkate alınır¹⁰⁵. Bu nedenle başvuru hakkının kapsamında yer alan ibraz tarihinden itibaren işleyecek faiz, protesto, ihbarname ve diğer giderlerle çek bedelinin binde üçünü aşmayacak olan komisyon hesaplamada dikkate alınmaz.

¹⁰¹ Bu hususta bk. **Yılmaz**, s. 98.

¹⁰² Bu hususta bk. **Poroy/Tekinalp**, s. 82; **Zappia**, Riccardo; Die Namenpapiere im schweizerischen und italienischen Recht, Winterhur, 1956, s. 48-49. Bu son yazarm da aynı yerde belirttiği gibi, nama yazılı kıymetli evraklarda tedavül amacı yoktur. Bu kıymetli evraklar, alacaklının borçludan olan alacağının varlığını belirtirler.

¹⁰³ Nama yazılı kıymetli evrakta haklı olarak ileri sürülebilecek ödmeden kaçınılması durumunda karşılıksız çekten söz edilemeyeceği hususunda bk. **Domanıç**, Kıymetli Evrak, s. 715.

¹⁰⁴ Yukarıda da ifade edildiği üzere, 6762 sayılı eTTK 695'de çek cezasının miktarı çekin karşılıksız kalan kısmının yüzde beşiydi. Bunun miktarının neden yüzde ona çıkarıldığı yukarıda açıklanmıştır.

¹⁰⁵ Çek cezasının hesabında çek bedelinin değil, çekin karşılıksız kalan kısmının dikkate alınacağı hususunda bk. **Rampa**, s. 91; ayrıca eski İsviçre Borçlar Kanunu dönemindeki bu husustaki tartışmalar için bk. **Zoller**, Otto; Der Check des Schweizerischen Obligationenrechts, Frauenfeld 1885, s. 22.

Çekin hesapta yeterli karşılık bulunmaması nedeniyle kısmen ödenmesi durumunda, karşılıksız kalan kısım dikkate alınarak çek cezası belirlenir. Muhatap banka, 5941 sayılı ÇekK 3/2 maddesi çerçevesinde, çekin belli bir kısmını ödemişse, bu ödenen miktar da çek cezasının hesaplanmasında dikkate alınmaz. Zira bu halde de, banka tarafından ödenen miktar kadar çekin karşılıksız kalmasından söz edilemez.

Hamil tarafından, bankanın kısmi ödeme teklifinin reddedilmesi durumunda, reddedilen kısım kadar, hamilin çek cezası talep etme hakkı da sona erer¹⁰⁶. Gerçekten de hamilin reddettiği kısım, karşılıksız değildir. Halbuki, çek cezasının talep edilebilmesinin temel şartı çekin karşılıksız çıkmasıdır.

Belirtmek gerekir ki, çekin Türk parası üzerinden düzenlenmesi mümkün olduğu gibi, yabancı para üzerinden de düzenlenmesi mümkündür. Bedeli yabancı para cinsinden gösterilen çekin karşılıksız kalması halinde, çek cezası yabancı para üzerinden hesaplanır¹⁰⁷.

Bu hususta açıklığa kavuşturulması gereken son nokta, çek cezasına temerrüt faizinin uygulanıp uygulanamayacağıdır. Bilindiği üzere temerrüt faizi para borçlarında borçlunun temerrüdü neticesinde onun tarafından ödenmesi gereken faizdir¹⁰⁸. Çek cezası da niteliği itibarıyla bir para borcu olduğu için, borçlunun temerrüde düşürülmesi şartıyla bu faizin çek cezası sorumlularından istenmesi mümkündür. Bu nedenle çek cezası sorumlularının TBK 117/1'e uygun olarak temerrüde düşürülmeleri gerekir. Yoksa, bankaya çekin ibraz edilmesi ve karşılıksız çıkmasıyla sorumlular çek cezası nedeniyle temerrüde düşmüş olmazlar¹⁰⁹. Eğer çek cezası sorumluları temerrüde düşürülmüşse, onlardan avans faiz oranı istenebilir (3095 sayılı FaizK 2/2).

¹⁰⁶ Bu hususta bk. **Kendigelen**, Abuzer; "Çekte Kısmi Karşılık", Makalelerim, İstanbul 2001, s. 508; **Selçuk**, s. 270; **Domanıç**, Kıymetli Evrak, s. 619; **Şimşek**, Ticari Senetler, s. 427. Doktrinde **Pulaşlı** da ÇekK 6/1'i dayanak alarak kısmi karşılığın hamil tarafından kabul edilmemesi durumunda, onun başvuru hakkını kaybedeceğini belirtmektedir (Bu hususta bk. **Pulaşlı**, s. 395).

¹⁰⁷ Bu hususta bk. **Eriş**, Kıymetli Evrak, s. 741; **Eriş**, Çek, s. 115.

¹⁰⁸ Bu hususta bk. **Helvacı**, Faiz, s. 102.

¹⁰⁹ Halbuki çekin ödenmemiş olan bedeli bakımından, ibraz tarihinden itibaren temerrüt faizi talep edilebilmektedir (bk. TTK 810).

B. Çekin Karşılıksız Çıkmasından Sonra Yapılan Ödemenin Çek Cezasına Etkisi

Daha önce de ifade edildiği üzere, yüzde onluk çek cezasının meydana gelebilmesi için süresi içinde bankaya ibraz edilen çekin karşılıksız çıkması yeterlidir. Bu andan itibaren hamil çekin karşılıksız kalan kısmının yüzde onunu düzenleyenden talep edebilir. Sonradan düzenleyen tarafından çek bedelinin tamamının veya bir kısmının ödenmesi, hamilin çek cezasını talep etme hakkını ortadan kaldırmaz^{110,111}.

Bunun yanı sıra, daha önce de ifade edildiği üzere, çek cezası niteliği itibariyle cezai şart niteliğinde olmadığı için hamilin yapılan ödemeyi çekincesiz kabul etmesi, onun çek cezasını talep etme hakkının miktarında bir azalma meydana getirmez.

¹¹⁰ Bu hususta bk. **Yıldız**, EÜHFD 2009, C. XIII, S. 3-4, s. 154.

¹¹¹ Yargıtay da bir kararında (**12. HD., 20.05.1998, E. 1998/5220, K. 1998/5677**) bu hususu ifade etmiştir. Bu kararın ilgili bölümü şu şekildedir: "... Sair temyiz itirazları yerinde değilse de, ibraz tarihinde çek'in karşılığı muhatap banka nezdinde bulunmadığından bilahare ödeme yapıldığından TTK'nun 695 (yeni TTK 783). madde hükmü gereği muhatap nezdinde karşılığı bulunmadan bir çek keşide eden kimse çekin kapatılmayan miktarının %5'ini ödemekle mükellef olacağından alacaklının çek tazminatı ve komisyon ücreti açısından çek bedelinin tamamı üzerinden bu meblağları talep etmesinde bir usulsüzlük yoktur. Aksine düşüncelerle anılan fer'ilerin takibe konu miktar üzerinden hesaplanması gerekeğine ilişkin merci kararının bozulması gerekmiştir..." (Bu karar için bk. **Kazancı Veri Tabanı**).

Yine Yargıtay başka bir kararında (**12. HD., 06.11.2008, E. 15566/K. 19362**) çekin karşılıksız çıkmasından sonra ödeme yapılmış olsa dahi hamilin çek cezasını talep edebileceğine hükmetmiştir. Bu kararın ilgili bölümü şu şekildedir: "...TTK'nın 707 (yeni TTK 795)'nci maddesi gereğince çek görüldüğünde ödenir. Aynı Yasanın 695 (yeni TTK 783)'inci madde hükmü uyarınca da ibraz tarihinde çekin karşılığının hazır bulunur durulması zorunludur. Alacaklı, 19.01.2008 ile ödeme tarihi olan 14.02.2008 arası için faiz talep edebileceği gibi, çek tazminatı ve komisyon bedeli de isteyebilir. Borçlu vekilinin bu hususlara ilişkin itirazlarının mahkemece reddedilmesinde, yasaya aykırılık yoktur..." (Bu karar için bk. **Eriş**, Kıymetli Evrak, s. 767). Aynı yöndeki başka bir karar için bk. **12. HD., 13.07.2010, E. 6290, K. 19229** (Bu karar için bk. **e-Uyar Veri Tabanı**); **12. HD., 2.10.1997, E. 9051, K. 9945** (Bu karar için bk. **e-Uyar Veri Tabanı**); **12. HD., 10.3.2003, E. 1908, K. 4743** (Bu karar için bk. **e-Uyar Veri Tabanı**); **12. HD., 21.10.1994, E. 12024/K. 12779** (Bu karar için bk. **Eriş**, Çek, s. 118).

VI. ÇEK CEZASI BAKIMINDAN ÖZEL DURUMLAR

A. Sebepsiz Zenginleşme Durumunda

TTK 818/I-m hükmünün yaptığı atıf nedeniyle poliçede sebepsiz zenginleşmeyi düzenleyen TTK 732 çekler bakımından da uygulanır. Poliçeye ilişkin bu hükme göre, zamanaşımı nedeniyle veya poliçeden doğan hakların korunması için gerekli olan işlemlerin yapılmasının ihmal edilmiş olması halinde düzenleyen veya kabul eden poliçeden doğan yükümlülükleri düşmüş olsa dahi, poliçe hamiline karşı, onun zararına zenginleşmiş olabilecekleri kadar borçlu kalırlar. Düzenlemenin amacı, şekli poliçe (çek) hukukunun maddi haksızlığa neden olmasını önlemektir¹¹². Sebepsiz zenginleşme talebi, kambiyo senetlerinde şekil şartlarının ağırlığını hafifletmek ve hamil için oluşacak hakkaniyete aykırı sonuçları ortadan kaldırmak için tanınan bir olanaktır¹¹³. Hamilin sebepsiz zenginleşme talebini kullanabilmesi için herhangi bir çek borçlusuna karşı kambiyo hukukuna dayanan bir talebinin kalmamış olması gerekir. Çeklerde sebepsiz zenginleşme davası hamil tarafından sadece düzenleyene karşı açılabilir.

Davanın açılabilmesi için hamilin çek bedelini tahsil etmemiş olmasından dolayı zarara uğraması¹¹⁴ ve bunun karşılığında düzenleyen zenginleşmiş olması yeterlidir^{115,116}. Yoksa malvarlıkları arasında intikalin doğrudan doğruya olması gerekmez¹¹⁷.

¹¹² Bu hususta bk. **Bozgeyik**, Hayri; “Kambiyo Senetlerinde Sebepsiz Zenginleşme”, AÜEHFD 2003, C. VII, S.1-2, s. 592; **Kınacıoğlu**, Naci; Kıymetli Evrak Hukuku, 5. Bası, Ankara 1999, s. 229.

¹¹³ Kambiyo senetlerinde sebepsiz zenginleşme davasının amacı için bk. **Durgut**, Ramazan; Kambiyo Senetlerinde Sebepsiz Zenginleşme, İstanbul 2005, s. 5-6; **Özkan**, Ömer; “Poliçede Sebepsiz Zenginleşme Davası”, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu’na 65. Yaş Günü Armağanı, 2. Bası, İstanbul 2001, s. 511; **Şimşek**, Edip; “Kambiyo Senetlerinde Haksız İktisap Davası”, Batider 1977, C. IX, S.2, s. 350 vd.; **Bozgeyik**, s. 592; **Reisoğlu**, s. 288-289; **BaslerKomm (Bauer)**, Art. 1052, No. 1.

¹¹⁴ Buradaki zarar, temel ilişkiden değil, kambiyo hukuku bağlamında gerçekleştiğinden soyut niteliktedir (**Poroy/Tekinalp**, s. 269; benzer olarak bk. **Durgut**, Sebepsiz Zenginleşme, s. 99; **Bozgeyik**, s. 602; **BaslerKomm (Bauer)**, Art. 1052, No.12; **Roberto/Trüeb (Kuhn)**, Art. 1052, No. 2).

¹¹⁵ Yargıtay da bir kararında (**11. HD., 6.4.2000, E. 2000/1769, K. 2000/2716**) düzenleyen dava dışı lehtara ödeme yapması halinde sebepsiz zenginleşme davasından söz

Burada ifade edilen hamilin zararından kasıtsa, çekin tahsil edilmeyen bedelidir¹¹⁸. Bunun sonucu olarak hamil, düzenleyenden TTK 810'da başvuru hakkı kapsamında belirtilen faiz, masraf ve binde üç komisyonu talep edemeyeceği gibi, çek cezasını da talep edemez¹¹⁹.

edilemeyeceğine işaret etmiştir. Kararın ilgili bölümü şu şekildedir: "...Dava, davalı keşidecinin sebepsiz zenginleştiği iddiasıyla davacı hamilin TTK.nun 644 (yeni TTK 732). maddesi uyarınca açtığı alacak davasıdır. Davalı keşideci, davaya konu çekin bedelini lehtarını dava dışı Can Aygen'e öndüğünü, dolayısıyla zenginleşmediğini savunarak ödemeye ilişkin 5.11.1997, 17.11.1997, 25.11.1997 tarihli banka dekontları ile 6.11.1997, 5.11.1997, 4.11.1997, 10.11.1997, 14.11.1997 tarihli tahsilat makbuzlarının fotokopilerini ibraz etmiştir. Gerçekten de keşidecinin bu çek sebebiyle ödeme yaptığını kanıtladığı kabul edildiği takdirde keşideci davalı yönüyle TTK.nun 644 (yeni TTK 732). maddesinde yazılı sebepsiz zenginleşme olgusunun gerçekleşmemesi nedeniyle davanın reddi gerekecektir. Bu itibarla, davalı keşidecinin ibraz ettiği ve dayandığı ödeme belgelerinin üzerinde durularak dava konusu çek nedeniyle yapılmış, kuşku duyulmıyacak bir ödemenin var olup olmadığının, gerektiğinde bilirkişi incelemesi ile ortaya konması, sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile hüküm tesisi hatalı olup, davalı vekilinin bu yöne ilişkin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün bozulması gerekmiştir..." (Bu karar için bk. **Kazancı Veri Tabanı**).

¹¹⁶ Burada TBK 77'den farklı olarak, hamil aleyhine gerçekleşen zenginleşmenin haksız bir nedene dayanması şart değildir (Bu hususta bk. **Bozer/Göle**, s. 118; **Poroy/Tekinalp**, s. 268; **Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya(Kendigelen)**, s. 284; **Bahtiyar**, Kıymetli Evrak, s. 102-103).

¹¹⁷ Bu hususta bk. **Kınacıoğlu**, s. 232; **Bozer/Göle**, s. 118; **Pulaşlı**, s. 212; **Bahtiyar**, Kıymetli Evrak, s. 104; **Şimşek**, Batıder 1977, C. IX, S. 2, s. 360.

¹¹⁸ **Kendigelen, Abuzer**; "Müracaat Hakkını Kaybeden Çek Hamilinin Başvuracağı Hukuki Yollar, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan, İstanbul 2007, s. 731; **Öktem**, s. 757.

¹¹⁹ Bu hususta bk. **Kendigelen**, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan, s. 731; **Kendigelen, Çek**, s. 320; **İnan**, Çek Rizikoları, s. 67.

Yargıtay da bir kararında (**11. HD., 3.5.1999, E. 1999/1590, K. 1999/3442**) sebepsiz zenginleşme davasında hamilin çek cezasını talep edemeyeceğine hükmetmiştir. Bu kararın ilgili bölümü şu şekildedir: "...Türk Ticaret Kanunu'nun kambiyo senetlerine ilişkin sebepsiz iktisap talebiyle ilgili tek hükümde (TTK.'nun 644 (yeni TTK 732). Maddesi), nelerin istenebileceği belirtilmemiştir. Bu taleple borçlunun zenginleştiği miktarda bir ödemede bulunması istenir. Çünkü, borçlu çekten dolayı bu miktarda sorumlu kalmıştır (Prof. Dr. Fırat Öztan, Kıymetli Evrak Hukuku, Ankara 1997 2. baskı, sh. 927). Bu nedenle davalının çek tazminatı, komisyon ve icra takip giderlerinden

B. Karşılığın Devri Durumunda

Poliçede karşılığın devrine ilişkin TTK 733 hükmü çekler bakımından da uygulama alanı bulur. Karşılık üzerindeki hak kural olarak çekle beraber hamile geçmez. Zira çekin devrini sağlayan ciro, çekten doğan hakların devrini sağlar (TTK 818 atfı gereğince TTK 684). Yoksa ciro, temel ilişkiden doğan hakların devrini sağlamaz. Ancak çekte istisnaen karşılığın devri kurumu sayesinde karşılık hamile geçmekte ve bu sayede hamilin durumu güçlendirilmektedir¹²⁰. Karşılığın devrinin kanuni ve iradi devir olmak üzere iki türü vardır. Düzenleyenin iflasıyla beraber karşılığın hamile geçmesi kanuni devir haliyken; düzenleyenin çek üzerine karşılığı devrettiğini açıkça belirtmesi halindeyse iradi devirden bahsedilir.

Bu durumlarda çekin hamili muhatap nezdindeki karşılığı ibraz süreleriyle sınırlı olmaksızın devredilen alacağa ilişkin zamanaşımı süresi içinde alacaklı sıfatıyla talep etme hakkına sahip olmaktadır¹²¹.

Çekin baştan itibaren karşılığı bulunmuyorsa veya kanuni yahut iradi devirden önce düzenleyen tarafından karşılığın çekilmesi durumunda, hamil, muhatap bankaya karşı bir talepte bulunamaz. Böyle bir halde çek karşılıksız çıktığından dolayı, hamil yüzde onluk çek cezasını talep edebilir¹²². Buna karşılık, kanuni devirde iflas ilanından, iradi devirde durumun ihbarından sonra muhatap banka karşılığı elinden çıkarmışsa, hamil muhatap bankadan karşılığın kendisine ödenmesini talep edebilir. Bu halde, çek karşılıksız da kalacağından, hamil düzenleyene başvurarak çek cezasının kendisine ödenmesini de talep edebilir¹²³.

sorumlu tutulmaması gerekirken yazılı şekilde bu kalemlerden dolayı sorumluluğuna hükmolunması da kabul şekli bakımından yanlış olmuştur...” (Bu karar için bk. **Kazancı Veri Tabanı**).

¹²⁰ Benzer olarak bk. **Roberto/Trüeb (Kuhn)**, Art. 1053, No. 1; **Bahtiyar**, Kıymetli Evrak, s. 106; **Şimşek**, Ticari Senetler, s. 415-416.

¹²¹ Bu hususta bk. **Kendigelen**, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan, s. 739.

¹²² Bu hususta bk. **İnan**, Batider 1981, C. XI, S. 2, s. 115.

¹²³ Benzer olarak bk. **İnan**, Batider 1981, C. XI, S. 2, s.115; **Şimşek**, Ticari Senetler, s. 417; **Coşkun**, s. 22; **Domaniç**, Kıymetli Evrak, s. 720.

C. Keşide Çekindeki Durum

Keşide çeki denilen çek türünde, çekin düzenleyeni ve muhatabı aynı bankadır¹²⁴. Lehtar olarak da düzenleyen veya onun göstereceği üçüncü bir kişi belirtilmektedir. Söz konusu çekler TTK'da belirtilen unsurları taşıdıkları için geçerlidirler¹²⁵. Bu çekler, lehtar açısından önemli bir güvence sağladıkları gibi, şifrelendirildiklerinden kötüye kullanma ihtimalleri de azdır¹²⁶. Bu tür çeklerde düzenlenen çekin bedeli önceden müşteri tarafından nakden veya hesaben bankaya ödenmektedir. Hamil tarafından çek henüz bankaya ibraz edilmeden, müşteri tarafından çek bedeli bankaya ödendiğinden, bu çeklerin karşılıksız çıkması kural olarak mümkün değildir¹²⁷. Bunun sonucu olarak keşide çekinde, çek cezası da gündeme gelmez.

D. Garantili Çekteki Durum

Garanti çekinde banka düzenleyen ile yaptığı anlaşma gereğince, düzenleyen tarafından düzenlenen çeklerin belli bir limite kadar ödeneceği hususunda garanti vermektedir^{128,129}. Yapılan sözleşme tam üçüncü kişi

¹²⁴ Bu hususta bk. **Ulusoy**, Erol; "Keşide Çeki", Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan, C. II, Ankara2010, s. 2216; **BaslerKomm (Widmer)**, Art. 1104, No. 6; başka bir bankanın muhatap olarak gösterildiği çek de banka çeki olarak nitelendirilmektedir (Bu hususta bk. **Meier-Hayoz/von der Crone**, s. 262; **Ulusoy**, s. 2214). Keşide çekine ilişkin esaslar banka çeki için de geçerlidir.

¹²⁵ Hemen belirtelim ki, doktrindeki bir görüşe göre, keşide-banka çekleri hukuken çek niteliğinde değildir (Bu görüş için bk. **Teoman**, Ömer; "Banka Çekleri Hukuken Çek Midir?" İÜHFM 1994, C. LIV, S. 1-4, s. 264 vd.; **Kendigelen**, Çek, s. 398; **Pulaşlı**, s. 240).

¹²⁶ Bu hususta bk. **Reisoğlu**, s. 158; bu tür çeklerin sağladığı avantajlar için bk. **Jäggi/Druey/von Greyerz**, s. 316-317; **Ulusoy**, s. 2218-2219.

¹²⁷ Bu çeklerin kural olarak karşılıksız çıkmasının söz konusu olmayacağı hususunda bk. **Meier-Hayoz/von der Crone**, s. 264; ayrıca bk. **Pulaşlı**, s. 238; **Şimşek**, Ticari Senetler, s. 389; **Domanıç**, Kıymetli Evrak, s. 583.

¹²⁸ Garantili çeklerin geçersiz olduğu görüşü için bk. **Coşkun**, s. 77. Yazar'ın garantili çekleri geçersiz saymasının temel gerekçesi çekte öngörülen kabul yasağıdır. Ancak bu görüş doktrinde kabul görmemiştir.

¹²⁹ Doktrinde **Bozer/Göle**, 5941 sayılı ÇekK 3/3 hükmü gereğince, bankaların çek bedellerinin bir kısmını ödemekle yükümlü olduğunu, kanun koyucunun böylelikle yasal garantili çekler yaratmış olduğunu belirtmektedirler. Bu görüşe göre, aslından tüm çekler yasal garantili çek haline gelmiştir (Bu hususta bk. **Bozer/Göle**, s. 204).

yararına sözleşme niteliğindedir¹³⁰. Bu nedenle, banka tarafından verilen garanti miktarına kadar hamilin doğrudan muhatap bankaya başvurması ve bu miktarı ondan talep edebilmesi mümkündür¹³¹.

Bu tip çeklerde, banka tarafından verilen garanti miktarı kadar karşılıksız kalmalarından söz edilemez. Bununla birlikte düzenlenen çekin bedeli garanti edilen tutarın üzerinde olabilir¹³². Garanti edilen tutarı aşan kısım için çekin karşılıksız kalması olanaklıdır. İşte bu karşılıksız kalan kısım üzerinden hesaplanacak yüzde onluk çek cezasını hamil düzenleyenden talep edebilir. Yine çok istisnai hallerde karşılaşılsa dahi, bedeli bankanın garanti verdiği tutar içinde yer alsada dahi, banka ödeme yapmaktan kaçınırsa, karşılıksız çek durumu söz konusu olur. Bu haldeyse, hamil düzenleyenden çekin karşılıksız kalan kısmının yüzde onunu talep edebilir^{133,134}.

E. Bloke (Teyitli) Çekteki Durum

Her ne kadar kanunda bloke çeki ilişkin bir hüküm olmasa dahi, doktrin ve uygulamada bloke (teyitli) çek kabul edilmektedir¹³⁵. Bloke çek, muhatap bankanın çek borçlusu olmasının önlenmesinin yarattığı çekin karşılıksız kalması riskini azaltmaktadır¹³⁶. Bloke (teyit) kaydı, çekin ön

¹³⁰ Bu hususta bk. **Öztañ**, Kıymetli Evrak, s. 1393-1394; **Kendigelen**, Çek, s. 394; **Tekil**, s. 122; **Şimşek**, Ticari Senetler, s. 415; **Antmen**, s. 524.

¹³¹ Ancak bk. ve karşı. **Can**, Mertol; “Çek Hamilinin Muhatap Bankaya Karşı Hukuki Durumu”, Prof. Dr. İhsan Tarakçioğlu’na Armağan, Ankara 1999, s. 78.

¹³² Bu hususta bk. **Bozer/Göle**, s. 203.

¹³³ Bu hususta bk. **İnan**, Batider 1981, C. XI, S. 2, s. 115; **Coşkun**, s. 27; ancak bk. ve karşı. **Antmen**, s. 524.

¹³⁴ Elbette, böyle bir durumda hamilin doğrudan muhataba başvurarak çekin garanti edilen kısmını talep etmesi mümkündür.

¹³⁵ Çekin teyidinin kabul yasağının dolanılması anlamına geleceği için geçersiz olduğu görüşü için bk. **Kınacıoğlu**, s. 276.

¹³⁶ Aynı yönde bk. **Tamer**, Ahmet; “Teyitli(Karşılıklı,Bloke) Çek”, Bankacılar Dergisi 2013, S. 87, s. 4. Çekin teyit (bloke) edilmesinin amacıyla ilgili olarak ayrıntılı açıklamalar için bk. **Durgut**, Ramazan; “Çekte Kabul Yasağı ve Çekin Teyidi”, İstBD 2006, C. LXXX, S. 3, s. 993 vd.; **Sungurtekin**, Meral; “Çekte Kabul Yasağı ve Çekin Teyidi”, MBD 1990, S. 35, s. 29; **Kendigelen**, Çek, s. 381-382.

veya arka yüzüne yazılır. Söz konusu kaydın muhatap banka açısından geçerli olabilmesi için banka yetkilileri tarafından imzalanması gerekir¹³⁷.

Çek üzerine bloke kaydı konulması halinde, çek bedeli ayrı bir hesaba aktarılarak bloke edilir¹³⁸. Artık düzenleyen bloke edilen meblağ üzerinde tasarrufta bulunamaz. Bunun sonucu olarak bu çeklerin karşılıksız kalması rizikosu kural olarak ortaya çıkmaz.

Kural olarak çekin karşılıksız çıkması söz konusu olmadığından, hamilin düzenleyenden TTK 783/3'de belirtilen çek cezasını talep etmesi de mümkün olmaz. İstisnai olarak, çek teyitli olmasına rağmen banka ödeme yapmaktan kaçınırsa, hamil bankaya karşı dava açabileceği gibi¹³⁹, çekin

¹³⁷ Bu hususta bk. **Kendigelen**, Çek, s. 384; **Pulaşlı**, s. 241; **Bilgili/Demirkapı**, s. 168-169; **Tekil**, s. 112; **Tamer**, s. 4; **Sungurtekin**, s. 33.

¹³⁸ Bu hususta bk. **Kendigelen**, Çek, s. 384; **Ulusoy**, s. 2217. Teyitli çekte çek bedelinin mevcut bir hesapta veya ayrı bir hesapta hamil adına bloke edilmesinin hukuken mümkün olmadığı yönündeki görüş için bk. **Kırca**, İsmail; "Teyitli (Bloke) Çek- Gayri Nakdi Kredi İlişkisi", Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, C. II, İstanbul 2010, s. 1239.

¹³⁹ Belirtelim ki, hamilin muhatap bankaya yönelik bu talebi kambiyo hukuka dayanmaktadır. Hamilin talebi TBK hükümleri çerçevesinde muhataba yöneltir (Bu hususta bk. **Kendigelen**, Çek, s. 390; **Pulaşlı**, s. 242; **Tamer**, s. 6-7; **Durgut**, İstBD 2006, C. LXXX, S. 3, s. 1001; **Karahan/Arı/Bozgeyik/Saraç/Ünal (Arı)**, s. 367; **Tekil**, s. 114). Ancak bk. ve karşı. **Can**, s. 76-77.

Hamilin bankaya başvurması durumunda, bankadan çek cezasını talep etmesi mümkün olmaz (Bu hususta bk. **Kendigelen**, Çek, s. 389).

Yargıtay da bir kararında (**19. HD., 11.2.1992, E. 1992/214, K. 1992/110**) teyitli çekte muhatap tarafından ödeme yapılmaması durumunda, muhataptan çek cezasının talep edilemeyeceğine hükmetmiştir. Bu kararın ilgili bölümü şu şekildedir: "...Mahkemece davacının alacaklı olduğuna karar verilen 102.441.000 TL. içine icra takip dosyasına göre;

97.000.000 TL. Asıl Alacak

9.700.000 TL. 3167 Sayılı yasanın 16/2. maddesi gereğince % 10

4.850.000 TL. T.T.K.nun 695 (yeni TTK 783). son maddesi gereğince % 5

291.000 TL. T.T.K.nun 722/4 (yeni TTK 810). maddesine göre % 0,3 komisyon

600.000 TL. % 52 reeskont faizi dahildir ki. toplam 102,441.000 TL. olmaktadır.

Davalının temyiz taleplerinin, maddi hukuk ve usul hukuku yönünden ayrı ayrı incelenmesi gerekir.

karşılıksız kalması nedeniyle başvuru hakkını da kullanabilir¹⁴⁰. Bloke kaydına rağmen ödeme yapılmayan bu durumda hamil düzenleyenden çekin karşılıksız kalan kısmının yüzde onunu talep edebilir¹⁴¹. Çekin karşılıksız kalan kısmının yüzde onunu ödeyen düzenleyen, bu ve diğer zararları için muhatap bankaya başvurabilir¹⁴². Gerçekten de banka ödeme yapmış olsaydı düzenleyen çek cezası, temerrüt faizi ve komisyon ödemek zorunda kalmayacaktı.

Çeklerde teyit Türk Ticaret Kanununda düzenlenmiş olmayıp, Yargıtay kararları ve öğretide kabul edilmiştir. Çeki teyit eden muhatap banka, ibraz süresi içinde çek bedelini bloke etmek ve başvuru olduğunda bedelini ödemekle yükümlüdür.

Somut olayda, çek arkasında mevcut olan kayıt, bu çekin teyitli çek olduğunu gösterir. Bankanın çek hamiline sorumluluğu çek bedeliyle sınırlıdır. T.T.K.nun 695 (yeni TTK 783), 722/4 (yeni TTK 810/4). maddeleri ile 3167 Sayılı Kanunun 16/2. maddesinden doğan tazminat sorumluluğu ise keşideciye aittir.

Uyulan bozma ilamının son satırlarında "...bulunmasına göre davalının dava konusu çek bedelinden sorumlu bulunduğu..." cümlecigi mevcuttur. Bundan dolayı, yalnız çek bedeli ile ilgili olmak üzere davacı yararına, bozma ilamına uyulmakla, usuli kazanılmış hak doğmuştur. Dolayısıyla yerel mahkemece; bozma ilamının kapsamı dışında kalan, davalı bankanın bir sorumluluğu bulunmayan ve keşidecinin sorumlu olduğu T.T.K.nun 695 (yeni TTK 783), 722/4 (yeni TTK 810). ve 3167 Sayılı Kanunun 16/2. maddelerine giren taleplerin reddine karar verilmesi gerekir..." (Bu karar için bk. **Kazancı Veri Tabanı**).

Şimşek'e, göre ise, hamil TTK 810 (eTTK 722)'de belirtilen kalemler yanından çek cezasını da muhatap bankadan talep edebilir (**Şimşek**, Ticari Senetler, s. 423). Bu görüşe katılmak mümkün değildir. Bir kere bu görüş kabul edilirse teyitli çekler bakımından muhatap banka kambiyo borçlusuna olacaktır. Ancak daha önce de ifade ettiğimiz üzere, kanun koyucu bankanın kambiyo senedi borçlusuna olması neden olacak tüm yolları baştan engellemiştir. İkinci olarak, yasa koyucu başvuru hakkı kapsamında müracaat edilecek çek borçlularını sınırladığı gibi (bk. TTK 808), çek cezasından sorumlu olanın düzenleyen(ve bizce onun lehine aval veren) olduğunu belirtmiştir.

¹⁴⁰ Bu hususta bk. **Tamer**, s. 7; **Coşkun**, s. 76. Teyitli çekin ödenmemesi durumunda karşılıksız çek fiilinin işlendiği ve karşılıksız çek nedeniyle düzenleyenin sorumlu olacağına ilişkin olarak bk. **Pulaşlı**, s. 245.

¹⁴¹ Çekin teyitli olmamasına rağmen, banka tarafından ödeme yapılmaması durumunda karşılıksız çekin hukuki sonuçlarının ortaya çıkacağı hususunda bk. **İnan**, Batider 1981, C. XI, S. 2, s. 114; benzer olarak bk. **Coşkun**, s. 76.

¹⁴² Çekin teyidine rağmen ödeme yapmayan muhatap bankanın düzenleyene karşı sorumlu olacağı hususunda bk. **Tekil**, s. 114.

F. Vizeli Çekteki Durum

Çekin vizesinde, vize eden muhatap vize verdiği tarihte çek karşılığının varlığını bildirmektedir¹⁴³. Ancak vize ile muhatap yukarıda belirtilen bloke çekten farklı olarak herhangi bir taahhüt altına girmemektedir¹⁴⁴. Çekin vizesinden sonra, hesapta bulunan karşılık düzenleyen tarafından çekilebileceği gibi, bu karşılığın üçüncü kişilere de ödenmesi mümkündür¹⁴⁵. Böyle bir durumda hamilin çek bedelinin kendisine ödenmesi için muhataba yönelik bir talepte bulunması mümkün olmaz¹⁴⁶.

Bunun sonucu olarak, çek vize edilmiş olsa dahi, alelade çekler gibi karşılıksız kalması olanaklıdır. Böyle bir durumda da hamil, düzenleyene başvurarak TTK 810'da belirtilen diğer taleplerin yanında, çekin karşılıksız kalan kısmının yüzde onunu da talep edebilir.

VII. ÇEK CEZASININ ÇEK DÜZENLEME VE ÇEK HESABI AÇMA YASAĞININ KALDIRILMASIYLA İLİŞKİSİ

5941 sayılı yasa gereğince karşılıksız çek düzenleyen hakkında çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı hususunda idari bir tedbire karar verilebilir¹⁴⁷. Çekle ilgili karşılıksız işlemi yapılması durumunda hamilin altı

¹⁴³ Bu hususta bk. **Kendigelen**, Çek, s. 385; **Tekil**, s. 107; **Bilgili/Demirkapı**, s. 169; **Can**, s. 75; benzer olarak bk. **Bozer/Göle**, s. 205.

¹⁴⁴ Bu hususta bk. **Öztaş**, Kıymetli Evrak, s. 1138; **Bozer/Göle**, s. 205; **Jäggi/Druery/von Greyerz**, s. 310-311; **Domaniç**, Kıymetli Evrak, s. 584; **Karahan/Arı/Bozgeyik/Saraç/Ünal (Arı)**, s.364; **Bilgili/Demirkapı**, s. 169; ancak bk. ve karşı. **Şimşek**, Ticari Senetler, s. 422.

¹⁴⁵ Benzer olarak bk. **Domaniç**, Kıymetli Evrak, s. 584.

¹⁴⁶ Bu hususta bk. **Tekil**, s. 107; **Durgut**, İstBD 2006, C. LXXX, S. 3, s. 1003.

Gerçekten de vizeli çekte garanti çekinden ve bloke (teyitli) çekten farklı olarak, muhatap hamile karşı borç altına girmediğinden, hamilin muhataba başvurarak çek bedelini ondan talep etmesi mümkün değildir.

¹⁴⁷ Belirtmek gerekir ki,, karşılıksız çek düzenlemesiyle ilgili başta herhangi bir özel cezai yaptırım öngörülmemiştir. Bu nedenle, karşılıksız çek düzenlenmesinin ceza kanunu bakımından dolandırıcılık suçunun unsurlarını taşıyıp taşımadığı tartışmalıdır (Bu hususta ayrıntılı açıklamalar için bk. **Erman**, s. 153). Daha sonra 3167 sayılı Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun ile karşılıksız çek düzenleyen bakımından hapis cezası öngörülmüştü. Bir süre sonra, hapis cezası da adli para cezası haline getirilmiştir (Bu husustaki tarihi gelişim için bk. **Bilgili/Demirkapı**, s. 191 vd.).

ay içinde talepte bulunması şartıyla, Cumhuriyet savcısı tarafından çek düzenleme ve hesabı açma yasağı kararı verilir (bk. ÇekK 5/1).

Bu Kanunun 6/1 hükmüne göre; “*Karşılıksız kalan çek bedelinin, çekin üzerinde yazılı bulunan düzenleme tarihine göre kanunî ibraz tarihinden itibaren işleyecek 3095 sayılı Kanuna göre ticarî işlerde temerrüt faiz oranı üzerinden hesaplanacak faizi ile birlikte tamamen ödenmesi hâlinde, çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı Cumhuriyet savcısı tarafından kaldırılır*”.

Görüldüğü üzere hüküm gereğince, çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağının kaldırılabilmesi için çekin karşılıksız kalan bedeliyle ibraz tarihinden itibaren işleyecek faizin ödenmesi gerekir. Söz konusu faiz oranı da Kanun’da açıkça belirtildiği üzere ticari işlerde uygulanan faiz oranıdır (3095 sayılı FaizK 2/2).

Kanun koyucu bu yasağın kaldırılması için düzenleyen tarafından başka bir ödemenin yapılmasını aramamıştır¹⁴⁸. Bunun sonucu olarak düzenleyen çekin karşılıksız kalan kısmının yüzde onunu ödemesi dahi, karşılıksız kalan kısmı faiziyle öderse, kendisi tarafından öngörülen yaptırımın cumhuriyet savcısı tarafından kaldırılması gerekir. Bu açıdan, çekin karşılıksız kalan kısmının faiziyle ödenmesi nedeniyle yasak kalkmış olsa dahi, düzenleyenin çek cezasından sorumluluğu devam eder. Başka bir ifadeyle yasağın kalkmış olması, düzenleyenin çek cezasından doğan sorumluluğu üzerine bir etkisi olmaz¹⁴⁹.

VIII. ÇEK CEZASIYLA İLGİLİ KAMBIYO SENETLERİNE MAHSUS TAKİP YOLUNA BAŞVURULUP BAŞVURULAMAYACAĞI SORUNU VE İCRA İNKAR TAZMİNATINA ETKİSİ

2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu’nun 167-170b maddelerinde, kambiyo senetlerine özgü takip yolları düzenlenmiştir. Bunlar, kambiyo senetlerine

¹⁴⁸ Düzenlemenin ilk halinde bulunan etkin pişmanlık için çek cezasının (tazminatın) ödenmesi şartının aranmasının yerinde olacağı hususu için bk. **Yıldız**, EÜHFD 2009, C. XIII, S. 3-4, s. 159.

¹⁴⁹ Aynı yönde bk. **Yıldız**, EÜHFD 2009, C. XIII, S. 3-4, s. 159-160.

mahsus haciz ve kambiyo senetlerine mahsus iflas yoludur. Borçlu tacirse, her iki özel takip yoluna başvurulabilecekken, borçlu tacir değilse, özel takip yollarından sadece haciz yoluna başvurulabilir.

Çek cezasının talep edilebilmesi için kusur, zarar ve illiyet bağı gibi hususların ispatına gerek yoktur. Bu nedenle, çekin karşılıksız kalan kısmının yüzde onunun kambiyo senetlerine özgü takip yoluna konu olabilmesi mümkündür¹⁵⁰.

¹⁵⁰ Bu hususta bk. Yıldız, EÜHFD 2009, C. XIII, S. 3-4, s. 154; Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya (Helvacı), s. 307; Kendigelen, Çek, s. 308; ancak bk. ve karşı. Zimmermann, Art. 1103, No. 20b.

Yargıtay da bir kararında (12. HD., 4.6. 2013, E. 2013/12091, K. 2013/20822) çek cezası için kambiyo senetlerine mahsus takip yoluna başvurulup başvurulmayacağını tartışmadan bu yolla takibin mümkün olduğuna karar vermiştir. Bu kararın ilgili bölümü şu şekildedir:

“...Alacaklı tarafından çeki dayalı olarak kambiyo senetlerine mahsus haciz yoluyla icra takibine başlandığı, örnek 10 numaralı ödeme emrinin tebliği üzerine borçlunun yasal sürede icra mahkemesine başvurarak faize, çek tazminatına itiraz ettiği ve ödeme emrine dayanak belge eklenmediğinden ödeme emrinin iptalini talep ettiği, Mahkemece, takip talebinde % 10 tazminat istendiği ancak yasal olarak bunun mümkün bulunmadığından bahisle takibin iptaline karar verildiği görülmüştür. Takip tarihi itibarıyla uygulanması gereken TTK'nın 783/3 maddesine göre “Muhatap nezdinde karşılığı kısmen veya tamamen bulunmayan bir çek düzenleyen kişi, çekin karşılıksız kalan bedelinin %10'unu ödemekle yükümlü olduktan başka, hamilin bu yüzden uğradığı zararı da tazmin eder.” 6762 Sayılı TTK'nun 695/3 maddesinde %5 olan çek tazminatı oranı 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 783/3. maddesiyle % 10'a çıkarılmıştır. Bu hüküm kapsamında hamilin düzenleyenden (keşideci-den) ayrıca ödenmeyen çek bedelinin yüzde onu oranında çek tazminatı talep edebileceği açıktır...” (Bu karar için bk. Kazancı Veri Tabanı).

Yargıtay daha önceki bir kararında ise (12. HD., 18.4.1983, E. 1983/1706, K. 1983/2946) çek cezasının kambiyo senetlerine mahsus haciz yoluna konu olamayacağına hükmetmiştir. Bu kararın ilgili bölümü şu şekildedir: “... TTK'nun 695 (yeni TTK 783). maddesinin 3. fıkrasına göre karşılıksız çek keşide eden kişi çekin kapatılmayan miktarının asgari % 5'ini ödemekle yükümlüdür. Anılan madde hamilin bu yüzden uğradığı zararları da isteyebileceğini öngörmüş ise de bu zararın miktarının belirlenmesi yargılamayı gerektireceğinden ilamsız takibe konu edilemez. Asgari % 5 oranındaki zarar miktarı dahi kambiyo senedine müstenit usul dairesinde icra takibine konu yapılamaz...” (Bu karar için bk. Kazancı Veri Tabanı).

Ancak alacaklının mutlaka kambiyo senetlerine özgü takip yollarına başvurması gerekmez. Onun genel haciz yoluyla takip yapması mümkün olduğu gibi, borçlunun tacir olması halinde, iflas yoluna başvurması da olanaklıdır. Bunun sonucu olarak hamilin genel haciz veya iflas yoluna başvurması durumunda da çek cezasını talep edebilir¹⁵¹. Başka bir ifadeyle çek cezasının talep edilebilmesi için alacaklının kambiyo senetlerine özgü takip yollarına başvurması zorunlu değildir.

Alacaklı tarafından yapılan takibe borçlunun itiraz eder ve mahkeme itirazın iptalini kabul ederse, mahkeme borçlu aleyhine icra inkar tazminatına hükmedebilir (bk. İİK 67/II). Düzenlemenin devamında açıkça belirtildiği üzere söz konusu tazminat hükmolunan meblağın yüzde yirmisidir. Söz konusu meblağın kapsamına TTK 810'da belirtilen kalemler yanında, çekin karşılıksız kalan kısmının yüzde onu, yani çek cezası da girer¹⁵². Belirtilim ki aynı durum, haksız ve kötüniyetli alacaklı aleyhine hükmolunabilecek kötüniyet tazminatı bakımından da geçerlidir.

IX. ÇEK CEZASININ ZAMANAŞIMI SÜRESİ

Çek cezası bakımından hangi zamanaşımı süresinin uygulanacağına dair kanunda bir açıklık yoktur.

¹⁵¹ Yargıtay da bir kararında (12. HD., 20.05. 1991, E. 1990/13640, K. 1991/6394) genel haciz yoluyla yapılan takipte hamilin çek cezasını isteyebileceğine hükmetmiştir. Bu kararın ilgili bölümü şu şekildedir: "...Çekler, Ticaret Kanunu ile düzenlenmiş ticari senetlerdir. Genel haciz yolu ile yapılan takipte kullanılmaları hamillerine sağladığı hakları değiştirmez. Dayanak belgeler TTK.nun 692 (yeni TTK 780). maddesinde öngördüğü unsurları taşımaktadır. TTK.nun 695 (yeni TTK 783). maddesinin son fıkrasına göre % 5 çek tazminatı istenmesi, 3095 sayılı Kanunun 2. maddesine göre ticari işlerle ilgili olarak reeskont faizi istenmesi yerindedir. Mercii aksine düşüncelerle bu isteklere yönelik itirazların kabul edilmesi de yanlıştır..." (Bu karar için bk. YKD 1991, C. XVII, S. 9, s. 1358-1359; Kazancı Veri Tabanı; e-Uyar Veri Tabanı).

¹⁵² Yargıtay da bir kararında (12. HD., 25.10.1994 E. 12596/K. 13020) çek cezasına itiraz edilmesi durumunda tazminatta itiraz edilen kısım olan çek cezasının dikkate alınması gerektiğine hükmetmiştir. Bu karar şu şekildedir: "...Borçlu, itiraz dilekçesinde takip konusu çekin keşide tarihinden önce bankaya ibraz edildiği ve bu nedenle çek tazminatının istenemeyeceğini ileri sürdüğünden, tazminatın itiraz edilen 375.000.-TL üzerinden hükmedilmesi gerekirken, asıl alacak üzerinden tazminata hükmedilmesi isabetsizdir..." (Bu karar için bk. Eriş, Çek, s. 118).

Doktrinde bir görüşe göre, çek cezasının zamanaşımı süresi TBK 146 gereğince on yıldır. Burada başvuru hakkına ilişkin zamanaşımı süresini düzenleyen TTK 814 uygulama alanı bulmaz¹⁵³.

Yargıtay ise bir kararında çek süresi içinde bankaya ibraz edilmiş olmasına rağmen, başvuru hakkına ilişkin zamanaşımı süresinde (eTTK 726'daki altı ay süre) kambiyo senetlerine mahsus takip yoluna başvurulmadığından, hamilin çek cezasını talep edemeyeceğine hükmetmiştir¹⁵⁴.

Bizce, çek cezasına da TTK 814'te belirtilen zamanaşımı süresinin uygulanması gerekir. Bu hükme göre, hamilin cirantalara, düzenleyene ve diğer çek borçlularına karşı sahip olduğu başvurma hakları, ibraz süresinin bitiminden itibaren üç yıl geçmekle zamanaşımına uğrar. Daha önce de ifade edildiği üzere, çek cezası hamilin başvurma hakkının kapsamını genişleten bir haktır. Hatta bu yüzden, TTK 810'da düzenlenmesi daha yerinde olurdu. Bu nedenle, çek cezasının da başvurma hakkına ilişkin zamanaşımı süresine tabi tutulması gerekmektedir. Bu görüş, kanun koyucunun kambiyo senedine dayanan talepleri daha kısa zamanaşımına tutması yönündeki amacına da uygundur.

SONUÇ

- Kanun koyucu tarafından poliçe ve bonodan farklı olarak karşılıksız çıkan çekler bakımından çek cezası olarak adlandırdığımız özel bir hukuki yaptırım öngörülmüştür. Çek cezası niteliği bakımından medeni ceza niteliğindedir. Düzenleyen kusur ve zarardan bağımsız olarak bu cezadan sorumludur. Amaç karşılıksız çek düzenleyenler bakımından caydırıcı bir etki sağlamaktır. Bu ceza tazminat niteliğinde olmadığı için, hamil çekin karşılıksız çıkması nedeniyle hiçbir zarara uğramasa dahi, çek cezasını talep edebilir. Bu ceza, hamilin başvuru hakkını genişleten bir hak niteliğindedir. Hatta, bu nedenle hamilin başvuru hakkını düzenleyen TTK 810'da düzenlenmesi daha yerinde olabilirdi.

¹⁵³ Tschannen, s. 245; Zimmermann, Art. 1103, No. 23; Coşkun, s. 57.

¹⁵⁴ 19. HD., 29.11.2001, E.2001/3300, K. 2001/7942 (Bu karar için bk. Kazancı Veri Tabanı).

- Çek cezasının talep edilebilmesinin temel şartı, çekin karşılıksız kalmasıdır. Çek cezasının istenebilmesi için çekin karşılıksız kaldığının usulüne uygun olarak tespit edilmesi gerekir.

- Çek cezasını talep etmeye hamil yetkilidir. Hamil başvuru hakkı çerçevesinde çek borçlularından birinden çek bedelini tahsil etmiş olsa bile, bu kişi çek cezasından sorumlu olanlara başvurarak çek cezasının ödenmesini talep edemez. Çekin karşılıksız kaldığının usulüne uygun olarak tespitiinden sonra çek ciro edilirse, bu ciro alacağın temlik hükmünde olacaktır. Böyle bir halde çeki devralan da çek cezasını talep edebilir.

- Çek cezasından, düzenleyen ve onun lehine aval veren kimse sorumludur. Bunlar dışındaki çek borçlularından çek cezasının talep edilmesi mümkün değildir. Yetkisiz temsil ve sahte imza durumunda da, yetkisiz temsilci ve sahte imza atan kişi çek cezasından sorumludur. Çek cezasından sorumlu olanlar, hamile karşı ileri sürebilecekleri ödemededen kaçınmayı haklı kılan bir defa varsa, bu kimseler çek cezasını da ödemekten kaçınabilir.

- Çek cezası, çekin karşılıksız kalan miktarının yüzde onudur. Yoksa, bu miktarın hesaplanmasında çek bedeli dikkate alınmaz. Hamil yapılan kısmi ödeme teklifini reddederse, bu oranda çek cezası talep etme hakkını da kaybeder. Çekin karşılıksız çıkmasından sonra yapılan ödemeler çek cezasının hesaplanmasında göz önüne alınmaz.

- Sebepsiz zenginleşme durumunda, hamil çek cezasını düzenleyenden talep edemez. Karşılığın devri durumundaysa, bu devre rağmen çekin karşılıksız kalması halinde hamil, çek cezasını talep edebilir. Keşide çekinde, çeki düzenleyen banka olduğu için kural olarak karşılıksızlık durumu söz konusu olmaz. Bunun sonucu olarak, çek cezası hususu da gündeme gelmez. Aynı esas kural olarak garantili ve teyitli çek bakımından da geçerlidir. Ancak bu çeklerin istisnai olarak karşılıksız kalması durumunda hamil çek cezasını talep edebilir.

- Düzenleyen çek cezasını ödemiş olsa dahi, çekin karşılıksız kalan kısmını faiziyle birlikte öderse, hakkında verilen çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı kaldırılır. Ancak, düzenleyen hakkındaki yasak kararının kaldırılması, çek cezasının ödenmesi şartına bağlanması daha yerinde olabirdi.

- Çek cezasının hem kambiyo senetlerine özgü takip yollarıyla hem de genel haciz yoluyla talep edilmesi mümkündür.
- Çek cezası hamilin başvuru hakkının kapsamını genişleten bir hak olduğundan, başvuru hakkına ilişkin TTK 814’de öngörülen üç yıllık zaman-aşımı süresinin çek cezası bakımından da uygulanması gerekir.

Kaynakça

- Acar**, Faruk; Türk-İsviçre Medeni Hukukunda Alacaklılar Arası Teselsül, Ankara 2003.
- Akın**, Murat Yusuf; “Türk Hukukunda Karşılıksız Çek”, MÜHF- Hukuk Araştırmaları 1995, C. IX, S. 1-3, s. 409-434.
- Antmen**, Alpay; “Karşılıksız Çek - Karşılıksız Çekin Hukuki ve Cezai Sonuçları (I)”, YD 1992, S. 4, s. 505-524.
- Arslan**, İbrahim; “Kambiyo Senetlerinde Geçersizlik Def’ileri”, SÜHFD 2008, C. XVI, S. 1, s. 11-28.
- Aydoğdu**, Murat/**Ayan**, Serkan; Türk Borçlar ve Türk Ticaret Hukuku’nda Yer Alan Faiz İle İlgili Düzenlemelerin Değerlendirilmesi, 2. Baskı, Ankara 2014 (Anılış: Aydoğdu/Ayan (İlgili Bölüm Yazarı)).
- Bahtiyar**, Mehmet; Kıymetli Evrak Hukuku, 9. Bası, İstanbul 2012, (Anılış: Kıymetli Evrak).
- Bahtiyar**, Mehmet; “İleri Tarihli Çekten Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk”, Makaleler-1, İstanbul 2008.
- Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, 2. Auf, 1945**, (Anılış: BernerKomm (İlgili Bölüm Yazarı)).
- Bilgili**, Fatih/**Demirkapı**, Ertan; Kıymetli Evrak Hukuku, Bursa 2014.
- Blaeser**, Alexander; Die Zinsen im Schweizerischen Obligationenrecht- Geltendes Recht und Vorschlag für eine Revision, Zürich/St. Gallen 2011.
- Bozer**, Ali/**Göle** Celal; Kıymetli Evrak Hukuku, 3. Bası, Ankara 2013.
- Bozgeyik**, Hayri; “Kambiyo Senetlerinde Sebepsiz Zenginleşme”, AÜEHFD 2003, C. VII, S. 1-2, s. 589-628.
- Bucher**, Eugen; Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Auf, Zürich 1988.
- Can**, Mertol; “Çek Hamilinin Muhatap Bankaya Karşı Hukuki Durumu”, Prof. Dr. İhsan Tarakçıoğlu’na Armağan, Ankara 1999, s. 63-79.

- Coşkun**, Muzaffer; *Özel Hukukta Karşılıksız Çek ve Hamilin Hakları*, İstanbul 1994.
- Çolak**, Haluk/**Altun**, Uğurtan; “Bir Yaptırım Türü Olarak Para Cezalarının Teori ve Uygulamadaki Analizi”, TBB 2007, S. 69, s. 241-337.
- Demir**, Şamil; “5941 Sayılı Çek Kanununda Düzenlenen İdari ve Cezai Yaptırımlar”, ABD 2013/1, s. 223-247.
- Demirkapı**, Ertan; *Kambiyo Senetlerinin Aval Yoluyla Temini*, İzmir 2005.
- Doğanay**, İsmail; *Türk Ticaret Kanunu Şerhi*, C. 2, 4. Bası, İstanbul 2004.
- Domaniç**, Hayri; *Kıymetli Evrak Hukuku*, C. IV, İstanbul 1990, (Anılış: Kıymetli Evrak).
- Domaniç**, Hayri; *Karşılıksız Çek*, İst. 1983, (Anılış: Karşılıksız Çek).
- Durgut**, Ramazan; *Kambiyo Senetlerinde Sebepsiz Zenginleşme*, İstanbul 2005, (Anılış: Sebepsiz Zenginleşme).
- Durgut**, Ramazan; “Çekte Kabul Yasağı ve Çekin Teyidi”, İstBD 2006, C. LXXX, S. 3, s. 985-1004.
- Von der Crone-Schmocker**, Brigitte; *Das Checkinkasso und die Checktruncation*, Zürich 1986.
- Eren**, Fikret; *Borçlar Hukuku-Genel Hükümler-*, 10. Bası, İst 2008.
- Eriş**, Gönen; *Çek Hukuku*, 5. Bası, Ankara 2004, (Anılış: Çek).
- Eriş**, Gönen; *Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Kıymetli Evrak*, Ankara 2014, (Anılış: Kıymetli Evrak).
- Erman**, Sahir; “Karşılıksız Çek”, *Batider* 1981, C. XI, S.2, s. 119-154.
- Ertekin**, Erol/**Karataş**, İzzet; *Uygulamada Ticari Senetler*, 3. Bası, Ankara 1998.
- Fischer**, Thomas; *Vertragliche Pauschalierung von Schadenersatz*, Zürich 1998.
- Furrer**, Andreas/**Schnyder**, Anton K.; *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht-Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen -*, Art. 1-183 OR, 2. Auf., 2012, (Anılış: Furrer/Schnyder (İlgili Bölüm Yazarı)).
- Gauch**, Peter/**Schlupe**, Walter R./**Schmid**, Jörg/**Rey**, Heinz; *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, B.II, 8. Auf., Zürich 2003.

- Güngör**, Seda Ş.; “Çekte Düzeltme Hakkı”, Doç. Dr. Mehmet Somer’in Anısına Armağan, İstanbul 2006, s. 129-143.
- Gürbüz** Hulusi; Yargıtay Uygulaması Işığında Ticari Senetlerin İptali Davaları ve Ticari Senetlere Özgü Sorunlar, İstanbul 1984.
- Hausherr**, Heinz (Yayına Hazırlayan); Berner Kommentar, Bd. VI/1/4, Die Erfüllung der Obligation, Art. 68-96 ORSchweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, 2. Auf, 2005, (Anılış: BernerKomm (İlgili Bölüm Yazarı))
- Helvacı**, Mehmet; “Kambiyo Senetlerinde Defiler”, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan, C. I, İstanbul 2007, s. 647-703.
- Helvacı**, Mehmet; Borçlar ve Ticaret Kanunu Açısından Para Borçlarında Faiz Kavramı, İstanbul 2000.
- Honsell**, Heinrich/**Vogt**, Nedim Peter/**Watter**, Georg (Yayına Hazırlayanlar); Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, Art. 530- 1186 OR, 3. Auf, Basel 2008, (Anılış: BaslerKomm (İlgili Bölüm Yazarı)).
- Honsell**, Heinrich/**Vogt**, Nedim Peter/**Wiegand**, Wolfgang (Yayına Hazırlayanlar); Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1- 529 OR, 4. Auf, Basel 2007, (Anılış: BaslerKomm (İlgili Bölüm Yazarı)).
- Jacobi**, Ernst; Wechsel- und Scheckrecht, Berlin 1955.
- Jäggi**, Peter/**Druey** Jean Nicolas/**von Greyerz** Christopf; Wertpapierrecht, Basel und Frankfurt 1985.
- İnan**, Nurkut; Çek Rizikolarından Doğan Sorumluluk, Ankara 1981, (Anılış: Çek Rizikoları).
- İnan**, Nurkut; “Özel Hukukta Karşılıksız Çek”, Batider 1981, C. XI, S. 2, s. 95-118.
- Karahan**, Sami/**Arı** Zekeriya/**Bozgeyik**, Hayri/**Saraç**, Tahir/**Ünal** Mücahit; Kıymetli Evrak Hukuku, Konya 2013, (Anılış: Karahan/Arı/Bozgeyik/Saraç/Ünal (İlgili Bölüm Yazarı)).
- Karayalçın**, Yaşar; Ticari Senetler, 4. Bası, Ankara 1970.
- Kayar**, İsmail; Kıymetli Evrak Hukuku, 7. Bası, Ankara 2013.

- Kendigelen**, Abuzer; “Çekte Kısmi Karşılık”, Makalelerim, İstanbul 2001, s. 487-509.
- Kendigelen**, Abuzer; Çek Hukuku, Gözden Geçirilmiş Güncellenmiş 4. Bası, İstanbul 2007, (Anılış: Çek).
- Kendigelen**, Abuzer; “Müracaat Hakkını Kaybeden Çek Hamilinin Başvuracağı Hukuki Yollar, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan, İstanbul 2007, s. 727-740.
- Kınacıoğlu**, Naci; Kıymetli Evrak Hukuku, 5. Bası, Ankara 1999.
- Kırca**, İsmail; “Teyitli (Bloke) Çek- Gayri Nakdi Kredi İlişkisi”, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, C. II, İstanbul 2010, s. 1235-1241.
- Kırca**, İsmail; 5941 Sayılı Çek Kanunu- Konferans (22 Ocak 2010), Ankara 2010, (Anılış: Konferans).
- Kocaağa**, Köksal; Türk Özel Hukukunda Cezai Şart (BK. m. 158-161), Ankara 2003.
- Koller**, Alfred; Schweizerisches Obligationenrecht- Allgemeiner Teil, 3. Auf., Bern 2009.
- Kren Kostkiewicz**, Jolanta/**Nobel**, Peter/**Schwander**, Ivo/**Wolf** Stephan (Yayınlayanlar); OR Hand Kommentar, 2. Auf., 2009, (Anılış: İlgili Bölüm Yazarı).
- Kubilay**, Huriye; “Karşılıksız Çeklerde Hesap Sahibinin Hukuki Durumu”, MBD 1986, S. 17, s. 12-16.
- Meier-Hayoz**, Arthur/**von der Crone**, Hans Caspar; Wertpapierrecht, 1985.
- Narbay**, Şafak; Çekten Cayma ve Ödeme Yasağı, 2. Bası, İstanbul 1999, (Anılış: Çekten Cayma).
- Narbay**, Şafak; “Çekte İbraz Sürelerinin Belirlenmesinde Ölçü Alınan “Yer” Kavramına “De Lege Lata” ve “De Lege Ferenda” Çözüm Önerileri “Bilgi Toplumunda Hukuk”- Ünal Tekinalp’e Armağan, İstanbul 2003, s. 793-821.
- Oktay**, Saibe; “Poliçede Defiler”, Prof. Dr. Ernst E. Hirsch’in Hâtırısına Armağan, Ankara 1986, s. 339-366.
- Oskay**, Mustafa/**Koçak**, Coşkun/**Deynekli**, Adnan/**Doğan**, Ayhan; İİK Şerhi, Madde 100-176b, C.3, Ankara 2007.

- Öktem**, Seda; “Çekte Müracaat Hakkı”, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan, C. I, İstanbul 2007, s. 741-759.
- Özkan**, Ömer; “Poliçede Sebepsiz Zenginleşme Davası”, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu’na 65. Yaş Günü Armağanı, 2. Bası, İstanbul 2001, s. 507-536.
- Öztan**, Fırat; Kıymetli Evrak Hukuku, 2. Bası, Ankara 1997, (Anılış: Kıymetli Evrak).
- Öztan**, Fırat; “Ticari Senetlerde Birden Fazla Lehtar Gösterilmesi”, Batider 1978, C. IX, S. 4, s. 1019-1024.
- Öztürk**, Özgür; “Çekte Düzeltme Hakkı”, Batider 2001, C. XXI, S. 1, s. 215-240.
- Öztürk**, Sinan; “Çekte İbraz”, YD 2001, C. XXVII, S. 3, s. 525-556.
- Poroy**, Reha/**Tekinalp**, Ünal; Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, Güncelleştirilmiş 21. Bası, İstanbul 2013.
- Pulaşlı**, Hasan; -Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre ve 6273 Sayılı Kanunla Değişik Çek Kanunu’nun Yorumu ile- Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 3. Baskı, Ankara 2013.
- Rampa**, Nilo; Der Ungedeckte Check und Seine Rechtsfolgen, Schwarzenbach 1947.
- Reisoğlu**, Seza; Çek Hukuku, Ankara 2011.
- Roberto**, Vito/**Trüeb**, Hans Rudolf; Handkommentar zum Schweizer Privatrecht- GmbH, Genossenschaft, Handelsregister und Wertpapiere-Bucheffektengesetz- Art. 772-1186 OR und BEG, 2. Auf, 2012, (Anılış: Roberto/Trüeb (İlgili Bölüm Yazarı)).
- Selçuk**, Sami; “Çek Koşulları ve Karşılıksız Çek”, AdD 1974, S. 4-5, s. 259-287.
- Sungurtekin**, Meral; “Çekte Kabul Yasağı ve Çekin Teyidi”, MBD 1990, S. 35, s. 25-34.
- Şimşek**, Edip; Hukukta ve Cezada Ticari Senetler, Ank. 1982, (Anılış: Ticari Senetler).
- Şimşek**, Edip; “Kambiyo Senetlerinde Haksız İktisap Davası”, Batider 1977, C. IX, S. 2, s. 349-367.

- Tamer**, Ahmet; “Teyitli (Karşılıklı, Bloke) Çek”, Bankacılar Dergisi, 2013, S. 87, s. 3-17.
- Tekil**, Müge; Çekte Muhatap Bankanın Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 1997.
- Tekinay**, Selahattin Sulhi/**Akman**, Sermet/**Burcuoğlu**, Haluk/**Alttop**, Atilla; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, İst. 1993.
- Teoman**, Ömer; “Banka Çekleri Hukuken Çek Midir?” İÜHFMD 1994, C. LIV, S. 1-4, s. 261-267.
- Tschannen**, Emmanuel Georg; Vorbeugender Rechtsgüterschutz durch Privatrecht -Eine Bestandesaufnahme überkompensatorischer Rechtsfolgen im Vertragsrecht der Schweiz-, Bern 2009.
- Tunçomağ**, Kenan; Türk Borçlar Hukuku, I. Cilt, Genel Hükümler, 6. Bası, İstanbul 1976, (Anılış: Borçlar).
- Tunçomağ**, Kenan; Türk Hukukunda Cezai Şart, İstanbul 1963, (Anılış: Cezai Şart).
- Ulusoy**, Erol; “Keşide Çeki”, Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan, C. II, Ankara 2010, s. 2213-2242.
- Ülgen**, Hüseyin/**Helvacı**, Mehmet/**Kendigelen** Abuzer/**Kaya**, Arslan; Kıymetli Evrak Hukuku, Gözden Geçirilmiş 7. Bası, İstanbul 2013, (Anılış: Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya (İlgili Bölüm Yazarı)).
- Yasan**, Mustafa; “3167 Sayılı Kanuna Göre Hukuki ve Cezai Açından Karşılıksız Çek Keşidesinin Meydana Gelmesi İçin Gerekli Olan Koşullar”, AÜEHFD 1999, C. III, S. 1, s. 339-362.
- Yıldız**, Şükrü; “5941 Sayılı Çek Kanunundaki Etkin Pişmanlık Hükmünün Çek Tazminatına Etkileri”, EÜHFD 2009, C. XIII, S. 3-4, s. 153-160.
- Yıldız**, Şükrü; “İbraz Süresini Geçiren Çek Hamilinin Hukuki Durumu ve Yargıtay Kararları”, THYKS XIX, 10 Mayıs 2003, s. 151-203.
- Yılmaz**, Lerzan A.; Kambiyo Senetlerinde Def’iler, İstanbul 2007.
- Zappia**, Riccardo; Die Namenpapiere im schweizerischen und italienischen Recht, Winterhur, 1956.
- Zimmermann**, Harry; Kommentar des schweizerischen Scheckrechts, Zürich 1964.
- Zoller**, Otto; Der Check des Schweizerischen Obligationenrechts, Frauenfeld 1885.

^HAVRUPA BİRLİĞİ HUKUKUNDA ALKOLLÜ SERT İÇKİLERİN ÜZERİNDEKİ COĞRAFI İŞARETLERİN KORUNMASI

Dr. Didem ÖZGÜR*

GİRİŞ

Avrupa Birliği'nde alkollü sert içkiler üzerindeki coğrafi işaretlerin korunmasıyla ilgili ilk düzenleme 1576/89 sayılı Alkollü Sert İçkilerin Tanımı, Sunumu ile ilgili Avrupa Birliği Tüzüğü'dür¹. 2008 yılında yürürlüğe giren 110/2008 sayılı Alkollü Sert İçkiler Üzerindeki Coğrafi İşaretlerin Tanımı, Sunumu, Etiketlenmesi ve Koruması ile ilgili Tüzük² 1576/89 sayılı Tüzüğü yürürlükten kaldırmıştır.

110/2008 sayılı Alkollü Sert İçkiler Üzerindeki Coğrafi İşaretlerin Tanımı, Sunumu, Etiketlenmesi ve Koruması ile ilgili Tüzük üç Ek'ten oluşmaktadır. Tüzüğün birinci ekinde Tüzükte kullanılan teknik tanımlar ve gereksinimler açıklanmaktadır. Tüzüğün ikinci ekinde ise alkollü sert içkilerin kategorileri belirtilmekte ve bu kategorilere giren alkollü sert içkilerin sahip olmaları gereken özellikler belirtilmektedir. Ek 3'te ise tescilli coğrafi işaretlerin isimleri, ürün kategorileri ve coğrafi işaretlerin kaynaklandıkları ülkelerin isimleri yer almaktadır.

^H Hakem incelemesinden geçmiştir.

* Uzman, İstanbul Teknik Üniversitesi Avrupa Birliği Merkezi, ozgurd@itu.edu.tr

¹ Council Regulation (EEC) No 1576/89 of 29 May 1989 on Laying Down General Rules On The Definition, Description and Presentation of Spirit Drinks, OJL 160, 12.6.1989.

² Regulation (EC) No 110/2008 of The European Parliament and of The Council of 15 January 2008 on The Definition, Description, Presentation, Labelling and The Protection of Geographical Indications of Spirit Drinks and Repealing Council Regulation (EEC) No 1576/89.

110/2008 sayılı Alkollü Sert İçkiler Üzerindeki Coğrafi İşaretlerin Tanımı, Sunumu, Etiketlenmesi ve Koruması ile ilgili Tüzüğün amacı tüketicileri yanıltıcı ürünlere karşı korumak, pazarda adil rekabeti sağlamaktır.

Avrupa Birliği'nde coğrafi işaret tescilli alkollü sert içkilerin 2010 yılında toplam satışı 8.3 milyar Avro'dur. Avrupa Birliği'nde 2005-2010 yılları arasında coğrafi işaret tescilli alkollü sert içki satış oranı %2.8 oranında artarken coğrafi işaret tescilli olmayan alkollü sert içkilerin satış oranları %1.3 oranında azalmıştır. Avrupa Birliği'nin alkollü sert içki ihracatının %64'ünü tescilli alkollü sert içkiler oluşturmaktadır. Tescilli alkollü sert içki ihracatının %98'ni İskoç Viskisi ve Konyak oluşturmaktadır³. İskoç Viski Endüstrisi İngiltere'de 35.000 kişiye istihdam sağlamaktadır⁴. Konyak Fransa'da 17.000 kişiye doğrudan istihdam sağlarken 50.000 kişiye turizm, ulaştırma gibi sektörler aracılığı ile dolaylı yoldan istihdam yaratmaktadır⁵. Avrupa Birliği Ekonomisinde önemli yere sahip olan ve ticaret hacminin bu kadar çok olduğu coğrafi işaret tescilli alkollü sert içkilerin ulusal ve uluslararası alanda korunmaları her geçen gün önem kazanmaktadır.

Makalede 110/2008 sayılı Alkollü Sert İçkiler Üzerindeki Coğrafi İşaretlerin Tanımı, Sunumu, Etiketlenmesi ve Koruması ile İlgili Tüzüğün kapsamı, tüzükte tanımlanan coğrafi işaret kavramı, alkollü sert içkiler üzerindeki coğrafi işaretlerin tescil edilmesi, korunması, denetimi, tescil edilen coğrafi işaretin hükümsüzlüğü konularına yer verilmiştir.

I. Alkollü Sert İçki Tüzüğünde Alkollü Sert İçkinin Tanımı ve Kapsamı

110/2008 sayılı Alkollü Sert İçkiler Üzerindeki Coğrafi İşaretlerin Tanımı, Sunumu, Etiketlenmesi ve Koruması ile ilgili tüzüğe göre alkollü

³ **Chever, Tanguy/Renault, Cristian/Renault, Severine/Romieu, Violaine;** Value of Production of Agricultural Products and Foodstuffs, Wines, Aromatised Wines and Spirits Protected by a Geographical Indication (GI), Final Report, 2012, http://ec.europa.eu/agriculture/external-studies/2012/value-gi/final-report_en.pdf, s. 65-67. (08.06.2014)

⁴ Scotch Whisky Association Facts and Figures, <http://www.scotch-whisky.org.uk/what-we-do/facts-figures/>(08.06.2014).

⁵ Spirits: A European Power House For Trade, <http://spirits.eu/files/24/brochure-pdf-final-low-resolution.pdf> (15.08.2014).

sert içkiler insanların tüketimine sunulan, belirgin duyuşsal özellikler içeren, en az %15 oranında alkol içeren,

- damıtılarak, doğal fermente ürünlerden tatlandırıcı eklenerek veya eklemeyerek,
- ek 1/3'de bulunan tatlandırıcı ürünler veya şeker ve/veya diğer tarımsal ürünler ve/veya gıda maddelerinin tarımsal kaynaklı etil alkole ve/veya tarımsal kaynaklı damıtılmış ürünlere ve/veya bu Tüzüğe göre alkollü sert içki olan ürünlere eklenmesiyle,
- tarımsal kaynaklı etil alkolün ve/veya tarımsal kaynaklı damıtılmış ürünlerin ve/veya bu Tüzüğe göre alkollü sert içki olan ürünlerin içerisinde bulunan bitki materyalinin meserasyon veya benzer metotlarda işlenmesiyle,
- veya alkollü içkinin bir veya daha fazla diğer alkollü içkilerle ve veya tarımsal kaynaklı etil alkol veya tarımsal kaynaklı damıtılmış ürünlerle ve veya diğer alkollü içkilerin karışımından üretilen içkilere

Tüzüğün 3. maddesine göre alkollü set içkinin üretiminde kullanılan etil alkol ve etil alkolün bileşenleri mutlaka tarımsal kaynaklı olmalıdır.

Tüzük Avrupa Birliği içinde veya Avrupa Birliği dışındaki ülkelerde üretilen ve Avrupa Birliği içinde pazara sunulan tüm alkollü sert içkilere uygulanmaktadır. İhraç edilen yüksek kalitedeki alkollü sert içkilerin dünya pazarında ünlerini geliştirmeleri ve korunmaları için Avrupa Birliği içinde ihraç edilmek üzere üretilen alkollü sert içkilere de Tüzük uygulanmaktadır.

II. Alkollü Sert İçki Tüzüğünde Coğrafi İşaret Tanımı

A. Tanımı

Coğrafi işaretlerle ilgili düzenlemeler Tüzüğün üçüncü bölümünde yer almaktadır. Tüzüğün 15/1. maddesi coğrafi işaret kavramını tanımlamaktadır.

Tüzükte coğrafi işaretler, menşee adları ve coğrafi işaretler olarak iki ayrı kavramda belirtilmeyerek, tek bir terim kapsamında tanımlanmıştır. Tanıma göre '*alkollü sert içkinin bir ülkeden ya da bu ülkedeki bir bölge ya*

da yöreden kaynaklandığına işaret eden, belirli bir niteliği, ünü veya diğer özellikleri itibariyle bu coğrafi kökene göndermede bulunan işaret' şeklinde tanımlanmıştır.

B. Unsurları

1. Alkollü Sert İçkinin Belirgin Bir Niteliği, Ünü veya Diğer Özelliklerinin, Esas İtibariyle Belirtilen Coğrafi Kökene İşaret Etmesi Gerekmemektedir

Coğrafi işaret tanımından bahsedebilmek için malın belirli bir niteliği, ünü veya diğer özellikleri itibariyle bu coğrafi kökene göndermede bulunması gerekmektedir. Tüzükte 'belirli nitelik', 'özellik', 'ün' kavramları tanımlanmamıştır. Alkollü sert içkinin belirli bir niteliği, ünü veya diğer özellikleri varsa alkollü sert içki Tüzük kapsamında korunmaktadır bu özelliklerden sadece birinin alkollü sert içkide bulunması yeterlidir. 'Nitelik' kavramı ürünün şartnamesinde belirtilen ürünle ilgili özellikler ve ürün üretilirken kullanılan yöntemdir. Ürünün sahip olduğu ün o ürünü pazarda diğer ürünlerden ayıran özelliğidir. Bir ürünün coğrafi işaret olarak korunabilmesi için o ürünün yerel üne sahip olması yeterlidir. Fakat ürün sahip olduğu ününü sahip olduğu özelliklerden almaktadır⁶.

Belirli nitelik, özellik veya ününün bu coğrafi kökene 'esas itibariyle' göndermede bulunması gerekmektedir. Tüzük coğrafi işaretin kökene 'göndermede bulunması' şartını zorunlu kılmaktadır. Böylece coğrafi işareten söz edebilmek için belirgin nitelik, ün veya özelliğin alkollü sert içkinin kökeni olan coğrafi yeri çağrıştırmayı, hatırlatması gerekmektedir.

Coğrafi işaretlere konu olan ürünler özelliklerini iklim, rüzgâr, nem, yağış, bitki örtüsü, toprak yapısı gibi doğal unsurlardan alabileceği gibi üretim teknikleri gibi beşeri unsurlardan da alabilmektedirler. Ürünün kaynaklandığı coğrafi bölgenin sahip olduğu doğal veya beşeri özellikler ürünlere ayırt edicilik kazandırmakta ve ürünlerin coğrafi işarete konu olabilmelerini sağlamaktadır.

⁶ **Özgür**, Didem; Coğrafi İşaretlerin Korunması: Avrupa Birliği'ndeki Hukuki Çerçeve ve Türkiye Uygulaması, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Avrupa Birliği Anabilim Dalı, Avrupa Çalışmaları Programı, Yayımlanmamış Doktora Tezi, 2011, s. 174.

Ürüne özellik veren ve kaynaklandığı coğrafi çevrenin sahip olduğu doğal ve beşeri özelliklerin hepsini içeren kavram ‘terroir’ kavramıdır. Kavram Fransızca kökenli bir kelimedir ve İngilizce metinlerde İngilizce karşılığı bulunmamaktadır. ‘Terroir’ belirli bir bölgeye, coğrafi çevreye işaret etmektedir. Bu kavram daha çok şarapçılıkta kullanılmaktadır ve şarap yapımında kullanılan üzümlerin belirli coğrafi bölgelere ayrılması sonucu sadece belirtilen coğrafi bölgede yetiştirilen üzümler kullanılarak istenen kalitede şarap üretilebilmektedir⁷.

‘Terroir’ ürüne belirli özelliklerini veren ve ürünün kaynaklandığı coğrafi bölgenin sahip olduğu toprak yapısını, iklimi, bitki örtüsünü belirtmektedir⁸. Her bölge birbirinden farklı iklime, bitki örtüsüne ve toprak yapısına sahip olduğu için farklı bölgelerde yetiştirilen ürünler için aynı coğrafi işaretin kullanılması doğru olmaz. Daha geniş anlamda ‘terroir’ beşeri özellikleri de içermektedir⁹. Beşeri özelliklerin içinde toprağı işleme metodu, üreticilerin sahip olduğu bilgi, kullanılan geleneksel yöntemi, coğrafyanın sahip olduğu kültürel değerler gibi o yörenin bölgenin sahip olduğu değerler girmektedir. Fransız Appellation d’Origine Controlée (AOC) sistemi ‘terroir’ kavramı üzerine kurulmuştur¹⁰.

⁷ ‘Terroir’ kavramı yeni bir kavram değildir. Mısırlılar Milattan Önce 3000 yılında coğrafi çevreyle üzüm bağı arasındaki ilişkiyi fark etmişler ve Nil Deltası’nın üstünde şaraba karakteristik özelliklerini veren yapay tepeler oluşturmuşlardır. **Carey**, Victoria/**Archer**, Eber; Natual Terroir Units: What are They? How Can They Help The Wine Farmer?, <http://www.wynboer.co.za/recentarticles/0202terroir.php3> (12.06.2008)

⁸ **Barham**, Elizabeth; Translating Terroir: The Global Challenge of French AOC Labeling, 19 Journal of Rural Studies, 2003, s. 13; **Robinson**, Jancis; The Oxford Companion to Wine, Second Edition, Oxford University Press, 1999, s. 700.

⁹ **Broude**, Tomer; Taking Trade and Culture Seriously: Geographical Indications and Cultural Protection in WTO Law, <http://ssrn.com/abstract:714981>, s. 18, (14.02.2014). **Wilson**, James E; Terroir The Role of Geology, Climate, and Culture in the Making of French Wines, Mitcell Beazley, 1998, s. 55-56. **Rovamo**, Oskari; Monopolising Names? The Protection of Geographical Indications in the European Community’, Helsinki University Faculty of Law Department of Public Law, Project: Globalisation, International Law and IPR, Helsinki, Finlandiya, 2006 <http://ethesis.helsinki.fi/julkaisut/oik/julki/pg/rovamo/> (12.05.2014), s. 8.

¹⁰ **Brown**, Vanessa L.; The French Wine Industry in Crisis: Is It A Case of Intellectual Property Rights Gone Too Far?, <http://wwwlib.umi.com/dissertations/fullcit/1434199>, (12.06.2010) s. 8., **Boidron**, Bruno; The Little Book of Bordeaux Wines, Flammarion,

Avrupa Birliği (AB) tarafından coğrafi işaret olarak tescil edilen İskoç Viskisi'nin tadını ve özelliklerini belirleyen viskinin üretiminde kullanılan su, tahıl, maya, turba gibi maddeler ile İskoçya'nın iklimidir. Su viskiye yumuşaklığını, tahıl tadını, maya meyvemsi bir lezzeti, turba ise tütüsü tadını vermektedir. İskoçya'nın iklimi ise viskinin olgunlaştırılması sürecinde önemli bir yere sahiptir. Turba olarak adlandırılan madde ise bir çeşit çayır tezeğidir. Binlerce yıl çürüyerek tabakalaşmış bitkilerden oluşmaktadır. Arpa maltının kurutulmasında yakıt olarak kullanılmaktadır. Bu nedenle turbadan çıkan is, önce arpa maltına oradan da viskiye geçmektedir¹¹.

AB tarafından coğrafi işaret olarak tescil edilen Konyak ise Fransa'nın Cognac kasabasının çevresinde bulunan arazilerde yetiştirilen beyaz üzüm-lerden elde edilen şarabın damıtılmasının ardından uzun süre dinlendirilmesi ile üretilmektedir. Konyak yapım aşamasında konyağın yıllandırılmasında kullanılan meşelerin üretildiği ağaç türü Fransa'nın orta bölgesinde yetişen 80 yıllık meşedir ve konyağın kokusuna herhangi bir istenmeyen kokunun karışmasını engellemektedir. Konyağın bu meşe fiçılarda eskitilmesi suretiyle ham konyakta bulunan ekşilik gibi bazı hoş gitmeyen tat ve kokuların giderilmesi, içkinin tahta bileşenleri ile karışması, konyağın aromalarının bir birleriyle kaynaşması, doğal bir oksitlenme süreci sonucu konyağın rengini ve yapısını kazanmasını sağlamaktadır¹².

İskoç Viskisi'nin ve Konyağın üretim süreçlerinde ürünlerin kaynaklandığı coğrafi bölgenin doğal ve beşeri özellikleri ürünlerin kendilerine has özelliklerini belirlemektedir.

2. Alkollü Sert İçkinin Kökeni Coğrafi İşarete Gösterilen Ülke, Bölge veya Belirgin Yer Olmalıdır

Alkollü sert içkinin kökeni olarak bir ülkenin, bölgenin veya belirgin bir yerin adı olmalıdır. Coğrafi köken olarak mutlaka Avrupa Birliği içersi-

2001, s. 99. **Munsie**, Jeffrey A.; A Brief History of the International Regulation of Wine Production, <http://dash.harvard.edu/handle/1/8944668> (15.08.2014)

¹¹ **Aktaş Ahmet/Özdemir Bahattin**; İçki Teknolojisi, Detay Yayıncılık, Ankara, 2005, s. 163. **Roskrow**, Dominic; The World's Best Whiskies 750 Unmissable Drams from Tain to Tokyo, Published by Jacqui Small, 2012, s. 12-17.

¹² **Aktaş/Özdemir**, s. 174-175.

sinde bulunan bir yerin gösterilmesi zorunlu değildir. Tüzük alkollü sert içkilerin coğrafi işaret tescil ettirme olanağını üçüncü ülkelere de verdiğinden Birliğe üye olmayan üçüncü ülkelerdeki coğrafi yerler de Tüzük çerçevesinde tescil edilerek coğrafi işaretlerin kökeni olarak gösterilmesi mümkündür.

III. Alkollü Sert İçkiler Üzerindeki Coğrafi İşaretlerin Tescil Edilmesi

A. Tescil Başvurusu

Tüzüğün 17. maddesine göre Avrupa Birliği'ne tescil başvurusunu hem üye ülkeler hem de üye olmayan ülkeler yapabilmektedir. Avrupa Birliği üye ülkelerinden biri tarafından yapılan tescil başvurusu alkollü sert içkinin kaynaklandığı üye ülke tarafından yapılmalıdır. AB üyesi olmayan ülkeler tarafından yapılan tescil başvurusu ise Avrupa Birliği Komisyonu'na ya doğrudan doğruya ya da üye olmayan ülkenin yetkili kurumları tarafından yapılmalıdır. Üye olmayan ülkeler tarafından yapılan tescil başvurusunda başvuru sahibi, tescilli talep edilen adın kaynaklandığı ülkede korunduğunu ispatlayan belgeleri başvurusuna eklemesi gerekmektedir¹³.

Bugüne kadar Peru'nun "Pisco"¹⁴, Guatelama'nın "Ron de Guatemala"¹⁵ içkisi AB'de alkollü sert içki olarak tescil edilmiş AB'ne üye olmayan ülkelerin alkollü sert içkileridir.

Coğrafi işaret tescil başvurusunun AB Alkollü Sert İçkiler Tüzüğü'nün Ek Üçüne tescil edilebilmesi için tescil başvurusunun Avrupa Birliği'nin

¹³ Tüzük 17/3. madde.

¹⁴ Commission Regulation (EU) No 1065/2013 of 30 October 2013 Amending Annex III to Regulation (EC) No 110/2008 of the European Parliament and of the Council on the Definition, Description, Presentation, Labelling and the Protection of Geographical Indications of Spirit Drinks <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=OJ:L:2013:289:FULL>

¹⁵ Commission Regulation (EU) No 97/2014 of 3 February 2014 amending Annex III to Regulation (EC) No 110/2008 of the European Parliament and of the Council on the Definition, Description, Presentation, Labelling and the Protection of Geographical Indications of Spirit Drinks <http://old.eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2014:033:0001:01:EN:HTML>

resmi dillerinin birinde veya bu dillerden birine yapılmış tercüme ile yapılması gerekmektedir. Başvuru gerekçelendirilmelidir. Komisyon'a gönderilecek dosyanın içerisinde 110/2008 sayılı Alkollü İçkiler Üzerindeki Coğrafi İşaretlerin Tanımı, Sunumu, Etiketlenmesi ve Koruması ile ilgili Tüzüğün Uygulamasını Düzenleyen 716/2013 Sayılı Komisyon Uygulama Tüzüğü'nün¹⁶ (Uygulama Tüzüğü) Ek I'de belirtilen başvuru formu, aynı tüzüğün EK II'sinde belirtilen formatta teknik şartname ve teknik şartnamede ürünün temel özelliklerini belirten teknik şartnamede istenen unsurlar bulunmalıdır.

Teknik şartname bir ürünün coğrafi işaret olarak tescil edilip korunabilmesi için hangi şartlara haiz olması gerektiğini ayrıntılı şekilde gösteren belgedir.

Teknik şartnamede en azından aşağıda belirtilen unsurun bulunması gerekmektedir.

- a) Coğrafi işareti içeren alkollü sert içkinin adı ve kategorisi;
- b) Alkollü sert içkinin temel fiziksel, kimyasal ve/veya organoleptik özellikleri ve alkollü sert içkinin ilgili kategoriye nazaran karakteristik özellikleri;
- c) İlgili coğrafi alanın tanımı,
- d) Alkollü sert içkinin yapımında kullanılan eğer uygunsa yöreye özgü ve değişmeyen yöresel metodu;
- e) Coğrafi kökenle coğrafi çevre arasındaki bağı kanıtlayan detaylar,
- f) Birlik ve/veya ulusal ve/veya bölgesel maddelerle koyulan şartlar;
- g) Başvuruyu yapanın adı ve iletişim bilgileri;
- h) İlgili teknik şartnameye göre coğrafi işarete ve/veya herhangi özel etiketleme kuralına yapılan herhangi ek.

Teknik şartnamenin içeriği sonradan coğrafi işaretlerin tescilinde uygulanan usule değiştirilebilmektedir¹⁷.

¹⁶ Commission Implementing Regulation (EU) No 716/2013 of 25 July 2013 Laying Down Rules for the Application of Regulation (EC) No 110/2008 of the European Parliament and of the Council on the Definition, Description, Presentation, Labelling and the Protection of Geographical Indications of Spirit Drinks, OJL 201/21, 25.07.2013

¹⁷ Tüzük 21. madde

Tüzük AB üyesi olmayan ülkelerce yapılan tescil başvurusunda tescili talep edilen adın kaynaklandığı ülkede nasıl korunması gerektiği konusunda herhangi bir düzenlemeye gitmemiştir. AB'ne üye olmayan ülkeler tescili istenen adı kendi ülkelerinde ulusal düzenlemelerine uygun olarak koruyabilirler. Böylece tescili istenen ad veya işaret kaynaklandığı ülkede haksız rekabet veya tüketicinin korunması kurallarıyla, idari düzenlemelerle, coğrafi işaret veya menşe adı olarak tescil edilerek veya ticaret markası, onay markası, garanti markası olarak korunabilecektir.

Uygulama Tüzüğü'nün 7. maddesine göre birden çok ülke sınır ötesi başvuru da yapabilmektedir. Sınır ötesi başvuruda başvuruyu sadece üye ülkeler yapacaklarsa o zaman başvuru ya birlikte ya da tüm üye ülkeler adına bir üye ülke tarafından yapılabilir. Tüm üye ülkeler adına sadece bir üye ülkenin yapmış olduğu başvuruda diğer üye ülkeler başvuruyu yapacak olan ülkeyi yetkilendirdiklerine dair yetki belgesini başvuru dosyasına mutlaka eklemeleri gerekmektedir.

Sınır ötesi başvuruyu sadece AB'ne üye olmayan ülkelerin yapması durumunda başvuru ya tüm ülkeler adına bir ülke tarafından veya tüm ülkeler adına başvuruyu yapan ülkenin yetkili kurumu tarafından yapılmalıdır. Yapılan başvurularda üye olmayan ülkelerde ürünün korunduğunu kanıtlayan belgeler ve diğer ülkelerin başvuruyu yapan ülkeyi kendileri adına başvuru yapmaya yetkilendirdiklerini belirten yetki belgesinin başvuru dosyasında mutlaka bulunması gerekmektedir.

Sınır ötesi başvuru en az bir AB'ne üye ülkeyi ve en az bir AB'ne üye olmayan ülke tarafından yapılması durumunda başvuru ya bir üye ülke tarafından ya da üye olmayan ülkenin yetkili kurumu tarafından veya üye olmayan ülkenin özel kuruluşları tarafından yapılabilir. Yapılan bu başvurularda üye olmayan ülkelerde ürünün korunduğunu ispatlayan belgeler ve tüm üye ülkelerden veya üye olmayan ülkelerden başvuruyu yapan ülkeyi veya kurumu kendileri adına başvuru yapmaya yetkilendirdiklerini belirten yetki belgesinin başvuru dosyasında mutlaka bulunması gerekmektedir.

Sınır ötesi başvurularda başvuruyu yapan ülke veya kurum Komisyon'un başvuru ile ilgili kararlarını ve bildirimlerini bildireceği ülke veya kurum olacaktır.

Başvurunun yapıldığı tarih Komisyon'un başvuruyu aldığı tarihtir. Komisyon üye ülkeye veya üye olmayan ülkenin yetkili kurumuna veya üye olmayan ülkenin özel kurumuna başvurunun Komisyon tarafından alındığını belirten en azından bazı bilgileri gönderir. Bu bilgiler başvurunun dosya numarası, başvurusu yapılan ürünün adı, Komisyon tarafından alınan sayfa sayısı ve başvurunun Komisyon'a ulaştığı tarihtir.

Eğer yapılan başvuru eksik belgelerle yapılmışsa o zaman Komisyon başvuru yapana iki aylık süre vererek ilgili eksiklikleri gidermesini ister. Eğer iki aylık süre içerisinde başvuruyu yapan ülke veya kurum eksikliklerini gidermezse Komisyon yapılan başvuruyu reddeder.

Yapılan başvurunun geçerliliği Komisyon tarafından incelenir. Yapılan başvuruda ürün 110/2008 sayılı Tüzüğün 15. maddesinde belirtilen coğrafi işaret tanımına uymuyorsa veya 110/2008 sayılı Tüzüğün 17. maddesinde belirtilen başvuru şartlarını karşılamıyorsa Komisyon başvuruyu yapan üye ülkeye veya üye olmayan ülkenin yetkili kurumuna veya üye olmayan ülkenin özel kuruluşuna başvurusunu değiştirmesi, başvurusunu çekmesi veya başvurusu ile ilgili açıklamalarda bulunması için süre tanır. Eğer tanın bu sürede eksiklikler başvuruyu yapan üye ülke, üye olmayan ülkenin yetkili kurumu veya üye olmayan ülkenin özel kuruluşu tarafından giderilmezse Komisyon yapılan başvuruyu reddeder.

Komisyon yapılan tescil başvurusunun AB Alkollü Sert İçki Tüzüğü'nde belirtilen şartlara uygun olup olmadığını on iki ay içinde inceler. Komisyon yapmış olduğu inceleme sonucu yapılan başvurunun AB Alkollü Sert İçki Tüzüğü'nde belirtilen şartlara uygun olduğuna karar verirse başvurusu yapılan alkollü sert içkiyle ilgili teknik şartnamede belirtilen temel özellikleri AB Resmi Gazetesi'nin C Serisinde yayımlar.

Teknik şartnamenin AB Resmi Gazetesi'nin C Serisinde yayımlanmasından itibaren altı ay içinde coğrafi işaretin EK III' tescil edilmesinde hukuki yararı olan gerçek veya tüzel kişiler yapılan tescil başvurusunda AB Alkollü Sert İçki Tüzüğü'nde belirtilen şartların gerçekleşmediği iddiasıyla tescil başvurusuna itiraz edebilirler. Yapılan itiraz belgelerle ispatlamalıdır. İtiraz Komisyon'a AB'nin resmi dillerinden biriyle veya bu dillerin birine yapılmış tercümeyle birlikte Komisyon'a gönderilir.

İtiraz başvurusu Uygulama Yönetmeliğinin III. Ekin'de bulunan formatta yapılmalıdır. İtiraz formuna itiraz eden kurumun veya kişinin adı soyadı, iletişim bilgileri, itiraza neden olan ürünün kendi ülkesinde tescilli coğrafi işaret veya marka olarak tescil edildiğini açıklayan bilgiler ve itiraz gerekçeleri yer almalıdır.

Komisyon yetkilileri itiraz kendilerine ulaştıktan sonra itiraz dosya numarasını, kendilerine ulaşan itiraz ile ilgili sayfaların sayısını ve itirazın kendilerine ulaştığı tarihi itiraz yapana bildirirler.

İtiraz başvurusu itiraz nedenlerini ve itirazı yapanın sahip olduğu önceki hakları iddia ediyorsa ve başvuru zamanında Komisyon'a gönderildiyse yapılan itiraz başvurusu usulüne uygun yapılmış sayılır.

Yapılan itiraz başvurusu tüzüğün 23/3. maddesine göre AB'de kullanılan önceki markanın ünü gerekçe gösterilerek yapıldıysa yapılan itiraz başvurusunda ilgili marka başvurusu veya markanın kullanımı örneğın marka tescil belgesi veya markanın kullanımı, ününü ve bilinirliğini ispatlayan belgeler eklenmelidir¹⁸. Önceki markanın kullanımını ispatlayan belgelerde markanın kullanım süresi, kullanım yeri, kullanımın kapsamı, markanın tanınırlığı ve ününü destekleyen gerekçeler bulunmalıdır. Yapılan tüm itirazlarda itiraz gerekçeleri, yapılan itirazı kanıtlayan ve açıklayan bilgiler destekleyici belgelerle birlikte açıklanmalıdır.

Yapılan itirazda istenen bilgiler ve belgeler yer almazsa Komisyon itiraz edene iki ay süre tanıyarak istenen bilgi ve belgeleri kendisine sunmasını ister. İki aylık süre içerisinde itirazı yapan istenen bilgi ve belgeleri tamamlayamaz, eksikliklerini gideremezse Komisyon yapılan başvuruyu geçersiz sayarak reddeder.

Yapılan itiraz başvurusu eğer geçerliyse Komisyon yapılan itirazı tescil başvurusunu yapana bildirir ve iki aylık süre içerisinde itiraz ile ilgili görüş bildirmeye davet eder. Süresi içerisinde bildirilen görüşü Komisyon itirazda bulunana bildirir.

Komisyon verilen görüş ile ilgili mütalaada bulunmaları için taraflara iki aylık süre verir. Eğer tescil başvurusu birden çok itiraz alırsa Komisyon

¹⁸ Uygulama Tüzüğü 14/2. madde

yapılan başvuruyu kabul etmeyebilir. Bu durumda Komisyon diğer itiraz süreçlerini askıya alabilir ve Komisyon itiraz ile ilgili alacağı karar eğer itiraz edenleri etkiliyorsa itiraz kararını itirazda bulunanlara bildirir.

Komisyon eğer yapılan itirazı haklı bulursa tescil başvurusunu reddeder. Tescil başvurusu reddedildiğinde askıya alınan itiraz süreçlerinin kapandığı kabul edilir ve itirazda bulunan ilgililer Komisyonunun verdiği karar ile ilgili bilgilendirilirler.

Komisyon tescil başvurusu ile ilgili verdiği gerekçeli kararı tescil başvurusunda bulunana ve tescil başvurusuna itiraz edildiyse itiraz eden taraflara bildirir. Yapılan itiraz başvurusu Komisyon tarafından reddedilirse tescil başvurusu Komisyon tarafından kabul edilmiş olur ve başvurusu yapılan alkollü sert içki alkollü sert içki tüzüğünün EK III'ne yani sicile tescil edilir.

Tescil edilen alkollü sert içkiler AB'nin coğrafi işaret tescilli alkollü sert içkilerinin yer aldığı "E-Spirit-Drinks" veri tabanına kaydedilir¹⁹.

Komisyon coğrafi işaret tescil talebinin EK III' de tescil edilmesi konusunda vereceği kararı tüzüğün 25. maddesinin 3. fıkrasında belirtilen usule göre ve yapılan itirazı dikkate alarak vermektedir. 25. maddenin 3. fıkrasında ise 1999/468 sayılı ve 28 Haziran 1999 tarihli Komisyon'a Verilen Uygulama Yetkilerinin Kullanılmasına Yönelik Prosedürlerin Belirlenmesine İlişkin Konsey Kararı'nın²⁰ 5a ve 7. maddelerine gönderme yapılmıştır. Komisyon'un vereceği karar AB Resmi Gazetesi'nin C Serisinde yayımlanır.

Tüzüğün 6. maddesine göre üye ülkeler kendi iç mevzuatlarında AB Hukuku ile uyumlu olması şartıyla ilgili tüzükte belirtilen kurallardan daha sıkı düzenleme yapabilirler böylece üye ülkelerin alkollü sert içkiler üzerindeki coğrafi işaretlerin tanımı, sunumu, etiketlenmesi ve korunması ile ilgili ulusal koruma sistemleri ortadan kalkmamakta üye ülkelerin konuyla ilgili yetkileri devam etmektedir.

¹⁹ "E-Spirit-Drinks" Veri Tabanı, <http://ec.europa.eu/agriculture/spirits/index.cfm> (12.04.2014)

²⁰ Council Decision of 28 June 1999 Laying Down the Procedures for the Exercise of Implementing Powers Conferred On The Commission (1999/468/EC), OJ L 184, 17.07.1999.

IV. Alkollü Sert İçkiler Üzerindeki Coğrafi İşaretlerin Korunması

Coğrafi işaretin korunabilmesi için Tüzüğün EK III'e tescil edilmesi gerekmektedir. Tescil ile birlikte coğrafi işaretler tüm üye ülkelerde korunmaya başlar ve tescil tüm üye ülkelerde hukuki sonuç doğurur.

Tüzüğün 16 (a) maddesine göre tescil edilmeyen ürünler coğrafi işaret olarak tescil edilen alkollü sert içkilerle karşılaştırılabilir ürünlerse bu tescil edilmeyen ürünlerin doğrudan veya dolaylı ticari kullanımı veya bu ürünlerin benzer kullanımı tescilli coğrafi işaretin ününü zedeleyorsa bu kullanımlar Tüzüğün 16. maddesine göre önlenebilmektedir.

Tüzüğün 16(a) maddesinde belirtilen yasağın uygulanabilmesi en az bu iki şarttan birinin olması gerekmektedir Buna göre ya tescilli coğrafi işaretin ilişkin olduğu ürünlerle, ticari kullanıma konu olan ürünler karşılaştırılabilir nitelikte olmalı ya da bu ürünlerin benzer kullanımı korunmakta olan adın ününü zedeleyici olmalıdır. Böylece doğrudan veya dolaylı biçimde ticari kullanım, ancak tescilli ürünlerin ilişkin olduğu ürünlerle karşılaştırılabilir ürünlerde söz konusu olduğunda veya karşılaştırılabilir nitelikte bir ürüne ilişkin olmasa bile tescilli adın ününü zedeleyici biçimde gerçekleşirse bu kullanım önlenebilmektedir²¹.

Tüzüğün 16 (b) maddesine göre ise tescilli coğrafi işaretin gerçek kaynağı belirtile bile her türlü kötü kullanımı, taklidi veya hatırlatıcı şekilde kullanılması veya coğrafi işaretin kendisinin değil tercümesinin kullanılması veya 'benzer', 'tip', 'stil', 'tat' veya benzer terimlerle birlikte kullanılması yasaklanmıştır. Böylece Finlandiya adına tescilli olan 'Fin Votkası'nı kullanmaya yetkili olmayan üretici tarafından ürettiği votkada 'Fin Votkası tadında votka' ifadesini kullanması yasaklanmıştır²².

Tüzüğün 16 (c) maddesine göre ürünün kökeni, menşei, mahiyeti veya esaslı niteliklerine ilişkin olarak sahte veya aldatıcı işaretlerin tanıtımda, sunumda veya etiketlerde kullanılması ürünün kaynağıyla ilgili yanlış bir izlenim yaratıyorsa bu işaretlerin bu tarz kullanımları da yasaklanmıştır.

²¹ **Yıldız**, Burçak; 510/2006 Sayılı Tüzük'teki Düzenlemeler Işığında Avrupa Birliği Hukukunda Tarım Ürünleri ve Gıda Maddeleri Üzerindeki Menşe Adları İle Coğrafi İşaretlerin Korunması, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, Yıl 8, Cilt 8, Sayı 2, 2008, s. 60.

²² **Özgür**, s. 178.

Tüzüğün 16 (d) maddesine göre tüketicinin ürünün gerçek kaynağı konusunda yanıtlanacak her türlü uygulama yasaklanmıştır.

V. Tescilli Coğrafi İşaretlerin Kullanabileceği Sembol

Coğrafi işaret olarak tescil edilen alkollü sert içkiler bu niteliklerini belirten sembolleri kullanabilirler. Sembol coğrafi işaret içeren bileşik terim ile birlikte kullanılamaz. Alkollü sert içkinin etiketi üzerinde tescilli coğrafi işaret olduğunu belirten sembol kullanıldığında tescilli coğrafi işaret mutlaka etiketin üzerinde belirtilmelidir.

Şekil 1: Korunmakta Olan Coğrafi İşaret Sembolü



VI. Alkollü Sert İçki Üzerindeki Tescilli Coğrafi İşaretlerin Denetimi

Tüzüğün 24. maddesine göre coğrafi işaret olarak tescil edilen bu Tüzük hükümlerince korunmakta olan coğrafi işaretleri üye ülkeler denetlemek ile yükümlüdürler. Üye Ülkeler 882/2004 sayılı Gıda ve Yem Kanunu, Hayvan Sağlığı ve Refahı Düzenlemeleri ile Uygunluğun Sağlanması için Gerçekleştirilecek Resmi Kontrollere İlişkin Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Tüzüğü'nde²³ düzenlenmiş olan yükümlülüklerle uygun şekilde coğrafi işaretleri denetlemek ile sorumlu olan yetkili otorite veya otoriteleri belirlemekle yükümlüdürler. Üye Ülkeler ve Komisyon bu Tüzüğün uygulanması için birbirlerine önemli bilgileri iletmelidirler²⁴.

²³ Regulation EC No 882/2004 of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on Official Controls Performed to Ensure the Verification of Compliance with Feed and Food Law, Animal Health and Animal Welfare Rules, OJ L 191, 28.05.2004.

²⁴ Tüzük 24/1,24/2. maddeler.

Tüzüğün 22. maddesine göre bir ürünün tescilli coğrafi işarete sahip olarak pazara sunulmadan önce ilgili ürünün şartnamede belirtilen unsurları taşıyıp taşımadıklarının incelenmesi gerekmektedir. Bu durumda ürün Birlik sınırları içinden kaynaklanıyorsa ürün pazara sürülmeden önce;

- 110/2008 sayılı Tüzüğün 24.maddesi 1. fıkrasında belirtilen bir veya birden fazla yetkili otoriteler tarafından ve/ veya,
- 882/2004 sayılı Tüzüğün 2. maddesinde belirtilen ürün sertifikasyon organı olarak çalışan bir veya birden fazla kontrol organı tarafından şartnamede belirtilen özelliklere uygunluğu açısından denetlenir.
- Üye olmayan ülkelerden birinden kaynaklanan coğrafi işaretlerde ürün pazara sunulmadan önce,
- Ürünün kaynaklandığı ülkece belirlenmiş olan bir veya birden fazla kamu otoritesi tarafından ve/veya
- Bir veya birden fazla ürün sertifika organı tarafından denetlenir.

Ürün sertifikalamasıyla ilgilenen organlar 1 Mayıs 2010'dan itibaren EN 45011 veya ISO/IEC Guide 65 standartlarına akredite olmaları gerekmektedir. Bu durum özellikle gelişmekte olan ülkelerde sorun olabilir. Özellikle ürünlerini Sicil'e tescil ettiren ülkeler ürünlerin piyasaya arzından önce kendi ülkelerinde denetim ile ilgili altyapıyı oluşturması gerekmektedir. Yeterli kapasiteye ve mali altyapıya sahip olmayan üçüncü ülkeler için Tüzük'ün getirdiği şart gelişmekte olan ülkeleri mali ve idari açıdan zorlayacaktır²⁵.

Ürünün teknik şartnameye uygun olup olmadığının incelenmesi sırasında oluşan masraflar kontrolleri yaptıran kurumlara aittir.

Tüzüğün 22. maddesinin 4. fıkrasına göre ürünlerin şartnameye uygun olup olmadıklarını kontrol eden kurumlar kontrol edilen ürünlerin şartna-

²⁵ **Marette**, Stephan/**Clemens** Roxanne/**Babcock** Bruce A.; The Recent International and Regulatory Decisions About Geographical Indications', MATRIC Working Paper 07-MWP 10, January 2007, <http://www.card.iastate.edu/publications/DBS/PDFFiles/07mwp10.pdf>, s. 22, (20.04.2008). **Evans** Gail; The Strategic Exploitation of Geographical Indications and Community Trade Marks for the Marketing of Agricultural Products in the European Union, The World Intellectual Property Organisation Journal Analysis of Intellectual Property Issues, Volume1, Issue 2, 2010, s. 174.

meye uygun olduğuna karar verilerse verdikleri bu kararın objektif ve tarafsızca verildiğini temin etmeleri gerekmektedir ayrıca kurumlar görevlerini yerine getirebilmeleri için yeterli kalifiye elemana ve kaynağa sahip olmalıdırlar.

Denetimlerle ilgili olarak Birlik içinde üye ülkelerin farklı uygulamaları bulunmaktadır.

Çek Cumhuriyeti, Litvanya, Kıbrıs Rum Kesimi'nde denetimlerle ilgili olarak kamu kurumları yetkilendirilmiştir. İngiltere'de ise denetimler ile ilgili yetkilendirilen kurumlar ürün sertifikasyonu ile ilgili görev yapan özel kurumlarken Polonya'da hem sertifikasyon ile ilgili özel kurumlar hem de kamu kurumları denetimlerle ilgili yetkilendirilmiştir. Belçika, Slovenya'da ürünler yılda bir kere denetlenirken Almanya, İngiltere, Çek Cumhuriyeti ve İrlanda'da ürünler yıldan birden fazla denetime tabi olmaktadır²⁶.

Denetimler konusunda üye ülkelerde farklı uygulamaların bulunması Avrupa Birliği Parlamentosu tarafından eleştirilmiş, denetimlerle ilgili Avrupa Birliği düzeyinde yeknesaklığın ve uyumlaştırmanın yapılması gerektiği belirtilmiştir²⁷.

VII. Daha Önceden Tecil Edilmiş Coğrafi İşaretli Alkollü Sert İçkilerin Durumu

20 Şubat 2008 tarihinde EK III'de tescil edilmiş olan alkollü sert içkiler üzerindeki coğrafi işaretler için üye ülkeler AB Tüzüğü'nün 17. maddesinin birinci fıkrasında belirtilen teknik şartnameyi 20 Şubat 2015 tarihinden önce Komisyon'a göndermek zorundadırlar. Üye ülkeler teknik şartnamenin halk tarafından ulaşılabilir olduğunu temin etmek zorundadırlar. Belirtilen bu tarih kesin olup bu tarihe kadar teknik şartnamesi Komisyon'a verilmeyen coğrafi işaretler Tüzüğün EK III'den yani sicilden terkin edileceklerdir.

²⁶ Evaluation of The Common Agricultural Policy (CAP) on the Protected Designations of Origin (PDO) and Protected Geographical Indications (PGI), Final Report, London Economics, November 2008, http://ec.europa.eu/agriculture/eval/reports/pdopgi/report_en.pdf s. 73-75 (12.04.2014).

²⁷ European Parliament Resolution of 10 March 2009 on ensuring food quality, including harmonisation or mutual recognition of standards (2008/2220(INI)), <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2009-0098+0+DOC+XML+V0//EN> (12.04.2014)

Tüzükte belirtilen şartları taşımayan alkollü sert içkiler AB 1576/89 sayılı Tüzükte belirtilen şartlara göre 20 Mayıs 2009 tarihine kadar üretilebileceklerdir. Bu Tüzükte belirtilen şartları taşımayan fakat 20 Şubat 2008 tarihinden önce AB 1576/89 sayılı Tüzükte belirtilen şartlara göre üretilen alkollü sert içkiler, 20 Mayıs 2009 tarihine kadar stokları bitinceye kadar pazarda yer alabileceklerdir.

VIII. Jenerik ve Eşsesli Adlar

Jenerik ad seviyesine gelmiş olan adlar Tüzüğün EK III'e coğrafi işaret olarak tescil edilemezler. Tüzüğün Ek III'e coğrafi işaret olarak tescil edilen adlar jenerik ad olamazlar.

Tüzükte belirtilen şartları taşıyan eşsesli ad tescil edilirken tescili talep edilen eşsesli adın yerel ve geleneksel kullanımı ve tüketicilerin bu adı karıştırmaya ihtimali dikkate alınarak tescil edilmelidir.

Tüzüğün 19. maddesine göre alkollü sert içkinin üzerinde bulunan eşsesli ad alkollü sert içkinin menşeyini doğru olarak belirtse bile tüketiciler alkollü sert içkinin menşeyi konusunda yanıltıyorlarsa bu eşsesli adlar coğrafi işaret olarak tescil edilemezler.

Tescilli eşsesli coğrafi işaretin kullanımında, üreticilere adil bir şekilde davranılabilmesi ve tüketicileri yanıltmamak için daha önceden tescil edilmiş eşsesli coğrafi işaret ile tescili talep edilen eşsesli coğrafi işaretin kullanımında aralarındaki fark açıkça belirtilmelidir.

IX. Coğrafi İşaretler ve Markalar Arasındaki İlişki

Tüzüğün 23/1. maddesine göre daha önceden tescil edilip Tüzüğün Ek III'de belirtilen coğrafi işaretleri içeren markaların tescili önceden tescil edilen coğrafi işarete Tüzüğün 16. maddesine göre tecavüz teşkil edecekse bu markaların tescil talepleri reddedilecektir.

Tüzüğün 23/3. maddesine göre daha önceden tescil edilmiş marka nedeniyle tüketiciler ürünün kökeni konusunda yanıltacaklarsa o zaman bu coğrafi işaretin tescil talebi reddedilmektedir. Bu tescil talebi değerlendirilirken kullanılmakta olan markanın ününe, tanınmışlık düzeyine ve Birlik içinde kullanıldığı sürenin uzunluğuna bakılmaktadır.

Tüzüğün 23. maddesinin ikinci fıkrası belirli durumlarda tescilli coğrafi işaret ile markanın varlığının bir arada olabileceği durumları düzenlemiştir. İlgili hükme göre marka, Tüzüğün 16. maddesine göre marka tescilli coğrafi işarete tecavüz oluşturacak şekilde kullanılmalı ayrıca coğrafi işaretin kaynaklandığı ülkede korunduğu tarihten önce veya 1 Ocak 1996 tarihinden önce iyi niyetle tescil edilmiş, tescil talebinde bulunulmuş veya bu tarihten önce kullanılmaktaysa ve Üye Ülkelerin Marka Konusundaki Düzenlemelerinin Uyumlaştırılmasına İlişkin 89/104 sayılı 21 Aralık 1988 tarihli Birinci Konsey Yönetmeliği²⁸ ile Topluluk Markasına İlişkin 40/94 sayılı 20 Aralık 1993 tarihli Konsey Tüzüğü²⁹ belirtilen hükümsüzlük veya fesih şartları gerçekleşmemiş ise o zaman tescilli markalar ile coğrafi işaretler Birlik içinde bir arada kullanılabilirlerdir. Bu durumu sağlayan markalar daha sonradan tescilli talep edilen coğrafi işaretler nedeniyle sicilden terkin edilmeyeceklerdir³⁰.

A. Konyak Davası

Fin Kanunları'na göre kurulan Gust Ranin Oy Firması 19 Aralık 2001 tarihinde şişelerin üzerinde bulunan etiketlerde kullanmak üzere iki şekil markasının başvurusunu Fin Patent Ofisine yapmıştır. İlgili şekil markalarından ilki 'COGNAC L & P HIENOA KONJAKKIA Lignell & Piispanen Product of France 40% Vol 500 ml' diğeri ise 'KAHVI-KONJAKKI Café

²⁸ First Council Directive 89/104/EEC of 21 December 1988 to Approximate the Laws of the Member States Relating To Trade Marks (OJ EC No L 40 of 11.2.1989), <http://oami.europa.eu/en/mark/aspects/direc/direc.htm>

²⁹ Council Regulation (EC) No 40/94 of 20 December 1993 on the Community Trade Mark. OJ L 11, 14.1.1994.

³⁰ Tüzük'de belirtilen 1 Ocak 1996 tarihdenden sonra bir marka iyi niyetle tescil edilmiş, başvurusu yapılmış veya kullanılmakta ise bu madde hükmünden yararlanamaz yani bu tarihten sonra markalarını iyi niyetle tescil ettiren marka sahipleri daha sonradan tescil edilen coğrafi işaretlerle birlikte yer alamazlar, marka sahipleri daha sonradan tescil edilen coğrafi işaretlerin varlığı karşısında haklarından vazgeçmek durumunda kalmaktadırlar bu durum marka sahiplerinin haklarını kaybetmeleri açısından olumsuz bir durumdur. **Rensek**, Nina; Geographical Indications and Trademarks: Coexistence or First in Time, First in Right Principle, European Intellectual Property Review, Cilt 29, No: 11, 2007, s. 453.

Cognac Likööri - Likör - Liqueur 21% Vol Lignell & Piispanen 500 ml'di. 31 Ocak 2003 tarihinde Fin Patent Ofisi her iki markayı tescil etmiştir. Konyak Ulusal Üreticiler Derneği tescil edilen her iki markaya itiraz etmiştir. Fin Patent Ofisi Temyiz Kurulu Konyak Ulusal Üreticiler Derneği'nin itirazlarını kabul etmemiştir. Konyak Ulusal Üreticiler Derneği verilen karara karşı Yüksek İdare Mahkemesinde dava açmıştır.

Yüksek İdare Mahkemesi de davayı ön karar için Avrupa Birliği Adalet Divanı'na (ABAD) göndermiştir. Yüksek İdare Mahkemesi davayı ABAD'a gönderirken markanın tescil edilmesinden sonra yürürlüğe giren 110/2008 sayılı Tüzüğün markanın tescil edilmesinin geçerliliğini etkileyip etkilemeyeceğini sormuştur. ABAD verdiği kararda tescilli coğrafi işaret içeren markaların 110/2008 sayılı Tüzüğün 23/1. maddesine göre Tüzüğün 16. maddesinde belirtilen durumlardan birine neden oluyorsa ilgili markaların tescil başvurularının reddedilmesi gerektiğini veya geçersiz olacaklarını belirtmiştir. Böylece tüzük yürürlüğe girmeden önce tescilli coğrafi işaret içeren markaların tescil edilmeleri durumunda yapılan marka tescillerinin haksız olduğuna karar verildi³¹.

Yüksek İdare Mahkemesi ikinci soru olarak Tüzüğün 16. ve 23. maddelerinin tescilli coğrafi işaret içeren alkollü sert içki ürünlerinin marka olarak tescil edilmelerine engel olup olmadığını, Tüzüğün 16. ve 23. maddelerine göre tescilli coğrafi işaret adının jenerik ve çevrisinin kullanılıp kullanılmayacağını, ayrıca coğrafi işaret tescilli alkollü sert içkinin şartnamesinde belirtilen şartları taşımayan ürünlerin tescilli alkollü sert içkinin adını kullanmasının Tüzüğün 16. ve 23. maddelerinin engelleyip engellemediğini sormuştur.

ABAD verdiği karada Tüzüğün 23/1. maddesine göre daha önceden tescil edilip Tüzüğün Ek III'de belirtilen coğrafi işaretleri içeren markaların tescili, önceden tescil edilen coğrafi işarete Tüzüğün 16. maddesine göre tecavüz teşkil edecekse bu markaların tescil talepleri reddedilecektir. Davaya konu olan markalar 31 Ocak 2003 tarihinde Finlandiya'da tescil edilmişler

³¹ Joined Cases C-4/10 and C-27/10 Bureau National Interprofessionnel du Cognac v Gust.Ranin Oy, <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=107353&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=93339> (12.06.2014).

ve bu nedenle Tüzüğün 23/2. maddesinde belirtilen istisnai hükümden yararlanamayacaklar. Bu nedenle ABAD Tüzüğün 23/1. maddesine göre ülkelerin yerel makamları tescilli coğrafi işaretleri içeren marka başvurularını reddetmeleri gerektiğine karar vermiştir.

Jenerik ad seviyesine gelmiş olan adlar Tüzüğün EK III'e yani sicile coğrafi işaret olarak tescil edilemezler. Tüzüğün Ek III'e coğrafi işaret olarak tescil edilen adlar jenerik ad olamazlar. Böylece 'Cognac' ismi tescilli olduğu için jenerik ad olamaz. Ayrıca Tüzüğün 14/2. maddesine göre tescilli coğrafi işaretlerin tercüme etiketleri veya alkollü sert içkilerin üzerinde olamaz.

Tüzüğün 16 (a) maddesine göre tescil edilmeyen ürünler coğrafi işaret olarak tescil edilen alkollü sert içkilerle karşılaştırılabilir ürünlerse bu tescil edilmeyen ürünlerin doğrudan veya dolaylı ticari kullanımı veya bu ürünlerin benzer kullanımı tescilli coğrafi işaretin ününü zedeliyorsa bu kullanımlar Tüzüğün 16. maddesine göre önlenmektedir. Davada 'Cognac' işaretini taşıyan markalı ürünlerin kullanımının Tüzüğün 16 (a) maddesinde belirtilen tecavüz hallerinden biri olduğuna karar verilmiştir³².

Tüzüğün 16 (b) maddesine göre ise tescilli coğrafi işaretin gerçek kaynağı belirtilse bile her türlü kötü kullanımı, taklidi veya hatırlatıcı şekilde kullanılması veya coğrafi işaretin kendisinin değil tercümesinin kullanılması veya 'benzer', 'tip', 'stil', 'tat' veya benzer terimlerle birlikte kullanılması yasaklanmıştır. ABAD Şartnamede 'Cognac' içkisi için belirtilen şartları taşımayan 'Cognac' işaretini taşıyan markaların kullanımı Tüzüğün 16(b) maddesinde belirtilen tecavüz hallerine girdini kararında belirtmiştir.

X. Tescil Edilen Coğrafi İşaretin Hükümsüzlüğü

Tüzüğün 18. maddesine göre coğrafi işaret olarak tescil edilmiş alkollü sert içki artık teknik şartnamesinde belirtilen şartları taşıyamıyorsa Komisyon tescilli coğrafi işareti sicilden terkin edebilmektedir. Komisyonun bu kararı AB Resmi Gazetesinin C Serisinde yayımlanmalıdır.

³² **Gonzalez**, Miguel Angel Medina; Protection of Geographical Indications Against Translation, Generic Use, Evocation, and Other Potential Enemies, Journal of Intellectual Property Law & Practice, 2012, Volume 7, No 1, s. 21-22.

Uygulama Tüzüğü'nün 19. maddesine göre Coğrafi işaret olarak tescil edilmiş alkollü sert içkinin sicilden terkin edilmesinde hukuki yararı bulunanlar da ilgili alkollü sert içkinin sicilden terkin edilmesi için Komisyon'a başvuruda bulunabilirler. Hükümsüzlük talebini ileten taraf neden ilgili ürünün sicilden terkin edilmesini istediğini gerekçeli olarak başvuru talebinde ispat etmelidir.

Eğer hükümsüzlük talebini Komisyon'a yapan taraf başvurusunda neden ilgili ürünün sicilden terkin edilmesini istediğini bilgi ve belgelerle ispatlayamaz ve istenen belgelerle başvurusunu yapmazsa Komisyon hükümsüzlük başvurusuna bulunana iki aylık süre vererek eksikliklerini tamamlamasını ister. Eğer iki aylık süre içerisinde hükümsüzlük talebinde bulunan taraf istenen belge ve bilgileri Komisyon'a iletemezse Komisyon yapılan başvuruyu geçersiz sayar³³.

Uygulama Tüzüğü'nün 20/1. maddesine göre Komisyon yapılan hükümsüzlük başvurusunu kabul ederse o zaman yapılan hükümsüzlük başvurusunu tescilli alkollü sert içkinin kaynaklandığı üye ülkeye, üye olmayan ülkenin yetkili makamlarına veya üye olmayan ülkenin özel kuruluşuna bildirir ve ilgili kuruluşa veya ülkeye yapılan hükümsüzlük başvurusu ile ilgili iki ay içerisinde görüş bildirmeye davet eder. İki ay içerisinde bildirilen görüşler hükümsüzlük talebinde bulunan tarafa bildirilir. Her başvuruyu yapan ülke veya ülkenin yetkili makamları yapılan itiraz başvurusu ile ilgili herhangi bir görüş bildirmez veya iki aylık süreye uymazsa Komisyon tescilli alkollü sert içkiyi sicilden terkin eder.

Komisyon tescilli coğrafi işaretin hükümsüzlüğü ile ilgili karar verirken kendisine sunulan delilleri dikkate alarak kararını verir. Komisyon kararını verirken coğrafi işaret tescilli alkollü sert içkinin artık şartnamesinde belirtilen özelliklere uygun üretilip üretilmeyeceğini dikkate alır. Komisyon hükümsüzlük ile ilgili verdiği kararı coğrafi işaretin kaynaklandığı üye ülkeye, üye olmayan ülkenin yetkili kurumuna veya üye olmayan ülkenin özel kuruluşuna veya hükümsüzlük talebini bulunan tarafa bildirmektedir.

Eğer aynı tescilli alkollü sert içkinin sicilden terkin edilmesi için birden çok hükümsüzlük talebinde bulunulmuşsa o zaman yapılan hükümsüzlük

³³ Uygulama Tüzüğü 19/3.

taleplerinin birini veya birkaçını inceledikten sonra Komisyon alkollü sert içkinin coğrafi işaret tescilli ürün olarak korunmasının hukuki bir gerekçesi olmadığına karar vererek diğer hükümsüzlük süreçlerini askıya alabilir. Eğer tescil edilen coğrafi işaretin hükümsüzlüğüne karar verilirse Komisyon askıya alınan itiraz süreçlerini bitirir ve diğer hükümsüzlük talebinde bulunanlara durumu bildirir.

Komisyonun aldığı hükümsüzlük kararını AB Resmi Gazetesinin C Serisinde yayımlanır.

XI. Sonuç

Avrupa Birliği Ekonomisi'nde önemli yere sahip olan coğrafi işaret tescilli alkollü sert içkiler, Avrupa Kültüründe ve geleneğinde önemli yere sahiptirler. Avrupa Birliği Komisyonu Ticaret Bölümü Komiseri Pascal Lamy yaptığı bir konuşmada 'Parma Peyniri'nin, Konyağın, Manchego'nun ve İskoç Viskisi'nin İtalya'nın, Fransa'nın, İspanya'nın ve İngiltere'nin kültürel ve ulusal kimliklerinin bir parçası olduğunu belirtmiştir.'³⁴.

Avrupa Birliği açısından hem ekonomik hem de kültürel açıdan önemli olan coğrafi işaret tescilli alkollü sert içkilerin tüm Avrupa Birliğinde korunması her geçen gün önem arz etmektedir. Bu nedenle yürürlükte olan Tüzüğün bazı maddelerinin değiştirilmesi daha uygun olacaktır.

Örneğin tüzüğün markalarla ilgili 23/2. maddesine göre 1 Ocak 1996 tarihinden sonra iyi niyetle tescil edilen markalar coğrafi işaretlerle birlikte yer alamayacaklardır. Bu düzenleme marka sahiplerinin haklarını olumsuz etkilemektedir. Yapılacak yeni düzenleme ile birlikte Tüzük'ün getirdiği bu tarih ortadan kaldırılmalıdır.

Tüzükte jenerik adların coğrafi işaret olarak tescil edilemeyeceği belirtilmiştir. Ancak bir adın jenerik ad haline gelip gelmediğini tespit ederken hangi kriterlere bakılması gerektiği konusunda ilgili Tüzük herhangi bir düzenlemeye gitmemiştir.

Tescilli menşe adlarının ve coğrafi işaretlerin denetimleriyle ilgili olarak Birlik içinde veya dışında herhangi bir standart yoktur. Bazı ülkelerde denetimleri ilgili yetkili kurumlar yaparken bazılarında 882/2004 sayılı

³⁴ **Rovamo**, s. 14.

Tüzüğün 2. maddesinde belirtilen ürün sertifikasyonu ile ilgili görev yapan kurumlar yetkilidir. Ülkeler arasında yapılacak denetimlerin sıklığı ve nasıl yapılacağı konusunda herhangi bir standart yoktur. Ayrıca yapılan denetimler sonucu ürünün şartnamesinde belirtilen şartlara göre üretim yapmayan üreticilere hangi yaptırımın uygulanacağı Tüzük'te düzenlenmemiş konu üye ülkelerin ulusal mevzuatlarına bırakılmıştır. Denetimlerle ilgili Birlik içinde veya dışında herhangi bir standardın olmaması tescilli alkollü sert içkilerin bazı ülkelerde sıkı bir denetimden geçmesine neden olurken bazılarında yapılan denetimlerin daha serbest yapılmasına neden olmaktadır³⁵. Yapılacak düzenlemelerle Birlik içinde denetimler konusunda yeknesaklığa ve uyumlaştırmaya gidilmesinde fayda bulunmaktadır.

Yapılan denetimlerin masraflarını işletmeciler ödemek ile yükümlüdürler. Bu durum özellikle küçük ve orta boy işletmeler için sorun olabilmektedir. Avrupa Birliği Üyesi olmayan ülkeler ise kendi ülkelerinden kaynaklanan alkollü sert içkiler Komisyon tarafından sicile tescil edilince bu ürünleri Tüzük'te belirtilen kurallara göre denetlemek ile yükümlü olacaklardır. Gelişmekte olan ülkeler açısından denetim ile ilgili altyapının oluşturulması ilgili ülkeler için masraflı ve zaman alıcı olabilir. Komisyon bu ülkelere teknik açıdan ve sağlayacağı fonlarla mali açıdan destek olmalıdır.

Türkiye ulusal düzeyde tescilli alkollü sert içkilerini coğrafi işaret olarak tescil ettirmek için AB'ne başvurursa ve bu ürünler AB'de coğrafi işaret olarak tescil edilirse o zaman Türkiye denetim ile ilgili olarak bir kamu otoritesini görevlendirmek ya da ürün sertifikasyonu ile ilgili görev yapan bir veya birden çok kuruluşu denetim ile ilgili görevlendirmek durumunda kalacaktır.

³⁵ Yunanistan'da düzenli olarak üreticiler denetlendiği gibi rasgele de denetlenebilmektedirler. Polonya'da yılda bir veya birkaç kez denetim yapılmaktadır. Belçika, Slovenya'da ürünler yılda bir kere denetlenirken Almanya, İngiltere, Çek Cumhuriyeti ve İrlanda'da ürünler yıldan birden fazla denetime tabi olmaktadır. İsveç ve Danimarka'da ise denetimler genel gıda kontrolleri yapılırken yapılmaktadır. Evaluation of The Common Agricultural Policy (CAP) on The Protected Designations of Origin (PDO) and Protected Geographical Indications (PGI), Final Report, London Economics, November 2008, http://ec.europa.eu/agriculture/eval/reports/pdopgi/report_en.pdf, s. 73-74, (12.04.2014).

Ürün sertifikasyonu ile ilgili görev yapan kuruluşlar ise ürün belgelendirme yapan belgelendirme kuruluşları için genel şartlar ile ilgili EN 45011 sayılı Avrupa standardına veya ISO/EIC Guide 65 standardına uymak ve bu standartlara akredite olmak zorunda olacaklardır. Bu nedenle Türkiye coğrafi işaretlerle ilgili denetim yapacak olan kurumların altyapısını şimdiden oluşturmaya başlamalıdır.

Avrupa Birliğinde bulunan İskoç Viski'si Derneği, Konyak Ulusal Üreticiler Derneği gibi alkollü sert içki bazında dernekler ülkemizde kurulmalı ve Türk Alkollü Sert İçkileri'nin hem ulusal hem de uluslararası arenada korunmalarını, tanıtılmalarını ve pazarlanmalarını sağlamalıdır.

Türk Patent Enstitüsü tarafından ulusal bazda tescil edilen Türk Rakısı, rakı, Geleneksel Türk Çilek Likörü, Geleneksel Türk Vişne Likörü gibi alkollü sert içkilerimizin AB'de tescilli coğrafi işaret olarak korunabilmeleri için tescil başvurularının AB'ne yapılması gerekmektedir.

AB'ne tescil başvuruları yapılırken alkollü sert içkinin şartnamesi hazırlanırken alkollü sert içkinin ayırt edici özellikleri objektif kriterlere göre şartnamede yer almalıdır. Şartnamede ayırt edici özelliklerin ölçülebilir olması gerekmektedir, ürünün kaynaklandığı coğrafi alanlar net çizilmelidir. Alkollü sert içkilerin ayırt edici özellikleri belirlenirken özel analizler, ileri teknolojiler kullanılmalı, konuyla ilgili uzman kişilerin şartname hazırlanırken mutlaka görüşleri alınmalıdır.

Alkollü sert içki üreticileri ve Türkiye'nin konuyla ilgili yetkili kurumları AB Resmi Gazetesi'ni düzenli takip ederek Türk Alkollü Sert İçkilerinin haklarına zarar verecek başvuruları takip etmeli ve AB Komisyonu'na yapılan haksız başvurularla ilgili zamanında itirazda bulunmalıdır.

Avrupa Birliği'nde coğrafi işaretlerin korunması konusu hukuki ve ekonomik olduğu kadar siyasidir. Bu nedenle ülkemizin yetkili kurumları Türk Ürünleri'nin haklarını tüm dünyada olduğu gibi AB'de de korumalı ve gerektiğinde alınacak önlemlerle Türk Alkollü Sert İçkileri'nin haklarına zarar verecek tescil başvurularının yapılmasını zamanında engellemeli veya tescil başvurusu yapıldıysa yapılacak lobi çalışmaları ile yapılan tescil başvurusunun haksız olduğu konusyla ilgili kamuoyu oluşturulmalı ve AB Komisyonu yetkilileri bilgilendirilmelidir.

Türkiye oluşturacağı strateji ile ihracat payı yüksek olan bilinen Türk Alkollü Sert İçkilerimizi üreticilerden herhangi bir talep beklemeden doğrudan doğruya ülkemizin yetkili kurumları aracılığıyla AB’de korunmaları için ilgili ürünlerin tescil başvurularını zaman kaybetmeden yapmalıdır. Aksi halde bizler konuyla ilgili ilgisiz kalmaya devam ettiğimiz sürece alkollü sert içkilerimiz maalesef diğer ülkeler tarafından sahiplenilmeye devam edecektir.

Kaynakça

- Aktaş, Ahmet/Özdemir, Bahattin;** İçki Teknolojisi, Detay Yayıncılık, Ankara, 2005.
- Barham, Elizabeth;** Translating Terroir: The Global Challenge of French AOC Labeling, 19 Journal of Rural Studies, 2003, s. 13.
- Boidron, Bruno;** The Little Book of Bordeaux Wines, Flammarion, 2001
- Broude Tomer;** Taking Trade and Culture Seriously: Geographical Indications and Cultural Protection in WTO Law, <http://ssrn.com/abstract:714981>, (15.06.2014)
- Brown, Vanessa L.;** The French Wine Industry in Crisis: Is It A Case of Intellectual Property Rights Gone Too Far?, <http://wwwlib.umi.com/dissertations/fullcit/1434199>, (12.06.2010)
- Carey, Victoria/Archer Eber;** Natual Terroir Units: What are They? How Can They Help The Wine Farmer? <http://www.wynboer.co.za/recentarticles/0202terroir.php3> (12.06.2008)
- Chever, Tanguy/Renault, Cristian/Renault, Severine/Romieu, Violaine;** Value of Production of Agricultural Products and Foodstuffs, Wines, Aromatised Wines and Spirits Protected by a Geographical Indication (GI), Final Report, 2012, http://ec.europa.eu/agriculture/external-studies/2012/value-gi/final-report_en.pdf, (08.06.2014).
- European Parliament Resolution of 10 March 2009 on Ensuring Food Quality, Including Harmonisation or Mutual Recognition of Standards (2008/2220 (INI)), <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2009-0098+0+DOC+XML+V0//EN> (12.04.2014)
- Evaluation of The Common Agricultural Policy (CAP) on the Protected Designations of Origin (PDO) and Protected Geographical Indications (PGI), Final Report, London Economics, November 2008, http://ec.europa.eu/agriculture/eval/reports/pdopgi/report_en.pdf, (12.04.2014)

- Evans, Gail**; The Strategic Exploitation of Geographical Indications and Community Trade Marks for the Marketing of Agricultural Products in the European Union, The World Intellectual Property Organisation Journal Analysis of Intellectual Property Issues, Volume1, Issue 2, 2010.
- Gonzalez, Miguel Angel Medina**; Protection of Geographical Indications Against Translation, Generic Use, Evocation, and Other Potential Enemies, Journal of Intellectual Property Law & Practice, Volume 7, No 1, 2012.
- Marette, Stephan/Clemens, Roxanne/Babcock, Bruce A**; The Recent International and Regulatory Decisions About Geographical Indications', MATRIC Working Paper 07-MWP 10, January 2007. <http://www.card.iastate.edu/publications/DBS/PDFFiles/07mwp10.pdf>, (20.04.2008)
- Munsie, Jeffrey A.**; A Brief History of the International Regulation of Wine Production, <http://dash.harvard.edu/handle/1/8944668>, (15.08.2014)
- Özgür, Didem**; Coğrafi İşaretlerin Korunması: Avrupa Birliği'ndeki Hukuki Çerçeve ve Türkiye Uygulaması, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Avrupa Birliği Anabilim Dalı, Avrupa Çalışmaları Programı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2011.
- Rensek, Nina**; Geographical Indications and Trademarks: Coexistence or First in Time, First in Right Principle, European Intellectual Property Review, Cilt 29, No: 11, 2007.
- Robinson, Jancis**; The Oxford Companion to Wine, Second Edition, Oxford University Press, 1999.
- Rovamo, Oskari**; Monopolising Names? The Protection of Geographical Indications in the European Community', Helsinki University Faculty of Law Department of Public Law, Project: Globalisation, International Law and IPR, Helsinki, Finlandiya, 2006 <http://ethesis.helsinki.fi/julkaisut/oik/julki/pg/rovamo/> (12.05.2014).
- Roskrow, Dominic**; The World's Best Whiskies 750 Unmissable Drams from Tain to Tokyo, Published by Jacqui Small, 2012.

Scotch Whisky Association Facts and Figures, <http://www.scotch-whisky.org.uk/what-we-do/facts-figures/>(08.06.2014).

Spirits: A European Power House For Trade, <http://spirits.eu/files/24/brochure-pdf-final-low-resolution.pdf> (15.08.2014).

Wilson, James E.; Terroir The Role of Geology, Climate, and Culture in the Making of French Wines, Mitcell Beazley, 1998.

Yıldız, Burçak; 510/2006 Sayılı Tüzük'teki Düzenlemeler Işığında Avrupa Birliği Hukukunda Tarım Ürünleri ve Gıda Maddeleri Üzerindeki Menşe Adları ile Coğrafi İşaretlerin Korunması, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, Yıl 8, Cilt 8, Sayı 2, 2008.

SAĞLIK HUKUKUNDA AYDINLATILMIŞ RIZA*

Av. Uğur ŞİMŞEK**

GENEL OLARAK SAĞLIK HUKUKU

Son yıllarda özellikle bilim ve teknolojide yaşanan gelişmelerin tıp ve sağlık sektöründeki yansımaları üzerine bu alanda birçok çeşitlilik ve ilerleme meydana gelmiştir. Bununla birlikte sağlık alanındaki bu büyüme elbette hukuki açıdan süratle yeni düzenlemeler ve sorunları da beraberinde getirmiştir. Sağlık hukuku alanı çok geniştir ve dağınık düzenlemeler içermektedir. Bununla birlikte konuya giriş yapmadan önce başlıca kavramların açıklanmasında fayda vardır.

Tıp; sağlığın korunması, bozulmuşsa tedavisi için uğraşan, bunun için gerekli teşhis, tedavi ve korumaya yönelik çalışmalarda bulunan birçok alt bilim dalından oluşan disiplinlerin genel adıdır. Sağlık, kişinin bedensel, duygusal, zihinsel ve toplumsal bakımdan çevresiyle uyum içerisinde işlev görebilme yeteneğine sahip olması, bedensel ve/veya ruhsal yapısında herhangi bir sakatlığın, işlev bozukluğunun olmamasıdır. Dünya Sağlık Örgütü'nün tanımına göre sağlık, sadece hasta veya sakat olmamak değil; bedensel, ruhsal ve toplumsal bakımdan iyi olma hâlidir. 224 sayılı Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkında Kanun'un 2. maddesinde de bu düzenlemeyle örtüşür şekilde "*Sağlık; yalnız hastalık ve maluliyetin yokluğu olmayıp beden, ruhen ve sosyal bakımdan tam bir iyilik halidir*" şeklinde tanımlanmıştır.

* Bu çalışma, Hasta Hakları Yönetmeliği'nde 08.05.2014 Tarihinde 28994 Sayılı Resmi Gazete'de Yayımlanan Yönetmelik ile yapılan değişiklikler doğrultusunda yeniden gözden geçirilmiştir.

** Denizli Barosu

Sağlık tanımlamasında sosyal ölçütlerin kabulü psikolojik ve rehabilite amaçlı tedaviler ile özellikle estetik müdahaleler açısından önem arz etmektedir. Zira endikasyon yani tıbbi zorunluluk açısından sosyal ölçütün kabulü müdahaleyi hukuka uygun hale getiren en önemli etken olmaktadır. Tıp hizmetinin sunumunda, sağlık arayanlar (hastalar) ve bu hizmeti sunanlar (hastane, hekim, teknik ve idari personel, sağlık çalışanları) ile bu hizmetin sunumunda yardımcı kuruluşlar (eczaneler, ilaç firmaları, medikaller, sigorta kuruluşları gibi) sürekli etkileşim halindedirler. Bazı yazarlar, tıp hukukunun ilaç hukuku, hastane hukuku gibi sağlık hukuku kavramı içerisinde alt bir kavram olması gerektiğini, zira sağlık hukuku kavramının çok geniş bir yapıyı içine aldığı ifade etmektedirler.

Genel bir tanımlama yapmak gerekirse sağlık hukuku; sağlık hizmeti sunanlar, sağlık hizmetinden faydalananlar, yardımcı kuruluş ve kişiler ile devlet arasında, bu tarafların her birinin birbirileri ile aralarında meydana gelen ihtilafları konu alan özel hukuk ve kamu hukukuna ilişkin kurallardan oluşan karma ve çok geniş bir hukuk dalıdır. Tanımdan da anlaşılacağı üzere olayın tarafları arasındaki ilişkinin mahiyeti, tarafların niteliği, ilişkinin konusu gibi birçok etkene bağlı olarak uygulanacak hukuk kuralları, yargı yolu ve görevli mahkeme değişiklik gösterebilmektedir. Buradan hareketle sağlık hukuku alanında uygulanan başlıca genel kanunlar medeni hukuk, borçlar kanunu, ticaret kanunu, idari yargılama usul kanunu, sosyal güvenlik mevzuatı ve cezai sorumluluk açısından Türk Ceza Kanunudur. Bunların yanında 1219 Sayılı Kanun başta olmak üzere birçok özel sağlık mevzuatı da uygulama alanı bulmaktadır. Bu kanunların olaya uygulanaşına göre de açılan davalar adli yargı alanında asliye hukuk, ticaret ve iş mahkemelerinde görülmekte iken, idari uyuşmazlıklarda ise idare mahkemeleri görev yapmaktadır. Ayrıca cezai olarak askeri veya adli ceza mahkemelerinde de sağlık hukukundan kaynaklı olarak sorumlu sağlık personelinin ve ilgililerin yargılanması söz konusu olabilmektedir. Diğer yandan 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ile yapılan düzenlemeler sonrasında tüketici işlemi kapsamında sayılan vekâlet sözleşmesi sebebi ile 28.05.2014 tarihi itibarıyla tüketici mahkemeleri de sağlık hukuku alanında görevli mahkemeler kervanına katılacak olup çoğu asliye hukuk davası tüketici mahkemesinin görev alanına girecektir. Uyuşmazlık mahkemesi ise bu mahkemeler arasında yargı yoluna ilişkin uyuşmazlıkların giderilmesi ile görevlidir.

Diğer yandan alternatif çözüm yolları olan sulh, tahkim ve arabuluculuk yolu ile de sağlık hukukuna ilişkin uyuşmazlıkların çözümü mümkün olabilmektedir.

TIBBİ MÜDAHALE

İnsanın yaşama hakkı ve vücut bütünlüğü en temel haklardan olup, bu konuda İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi başta olmak üzere birçok uluslararası düzenleme ve iç hukuk kaidesi mevcuttur. İç hukukumuzda bu konuda en bağlayıcı norm olan Anayasanın 17/2 maddesi ile insan vücuduna yapılacak müdahalenin sınırları açıkça belirtilmiştir. Buna göre “*Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz.*”

Her müdahale, tıbbi bir müdahale değildir. Örneğin bıçakla bir kişiyi yaralayan saldırganın fiili vücuda yönelik müdahaledir ancak tıbbi bir müdahale değildir. Diğer yandan bazı müdahaleler de tıbbi olmakla birlikte hukuka uygun değildir. Örneğin tıbbi standartlara uygun gerçekleştirilen bir böbrek nakli para karşılığı yapılmışsa yine hukuka aykırı hale gelecektir. O halde bir tanım yapmak gerekirse “Tıbbi müdahale, resmi ehliyetli kişiler tarafından, kişinin sağlığını, yaşamını, cismani bütünlüğünü tehdit eden fiziksel ve ruhsal bir takım anomalilerin teşhisi, tedavisi, önlenmesi veya nüfus planlaması amaçlarına yönelik olarak tıp biliminin genel kabul görmüş kurallarına ve teknik gereklerine uygun bir biçimde gerçekleştirilen girişim olarak tanımlanmaktadır¹. Tıbbi müdahale en basit tanı ve tedavi yöntemlerinden en ağır cerrahi ameliyatlara kadar uzanır² Örneğin; cerrahi operasyon, ilaç tedavisi, psikoterapi, aşı, doğum kontrolü gibi...

TIBBİ MÜDAHALENİN UNSURLARI

Tıbbi müdahale, yetkili kişi tarafından yapılmış olmalıdır.

Tıbbi müdahaleyi gerçekleştirecek kişinin istisnalar haricinde hekim olması gerekmektedir. Bu konuda 1219 Sayılı Kanunun 1. maddesinde

¹ **Göçmen**, Sağlık Hukuku Kurultayı, Türkiye Barolar Birliği, Ankara, 1-3 Kasım 2007, s. 85.

² Mehmet **Ayan**, Tıbbi Müdahaleden Doğan Sorumluluk, Ankara 1991, s. 5.

açıkça tıp mesleğinin icrası için tıp fakültesi mezunu olmak şartı aranmıştır. Bununla birlikte hekimin Türk vatandaşı olma şartı 2011 yılında yapılan değişiklikle kaldırılmıştır. Yine aynı kanunda dış müdahaleleri için de dış hekimi olunması gerektiği belirtilmiştir. Yukarıda belirttiğimiz üzere genel olarak tıbbi müdahalede bulunma yetkisi hekimlere ait olmakla birlikte bir kısım tıbbi müdahaleler hekim denetim ve gözetiminde yardımcı sağlık personeli tarafından yapıldığı gibi (örneğin ebenin gebe takibi, hastaya sonda takılması), bir kısım müdahaleler de hekim dışındaki sağlık personeli tarafından bizzat yapılır (fizyoterapistin fizik tedavi yapması, radyoloji teknisyeninin röntgen çekmesi gibi)³. Sağlık personelinin hangi konularda yetkili olduğu ise yasal mevzuatlarında ayrıntıları ile belirtilmiştir.

Sağlık personeli: Sağlık personeli tanımlaması geniş bir kesimi içine alsada tıbbi müdahale yetkisi verilen sağlık personeli tıbbi nitelikli faaliyet gösteren daha dar bir grubu ifade etmektedir. Gerçekten ceza yargılaması açısından da “sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi” suçunun düzenlendiği 280. madde de sağlık mesleği mensubu deyiminden “*tabip, dış tabibi, eczacı, ebe, hemşire ve sağlık hizmeti veren diğer kişiler*” in anlaşılması gerektiği belirtilmiştir⁴.

Uzmanlık: Hekimler kendi içlerinde uzman olup olmamasına göre pratisyen ve uzman hekimler olarak sınıflandırılmaktadır. Tıbbi müdahaleler açısından kanunda genel olarak pratisyen ya da uzman doktor ayrımına (açıkça yazılı istisnai haller dışında) gidilmemiştir⁵. Ancak Danıştay 10. Dairesi, Sağlık Bakanlığı Tedavi Hizmetleri Genel Müdürlüğü’ nün fizik tedavi ve rehabilitasyon hizmetleri ile ilgili yayımladığı genelgeye karşı açılan iptal davasında “*Yukarıda yer verilen hükümlerin birlikte değerlendirilmesinden, tıp alanındaki uygulamaların bilimsel olarak o dalda gerekli ve yeterli eğitimi almayı gerektirdiği, dolayısıyla her uzman hekimin yalnızca*

³ Av. Halide Savaş, Yargıya Yansıyan Tıbbi Müdahale Hataları, Seçkin, Ankara 2012, s. 28.

⁴ Hakan Hakeri, Tıp Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 2012, s. 110.

⁵ 1983 Tarihli Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük de Rahim Tahliyesinin ancak Kadın Doğum uzmanları tarafından yapılmasına müsaade edilmektedir. Konu hakkında gbi. bkz. Hakeri, s. 261.

kendi uzmanlık alanında uygulama yapma yetkisine sahip olduğu sonucuna ulaşıldığından, dava konusu düzenlemede hukuka ve mevzuata uyarlık bulunmamaktadır.” şeklinde hüküm kurarak tıbbi müdahalelerde uzmanlık alanı dışına çıkılmaması gerektiğine işaret etmiştir⁶.

Acil durumlar/ilk yardımlar: Bir diğer mesele acil durumlarda sağlık personeli dışında kişiler tarafından kazazede veya yaralılara yapılan müdahalelerdir. Bu tip durumlar tıbbi müdahale kapsamında olmadığından, ilk yardım da bulunan kişilerin de hekim olması lüzumu yoktur. *Zira ilk yardım müdahaleleri, 24762 Sayılı İlk Yardım Yönetmeliği Kapsamında, ilk yardım eğitimi almış kişiler tarafından, tıbbi araç ve gereçler kullanılmadan ve ilaçsız olarak yapılan müdahalelerdir. Oysa tıbbi müdahale de tıbbi ve bilimsel yöntem ve araçlar kullanılır.* Bu kişilerce yapılan kişinin vücut dokunulmazlığını ihlal mahiyetindeki müdahalelerin cezalandırılmamasının sebebi, zaruret hali kapsamında değerlendirilmesidir. Örneğin kaza anında araç içinde sıkışan veya kalbi duran bir yaralıya araç gereç veya ilaç kullanmadan ilk yardım eğitimi almış bir sivil şahsın yardım etmesi durumunda bu kişinin yaptığı müdahaleden bir zarar doğsa da eğer gerekli itina gösterilmiş ise sorumluluk doğmaz. Ancak ilk yardım eğitimi almamış ise şahsın, yaralı veya kazazedeye müdahale etmeyip hemen olayı polis ve ilk yardım görevlilerine bildirmesi gerekir. Zira aksi takdirde TCK md. 98 gereği *yardım ve bildirim yükümlülüğünün ihlali* sebebi ile yine cezai sorumluluk ile karşı karşıya kalınması muhtemeldir⁷.

Yukarıda açıklanan husus ilk yardım “görevlilerinin” izin verilen tıbbi müdahalede bulunma yetkisinden farklıdır. Zira sivil vatandaşlar araç-gereç ve ilaç kullanmaksızın, ilk yardım eğitimi almış olmaları koşulu ile yalnız ilk yardımda bulunabilirken; ilk yardım görevlileri ise mevzuat dâhilinde izin verilen bir takım “tıbbi” müdahaleleri yapma yetkisine sahiptir. Bu da durumun aciliyeti sebebi ile belli başlı tıbbi müdahaleleri içermektedir.

İhmali davranışla kasten öldürme/yaralama (TCK md. 83, 88): Burada temas edilmesi gereken önemli bir husus da TCK md. 83 de düzenlenen “Kasten Öldürmenin İhmali Davranışla Gerçekleştirilmesi” ve yine bu

⁶ Danıştay 10. Dairesi, 5487/5876, 12.04.2007.

⁷ Savaş, s. 38-39.

suça paralel olarak düzenlenen TCK md. 88'deki "Kasten Yaralamanın İhmalî Davranışla İşlenmesi" suçudur⁸. Bu suçlarda sorumluluk sebebi olarak için icrai davranışa denk bir ihmalin bulunması aranmıştır. Bu haller ise genel olarak kanuni zorunluluk, sözleşme yükümlülüğü ve önceden meydana gelen bir eylem sebepleri ile önleme yükümlülüğü olarak belirtilmiştir. Bu tip durumlarda sanık açısından bir nevi garantörlük olduğu kabul edilmektedir. Yargıtay bir kararında, hekimin hastanedeki çalışma saatleri dışında kendisi nöbetçi bulunmadığı bir dinlenme zamanında bulunsa bile, hekimliğinin yalnız kendi uzmanlık bölümü ile ilgili olan bir hastalığın muayene ve tedavisi için çağrıldığında hemen gitmesi ve gereğini yapmakla görevli sayılması gerektiğine karar vermiştir. CGK, 09.01.1991, 1/1)⁹.

Sağlık Mevzuatımızda 1219 Sayılı Kanun, Tıbbi Deontoloji Tüzüğü md.18 ve Özel Hastaneler Kanunu md.32 hükümleri ile hekimlere acil durumlarda tıbbi yardımda bulunmaktan kaçınmamak konusunda kanuni bir ödev yüklenmiştir. Bu sorumluluk çerçevesinde hekimlerin acil durumda bulunan kişiye gerekli tıbbi yardımda bulunmaması halinde TCK md. 83 veya md. 88 gereği cezalandırılması gündeme gelebilecektir. Bunun tipik örneği acil serviste gerekli tıbbi yardım yapılmadan yatak olmadığı gerekçesi ile hastanın başka hastaneye sevk edilmesi durumlarında yaşanmaktadır. Bu hallerde hastanede yatak bulunmaması tıbbi yardım yapılmaması için yeterli bir gerekçe olmayıp sorumluluk sebebidir¹⁰. Yine örneğin bir trafik kaza-

⁸ TCK md. 86/3 gereği ölümlü hallerde "...temel ceza olarak, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine yirmi yıldan yirmibeş yıla kadar, müebbet hapis cezası yerine onbeş yıldan yirmi yıla kadar, diğer hallerde ise on yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasına hükmolunabileceği gibi, cezada indirim de yapılmayabilir. (Ağır Ceza Mah.) TCK md. 88/2 gereği yaralama hallerinde "...verilecek ceza üçte ikisine kadar indirilebilir." Denilmek suretiyle yaralama suçunda bir indirim sebebi olarak düzenlenmiştir.

⁹ **Hakeri**, s. 664.

¹⁰ 2219 Sayılı Hususi Hastaneler Kanunu "Madde 32 - Hususi hastaneler ihtisas daireleri içinde bulunan ve resmî makamlar tarafından para ile tedavi üzere gönderilen hastaları alır ve tedavi ederler. Ani bir ârıza veya kaza neticesinde müstacelen tedaviye muhtaç olan şahısların hususi hastanelere müracaat veya nakillerinde hastanece derhal acele tedavilerini yapmak mecburidir. Bunlardan fakir olanların yatırılarak tedavileri lâzımsa hastanenin parasız kısmına alınır. Parasız yatakları olmayan hastaneler bu fakir hastaları nakilleri kabil hale gelinceye kadar yatırarak tedavi ederler. Bu suretle yatırılan fakir hastalara ait gündelik tedavi ve ilâç paraları o yerin belediyesince ödenir."

sında, kazayı ve yaralıyı gördüğü halde tıbbi yardımda bulunmaksızın olay yerinden uzaklaşan bir hekim de aynı hüküm gereği sorumlu olacaktır.

Yetkisiz kişilerin yaptığı tıbbi müdahaleler: Sağlık personeli olmayan kişiler tarafından yapılan ve sayılan istisnalar dışında kalan tıbbi müdahalelerde ise 1219 S.K. md. 25 ve TCK'nın taksirle yaralama veya öldürmeye ilişkin kuralları birlikte uygulanacaktır. Diş hekimliği diploması olmadan diş çekimi yapanlar ise yalnız 1219 S.K. md. 41 ile sorumlu olacak, TCK anlamında taksir ile sorumlu olmayacaklardır.

Müdahalede tıbbi zorunluluk bulunması: “Endikasyon şartı”

Hukuka uygun bir tıbbi müdahaleden söz edebilmek için yapılan müdahalenin aynı zamanda tıp biliminin verilerine göre zorunlu olması gerekmektedir. Tıp dilinde endikasyon olarak tabir edilen kavram hastada belirli bir tedavi veya müdahale uygulanmasına karar verilmesini gerektiren durum ya da belirti anlamına gelmektedir¹¹. Tıbbi müdahalede bulunmak için tıbbi zorunluluğun bulunması gerektiği, başta Anayasanın 17. maddesi olmak üzere Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi ve Hasta Hakları Yönetmeliğinde de ifade edilmiştir. Endikasyon şartı müdahaleyi hukuka uygun hale getiren unsurlardan biri olduğundan her durumda varlığı sıkıca araştırılmalıdır. Zira tıbbi gereklilik bulunmaması durumunda müdahale haksız olacak ve doğal olarak da ceza hukuku anlamında kasten yaralama/öldürme/görevi kötüye kullanma suçları vücut bulabilecek, özel hukuk anlamında ise tazmin sorumluluğuna yol açabilecektir.

Danıştay endikasyonsuz tıbbi müdahale ile ilgili açılan bir tam yargı davası üzerine önüne gelen dosyada “...durumun hayati aciliyeti sebebiyle özel bir diyaliz merkezinde sekiz ay diyaliz tedavisi gördüğü; tedavinin davacıya acı vermesi, vücudunun yorgun düşmesi ve kumunda düzelme olmaması üzerine kendi isteğiyle tedaviyi sona erdirdiği; tedavinin kesilmesinden sonra hiçbir olumsuz gelişme yaşamayan davacının, gereksiz yere özel merkeze yönlendirildiğinden şüphelenerek konunun araştırılması için Bağ-Kur Genel Müdürlüğü’ne şikâyetinde bulunduğu; anılan kurumun müfettişlerince davacının Gaziantep Üniversitesi Tıp Fakültesi Hastanesine sevk

¹¹ A. Özpınar, Özel Tıbbi Müdahaleler, Sağlık Hukuku İleri Eğitim Programı Ders Notları, Türkiye Barolar Birliği, Ankara 2014, s. 9.

edildiği, Gaziantep Üniversitesi Tıp Fakültesi hastanesinin 24.9.2003 tarih ve 7617 sayılı raporunda; tıp 2 DM + hipertansiyon + diyabetik nefropati tanısı konulduğu...” şeklinde açıklama yaptıktan sonra dava açma süresinin de “sağlık hizmetinin kusurlu işletildiğinin Gaziantep Üniversitesi Tıp Fakültesi Hastanesinin 24.9.2003 tarih ve 7617 sayılı raporuyla ortaya çıktığına yani öğrenme ile başlayacağına karar vermiştir.

Hekime hasta üzerinde tıbbi müdahalede bulunma yetkisi veren tıbbi gereklilik şartı, tıbbi müdahalenin tanımı ile de alakalı olarak sadece bir hastalığın ortadan kaldırılmasına yönelik değil, aksine hazırlayıcı, teşhis edici veya sonraki müdahaleleri de kapsar şekilde değerlendirilmelidir. Örneğin narkoz, ameliyat, ilaç tedavisi, kemoterapi, kan alma, röntgen gibi...¹². Burada üzerinde önemle durulması gereken noktalardan biri de tıbbi endikasyon yanında, sosyal ve psikolojik endikasyonun da (örneğin estetik ameliyatlara veya erkek çocukların sünnet edilmesi gibi), tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk şartı olarak kabul edilmesidir. Zira sağlık, tıbbi müdahale ve endikasyon kavramlarının hepsinde sosyal ve psikolojik etkenler bir bütün olarak kabul edilmiş ve günümüzde oldukça tartışılan estetik ameliyatlara hukuka uygunluğunun temel dayanağı olmuştur. Bu açıklamalar ışığında yapılacak olan estetik müdahalelerin amacı iyi değerlendirilmeli, sosyal ve/veya psikolojik olarak “hasta”nın sağlığı açısından gerekli olup olmadığı tespit edilmelidir.

Diğer yandan yine organ naklinde verici bakımından herhangi bir endikasyon bulunmamasına, cinsiyet değişikliği, suni döllenenme, tedavi amacına yönelik araştırma faaliyetleri doğrudan bir tedaviyi amaçlamamasına rağmen, dolaylı olarak tedaviyi amaçlayan müdahalelerdir. Bu sebeple, söz konusu müdahaleler bakımından da aynı esasların geçerli olduğu düşünülmektedir¹³. Ancak bu konuda açık olarak (verici açısından doğrudan gereklilik bulunmadığından) yasal düzenleme yapılması gerektiği de ileri sürülmektedir¹⁴.

¹² **Hakeri**, s. 402.

¹³ Hasan **Petek**/Meral **Gürbüz**, Sağlık Hukuku, Anadolu Üniversitesi, Eskişehir 2013, s. 77.

¹⁴ **Hakeri**, s. 408.

MÜDAHALEDEN ÖNCE HASTANIN “AYDINLATILMIŞ” RIZASININ ALINMASI

Tıbbi müdahalenin hukuka uygun olması için diğer tüm şartların bir arada olması halinde aranacak bir diğer unsur da ilgilinin yani hastanın, yapılacak tıbbi müdahaleye rıza göstermiş olmasıdır. Bu zorunluluk yasal mevzuatımızda da birçok yerde tekrarlanmak suretiyle dile getirilmiştir¹⁵. Ancak öncelikle belirtmek gerekir ki bu insanın sağlığı üzerindeki rızasını kullanma hakkı sınırsız değildir. Örneğin tıbbi araç ve gereçlerle ve hekim tarafından böbreği alınan bir kimsenin bu müdahaleye organını para karşılığı satmak için rıza göstermiş olması durumunda hem verilen rıza hukuka aykırı hem de tıbbi gereklilik bulunmadığından müdahale hukuka aykırı olacaktır. Yine ülkemizde olduğu gibi aktif ötenazi yasağı bulunan ülkelerde de kişinin yaşamının etkin bir müdahale ile sonlandırılması yasaktır. Buradan çıkarılan sonuç kişinin rızası ile endikasyon şartının paralel olduğu yani kişinin rızasının olağan durumlarda ancak tıbbi gereklilik bulunması koşulu ile geçerli olduğudur.

Aydınlatılmış rıza: Diğer yandan hastanın rızasının alınması da müdahalenin hukuka uygun hale gelmesi için tek başına yeterli değildir. İşte uygulamada aydınlatılmış onam veya bilgilendirilmiş rıza gibi kavramlarla da anılan *aydınlatılmış rıza, riskleri, (informed consent), “riskleri, yararları ve alternatifleri ile alternatiflerin de risk ve yararlarını kapsayan tedavi uygulamasının, hekim tarafından yeterli düzeyde ve uygun şekilde açıklanmasından ve hasta tarafından hiçbir tereddüde yer kalmayacak şekilde anlaşılmasından sonra, tıbbi tedavinin ya da uygulamanın hasta tarafından gönüllülükle kabulü”* olarak tanımlanabilir¹⁶.

¹⁵ Bkz. (Savaş, s. 40); “1219 Sayılı Tababet ve Şuabat San’atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun md. 70; 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu md. 24; 2238 Sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Nakli Hk. Kanun md. 6; 2827 Sayılı Nüfus Planlaması Hk. Kanun md. 4, 6; Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Tüzüğü md. 13; Hasta Hakları Yön. 5. Böl. md. 24-31; Biyotıp Sözl. md. 5 olarak sayılabilir.”

¹⁶ **Petek/Gürbüz**, s. 61; Ayrıca Aydınlatılmış Onam/Rıza konusu her ne kadar yeni gelişen bir konu olsa da tarihimizde 1600 lü yıllara kadar uzanan “Rıza Senedi” adı altında ibra belgelerinin bulunduğu görülmektedir.

Rıza konusunda yasal dayanakları yukarıda belirtmiş olsak da aydınlatılmış rıza konusu daha çok uygulamada başlangıçta hasta hakkı olarak gelişmiştir. Doktrinde bir kısım yazarlar tarafından aydınlatılmış rızanın temel dayanağının Anayasa da belirtilen onura, özgürlüğe, yaşam ve vücut bütünlüğü hakkına saygı ve koruma yükümlülüğü öngören temel prensiplerden geldiğini ileri sürmektedirler¹⁷. Ancak Hasta Hakları Yönetmeliğinde 08.05.2014 Tarihinde yapılan değişiklikler ile artık bu bir hak değil zorunluluk olarak mevzuatımızda yerini almıştır.

Vekâlet akdi: *Kanaatimizce yukarıdaki görüşler haklı olmakla birlikte, aydınlatılmış rızanın hukuksal dayanağı yalnız sağlık hukukuna değil tüm vekâlet sözleşmelerine hitap eden bir içeriğe sahiptir. Şöyle ki; hekim-hasta arasında meydana gelen vekâlet sözleşmesi ve bu akitten kaynaklanan özenle ve basiretli bir vekil gibi hareket etme borcu kapsamında hekim-hastasını “bilgilendirmek” yükümlülüğü altındadır. Zira vekil edenin sağlığı ile ilgili kararlar alabilmesi için öncelikle bu konuda iradesinin oluşması gerekmektedir. Vekil (hekim), vekil edenin (hastanın) sağlıklı karar alabilmesi için uygun zemini hazırlar (onu teşhis ve tedavi, riskler, vs. hakkında bilgilendirir, aydınlatır), karar verme yetkisini artık iradesi ve rızası aydınlanmış olan vekil edene bırakır (otonomi-yukarıda savunulan özerklik ilkesi). Artık verilecek karar kişinin kendi tasarrufundadır.*

Hekim, vekâlet sözleşmesinin genel özelliğinin neticesi olarak sonucu taahhüt etmez ve gerekli dikkat ve özeni göstermek koşulu ile meydana gelen olumsuz sonuçlardan da sorumlu değildir. Yargıtay bir kararında durumu şöyle özetlemiştir: “Hekim, tedavisini ya da ameliyatını deruhte ettiği hastayı yüzde yüz iyileştirme yükümlülüğü altında değildir. Bütün sorun, hekimin “tıp kural ve gereklerine” uygun davranıp davranmadığı yönünü tespit etmektir. Eğer bir hekim, tıp ilminin öngördüğü ve yapılmasını gerekli kıldığı kurallara ve tıbbi tedavi yöntemlerine uygun hareket etmişse artık eylem ve davranışının hukuka aykırılığı iddia edilemeyeceğinden, tedavi ve ameliyat sonucu hasta iyileşmemiş olsa dahi hekimin bundan sorumlu tutulması mümkün değildir”¹⁸.

¹⁷ Hakeri, s. 269.

¹⁸ Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, 2175/4735, 10.04.1980.

Bilirkişilik: Hekimin tıbbi müdahale sırasında gerekli dikkat ve özeni gösterip göstermediğini tespit etmek teknik bir mesele olup hâkimin takdirinde değildir. Bu nedenle sağlık hukuku ile ilgili davalarda teknik bilirkişilerden görüş alınır. Bu konuda Anayasa Mahkemesinin 2010 yılında 1219 S.K. md. 75 ile ilgili olarak verdiği iptal kararına değin ceza davalarında Sağlık Bakanlığına bağlı olan Yüksek Sağlık Şurası zorunlu bilirkişilik müessesesi iken, bu tarihten itibaren artık hem hukuk hem de ceza davalarında mahkemeler; Yüksek Sağlık Şurası, Adli Tıp ve üniversitelerin tıp fakültelerinden bilirkişi raporu alarak karar verebilmektedir. Mahkemeler bu raporlar ile yetinmeyip yeniden ek rapor alabilmekte, başka bir kurumdan rapor isteyebilmekte ve hatta istisnaen raporun aksine de gerekçeli olarak hüküm kurabilmektedir.

Yüksek Mahkeme de bir kararında “*Her ne kadar yerel mahkemece direnme kararında, davacıda tespit edilen pamuk elyafının hangi ameliyat sırasında bırakıldığı, bunda davalı yanın kusuru bulunup bulunmadığı gibi konular da ayrıca rapor alınması gerekliliğine değinilmişse de; dosya içerisinde bulunan raporlar neticesinde, davacının karnında pamuk elyafının tespit edildiği, davacı tarafın şikâyetlerinin davalı doktor tarafından yapılan ameliyat sonrasında ortaya çıktığı, ameliyat yapıldığı dönemde hastanede kullanılan gazlı bezlerin sıvı çektiğinde lime lime oldukları, abseye sebep olan yabancı cismin gazlı bez kalitesindeki düşüklüğe veya imalat hatasına bağlı olduğu hususları belirlendiğine göre, tek başına kalitesiz malzeme kullanılması dahi davalı yanın kusurlu olduğunu göstereceğinden; mahkemece burada artık bilirkişi incelemesi yaptırılmasına gerek bulunmamaktadır.*” şeklinde hüküm kurarak bu hususa işaret etmiştir¹⁹.

Sorumluluk: Vekâlet akdi gereği, hekim her türlü kusurundan sorumlu olacağından kusur oranına göre tazminattan indirim yapılamaz. Ancak hastanın zararın oluşumunda veya artmasında etkisi varsa tazminattan indirim yapılabileceği gibi olayın özellikleri göz önüne alınarak takdiri bir indirim de yapılabilir (Borçlar Kanunu md. 51, 52). Diğer yandan bu hususlar ceza hukuku anlamında kusurun/taksirin ağırlığı ve cezanın bireyselleştirilmesinde kuşkusuz göz önüne alınacaktır.

¹⁹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 13-717/129, 13.04.2011.

Yüksek mahkeme kusur ve dolayısıyla özen borcu ile ilgili olarak “Vekilin sorumluluğu, genel olarak işçinin sorumluluğuna ilişkin kurallara bağlıdır (BK. 390/2). Vekil, işçi gibi özenle davranmak zorunda olup, hafif kusurundan bile sorumludur (BK. 321/2). O nedenle doktorun meslek alanı içinde olan hafif dahi olsa bütün kusurları sorumluluğun unsuru olarak kabul edilmelidir. Doktorlar hastalarının zarar görmemesi için yalnız mesleki değil, genel hayat tecrübelerine göre herkese yüklenebilecek dikkat ve özeni göstermek zorundadır. Doktor ufak bir tereddüt gösteren durumlarda bu tereddüdü ortadan kaldıracak araştırmalar yapmak ve bu arada koruyucu tedbirler almakla yükümlüdür. Çeşitli tedavi yöntemleri arasında seçim yaparken hastanın özelliklerini göz önünde tutmalı onu gereksiz risk altına sokmamalı, en emin yolu tercih etmelidir. Gerçekte de mesleki bir iş gören ve doktor olan vekilden, ona güvenen müvekkil titiz bir ihtimam ve dikkat göstermesini beklemekte haklıdır. Titiz bir özen göstermeyen vekil BK. 394/1 uyarınca vekâleti gereği gibi ifa etmemiş sayılmalıdır” “Şu durum karşısında orta seviyede tedbirli bir doktorun aynı hal ve şartlar altında göstereceği mutad ihtimam ve özenin, davalıya gösterilmediği açık olup, ihmal ve kusurunun kabulü zorunludur” şeklinde karar vermiştir²⁰.

Belirtilen Yargıtay Kararında da görüldüğü üzere Yüksek Mahkeme; hekimin göstereceği dikkat ve özenin kriterini, orta seviyede tedbirli bir doktorun aynı hal ve şartlar altında göstereceği mutad ihtimam ve özen olarak belirlemiş, ayrıca sadece mesleki değil genel hayat tecrübelerine de uygun hareket etmek zorunda olduğunu belirtmiştir. Hekim acil durumlarda dahi gerekli dikkat ve özeni göstermekle yükümlü olup, Yüksek Mahkeme de bir kararında “ameliyatın acil olması, Pazar günü yapılması ve elde mevcut olanak ve araçlarla yetinilmesi, fen kurallarını uygulayan doktorun mazereti olamayacağına” karar vermiştir²¹.

İspat: Aydınlatmanın ispatı konusunda Yönetmelikte yapılan düzenleme ile birlikte artık fiili durum resmi şekil kazanmıştır. Eski uygulamada aydınlatma her şekilde ispat edilebilmekle birlikte (açıkça yazılı olmasının arandığı haller dışında) ispat yükü hekim veya hastane üzerinde olduğu için

²⁰ Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 8590/9569, 06.11.2000.

²¹ **Hakeri**, s. 514.

aydınlatma yapılmadığı iddiasına karşın yazılı olarak yapılması adeta bir zorunluluk oluşturmaktadır²². Zira hasta tarafından aydınlatılmadığı iddia edildiğinde, tıbbi kayıtlar esas alınmakta ve aydınlatılmış rıza(onam) formlarının da içinde yer aldığı bu kayıtların tutulmaması/eksik, yanlış ve hatalı tutulması sorumluluk doğurmaktadır²³. Nitekim Hasta Hakları Yönetmeliğinde 08.05.2014 Tarihinde yapılan değişiklikle md. 28 de Rıza'nın geçerliliğinin şekle bağlı olmadığı belirtilmiş olmakla birlikte, md. 26 da "Mevzuatta öngörülen durumlar ile uyumsuzluğa mahal vermesi tıbben muhtemel görülen tıbbi müdahaleler için sağlık kurum ve kuruluşunca 15 inci maddedeki bilgileri içeren rıza formu hazırlanır." hükmü ile aydınlatmanın ispat şekli konusunda açıklamalarımız doğrultusunda düzenleme yapılmıştır.

Kişinin rızasının aydınlatılmış olarak alındığının kabulü için her olayı ayrı ayrı değerlendirmek gerekmektedir. Zira tıbbi müdahalenin niteliği, şekli, kişilerin durumu gibi birçok kriterle bağlı olarak aydınlatmanın kapsamı ve ispat yükü de değişebilmektedir. Aydınlatılmış rıza ve rızanın varlığı konusunda İspat meselesinde dikkat edilecek temel nokta "ilk görünüş ispatı" ve "hayatın olağan akışı" kavramlarıdır²⁴. Bu hususta, aşağıda incelenen Yargıtay kararı, aydınlatılmış rızanın ispatı açısından olayların çözümüne büyük ölçüde ışık tutacaktır.

Olayda; "...Eline çivi batan köylü vatandaş tedavisi için köyünden kalkıp şehir merkezindeki üniversite hastanesine gelir. Vatandaşın tedavisi pansuman yapılmak suretiyle yapılır ve köyüne geri gönderilir. Olayın ikinci aşamasında vatandaş tetanos iğnesi yapılmaması nedeniyle bir süre sonra tetanos olur, kasılmaları başlar ve tetanos sebebiyle yoğun bakıma alınır. Olay yargıya intikal eder. Sağlık personeli savunmasında "*Biz ona tetanos aşısı olman gerekiyor dedik, o kabul etmedi*" şeklinde beyanda bulunurlar, hatta bu konuda birçok tanık da dinletmişlerdir. Yargıtay ise kararında,

²² Örneğin: 1219 sayılı Kanun'un 70. maddesine göre, büyük cerrahi müdahalelerde rızanın yazılı olarak alınması gerekir. Yine TMK md. 23; 2238 sayılı Kanun ile 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun ve HHY 6. Böl. md. 34 de rızanın yazılı olarak alınması gereken haller belirtilmiştir.

²³ D. **Göçmen**, Tıbbi Kayıtların Tutulması ve Hukuksal Sorumluluk, Hukuk Rehberi: <http://www.hukukrehberi.net/Details.aspx?id=92>, 19.02.2014.

²⁴ Av. Halide **Savaş**, Diş Hekimliğinde Aydınlatılmış Rıza, IV. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara Barosu, Ankara 2012, s. 276-278.

köylü vatandaşın eline çivi battığı için köyünden kalkıp şehir hastanesine gitmesini yapılacak tedavileri kabul etmek olarak yorumlamış, karine olarak kabul etmiş, sağlık personelinin bu durumdaki bir vatandaşın tetanos aşısı yapılmasını kabul etmeyeceğine yönelik savunmalarını gerçekçi bulmamış ve itibar etmemiştir²⁵.

Yine 13.H.D. 19.10.2006 Tarih, 10057 E. 13842 K. Sayılı İlamında "...Davalı tarafından davacının bu konuda bilgilendirildiğine ve gerekli önlemlerin alındığına ilişkin davalı doktorun mücerret beyanı dışında dosyada herhangi bir bulgu ve belge yoktur. Ayrıca, tedavi öncesi mide şikâyeti olan davacının bu konuda uyarılmasına ve soru sorulmasına rağmen, kendi sağlığını riske atacak şekilde bu durumu bildirmeyerek ve ısrarla bu ilacı 9 gün kullanarak mide kanaması geçirmesine sebebiyet vermesi de hayatın olağan akışına uygun düşmemektedir. Öyle olunca rapor, dosya içeriği ile uyuşmamaktadır..." şeklinde hüküm tesis etmiştir. Sonuç olarak aydınlatma ve rıza konusunda ispat şekli konusunda tıbbi müdahalenin şekli ve önemine göre ispat şekli ve yükü de yer değiştirebilmektedir.

"Aydınlatılmış Onam" başlıklı Hekimlik Meslek Kuralları md. 26/1 ve 08.05.2014 Tarihli Düzenleme ile Değişik Hasta Hakları Yönetmeliğinin "Bilgilendirmenin Kapsamı" başlıklı 15. maddesi paralel hükümler içermektedir. Buna Göre;

Hekim hastasını şu konularda aydınlatmakla yükümlüdür:

- Sağlık durumu ve konulan tanı, hastalığın muhtemel sebepleri ve nasıl seyredeceği,
- Tıbbi müdahalenin kim tarafından nerede, ne şekilde ve nasıl yapılacağı ile tahmini süresi, Önerilen tedavi yönteminin türü, başarı şansı, tedavi yönteminin hastanın sağlığı için taşıdığı riskler, verilen ilaçların kullanılışı ve olası yan etkileri
- Muhtemel komplikasyonları,
- Hastanın önerilen tedaviyi kabul etmemesi durumunda hastalığın yaratacağı sonuçlar

²⁵ Savaş, s. 277-278.

- Diğer tanı ve tedavi seçenekleri ve bu seçeneklerin getireceği fayda ve riskler ile hastanın sağlığı üzerindeki muhtemel etkileri,
- Gerektiğinde aynı konuda tıbbi yardıma nasıl ulaşabileceği.

Yönetmelikte yapılan düzenlemelerle birlikte uygulamada kabul edildiği üzere aydınlatmanın bir yükümlülük olduğu Yönetmelikte de açıkça hüküm altına alınmıştır. Yine aydınlatmanın kapsamı da uygulama doğrultusunda genişletilmiş ve önceki düzenlemede bulunmayan birtakım hükümler ilave edilmiştir.

Yapılacak aydınlatma hastanın kültürel, toplumsal ve ruhsal durumuna özen gösteren bir uygunlukta olmalıdır. Bilgiler hasta tarafından anlaşılabilir biçimde verilmelidir. Hastanın dışında bilgilendirilecek kişileri hasta kendisi belirler. Sağlıkla ilgili her türlü girişim kişinin özgür ve aydınlatılmış rızası ile yapılabilir. Alınan rıza baskı, tehdit, eksik aydınlatma ya da kandırma yoluyla alındıysa geçersizdir.

Uygulamada ispat açısından genellikle “aydınlatılmış onam formu” diye anılan matbu formlar ile hastaların aydınlatıldığı görülmekte ise de bu şekilde yapılan bir işlem olayın özelliğine göre sorumluluktan kurtulmaya her zaman yeterli olmamaktadır. Yargıtay, konuyla ilgili bir kararında, bir davacının ameliyat için gerekli rızasının alındığını gösteren yazılı belge olması nedeniyle davayı reddeden ilk derece mahkemesinin kararını bozarak ameliyat için alınmış rızanın aydınlatılmış rıza olduğunu göstermeyeceğini belirtmiştir. Kararda, hekimin müdahale sırasında ameliyat tekniğinin, halin icaplarının gerektiği tüm önlemleri alması gerektiği, bu tip sonuçlar nadirde olsa görülebilecekse hastayı aydınlatıp uyarması ve onun rızasını muhakkak surette alması gerektiği, rizikolar ve muhtemel komplikasyonlar konusunda hastanın yeterince aydınlatıldığı ve buna rağmen ameliyata bilerek rıza gösterildiğinin davalı hekimce ispatlanmasının gerektiği ve fakat ispatlanmadığından hukuken geçerli bir rızadan söz edilemeyeceği belirtilmiştir²⁶.

Aydınlatmanın kapsamı: Hekimin hastaya uygulanacak yöntemi seçme konusunda takdiri bulunmakla birlikte, tanınmış ve yerleşmiş bir tekniğin uygulanmasına nazaran, ender veya az kullanılan bir yöntem tercih

²⁶ Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 4219/10660, 16.09.2008.

edilmiş olması durumunda aydınlatmanın kapsamı genişler²⁷. Diğer yandan rutin işlemlerde ve aşılarında aydınlatmanın kapsamı daralmakta ve form üzerinden yapılan aydınlatma yeterli görülmekte olup ayakta yapılan tedavilerde eğer özellik gerektiren bir durum yok ise sözlü aydınlatma ile yetinilmelidir.

Hasta Hakları Yönetmeliğinde hasta hakkı olarak belirtilen rıza ve hastanın aydınlatılması, diğer yandan sağlık personeli veya hekim için de bir yükümlülük olarak kendini gösterir²⁸. Bu haklar aynı zamanda aydınlatmanın da kapsamını belirlemektedir. Özel durumlar haricinde hasta, “sağlık durumu hakkında kendisine veya ailesine veya yakınlarına bilgi verilmemesini isteyebilir. Ancak bu durumda hastanın kararı yazılı olarak alınır.” (Hasta Hakları Yönetmeliği md. 20) Aydınlatma, rızanın temeli olduğu içindir ki kural olarak “bizzat hastaya” yapılır. Rızanın alınması konusunda belirtilen küçüklük, kısıtlılık hallerinde de yine aydınlatma bu kişilerin yasal temsilcilerine yapılacaktır. Küçüklük ve kısıtlılık hallerinde müdahalenin uygulanacağı hastaya da esas itibarıyla genel bir aydınlatma yapmanın faydalı olacağı şeklindeki görüşümüz de Yönetmeliğin 24/2 maddesinde yapılan düzenleme ile yasalaşmıştır²⁹.

Hasta Hakları Yönetmeliğinin 24.maddesine göre “Hasta küçük veya mahcur ise velisinden veya vasisinden izin alınır...Kanuni temsilci tarafından rıza verilmeyen hallerde, müdahalede bulunmak tıbben gerekli ise, velayet ve vesayet altındaki hastaya tıbbi müdahalede bulunulabilmesi; Türk Medeni Kanununun 346 ncı ve 487 inci maddeleri uyarınca mahkeme kararına bağlıdır... Hastanın rızasının alınmadığı hayati tehlikesinin bulunduğu ve bilincinin kapalı olduğu acil durumlar ile hastanın bir organının kaybına veya fonksiyonunu ifa edemez hale gelmesine yol açacak durumun varlığı halinde, hastaya tıbbi müdahalede bulunmak rızaya bağlı değildir. Bu

²⁷ **Hakeri**, s. 291.

²⁸ Bunun dışında Aydınlatılmış Rıza hususunda Tıbbî Deontoloji Nizamnamesinin 14. maddesinde, Türk Ceza Kanununun 90. maddesinde, Organ ve Doku Alınması Saklanması ve Nakli Hakkında Kanunun 7. maddesinde de düzenlemeler bulunmakla birlikte Hekimlik Meslek Kuralları md. 26 da ayrıntılı olarak ele alınmıştır.

²⁹ Bkz. **Hakeri**, s. 301: “Avusturya Yüksek Mahkemesi 16 yaşındaki bir gencin ameliyatı için sadece ebeveyninden rıza alınması ve gencin aydınlatılmaması dolayısıyla hekimi kusurlu bulmuştur.”

durumda hastaya gerekli tıbbi müdahale yapılarak durum kayıt altına alınır...". Rıza, Yönetmeliğin 25. maddesi uyarınca kanuni zorunluluklar dışında geri alınabilir. Yönetmelikte ister rızanın alınması olsun isterse rızanın geri alınması ve tedaviyi durdurma ve reddetme ile ilgili olsun hastanın iradesini ön plana çıkararak düzenlemeler yapıldığını söylemek mümkündür. Hasta Hakları Yönetmeliğindeki düzenlemeler ve Türk Medeni Kanununun 10, 11, 12 ve 124. Madde hükümleri birlikte değerlendirildiğinde genel olarak 18 yaşını doldurmuş ve hakkında kısıtlılık kararı olmayan herkesin olağan durumlarda rızasını kendisinin kullanacağı; Ancak istisnaen evlenme ile ve mahkeme kararı ile bu yaş sınırının 17, 16 veya 15 yaşını doldurmuş olanlara da verilebileceği görülmektedir. Aydınlatmayı yapacak olan da yine kural olarak bizzat hekimdir. Hekim, aydınlatma görevini yalnızca başka bir hekime devredebilir. Yani başka bir personele, örneğin hemşireye devredermez. Yine aydınlatma görevini devrettiği bu halde de asıl hekimin aydınlatmadaki eksik ve hatalardan kaynaklanan sorumluluğu devam eder³⁰. Tıbbi müdahale sırasında birden fazla hekim yer alıyorsa aydınlatma, müdahaleyi yürüten ekibin başındaki hekim tarafından yapılmalıdır. Diğer taraftan müdahalede eğer anestezi uygulanacaksa, ayrıca anestezi hekiminin de aydınlatma yapması gerekmektedir³¹.

Diğer yandan hekimin, hastanın üzerinden yıkıma yol açacak veya hastalığı arttıracak bir durumla karşılaşması halinde, bu husustaki teşhisini açıklayıp açıklamamak, hasta veya yakınlarına bilgi verip vermemek konusunda inisiyatifi vardır (Hasta Hakları Yönetmeliği md. 19). Ancak burada şu hususa dikkat edilmesi gerekmektedir. Yapılan aydınlatma hastayı korku ve endişeye sürükleyici şekilde olmamakla birlikte onun müdahalenin artı ve eksileri konusunda net bir şekilde aydınlatılmasını sağlamalıdır. Hekimin buradaki inisiyatifini kullanırken kişinin kendi kaderi tayin edebilmesi (otonomi ilkesi) çerçevesinde, hastayı veya ailesini bilgilendirmek yönünde tercih kullanması kanaatimizce her açıdan doğru olacaktır.

Aydınlatma türleri: Yeri gelmişken değinilmesi gereken bir diğer husus aydınlatma türleridir. Uygulamada çoğu kez iç içe geçmekle birlikte

³⁰ Petek/Gürbüz, s. 66.

³¹ Hakeri, s.302.

aydınlatma, tedavi (güvenlik) aydınlatması ve otonom (karar) aydınlatması ve risk aydınlatması olarak üçe ayrılır³².

Tedavi aydınlatması, hastanın rızasını almaya yönelik olmayan, onu tıbbi müdahalenin gerekliliği konusunda bilgilendirmek ve tedavinin başarısı veya sağlığına yönelik tehlikelerin önlenmesi için belirli davranış şekillerine uyması konusunda uyarma içerikli aydınlatma türüdür. Tedavi aydınlatması, bu yönüyle rızaya ilişkin bir unsur içermediği için cezai açıdan önemli değildir, ancak hukuki tazmin açısından sorumluluk gerektirir. Örneğin Yönetmeliğin 15/a maddesinde “hastalığın muhtemel sebepleri ve nasıl seyredeceği konusundaki aydınlatma” buna örnek verilebilir.

Otonom (karar) aydınlatması ise hastanın kendi kaderini bilerek ve isteyerek tayin etmesine fırsat verilmesi için gereken aydınlatmanın yapılmasıdır. Hekim tarafından hastaya, teşhis ve tedavi süreci, kabul görmüş alternatif tedavi yolları, tedavi/müdahaleyi reddetmesi halinde karşılaşılabilecek durumlar anlatılmalıdır. Amaçlanan husus, konuyu bilmeyen ve dolayısıyla karar verme iradesi olmayan hastanın iradesini oluşturmaktır. Yine Yönetmeliğin 15. maddesinin b, c ve d fıkralarında bu tip aydınlatmanın örneklerini görmek mümkündür.

Risk aydınlatması, tıbbi müdahalenin icrasında gerekli dikkat ve özenin gösterilmesine rağmen, bu tıbbi müdahaleye bağlı olarak meydana gelmesi muhtemel ve önlenmesi tıp biliminin verilerine göre kesin olmayan kalıcı (daimi) veya geçici yan etkiler konusunda hastanın aydınlatılmasıdır. Bu husus da Yönetmelik md.15/ç de açıkça ifade edilmiştir.

Komplikasyon(izin verilen risk): Burada en önemli hususlardan biri de komplikasyon yani izin verilen risk kavramıdır. Komplikasyon tıbbi müdahalenin gerekli olduğu (endikasyon şartının olduğu) hallerde hekim tarafından gerekli dikkat ve özenin gösterilmesine karşın meydana gelen istenmeyen durumlardır. Komplikasyon durumlarında hekim elinden gelen tüm dikkat ve özeni göstermiş ve bu durumun gerçekleşme ihtimali de hastaya önceden bildirilmiş olmalıdır. Eğer tıbbi müdahalenin olası komplikasyonu sonucu hasta zarar görmüş ise ancak bu komplikasyonun gerçekleşme

³² Petek/Gürbüz, s. 65.

ihtimali konusunda gerekli aydınlatma hastaya yapılmamış ise hekim bu kez de aydınlatma yükümlülüğünü ihlal etmesi sebebi ile yine sorumlu olacaktır.

Nitekim Yüksek Mahkeme konuyla ilgili vermiş olduğu bir kararında da bu hususa işaret etmiştir. Şöyle ki; “22.12.2006 tarihli Adli Tıp raporunda, enjeksiyon işleminin ve daha sonra gelişen deri altı yabancı cisim reaksiyonu sonrası uygulanan kortikosteroid tedavisi işleminin günümüz tıp kurallarına ve kozmetik cerrahisi tekniğine uygun bir işlem olduğu, daha sonra yüz bölgesinde gelişen lezyonların, bu işlem sonrası nadir gelişen komplikasyonlardan olduğu bildirilmiş ise de, davalının bu işlemi yapmadan önce davacıya işlemin muhtemel komplikasyonları hakkında bilgi verip vermediği, riskleri anlatıp anlatmadığı, özetle aydınlatılmış rıza alınıp alınmadığı konusunda bir inceleme yapılmamıştır...”³³.

Riziko aydınlatmasında ve dolayısıyla komplikasyonda önemli olan, o ana kadar tıp biliminde bilinen oranlar değil, riskin ağırlığı ve muhtemel şekilleridir³⁴. Yine bu açıklamalara paralel olarak aydınlatmanın kapsamının genişlemesi veya daralması da olaya bağlı olarak değişebilir. Örneğin, şoför olarak çalışan bir hastaya tedavi uygulayan hekimin, tedavide kullanılan ilaçlar uyuşturucu tesiri yapıyor ise aydınlatmasının kapsamı genişleyecektir. Diğer yandan hasta aynı zamanda bir hekim ise doğal olarak aydınlatmanın kapsamı da daralacaktır.

Aydınlatma yükümlülüğü ile ilgili Yargıtay kararlarının çoğunun riziko aydınlatmasına ilişkin olduğu görülmektedir. Örneğin Yargıtay 13.HD. davalı hekimin davacı hastaya derhal gözünden ameliyat olması gerektiğini bildirmesi üzerine hastanın ameliyat edilmesi ve sonucunda göz bebeğinin tamamen kaybolarak görme yeteneğini yitirmesi üzerine, aydınlatma yükümlülüğünün ihlali iddiası ile açılıp reddedilen davada, riziko aydınlatmasının yapıp yapılmadığının araştırılmasına yönünden aşağıdaki gerekçe ile yerel mahkemenin kararını bozmuştur. Yüksek Mahkeme bozma kararının gerekçesinde “Mahkemece yapılacak iş, Yüksek Sağlık Şurası raporu ile ameliyatı öncesi ve sonrası tüm gözlem raporları, tetkik sonuçları ameliyat raporu buna ilişkin tahlil sonuçları vs. ile birlikte davacının rahatsızlığı, yaşı ve

³³ Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 4519/10750, 18.09.2008.

³⁴ Petek/Gürbüz, s. 64.

diğer rahatsızlıkları birlikte değerlendirildiğinde böyle bir cerrahi operasyonda belirlenecek risk oranına göre hastanın aydınlatılmış rızasının alınıp alınmayacağı konusunda gerektiğinde hastanın da bizzat sevki suretiyle, üniversitelerinden ana bilim dallarından seçilecek konularında uzman doktorlardan oluşturulacak bir bilirkişi kuruluna dosya tevdi edilerek davalıya atfı kabil bir kusur bulunup bulunmadığı konusunda gerekçeli, dayanaklarını gösterir, taraf ve Yargıtay denetimine elverişli bir rapor alınması ve ortaya çıkacak sonuç çerçevesinde bir karar verilmelidir” şeklinde hüküm kurmuştur.

Vekâletsiz iş görme (izinsiz gelişen durumlar): Tıbbi müdahalenin icrası sırasında ve özellikle ameliyatlarda, devam eden ameliyattan başka bir ameliyat daha yapılması zaruri hale gelebilmektedir. Bu tip durumlarda hukuka uygunluk sebebi olarak öğretilen varsayılan rıza kavramına dayanılmaktadır. Buna göre, hastanın önceki rızası esas alınarak ya da kişiliğini esas alarak hekim rızasını belirler ve müdahale diğer koşullarında varlığı ile hukuka uygundur. Rızanın alınmasının mümkün olmadığı bu tip durumlarda varsayılan rıza kavramı değil kanaatimizce Vekâletsiz İş Görme Sözleşmesi hükümleri devreye girmektedir. Ortada aydınlatma ve de rıza yoktur, dolayısıyla ile vekâlet değil artık hekim vekâletsiz olarak iş görmektedir. Burada da hekim tıpkı vekâlet sözleşmesindeki gibi her türlü ihmalden sorumlu olacak ancak sorumluluğu daha hafif olarak değerlendirilecektir (BK md. 527). Nitekim Hasta Hakları Yönetmeliğinde 08.05.2014 Tarihinde yapılan düzenleme ile değişik md. 24/5 e göre de “Tıbbi müdahale sırasında isteğini açıklayabilecek durumda bulunmayan bir hastanın, tıbbi müdahale ile ilgili olarak önceden açıklamış olduğu istekleri göz önüne alınır.” Hükümü getirilmiş ve hastanın önceki olaylara dayanılarak muhtemel iradesinin ön planda tutulması gerektiği vurgulanmıştır. Vekaletsiz iş görme hükümlerinin tipik özelliğinin sonucu olarak, tıbbi müdahalenin genişleyeceği örneğin Yönetmelik md. 24/7 ve 31/4 deki hallerde de md. 24/5 hükmünün birlikte değerlendirilerek hastanın önceki olaylardaki iradesinden hareket edilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

DEĞERLENDİRME VE TAVSİYELER

Tıbbi müdahale yukarıda açıklandığı üzere tıbbi zorunluluk yani endikasyon koşulu ile yetkili sağlık personeli tarafından gerçekleştirilmesine rağmen aydınlatılmış rıza yükümlülüğü ihlal edilmiş ise hatalı tıbbi müdahale yani tıbbi malpraktis olacaktır. Aydınlatma yükümlülüğünün ihlali hukuka uygunluk şartını ortadan kaldırdığı için, ceza ve özel hukuk anlamında ağır sonuçlara sebebiyet verebilmektedir. Ceza hukukunda aydınlatma yükümlülüğünün ihlal edilmesi, kasten yaralama veya öldürme fiilinin oluşmasına sebep olur. Kişinin müdahale sonucunda iyileşip iyileşmemesi önemli değildir. Burada zarar kavramı, özel hukuktakinden farklıdır. Örnek vermek gerekirse aydınlatma yapılmaksızın cerrahi operasyon geçiren bir hasta iyileşmiş olsa da ceza hukuku anlamında zarar kişiye neşter vurulmasıyla oluşmuştur. Hareket ve meydana gelecek netice hekim tarafından istenmiştir ve bu nedenle kasten yaralama fiili ile sorumludur. Ancak özel hukuktan farklı olarak hekim, ceza hukukunda hastayı aydınlattığını her türlü delille ispat edebilir ve şüpheden de yararlanır.

Diğer yandan özel hukukta yani tazminat davalarında zarardan bahsedilmek için kişide, malvarlığında maddi açıdan bir eksilme veya azalma meydana gelmelidir. Bu sebeple aydınlatılmış rıza alınmadan yapılan müdahale neticesinde hasta iyileşmiş ise genel olarak maddi bir zarar söz konusu olmaz. Ancak hasta kişilik değerlerinin zarar gördüğünden bahisle manevi zarara uğradığını ileri sürerek manevi tazminat talebinde bulunabilir. Tazminat davalarında ise ispat yükü aydınlatma konusunda açıkladığımız kurallar uyarınca genelde hekim veya sağlık kuruluşunun üzerindedir.

Aydınlatma yükümlülüğünün ihlali halinde otaya çıkan cezai ve hukuki sonuçların esas sebebi güvenin kötüye kullanımudur. Zira vekâlet ilişkisinde güven unsuru esastır. Hasta, konusunda uzman olan hekime hastalığının tedavisi için başvurur, çünkü hasta bu konuda bilgisizdir. Hekim, onu var olan durumu ve geleceği hakkında aydınlatarak bilgi sahibi olmasını ve karar alma iradesine sahip hale gelmesini sağlayacaktır. İşte vekâlet ilişkilerinde vekil edenin karar alma iradesinin sağlandığı bu nokta kanaatimizce en önemli müşterek husustur. Bu yüzden son olarak faydalı görülen hususlar tavsiye niteliğinde belirtilmiştir.

PRATİK TAVSİYELER

Aydınlatmanın şekli konusunda Hasta Hakları Yönetmeliğinde yapılan düzenleme ile birlikte artık uygulamada kabul gören bir çok husus mevzuata dahil edilmiş, Rıza Formlarının düzenlenmesi gerektiği belirtilmiştir. Ancak yine de bu formların geçerliliği her olayda ayrı ayrı değerlendirileceğinden, matbu formlar kullanmak yerine hastaya özel hazırlandığı belli olan ayırt edici formlar kullanılmalıdır. Zira yalnız şekil değil içerik olarak da aydınlatmanın yapıldığının ispatı gerekecektir. Bu formların ayırt ediciliğini vurgulamak için bizzat hasta tarafından doldurulacak (doktorun ismi, teşhis, tedavi, yapılacak müdahalenin içeriği, bu müdahaleyi bilgi sahibi olarak kabul ettiği, bilgi verilen tarih ve müdahalenin yapıldığı tarih gibi) özel alanlar bırakılmalıdır. Bu formlarda tanık olarak personel ve/veya hastanın rızası ile yakınlarından birinin de imzası alınmalıdır. Ayakta tedavilerde ise yazılı aydınlatma zorunluluğu bulunmamakla birlikte önemli durumlar var ise bu konuda ispat açısından reçete veya formlara notlar düşülmeli, gerekirse imza alınmalıdır.

DIE CULPA IN CONTRAHENDO IN DER ZUSTÄNDIGKEITSORDNUNG DER EuGVO (Brüssel I-VO)

Özge KATIRCI*

Einleitung

Die Qualifikation der culpa in contrahendo (c.i.c.) ist umstritten sowohl im deutschen Recht als auch im internationalen Recht. Während nach einer Ansicht die c.i.c. als vertraglich qualifiziert werden soll¹, dagegen qualifiziert andere Meinung die deliktisch². Drittens wird vertreten, dass eine vertragliche Qualifikation nur denkbar ist, sollte zwischen den Parteien schon ein Vertrag geschlossen worden sein³. Letztendlich wird von einer vermittelnden Meinung vorgetragen, Nr. 1 sei bei Verletzung von Aufklärungs- und Beratungspflichten, Nr. 3 wiederum bei der Verletzung von Verkehrs- und Schutzpflichten einschlägig⁴. Die Diskussion bezüglich der Qualifikation der c.i.c. besteht nicht nur im Sachrecht sondern auch in der Zuständigkeit.

* LL.M Georg- August Universität Göttingen

¹ **Stadler**, Vertraglicher und deliktischer Gerichtsstand im europäischen Zivilprozessrecht, Festschrift Musielak 2004, S. 569, (591).

² **Geimer** in: *Geimer/Schütze*, EuZVR Kommentar, 3. Auflage, München 2010, Art. 5 Rn. 221; **Oberhammer** in: *Dasser/Oberhammer*, Lugano Übereinkommen Handkommentar, Bern 2011, Art. 5 Rn. 20 f.

³ **Lehmann** in: *Ferrari/Leible*, S. 17, 39 (**Wied**, Zivilprozessuale Qualifikationsprobleme im Spannungsfeld von Vertrag und Delikt, Frankfurt am Main 2010, S. 71, Fn. 370 m.w.N.).

⁴ **Lorenz**, Gewinnmitteilungen aus dem Ausland: Kollisionsrechtliche und internationalzivilprozessuale Aspekte von § 661 a BGB, NJW 2000, 3305, (3309); **Martiny**, Internationale Zuständigkeit für "vertragliche Streitigkeiten", Festschrift Geimer, 2002, S. 641, (654).

Seit der europäischen Union bestehen die Kontakte und Rechtsverhältnisse zwischen Rechtssubjekten besonders auf der internationalen Ebene. Damit hat die internationale Regelung mehr an Gewicht gewonnen. Deswegen wird die c.i.c. in der Zuständigkeit im Rahmen der EuGVO⁵ (Art. 5 Nr. 1 und Nr. 3) erklärt werden.

Hier wird zunächst die internationale Zuständigkeit erklärt. Daraufhin wird die Qualifikation von c.i.c. in der EuGVO gedeutet.

Wenn der Beklagte seinen Wohnsitz in einem Mitgliedstaat hat, kommt die EuGVO in Betracht. Das Luganer Übereinkommen aus dem Jahre 2007 gilt hingegen, wenn der Wohnsitz des Beklagten in einem Vertragsstaat ist, welcher kein Mitgliedstaat iSd Brüssel I-VO (Schweiz, Norwegen, Island) ist oder aber nach Art. 22, 23 des Luganer Übereinkommens die jeweiligen Gerichte des Staates zuständig sind (Art. 64 Abs. 2 lit a Luganer Übereinkommen 2007).

Für die Mitgliedsländer ordnet die EuGVO gemeinschaftlich die gerichtliche Zuständigkeit in Zivil- und Handelssachen (siehe Art. 1 Abs. 1 EuGVO) sowie die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen aus diesen Rechtsgebieten an. Durch den Erlass der Verordnung wurde das EuGVÜ ersetzt, das die erfassten Gebiete zuvor völkervertraglich geregelt hat, ohne dass erheblich von den Grundsätzen der EuGVÜ abgewichen wurde⁶.

Der allgemeine Gerichtsstand im Gesamtgefüge der Zuständigkeitsregeln

In Art. 2 Abs. 1 EuGVO wird der allgemeine Gerichtsstand bestimmt. Dort gilt der Grundsatz “actor sequitur forum rei”, was bedeutet “der Kläger folgt dem Gerichtsstand des Beklagten”. Hier spielt die Staatsangehörigkeit des Beklagten keine große Rolle, denn dieser ist unabhängig davon vor den Gerichten seines Wohnsitzstaates zu verklagen. Art. 2 Abs. 1 EuGVO ist nur für die internationale Zuständigkeit in Betracht zu ziehen⁷.

⁵ VO (EG) 44/2001, auch EuGVVO, bzw. Brüssel I-VO.

⁶ **Henk**, Die Haftung für culpa in contrahendo im IPR und IZVR, Berlin 2007, S. 58.

⁷ **Rauscher**, Internationales Privatrecht mit Internationalem Verfahrensrecht, 4. Auflage, Leipzig 2012, S. 425 (Int. Privatrecht).

Die besonderen Gerichtsstände des Erfüllungsorts und des Delikts

Dem Kläger bleibe noch die Möglichkeit einen der fakultativen Gerichtsstände des Art. 5 EuGVO zu wählen, sofern die Bedingungen erfüllt sind. Im Wesentlichen setzt der Art. 5 EuGVO voraus, dass der Wohnsitz des Beklagten in einem anderen der Mitgliedsstaaten als in dem des Gerichtsstaates ist⁸.

Hier stellt sich die Frage, ob eine entsprechende Schadensersatzklage im Vertragsgerichtsstand oder im Deliktsgerichtsstand erhoben werden kann. Diese für die Arbeit relevanten besonderen Gerichtsstände wären entweder der Gerichtsstand des Erfüllungsorts gem. Art. 5 Nr. 1 EuGVO oder der Deliktsgerichtsstand gem. Art. 5 Nr. 3 EuGVO.

1. Inhalt und Zweck der Art. 5

Art. 5 EuGVO der Verordnung bietet dem Kläger zu dem Wohnsitz des Beklagten noch weitere Wahlgerichtsstände, sogenannte "Besondere Gerichtsstände". Unter diesen fällt auch der vertragliche Gerichtsstand des Erfüllungsorts nach Art. 5 Nr. 1 EuGVO.

Nach wie vor bleibt selbst bei europäischen Rechtsstreitigkeiten der nationalen Zuständigkeitsordnung ein beachtlicher Anwendungsbereich: Bei Identität von Wohnsitz- und Wahlgerichtsstand entscheidet gem. Art. 2 EuGVO das nationale Recht über die örtliche Zuständigkeit beziehungsweise, ob zum Wohnsitzrecht noch andere Gerichte angerufen werden können, da kein "anderer Mitgliedstaat" betroffen und, sodass der Anwendungsbereich des Art. 5 EuGVO gar nicht eröffnet wird⁹. Die

⁸ **Rauscher**, Int. Privatrecht, S. 426 (Unklar insoweit EuGH Rs. C-292/10 (G/de Visser) EuZW 2012, 381, wo aus dem unbekanntem (ausländischen ?) Wohnsitz auf die Anwendbarkeit von Art. 5 Nr. 3 Brüssel I-VO geschlossen wird. Der EuGH fokussiert hier die zu Art. 3, 4 maßgebliche Abgrenzung des inner- vom außergemeinschaftlichen Wohnsitz, übersieht aber wohl das Kriterium des Wohnsitzes in einem anderen Mitgliedstaat als dem Gerichtsstaat.).

⁹ **Schmaranzer** in: *Burgstaller/Neumayr*, Internationales Verfahrensrecht, Wien 2009, Art. 5 EuGVO, Rn. 2. Vergleiche dazu auch die Darstellung von **Leible** in: *Rauscher*, Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht Kommentar, Leipzig 2011, EuZPR Art 5 Rn. 5; **Kropholler/v. Hein**, Europäisches Zivilprozessrecht Kommentar, 9.

Tatbestandsvoraussetzungen des. Art. 5 EuGVO sind demnach als Ausnahmeregelung zu Art. 2 EuGVO zu verstehen. Vor diesem Hintergrund gebietet sich eine von allen Seiten grundsätzlich anerkannte enge Auslegung¹⁰. Verbreitet ist demgegenüber jedoch die Interpretation in der Literatur, der EuGH folge diesem Grundsatz gegensätzlich eigener Behauptung nicht¹¹.

Der Art 5 EuGVO regelt auch die örtliche Zuständigkeit neben der internationalen Zuständigkeit. Dabei ist es in einem solchen Fall belanglos, ob für den konkreten Fall nach dem innerstaatlichen Recht die örtliche Zuständigkeit geregelt ist. Denn auf eine solche darf nicht mehr Bezug genommen werden¹².

2. Die Systematik des Art. 5 Nr. 1 EuGVO

Für Schadensersatzklagen aufgrund der Verletzung vorvertraglicher Pflichten kann der der Vertragsgerichtsstand des Art. 5 Nr. 1 EuGVO in Betracht kommen¹³. Laut dieser Regelung liegt die Zuständigkeit beim Gericht des Ortes, an dem die Verpflichtung erfüllt worden oder zu erfüllen wäre¹⁴.

a. Vertrag oder Ansprüche aus einem Vertrag

Laut Art. 5 Nr. 1 lit a EUGVO kommt eine besondere Zuständigkeit in Betracht, "wenn ein Vertrag oder Ansprüche aus einem Vertrag Gegenstand

neubearbeitete und erweiterte Auflage, Frankfurt am Main 2011, vor Art 5 Rn. 4; **Czernich** in *Czernich/Tiefenthaler/Kodek*, Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsrecht Kurzkomm, 3. aktualisierte Auflage, Wien 2009, Art 5 Rn. 2.

¹⁰ So die Rechtsprechung des EuGH 27.9.1988, C-189/87, Kalfelis/Schröder, EuGHE 1989, 341; EuGH 19.1.1993, C-89/91, Shearson/TVB, EuGHE 1993, I-139; EuGH 5.2.2004, C-265/02, Frahuil SA/Assitalia Spa, EuGHE 2004, I-1534; EuGH 27.2.2002, C-37/00, Weber/Universal Ogden, EuGHE 2002, I-2013.

¹¹ Dazu Beispielweise **Wied**, S.100; **Schmaranzer** in: *Burgstaller/Neumayr*, Art. 5 EuGVO, Rn. 2.

¹² **Leible** in *Rauscher*, EuZPR Art 5 Rn. 4; **Schmaranzer** in: *Burgstaller/Neumayr*, Art. 5 EuGVO, Rn. 3; **Czernich** in *Czernich/Tiefenthaler/Kodek*, Art 5 Rn. 1.

¹³ **Henk**, S. 91.

¹⁴ **Rauscher**, Int. Privatrecht, S. 426.

des Verfahrens bilden". Aber entscheidend für den Anwendungsbereich der Norm ist, ob die Tatbestandsmerkmale "Vertrag" und "Ansprüche aus einem Vertrag" autonom (anstelle einer Auslegung nach *lex causae*) zu charakterisieren sind.

Gegen eine autonome solche Charakterisierung wendet zumindest ein Teil der Literatur ein, es komme andernfalls zu einer Spaltung und zwar insofern, dass der Sachverhalt im Hinblick auf die Zuständigkeit des Gerichts nach anderen Maßgaben beurteilt werde, als dies für die Sachentscheidung der Fall sei, bei der eine Qualifikation nach der *lex cause* erfolgt¹⁵.

Zweitens wird eine beträchtliche Rechtsunsicherheit befürchtet, die auch von der Gegenseite¹⁶ nicht bezweifelt wird¹⁷.

Die Begriffe "Vertrag" und "Ansprüche aus einem Vertrag" werden vom EuGH hingegen autonom interpretiert, welcher zumindest auch das Ziel verfolgt, die Streitigkeiten aus der Erfüllung des Vertrages vorzugsweise vor jenes Gericht zu bringen, welches eine besondere Sachnähe zur Vertragserfüllung hat¹⁸.

Die Abgrenzung zwischen vertraglichen und (quasi-) deliktischen Ansprüchen ist kompliziert. Zum Beispiel es ist strittig, ob ein Anspruch aus

¹⁵ **Holl**, Der Gerichtsstand des Erfüllungsortes nach Art. 5 Nr. 1 EuGVÜ bei einem "claim for restitution based on unjust enrichment", IPRax, 1998, 120 (121); **Spellenberg**, Der Gerichtsstand des Erfüllungsortes im europäischen Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommen, ZJP 1978, 38 (44 f.); **Schlosser**, Zuständigkeit bei mehreren Beklagten an verschiedenen Wohnsitzen - Begriff der unerlaubten Handlung, RIW 1988, 987 (989); **Piltz**, Der Gerichtsstand des Erfüllungsortes nach dem EuGVÜ, NJW 1981, 1876. (Für eine kritische Würdigung dieser Meinung s. **Henk**, S. 92)

¹⁶ Für kritische Würdigung dieser Meinung s. **Henk**, S. 92.

¹⁷ **Holl**, IPRax, 1998, 120 (121); **Spellenberg**, ZJP 1978, 38 (44 f.); **Schlosser**, RIW 1988, 987 (989); **Piltz**, NJW 1981, 1876.

¹⁸ EuGH 22.3.1983, C-34/82 Peters/ZNAV, EuGHE 1983, 987 (IPRax 1984, 85); EuGH 17.6.1992, C-26/91, Handte/TMCS, EuGHE 1992, I-3967; EuGH 27.10.1998, C-51/97, EuGH 17.9.2002, C-334/00, **Tacconi/Wagner**, EuGHE 2002, I-7357; EuGH 5.2.2004, C-265/02, Frahuil SA./Assitalia Spa, EuGHE 2004, I-1534. Vgl auch OGH 29.3.2004, 5 Ob 313/03w; OGH 7.3.2006, 5 Ob 49/06a, Zak 2006/378, 218= RdW 2006/474, 510. **Rauscher** zustimmt, Int. Privatrecht, S. 427.

c.i.c. vertraglich oder deliktisch qualifiziert wird¹⁹. Während nach einer Ansicht die Ansprüche aus jeder vorvertraglicher Pflichtverletzung im Rahmen des Art. 5 Nr. 1 qualifiziert²⁰, sagt Gegenansicht, dass Art. 5 Nr. 3 anstatt Nr. 1 bei c.i.c. anwendbar ist²¹. Drittens wird vertreten, dass eine vertragliche Qualifikation nur denkbar ist, sollte zwischen den Parteien schon ein Vertrag geschlossen worden sein²². Letztendlich wird von einer vermittelnden Meinung vorgetragen, Nr. 1 sei bei Verletzung von Aufklärungs- und Beratungspflichten, Nr. 3 wiederum bei der Verletzung von Verkehrs- und Schutzpflichten einschlägig²³.

Der EuGH²⁴ ist der Meinung, ein Anspruch aus c.i.c. sei dann als deliktisch zu kategorisieren, wenn er sich nicht auf eine aus freien Stücken eingegangene Verpflichtung zurückführen lässt. Namentlich nach Burgstaller/Neumayr/Schmaranzer²⁵ sei in diesem Fall nach der Zielrichtung der jeweiligen Schutzpflicht zu unterscheiden: Sowohl Ansprüche welche aus Verletzung allgemeiner Schutzpflichten entstünden als auch Pflichten, die grundlegend gegenüber jeder man gleichermaßen bestünden, seien als deliktische bzw deliktsähnliche Sorgfaltspflichten, iSd Art 5 Nr. 3 EuGVO zu sehen. Nach dieser Auffassung solle Art. 5 Nr. 3 EuGVO beim Obhuts- und Schutzpflicht berücksichtigt werden. Dagegen wirken Aufklärungs- und Beratungspflichten nur zwischen künftigen die Parteien des Vertrages. Soweit diese Pflichten ihrer Idee nach mit dem Relativitätsprinzip zusammenhängen, zeige sich eine Verwandtschaft mit vertraglichen Verhältnissen. Als Beispiel nennt Burgstaller unter Anderem vorvertragliche

¹⁹ **Leible** in *Rauscher*, EuZPR Art 5 Rn. 27.

²⁰ **Stadler**, FS Musielak, S. 569, (591).

²¹ **Geimer** in: *Geimer/Schütze*, EuZVR, Art. 5 Rn. 221; **Oberhammer** in: *Dasser/Oberhammer*, LugÜ, Art. 5 Rn. 20f.

²² **Lehmann** in: *Ferrari/Leible*, S. 17, 39 (**Wied**, S. 71, Fn. 370 m.w.N.).

²³ **Lorenz**, NJW 2000, S. 3305, (3309); **Martiny**, FS Geimer, 2002, S. 641, (654).

²⁴ EuGH 17.9.2002, C-Fonderie Officine Meccaniche Tacconi SpA./HWS Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GmbH, EuGHE 2002, I-7357 (NJW 2002, 3159: Verletzung lediglich des gesetzlichen Gebotes von Treu und Glauben); diesem folgend OGH 21.12.2006, 6 Ob 276/06s, SZ 2006/192=EvBl 2007/62=Zak 2007/282, 159 (Nunner Krautgasser 146) = RdW 2007/497, 475= JBI 2007, 800).

²⁵ **Schmaranzer** in: *Burgstaller/Neumayr*, Art. 5 EuGVO, Rn. 26.

Beratungs- und Warnpflicht oder Aufklärungspflichten. Ansprüche aus c.i.c. wegen vorvertraglicher Aufklärungs- und Beratungspflichtverletzungen könnten daher am allenfalls fiktiven Erfüllungsort geltend gemacht werden. Darin sieht Burgstaller auch keinen Widerspruch zu der Rechtsprechung des EuGH²⁶. Er führt an, es hätte in der Rechtssache Tacconi zwischen den Streitparteien zu keinem Zeitpunkt eine unmittelbare Vertragsbeziehung zustande kommen sollen, da die Parteien eine italienischen Leasinggesellschaft als Financier zwischengeschaltet hätten. Für ihn ist die dort behandelte Problematik mit der Verleitung zum Vertragsbruch verwandt, welche zweifellos deliktisch einzuordnen sei²⁷.

b. Maßgebliche Verpflichtung und Erfüllungsort

(1) Grundregel Erfüllungsort (lit a)

Die Norm des lit a erfüllt die Funktion eines Auffangtatbestands für alle Verträge außer den Dienst- und den Kaufvertrag, die von lit b erfasst werden. Lit a wird ferner über lit c für solche Dienst- und Kaufverträge angewendet, für die lit b nicht gilt.

Maßgeblich ist bei Art. 5 Nr. 1 lit a, c EuGVO der Ort der erfüllten oder noch zu erfüllenden Verpflichtung. Zu verstehen ist darunter prinzipiell der Gegenstand der Klage: Zum einen kommt die Zahlung in Betracht oder die charakteristische Leistung des betreffenden Vertrags. Anders als nach lit b versteht man unter Verpflichtung iSd Art 5 Nr. 1 EuGVO mithin nicht die für den Vertrag charakteristische Leistung, sondern bezeichnet so die jeweilige die Verpflichtung des Beklagten²⁸. Hier ist, um einer "Gerichtsstandszer splitterung" zu entweichen, bei einer Vielzahl von Verpflichtungen des Beklagten prinzipiell, nur auf die, aus dem Vertrag entstandene, "Hauptleistungsverpflichtung"²⁹ abzustellen.

²⁶ EuGH 17.9.2002, C-334/00, Fonderie Officine Meccaniche Tacconi SpA./HWS Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GmbH, EuGHE 2002, I-7357 (Anknüpfung nach Art 5 Nr 3).

²⁷ **Schmaranzer** in: *Burgstaller/Neumayr*, Art. 5 EuGVO, Rn. 26 (Vgl auch **Leible** in *Rauscher*, EuZPR Art 5 Rn. 21; **Standler**, FS Musielak 569, (582))

²⁸ **Schmaranzer** in: *Burgstaller/Neumayr*, Art. 5 EuGVO, Rn. 31.

²⁹ **Schmaranzer** in: *Burgstaller/Neumayr*, Art. 5 EuGVO, Rn. 31.

Bei der Erfüllungsortbestimmung ist im Bezug auf Rückforderungsansprüchenicht auf den Erfüllungsort des Rückforderungsanspruchs abzustellen, sondern auf die Vertragspflicht, aus deren Verletzung ein Rückforderungsanspruch entsteht. Da andernfalls die erwünschte voraussehbare Konzentration aller Streitigkeiten aus eine Vertrag am ursprünglichen Erfüllungsort des Beklagten verhindert werden würde, ist dem zuzustimmen³⁰.

Die Verordnungszwecke erfordern die Verhinderung mehrerer Zuständigkeitsgründe, in so weit wie möglich, aus demselben Vertrag. Aus diesem Grund kann Art 5 Nr. 1 nicht so verstanden werden, das jene Vorschrift auf alle beliebigen Verpflichtungen anwendbar ist³¹.

Nach der Ansicht der EuGH wird der Erfüllungsort im Anwendungsbereich des Nr. 1 lit a nach lex causae bestimmt³².

(2) Kauf- und Dienstleistungsverträge (lit b)

Während der Erfüllungsort beim Art. 5 Nr. 1 lit a nach lex causae ermittelt wird, definiert dagegen Art. 5 Nr. 1 lit b EuGVO für Kaufverträge über bewegliche Sachen und Dienstleistungsverträge³³ den Erfüllungsort autonom, womit im Ergebnis die Ansicht von der vertragscharakteristischen Leistung aufgenommen wurde³⁴.

Immer dort, wo die vertragscharakteristische Leistung zu erbringen ist oder diese tatsächlich erbracht wurde, liegt auch der Erfüllungsort, Art. 5

³⁰ **Schmaranzer** in: *Burgstaller/Neumayr*, Art. 5 EuGVO, Rn. 32 (Mit der Bedeutung der Vorhersehbarkeit argumentierend auch EuGH 19.2.2002, C-256/00, Besix./WABAG Kretzschmar, EuGHE 2002, I-1609 = wbl 2002/109 = NJW 2002, 1407 = EuZW 2002, 217).

³¹ **Schmaranzer** in: *Burgstaller/Neumayr*, Art. 5 EuGVO, Rn. 26; EuGH 15.1.1987, C-266/85, Shevenai./Kreischer, EuGHE 1987, 239.

³² EuGH Rs C-288/92 Custom Made Commerical/Stawa Metalbau EuGHE 1994 I 2913 Rn. 26; EuGH Rs. C-440/97 GIE Groupe Concorde/Kapitän des Schiffes "Suhadiwarno Panjan" EuGHE 1999 I 6307 Rn. 32; EuGH Rs C-256/00 Besix/Kretzschmar EuGHE 2002 I 1699 Rn. 33.

³³ **Wied**, s.102.

³⁴ **Leible** in: *Rauscher* Art. 5 Rn. 45 a, 51; **Martiny** in: *FS Geimer*, S. 641, 643; **Schlosser**, EZPR, 3. erweiterte Auflage, München 2009, Art. 5, Rn. 10; **Wied**, s.102.

Nr. 1 lit b EuGVO. Jedoch gilt Art. 5 Nr. 1 lit b nur für Kaufverträge über bewegliche Sachen und Dienstleistungsverträge. Für alle weiteren Vertragsarten und außerdem dann, wenn Art. 5 Nr. 1 lit b EuGVO nicht greift, gilt Art. 5 Nr. 1 lit a, c. Es sei daran erinnert, dass in dessen Rahmen immer noch die de Bloos- und Tessili-Rechtsprechung relevant ist³⁵.

Beim Verkauf beweglicher Sachen ist Vertragsgerichtsstand der Ort in einem Mitgliedstaat, an den geliefert wurde oder hätte geliefert werden müssen.

Nicht ohne Weiteres klar ist die Rechtslage beim Versendungskauf, bei dem Leistungs- und Erfolgsort auseinanderfallen können. Hier wird eine Einschätzung anhand materieller Aspekte der Vertragsdurchführung erforderlich. In diesem Sinne verzichtet der EuGH³⁶ an dieser Stelle auf normative Komponenten der Erfüllung. Insbesondere verzichtet das Gericht auf den Rückgriff auf das Vertragsstatut. Insbesondere verzichtet das Gericht auf den Rückgriff auf das Vertragsstatut. Stattdessen stellt es auf eine Orientierung am tatsächlichen Lieferweg ab. Dieser sei in erster Linie nach dem Vertragsinhalt zu bestimmen. Ist dies nicht möglich, so soll es auf denjenigen endgültigen Bestimmungsort ankommen, an dem die Übergabe der Sachen erfolgt (oder vertraglich erfolgen soll)³⁷.

Bei Dienstleistungen liegt der Vertragsgerichtsstand an dem Ort, an dem die Leistungserbringung in einem Mitgliedstaat geschuldet ist.

(3) Verweisung auf lit a (lit c)

Lit c regelt den Fall, dass kein Kauf- oder Dienstvertrag vorliegt oder der Leistungsort außerhalb eines Mitgliedstaates liegt³⁸. In diesen Fällen erklärt er lit a für anwendbar.

c. Doppelrelevante Tatsachen

Für den Fall, dass ein Kläger am Gerichtsstand des Erfüllungsortes klagt, ist fraglich, wie fundiert der Kläger die zuständigkeitsbegründenden

³⁵ **Wied**, S.102.

³⁶ EuGH Rs. C-381/08 (Car Trim GmbH/KeySafety Systems Srl) NJW 2010, 1059; BGH NJW 2010, 1059; BGH NJW 2010, 3452.

³⁷ **Rauscher**, Int. Privatrecht, S. 431 Rn. 1749.

³⁸ **Leible** in: *Rauscher* Art. 5, Rn. 58.

Tatsachen darzulegen hat und in welcher Weise das Gericht mit dem Umstand umgeht, dass der Beklagte jenem Vorgetragenen widerspricht.

Die Beantwortung der Fragen richtet sich nach Maßgabe der jeweiligen “lex fori”³⁹. Deutsche Gerichte haben die internationale Zuständigkeit in jeder Sachlage des Verfahrens schon von Amts wegen zu prüfen⁴⁰. Der Kläger trägt dabei die Darlegungs- und Beweislast, da es sich hierbei um für ihn günstige Tatsachen handelt. Im Falle eines Bestreitens der zuständigkeitsbegründenden Tatsachen ist das Beweismaß von großer Wichtigkeit. Der Kläger hat Tatsachen zu beweisen, wenn diese bestritten werden. Es gibt aber auch Tatsachen, die sowohl zuständigkeitsbegründend als auch materiell-rechtlich relevant sind. Hier spricht man von doppelrelevanten Tatsachen. Die deutsche Prozessrechtslehre erkennt an, dass eine vollständige Prüfung dieser Tatsachen die Gewichtung zwischen Zuständigkeits- und Begründetheitsprüfung unzumutbar verlegen würde und somit als unökonomisch anzusehen sei⁴¹. Zudem sei einem Beklagten ein verneinendes Sachurteil mehr von Nutzen als ein Prozessurteil. Dadurch gilt im deutschen Recht, dass derartige doppelrelevanten Tatsachen im Zusammenhang einer Zuständigkeitsprüfung ausschließlich schlüssig vorzutragen sind⁴². Eine Beweisaufnahme erfolgt dann bei der Prüfung der materiellen Rechtsfragen. Dieses Ergebnis wird von der hM. zudem auf das Europäische Zivilprozessrecht übertragen, sodass der schlüssige Vortrag des Vertragsschlusses im Rahmen von Art. 5 Nr. 1 EuGVO genügt⁴³. Die Effer-Entscheidung⁴⁴ wird zum Teil als Nachweis der “Schlüssigkeitstheorie” vernommen⁴⁵. Andererseits lässt sich die offene Ausdrucksweise des

³⁹ **Gottwald** in: Münchener Kommentar Zivilprozessordnung Band 3,3. Auflage, München 2008, Art. 5 EuGVO, Rn. 67 (MüKo); **Mankowski** in: **Rauscher** vor Art. 2, Rn. 7; **Wied**, s.107.

⁴⁰ **Gottwald** in: MüKo, Art. 5 EuGVO, Rn. 67; **Wied**, s.107.

⁴¹ **Mankowski** in: **Rauscher** vor Art. 2, Rn.8; **Wied**, s.108.

⁴² **Wied**, s.108.

⁴³ **Gottwald** in: MüKo Art. 5 EuGVO, Rn. 67; **Kropholler/v. Hein**, EZPR, Art. 25, Rn. 5; Art. 5, Rn. 94; **Wied**, s.108.

⁴⁴ EuGH, 4.4.1982, Rs. 38/81, **Effer/Kantner**, Slg. 1982, 825, 834, Rn. 7.

⁴⁵ **Dietze/Schnichels**, Die aktuelle Rechtsprechung des EuGH zum EuGVÜ, EuZW 1998, 485, (489).

Gerichts auch dahingehend deuten, dass die Bezugnahme auf die “schlüssigen und erheblichen Umstände” lediglich eine Klarstellung ist, und das Beweismaß der jeweiligen “lex fori” unterliegt, und daher auch andere Ergebnisse neben der Schlüssigkeitstheorie möglich sind. Die Schlüssigkeitstheorie gilt in einem Verfahren sowohl vor einem deutschen Gericht als auch der EuGVO⁴⁶.

3. Die Systematik des Art. 5 Nr. 3 EuGVO

a. Inhalt und Abgrenzung

Der Inhalt des Art 5 Nr. 3 EuGVO der Verordnung entspricht Art 5 Nr. 3 EuGVÜ/LGVÜ mit dem Unterschied, dass nach “an dem das schädigende Ereignis eingetreten ist” die Wortreihe “oder einzutreten droht” angefügt wird⁴⁷. Der EuGH hatte die Abgrenzung bei alter Rechtslage zwischen den deliktischen zu den vertraglichen Ansprüchenvertragsautonom vorgenommen⁴⁸. Dem Art 5 Nr. 3 unterfallen alle Klagen, welche eine Schadenersatzhaftung des Beklagten geltend machen, welche nicht an einen Vertrag iSd Art 5 Nr. 1 EuGVO anknüpft⁴⁹.

Beseitigungs-, Unterlassungs- und vorbeugende Unterlassungsklagen können ebenfalls unter diesem Artikel subsumiert werden⁵⁰.

Die Einordnung der Haftung aus culpa in contrahendo ist problematisch. Laut dem EuGH⁵¹ ist ein Anspruch aus culpa in contrahendo deliktisch zu kategorisieren, sofern dieser nicht auf eine freiwillig eingegangene Verpflichtung, also auf einen vertraglichen Anspruch gem. Art

⁴⁶ **Wied**, s.108.

⁴⁷ **Schmaranzer** in: *Burgstaller/Neumayr*, Art. 5 EuGVO, Rn. 43.

⁴⁸ EuGH 17.6.1992, C-26/91, Handte./TMCS, EuGHE 1992, I-3967; EuGHE 1992, I-3967.

⁴⁹ EuGH 27.9.1988, C-189/87, Kalfalis./Schröder, EuGHE 1988, 5565.

⁵⁰ **Leible** in Rauscher, EuZPR Art 5 Rn. 80; **Oberhammer** in *Dasser/Oberhammer*, LugÜ Art 5 Rn. 125 ff; **Czernich** in **Czernich/Tiefenthaler/Kodek**, Art 5 Rn. 78; **Schmaranzer** in: *Burgstaller/Neumayr*, Art. 5 EuGVO, Rn. 45.

⁵¹ EuGH 17.9.2002, C-334/00, Fonderie Officine Meccaniche Tacconi SpA./HWS Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GmbH, EuGHE 2002, I-7357; zust. **Schmaranzer** in: *Burgstaller/Neumayr*, Art. 5 EuGVO, Rn. 45.

5 Nr. 1, zurückführen lasse. Beispielweise ist die Haftung des falsus-procurator dann als deliktisch iSd Art 5 Nr. 3 EuGVO einzuordnen. Wenn aber die Haftung eines Geschäftsführers sich an das mitgliedschaftliche oder organschaftliche Rechtsverhältnis anknüpft, ist sie vertraglich einzuordnen. Dagegen sind Ansprüche aus rechtswidrig abgewickelten Ausschreibungen vertraglich einzugruppieren⁵².

Wendenburg/Schneider geben grundsätzlich zu Bedenken, dass der gesetzgeberischen Wille, mit Art. 5 Nr. 3 EuGVO der "Häufigkeit der Verkehrsunfälle"⁵³ Rechnung zu tragen, zu beachten sei. Dieses Argument spreche tendenziell gegen eine Ausdehnung des deliktischen Gerichtsstandes in den vertragsnahen Bereich. Sie begründen dies damit, dass bei dem "Normalfall" des Verkehrsunfalls typischerweise jede Vertragsbindung zwischen schädigender und geschädigter Person fehle⁵⁴.

Außerdem ist Art 5 Nr. 3 EuGVO gültig nur für den direkten Geschädigten⁵⁵.

b. Unerlaubte Handlung

Der EuGH legt auch den Begriff "der unerlaubten Handlungen" autonom aus (zu der autonomen Auslegung des Vertrages siehe schon oben). Die hauptsächlich weite Auslegung findet ihre Grenzen am Begriff des "Vertrages" gem. Art. 5 Nr. 1 EuGVO. Die Definition nimmt Bezug auf alle Klagen, mit denen eine Schadenshaftung des Beklagten geltend gemacht wird und die nicht auf einen Vertrag iSd Art. 5 Nr. 1 Brüssel I-VO eingeht⁵⁶. In diesen Anwendungsbereich des Art. 5 Nr. 3 Brüssel I-VO fallen allerdings keine bereicherungsrechtlichen Ansprüche, auch dann nicht, wenn der Schuldner arglistig oder auf eine andere Art schuldhaft handelt. Auch

⁵² **Schmaranzer** in: *Burgstaller/Neumayr*, Art. 5 EuGVO, Rn. 45.

⁵³ **Wendenburg/Schneider**, Vertraglicher Gerichtsstand bei Ansprüchen aus Delikt?, NJW 2014, 1633, (1635).

⁵⁴ **Wendenburg/Schneider**, NJW 2014, 1633, (1635).

⁵⁵ **Schmaranzer** in: *Burgstaller/Neumayr*, Art. 5 EuGVO, Rn. 50.

⁵⁶ EuGH Rs. 189/87 (Kalfelis/Bankhaus Schröder, Münchmayer, Hengst & Co) IPRax 1989, 288).

Gläubigeranfechtungsklagen durch ein arglistiges Zusammenwirken sind ebenfalls nicht deliktisch einzuordnen⁵⁷.

Das LG Krefeld⁵⁸ geht der Frage nach, ob “das vertragliche Element im Vordergrund steht, dass dieses den Charakter des Rechtsverhältnisses entscheidend prägt”. Dies läge dann vor, wenn versicherte Pflichtverletzungen ebenso eine Verletzung der vertraglichen Pflichten zum Gegenstand hat.

Dem folgend komme der Deliktsgerichtsstand des Art. 5 Nr. 3 EuGVO nur in Betracht, wenn erst auf Grund der unerlaubten Handlung die enge Beziehung zwischen schädigender und geschädigter Person entsteht⁵⁹. Infolgedessen hat das LG Krefeld dem EuGH eine Gelegenheit geschaffen, zu einer kontrovers behandelten Problematik zu entscheiden.

Nach derzeitiger Rechtslage können vertragliche und deliktische Ansprüche aufgrund desselben Schadens in Anspruchskonkurrenz treten. Auf dieser Weise kann im deliktischen Gerichtsstand nur über die deliktischen Ansprüche geurteilt werden. Der EuGH⁶⁰ verneint eine akzessorische Zuständigkeit für vertragliche Ansprüche, was durch die autonomen Definitionen der unerlaubten Handlung im Unterschied zum vertraglichen Anspruch einleuchtend ist. In der Praxis allerdings führt dies zu dem bedauernswerten Ergebnis, dass einem Kläger, der seinen Fall ausführlich untersucht wissen möchte, nur die Klage im allgemeinen Gerichtsstand bleibt.

c. Ort des schädigenden Ereignisses

Nach Art 5 Nr. 3 EuGVO ist das Gericht des Ortes zuständig, an dem das schädigende Ereignis eingetreten ist oder eintreten droht. Die Bestimmung dieses Ortes ist unproblematisch, wenn durch eine deliktische

⁵⁷ **Rauscher**, Int. Privatrecht, Rn. 1768 (EuGH Rs. C-261/90 (Reichert/Dresdner Bank II) IPRax 1993, 28).

⁵⁸ LG Krefeld, Besch. v. 27.9.2012-12 O 28/12, BeckRS 2014, 08305-TBC, nachfolgende Zitate bei Nr. II. 3.

⁵⁹ **Wendenburg/Schneider**, NJW 2014, 1633, (1634).

⁶⁰ EuGH Rs. 189/87 (Kalfelis/Bankhaus Schröder, Münchmayer, Hengst & Co) IPRax 1989, 288.

Handlung am Ort der Handlung ein Rechtsgut verletzt wird. Andernfalls kann dieser Ort sowohl der Ort sein, von dem der Schaden ausgeht, als auch der Ort desdem Schaden zugrunde liegenden ursächlichen Geschehens, als auch der Ort, an dem der Schaden eingetreten ist oder einzutreten droht⁶¹. Liegt ein Auseinanderfallen der Orte vor, steht dem Geschädigten ein Wahlrecht bezüglich des Gerichtsstands ("Ubiquitätstheorie")⁶².

Nach der Ansicht des EuGH gilt diese jedoch nicht uneingeschränkt. Aus Anlass einer Ehrverletzung durch Presseartikel hat der EuGH⁶³ entschieden, dass dem Kläger zwar ein Wahlrecht zukomme, sämtliche Schäden jedoch können lediglich bei dem Gericht eingeklagt werden, an dem der Herausgeber der Veröffentlichung niedergelassen sei. Andere Gerichte sind auf die Schäden beschränkt, die in dem Mitgliedsstaat des angerufenen Gerichts verursacht worden sind ("Mosaiktheorie").

Diese begrenzte Zuständigkeit wird von dem EuGH damit begründet, dass die Gerichte jedes Mitgliedstaats die beste Sachnähe aufweisen, in dem die ehrverletzende Veröffentlichung verbreitet wurde. Aber diese Entscheidung wird kritisch betrachtet. Zwar begrenzt diese Rechtsprechung der Gefahren des "forum shopping"⁶⁴. Auf der anderen Seite wird hierdurch der Handlungsortgerichtsstand praktisch entwertet, da als Ort des deliktischen Verhaltens der Ort der Niederlassung des Herausgebers der strittigen Veröffentlichung angenommen wird und nicht etwa der Ort der Herstellung oder der Erscheinungsort. Hierfällt der Ort der Niederlassung nämlich mit dem allgemeinen Gerichtsstand des Art 2 zusammen⁶⁵. In gleichem Atemzug wird auch kritisiert, dass das Gericht des Erfolgsortes nur für den Schaden in diesem Land zuständig sei, das Gericht des Handlungsortes aber für den ganzen Schaden zuständig sei. Seitens des

⁶¹ **Rauscher**, Int. Privatrecht, Rn. 1770.

⁶² **Schmaranzer** in: *Burgstaller/Neumayr*, Art. 5 EuGVO, Rn. 52.

⁶³ EuGH 7.3.1995, C-68/93, Shevill./Presse Alliance, EuGHE 1995, I-415 (**Burgstaller/Neumayr**, EUGH-Entscheidungen zum EuGVÜ, s. 40).

⁶⁴ **Oberhammer** in: *Dasser/Oberhammer*, LugÜ Art 5 Rz 138; **Schmaranzer** in: *Burgstaller/Neumayr*, Art. 5 EuGVO, Rn. 53.

⁶⁵ **Kreuzer/Klötgen**, Die *Shevill*-Entscheidung des EuGH: Abschaffung des Deliktortgerichtsstands des Art. 5 Nr. 3 EuGVÜ für ehrverletzende Streudelikte, IPRAx 1997, 90 (94); **Schmaranzer** in: *Burgstaller/Neumayr*, Art. 5 EuGVO, Rn. 53.

EuGH liegt aber keine Erklärung dafür vor, weshalb dieses Gericht die Folgen der Ehrverletzung in allen Mitgliedstaaten besser einschätzen kann, als die Gerichte, die sich an dem Ort befinden, an dem sich die Ehrverletzung ergeben hat.

Da ein Kläger grundsätzlich versuchen wird, aufwendige Parallelverfahren in mehreren Staaten zu vermeiden, ist er de facto den allgemeinen Gerichtsstand der Art 2 angewiesen. Den Erfolgsgerichtsstand zu wählen wird durch die Mosaiktheorie nämlich so unattraktiv, dass eine Errungenschaft von EuGVÜ/LGVÜ und nachfolgend der Verordnung wieder verloren geht⁶⁶.

Fraglich ist, welche Folgen eine solche Entscheidung wegen begrenzter Zuständigkeit nach sich zieht. Sagt dies etwa auch in der Frage nach Einschränkungen der Bindungswirkung des Urteils aus oder sind andere Gerichte in die Grundfrage gebunden? Tatsächlich sind wohl ebenso diese Entscheidungen, mit denen lediglich über einen vorliegenden Schaden in einem bestimmten Staat geurteilt wird, zu akzeptieren und haben eine Bindungswirkung.

Wenn kein Folgeschaden vorliegt, gilt bei deliktisch verursachten Vermögensschäden der Ort, an welchem sich das schädigende Ereignis abgespielt hat, aber auch der Ort, an welchem die Vermögensverminderung zugetragen hat⁶⁷. Nach der Judikatur des EuGH⁶⁸ ist eine weitere Zuständigkeitszersplitterung jedoch zu vermeiden. Daher stellt das Gericht bei Folgeschäden oder mittelbaren Schäden nur auf den ersten unmittelbar eingetretenen Schaden ab⁶⁹.

Fraglich ist weiterhin, wie der Sachverhalt zu beurteilen ist, wenn ein Vermögensschaden im Rahmen einer im Ausland durchgeführten Geldanlage entsteht.

⁶⁶ **Schmaranzer** in: *Burgstaller/Neumayr*, Art. 5 EuGVO, Rn. 53.

⁶⁷ **Schmaranzer** in: *Burgstaller/Neumayr*, Art. 5 EuGVO, Rn. 54.

⁶⁸ EuGH Rs. C-168/02 (Kronhofer/Maier, Möller, Hofus, Karan) NJW 2004, 2441; EuGH Rs. C-220/88 (Dumez France ua/Helaba) NJW 1991, 631: Mittelbarer Schaden bei einer Muttergesellschaft im Konzern.

⁶⁹ **Rauscher**, Int. Privatrecht, Rn. 1771; im Übrigen etwas komplizierter auch bei **Schmaranzer** in: *Burgstaller/Neumayr*, Art. 5 EuGVO, Rn. 55.

Zwar realisiert sich der Verlust und daher der Vermögensschaden im Ausland, jedoch tritt zeitgleich eine Minderung des Vermögens des Anlegers um den identischen Betrag in dessen Heimatsstaat ein⁷⁰.

Der EuGH stellt dazu fest, dass eine Anknüpfung an den klägerischen Sitz die gerichtliche Zuständigkeit von ungewissen Umständen abhängig machen würde. Dies laufe dem Zweck der EuGVO entgegen, die darauf gerichtet sei, den Rechtsschutz der in der Gemeinschaft ansässigen Personen dadurch zu stärken, dass sowohl Kläger ohne Schwierigkeiten feststellen kann, vor welchem Gericht er klagen kann, als auch ein möglicher Beklagter erkennen können muss, wo er verklagt werden kann⁷¹.

Das Gericht kommt daher zu der Auffassung, der "Ort an dem das schädigende Ereignis eingetreten ist", lasse nicht vorschnell auf den Sitz des Klägers schließen, wenn diesem durch den Verlust von Vermögensbestandteilen ein finanzieller Schaden entstanden sei⁷².

Hinsichtlich einer unerlaubten Handlung im Internet leitet sich die internationale Zuständigkeit von den Normen des Presserechts ab. Dann ist der Handlungsort jener, an welchem sich der Computer des Täters befindet. Erst wenn die Interessen des Verletzten verletzt werden und diese Äußerung genau auf diesen Staats ausgerichtet ist, wird der Ort der Abrufbarkeit der Information ein Erfolgsort⁷³. Das Ausmaß der richterlichen Kognitionsbefugnis ist aus der EuGH-Rsp zu den Pressedelikten zu entnehmen. Am Handlungsort ist der Anspruch als Ganzes klagbar, während das Gericht am Erfolgsort auf jenen Teil des Anspruchs begrenzt ist, welcher der Schaden in diesem Staat Bezug darstellt⁷⁴.

⁷⁰ **Schmaranzer** in: *Burgstaller/Neumayr*, Art. 5 EuGVO Rn. 54.

⁷¹ EuGH 10.6.2004, C-168/02, Rudolf Kronhofer./Marianne Maier ua, EuGHE 2004, I-6009.

⁷² EuGH 10.6.2004, C-168/02, Rudolf Kronhofer./Marianne Maier ua, EuGHE 2004, I-6009.

⁷³ **Kropholler/v. Hein**, EuZPR Art 5 Rz 86; **Czernich** in: *Czernich/Tiefenthaler/Kodek*, Art. 5 Rn. 83; **Schmaranzer** in: *Burgstaller/Neumayr*, Art. 5 EuGVO, Rn. 57.

⁷⁴ **Schmaranzer** in: *Burgstaller/Neumayr*, Art. 5 EuGVO, Rn. 57.

4. Zuständigkeit kraft Sachzusammenhangs

Gegenstand von Streitigkeiten ist die Frage, inwieweit die Normen des Art. 5 Nr. 1, 3 Raum für eine Zuständigkeit kraft Sachzusammenhangs lassen. In seiner Kalfelis- Entscheidung hat der EuGH⁷⁵ dieser Auslegung im Zusammenhang mit Art. 5 Nr. 3 eine klare Absage erteilt. Er begründet diese nicht unkritisierte⁷⁶ Entscheidung damit, dass die Norm des Art. 5 grundsätzlich eng auszulegen sei (dazu vgl. bereits die Ausführungen oben).

Allerdings hat sich der EuGH streng genommen lediglich über die Möglichkeit einer Sachzusammenhangszuständigkeit am Gerichtsstand nach Art. 5 Nr. 3 EuGVÜ verneinend entschieden. Dies hat weiteren Anlass zu Debatte gegeben:

Eine verbreitete Ansicht nimmt weiterhin eine Zuständigkeit kraft Sachzusammenhang am Vertragsgerichtsstand gemäß Art. 5 Nr. 1 EuGVO an⁷⁷. Die Vertreter dieser Auffassung messen dem Gleichlauf von IZPR und IPR eine besondere Bedeutung zu⁷⁸. Der durchschlagende Charakter des Ausnahmecharakters der Norm im Verhältnis zu Art. 2, den der EuGH annimmt, wird dagegen als weniger starkes Argument betrachtet⁷⁹. Art. 5 Nr. 1 schütze ein berechtigtes Klägerinteresse: Der Erfüllungsort sei zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses objektiv bestimmbar und eröffne auf diese Weise eine sinnvolle Alternative zum allgemeinen Gerichtsstand. Letzterer, so auch die Gegenseitige, sei für Manipulationen anfällig⁸⁰.

Die Rechtsprechung des EuGH zu Art. 5 Nr. 3 EuGVO lässt dieser Auffassung jedoch keinen Raum. Dessen Argumentation ist nicht auf diese Norm spezifiziert und erfasst auf die gleiche Weise Art. 5 Nr. 1⁸¹.

⁷⁵ EuGH 27.9.1988, C-189/87, Kalfelis/Schröder, Slg. 1988, 5565, 5586, Rn. 20.

⁷⁶ **Wied**, S. 110.

⁷⁷ Ähnlich **Wied**, S. 110.

⁷⁸ **Kropholler/v. Hein**, EZPR, Art. 5, Rn. 79; **Leible** in: *Rauscher* Art. 5, Rn. 59.

⁷⁹ **Kropholler/v. Hein**, EZPR, Art. 5, Rn. 79; **Leible** in: *Rauscher* Art. 5, Rn. 59; **Stadler FS Musielak**, S. 559, (589).

⁸⁰ So auch die Gegenauffassung: **Wied**, S. 110, 111.

⁸¹ So wiederum die Gegenauffassung: **Wied**, S. 111.

In neuerer Zeit wird jedoch der obigen Streitlage von mehreren Stimmen keine Bedeutung mehr zugemessen. Von diesen wird die Entscheidung Kalfelis dahingehend interpretiert, dass Art. 5 Nr. 1 und Art. 5 Nr. 3 ein Exklusivverhältnis bestehe⁸².

Eine andere Interpretation bietet die Gegenansicht an: Es sollte lediglich darauf hingewiesen werden, dass ein und derselbe materielle Anspruch prozessrechtlich nicht zugleich vertraglich und deliktisch eingeordnet werden kann. Die Ausführungen in Tacconi, so die Argumentation, würden sich eben nicht auf einen Fall beziehen, in dem zwei Anspruchsgrundlagen gleichzeitig geltend gemacht werden. Es gehenur darum, ob ein Anspruch zugleich vertraglich oder deliktisch einzuordnen sei. Ferner scheine es höchst zweifelhaft, dass der Generalanwalt oder der EuGH eine Änderung der Rechtslage anstoßen, welche die juristische Problematik aus Kalfelis überflüssig mache, ohne die Abkehr von eben dieser Judikatur zu benennen. Daraus wird geschlossen, dass die Ausführungen von Generalanwalt und EuGH nur eine vermeintliche Selbstverständlichkeit ausdrücken wollten: Ein Anspruch könne im Rahmen der EuGVVO nicht zugleich vertraglich und deliktisch sein⁸³.

Allerdings kann es zweifellos vorkommen, dass ein nach nationalem Recht deliktischer Anspruch im Zusammenhang der EuGVO vertraglich einzugliedern ist, wie zum Beispiel eine viel diskutierte "Dritthaftung nach dem Hedley Byrne-Prinzip". Für den Fall, dass nach dem maßgeblichen nationalen Recht ein weiterer vertraglicher Anspruch besteht, sind beide als vertraglich zu kategorisieren, sodass es auf die Frage der Annexzuständigkeit gar nicht ankommt. Höchst unwahrscheinlich ist es allerdings, dass alle Ansprüche aus dem Delikt bei einer autonomen Auslegung als vertraglich einzugruppieren sind⁸⁴.

Wied entwickelt an dieser Stelle zwei Konstellationen, in denen sich im deutschen Recht eine Konkurrenz von vertraglichen und deliktischen Ansprüchen auf europäischer Bühne ergeben kann: Eine ist, dass ein Wirtschaftsprüfer beauftragt wird, ein Gutachten über den Wert eines

⁸² Wied, S. 112.

⁸³ Wied, S. 112, 113.

⁸⁴ Wied, S. 113.

Unternehmens zu erstellen. Nach der herrschenden Meinung komme es im Ergebnis zu einer Konkurrenz von einem Anspruch aus Schlechterfüllung und einem Anspruch aus § 826 BGB (dessen Voraussetzungen als gegeben zu unterstellt).

Wied geht anschließend davon aus, dass der Anspruch aus der unerlaubten Handlung unabhängig von der vertraglichen Beziehung bestehe, welche auf diesen nicht einwirke. Daher könnten die Ansprüche aus unerlaubter Handlung auf europäischer Ebene, das trifft auch bei autonomer Auslegung zu, nicht verträglich qualifiziert werden⁸⁵.

Ein weiteres Indiz für die Unabhängigkeit der beiden Ansprüche soll auch darin zu sehen sein, dass der Deliktsanspruch vorgetragen werden könne, ohne dass ein Vertragsschluss behauptet werden müsse. Solch ein Umstand lag dem BGH im Bezug auf eine Klage bezüglich der Arzthaftung vor, welcher daraufhin mit Recht entschieden hat, dass eine vereinzelt Möglichkeit einer Anspruchskonkurrenz nicht nach sich ziehen kann, den deliktischen Anspruch lediglich noch am Vertragsgerichtsstand einklagen zu können⁸⁶.

Die Situation nach der Entscheidung “Tacconi”

Wie oben gesehen, ist die Tacconi Entscheidung eine relevante Entscheidung für die Bestimmung der Zuständigkeit bei der c.i.c.. Um die Auffassung des EuGH verständlicher zu machen, wird folgend der Sachverhalt und die Entscheidung des Gerichts dargestellt.

In diesem Fall dreht sich die Frage um den Gerichtsstand für einen Rechtsstreit aufgrund einer c.i.c. zwischen einer Gesellschaft italienischen Rechts (Tacconi) und einer Gesellschaft deutschen Rechts (HWS). Tacconi fordert einen Schadenersatz nach Treu und Glauben gem. Art. 1337 codice civile, weil HWG die Vertragsverhandlungen mit der Gegenseite unerwartet abgebrochen hatte. Nach seiner Ansicht, seien die Gerichte am Erfolgsort für die vorvertragliche Haftung von HWS gem. Art. 5 Nr. 3 EuGVO/EuGVÜ zuständig. Der Schaden sei am Firmensitz in Perugia erlitten worden, damit

⁸⁵ Wied, S. 114.

⁸⁶ Wied, S. 115.

sei auch das dortige Gericht zuständig. HWS erhob die Einrede der Unzuständigkeit italienischer Gerichte und berief sich auf die Anwendbarkeit des Art. 5 Nr. 1 EuGVO/EuGVÜ⁸⁷.

Damit kam hier die Frage auf, ob Tacconi die HWS am Gerichtsstand des Erfüllungsortes gem. Art. 5 Nr. 1 EuGVO, am Gerichtsstand der unerlaubten Handlung gem Art. 5 Nr. 3 EuGVO oder am allgemeinen Gerichtsstand gem Art. 2 EuGVO verklagen konnte. Tacconi begründete den eigenen Anspruch damit, dass vor Vertragsschluss keine vertragliche Bindung bestehe⁸⁸. Daher sei der Begriff "Vertrag oder Ansprüche aus einem Vertrag" nicht gegeben. Dem entgegen war HWS der Ansicht, dass eine Deliktshaftung nach dem Grundsatz "neminem leadere" die Gesamtheit der Personen treffe, die absolute Rechte anderer beschädigen. Im vorvertraglichen Verhandlungsstadium stünden sich die Parteien aber nicht mehr wie Fremde gegenüber. Wegen der Vertragsverhandlungen sei vielmehr eine besondere Beziehung zwischen den Beteiligten entstanden⁸⁹.

Der EuGH entschied, dass die Gerichtszuständigkeit dem Art. 5 Nr. 3 EuGVO/EuGVÜ zu entnehmen sei⁹⁰. Damit hat er eine vertragliche Qualifikation der vorliegenden Fallgruppe mit der Erklärung, dass keine freiwillig eingegangene Verpflichtung vorliege, begründet. Denn eine mögliche Schadenersatzpflicht könne sich nur aus Art. 1337 Codice civile ergeben, mithin wegen der Nichtbeachtung einer Rechtsvorschrift⁹¹. Eine Abgrenzung von vertraglichen und deliktischen Streitigkeiten sei aufgrund des formalen Ausgangspunktes nicht sachgerecht und könne daher nicht gewollt sein⁹².

⁸⁷ EuGH 17.09.2002-334/00, Tacconi/HWS, Slg. 2002, I-7357(I-7388 f., Nr. 7 f.).

⁸⁸ EuGH 17.09.2002- 334/00, Tacconi/HWS, Slg. 2002, I-7357 (I-7390, Nr. 13).

⁸⁹ **Henk**, S. 168.

⁹⁰ **Henk**, S. 168.

⁹¹ EuGH 17.09.2002-334/00, Tacconi/HWS, Slg. 2002, I7357 (I-7393 f., Nr. 25, 26).

⁹² **Henk**, S. 176.

Literaturverzeichnis

- Burgstaller**, Alfred/**Neumayr**, Matthias; Internationales Zivilverfahrensrecht, Wien 2009. (zit.: Bearbeiter in: Burgstaller/Neumayr)
- Czernich/Tiefenthaler/Kodek**, Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsrecht Kurzkomentar, 3. aktualisierte Auflage, Wien 2009, (zit.: Bearbeiter in: Czernich/Tiefenthaler/Kodek).
- Dasser**, Felix/**Oberhammer**, Paul; Lugano Übereinkommen Handkommentar, 2. Auflage, Bern 2011, (zit.: Bearbeiter in: Dasser/Oberhammer, LugÜ).
- Dietze**, Jan/**Schnichels**, Dominik; “Die aktuelle Rechtsprechung des EuGH zum EuGVÜ”, EuZW 1998, 485-490.
- Geimer**, Reinhold/**Schütze**, Rolf A.; Europäisches Zivilverfahrensrecht Kommentar, 3. Auflage, München 2010, (zit.: Bearbeiter in: Geimer/Schütze, EuZVR).
- Henk**, Alexander; Die Haftung für culpa in contrahendo im IPR und IZVR, Berlin 2007.
- Holl**, Volker H.; “*Der Gerichtsstand des Erfüllungsortes nach Art. 5 Nr. 1 EuGVÜ bei einem “claim for restitution based on unjust enrichment”*”, IPRax 1998, S. 120-122.
- Kreuzer**, Karl/**Klötgen**, Paul; “*Die Shevill-Entscheidung des EuGH: Abschaffung des Deliktsortsgerichtsstands des Art. 5 Nr. 3 EuGVÜ für ehrverletzende Streudelikte*”, IPRax 1997, 90-96.
- Kropholler**, Jan/**von Hein** Jan; Europäisches Zivilprozessrecht Kommentar, 9. Völlig neubearbeitete und erweiterte Auflage, Frankfurt am Main 2011.
- Lorenz**, Stephan; “*Gewinnmitteilungen aus dem Ausland: “Kollisionsrechtliche und internationalzivilprozessuale Aspekte von § 661 a BGB”*”, S. 3305-3310, NJW 2000.

- Martiny**, Dieter; *“Internationale Zuständigkeit für ‘vertragliche Streitigkeiten’*, in: Festschrift für Reinhold Geimer zum 65. Geburtstag, München 2002, S. 641-667, (zit.: Martiny in: FS Geimer).
- Münchener Kommentar**; Zivilprozessordnung, Band 3, 3. Auflage, München 2008, (zit.: Bearbeiter in: MüKo).
- Piltz**, Burghard; *“Der Gerichtsstand des Erfüllungsortes nach dem EuGVÜ”*, NJW 1981, S. 1876-1878.
- Rauscher**, Thomas; Internationales Privatrecht Mit internationalem Verfahrensrecht, 4. Auflage, Leipzig 2012, (zit.: Rauscher, Int. Privatrecht).
- ders.**; Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht EuZPR/EuIPR Kommentar, München 2011, (zit.: Bearbeiter in: Rauscher, EuZPR).
- Schlosser**, Peter; *“Zuständigkeit bei mehreren Beklagten an verschiedenen Wohnsitzen - Begriff der unerlaubten Handlung”*, RIW 1988, 987-989.
- Spellenberg**, Ulrich; *“Der Gerichtsstand des Erfüllungsortes im europäischen Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommen”*, ZZP 1978, S. 38-63.
- Stadler**, Astrid; *“Vertraglicher und deliktischer Gerichtsstand im europäischen Zivilprozessrecht”*, in: Festschrift für Hans - Joachim Musielak zum 70. Geburtstag, München 2004, S. 569-594, (zit.: Stadler in: FS Musielak).
- Wendenburg**, Albrecht/**Maximilian**, Schneider; *“Vertraglicher Gerichtsstand bei Ansprüchen aus Delikt?”* NJW 23/2014, S. 1633-1636.
- Wied**, Daniel; Zivilprozessuale Qualifikationsprobleme im Spannungsfeld von Vertrag und Delikt, Frankfurt am Main 2010.

^HHAYVAN SATIŞINDA AYIPTAN SORUMLULUK

*Burak KEÇECİOĞLU**

GİRİŞ

Her gün birçok kişi, gerek ticari amaçla gerekse kendilerine can dostu olması için hayvan pazarlarından veya hayvan satış dükkânlarından hayvan satın almaktadır. Fakat kimi zaman satın alınan hayvanda, “ayıp” diye nitelendirilen bir takım eksiklikler veya bozukluklar çıkmaktadır. Çalışmamızın temel inceleme alanı olan adi satışa göre, satıcı söz konusu ayıptan ancak, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 220. maddesinde düzenlendiği gibi, yazılı olarak ayıbı üstlenmişse veya ağır kusuru varsa sorumlu olacaktır. Her ne kadar hayvan satışından doğan ayıbın maddi şartları kanunda özel olarak düzenlenmiş olsa da, konusu hayvan satışı olmayan diğer satış sözleşmelerindeki sözleşme konusu şeyde çıkan ayıpların maddi şartlarının da belli ölçüde hayvan satışına uygulanacağı unutulmamalıdır. Alıcı, maddi şartların yanında kanunda düzenlenmiş şekli şartlar olan muayene ve ihbar külfetlerini de yerine getirdiğinde, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda alıcının hakları özel bir düzenlemeye tabi tutulmadığı için, 227. maddede düzenlenen seçimlik hakları kendine uygun düşüğü ölçüde kullanabilmektedir. Alıcı, seçimlik haklarına ek olarak, satıcıdan genel hükümlere göre maddi ve manevi tazminat da talep edebilmektedir.

Hayvan satışı, adi satışa konu olabileceği gibi, satıcı ile tüketici arasındaki bir tüketici satış sözleşmesine veya tacirler arasındaki dar anlamda bir ticari satış sözleşmesine de konu olabilmektedir. Bu sebeple çalışmada, kapsam fazla genişletilmeden yeni yürürlüğe giren 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ve 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu hüküm-

^H Hakem incelemesinden geçmiştir.

* İzmir Gediz Üniversitesi Hukuk Fakültesi 4. Sınıf Öğrencisi

lerine göre, hayvan satışındaki ayıptan sorumluluğun tüketici ve ticari satışlara nasıl yansıdığı kısmen de olsa incelenmiştir.

Çalışmada öncelikle hayvan satışında ayıptan sorumluluğun hangi hayvanları kapsadığı incelenecektir. Bu incelemeden sonra sırasıyla hayvan satışında ayıptan doğan sorumluluğun maddi şartları ve şekli şartları, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'ndaki ve kısmen de olsa 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ve 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'ndaki düzenlemelere göre incelenecektir. Daha sonra adi ve tüketici kapsamındaki hayvan satışlarında ayıba karşı tekeffülden doğan alıcının seçimlik hakları ile maddi ve manevi tazminat talep hakları üzerinde durulacaktır. Alıcının ayıptan doğan haklarından sonra uyumsuzluğa bakmakla görevli ve yetkili merciler, zamanaşımı süreleri ve hayvan satışında ayıba karşı tekeffüle dayanan uyumsuzluklarda hata, hile veya gabine yahut sözleşmenin gereği gibi ifa edilmemesine dayanan davaların ilişkisi incelenecektir.

I. AYIBA KARŞI SORUMLULUĞUN UYGULANACAĞI HAYVANLAR

Hayvan satışındaki ayıp yönünden 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunumuz özel düzenlemeler getirmiştir. 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunumuzun 220. maddesinin karşılığı olan İsviçre Borçlar Kanunu'nun 198. maddesi tahdidi olarak sadece at, eşek, katır, sığır, koyun, keçi ve domuzu kapsamaktadır¹. İsviçre Borçlar Kanunu, ayıba karşı tekeffülün sadece yukarıda sayılan hayvanlar için söz konusu olacağını düzenlerken, Türk Borçlar Kanunumuzun 220. maddesinde, hayvanların türü sayılmayarak açıkça "*hayvan alım-satımı*"ndan bahsedilmektedir ve bu yüzden tür ayırt etmeksizin hayvanlarına tamamına bu özel hükümlerin uygulanması gerekir². Türk Borçlar

¹ **Becker**, Herman; İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi: Borçlar Hukuku II. Bölüm: Çeşitli Sözleşme İlişkileri: Madde 184-551, (Çev: Suat Dura), İstanbul 1993, s. 81.

² **Bilge**, Necip; Borçlar Hukuku Dersleri: Hususi Borç Münasebetleri, Ankara 1958, s. 78; **Edis**, Seyfullah; Türk Borçlar Hukukuna Göre Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Ankara 1963, s. 34; **Tandoğan**, Haluk; Borçlar Hukuku: Özel Borç İlişkileri, Cilt: I, 6. Baskı, İstanbul 2008, s. 182; **Feyzioğlu**, Feyzi Necmeddin; Borçlar Hukuku: Özel Borç İlişkileri, Cilt: I, 3. Baskı, İstanbul 1978, s. 278; **Yavuz**, Cevdet; Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu, İstanbul 1989, s. 41; **Zevkliler**, Aydın/**Gökyayla**, Emre; Borçlar Hukuku: Özel Borç İlişkileri, 13. Baskı, Ankara 2013, s. 124; **Uygur**,

Kanunu'nda da tıpkı 818 sayılı Kanunun 195. maddesinde olduğu gibi hangi hayvanların söz konusu özel düzenlemelere tabi olduğu belirtilmediği için, yine tüm hayvanların bu özel düzenlemeye tabi olduğu sonucunun çıkartılması mümkündür³. Bu noktada üzerinde durmamız gereken bir husus, canlı olmayan hayvanların satışının bu hükümlere tabi olmayacağıdır (kesilmiş koyun satışı gibi)⁴. Sadece canlı bir hayvan gebe kalabildiği için, Türk Borçlar Kanunu'nun 224. maddesi yalnızca canlı hayvan satışlarına uygulanabilir⁵.

Hayvan satışındaki ayıptan sorumluluğa ilişkin 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un uygulanıp uygulanmayacağına ilişkin hayvan satışının bir tüketici işlemi olup olmayacağına incelenmesine bağlıdır.

Bir malın tüketici işlemi kapsamına girebilmesi için 6502 Sayılı TKHK'nın üçüncü maddesinin birinci fıkrasının "h" bendindeki mallardan biri olması gerekmektedir. Fakat kanun koyucu 6502 Sayılı TKHK'daki mal tanımında doğrudan "hayvan" terimini kullanmamıştır. Bu noktada doktrinde, hayvanın mal sayılıp sayılmaması hususu tartışmalıdır. Öğretideki bir grup yazar, hayvanın bir mal olarak sayılması gerektiğini belirtirken⁶ katıldığımız bir diğer grup yazar, hayvanın mal olarak nitelendirilemeyeceğini, ancak eşyalara uygulanan hükümlerin aksine düzenleme olmadıkça hayvan-

Turgut; 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Cilt: I, 2. Baskı, Ankara 2012, s. 127; **Aydoğdu**, Murat/**Kahveci**, Nalan; Türk Borçlar Hukuku: Özel Borç İlişkileri, İzmir 2013, s. 146. **Gümüş**, bu konuda farklı düşünmektedir; "Mehaz isvBK m.198'de geçen kavram "Vieh"dir. Ve bu kavram mehaz hükümdeki parantez içi sayımın da (at, eşek, katır, sığır, koyun, keçi, domuz) ortaya koyduğu gibi kendisinden yararlanılabilen dört ayaklı evcil hayvanları ifade eder. Bu nedenle eBK m. 195'deki "hayvan" kavramı her türlü hayvanı değil, yukarıda sayılan tür ve özellikteki hayvanları kapsar." (**Gümüş**, Mustafa Alper; Borçlar Hukuku: Özel Hükümler, Cilt: I, İstanbul 2010, s. 164).

³ **Zevkliler/Gökyayla**, s. 124; **Aydoğdu/Kahveci**, s. 146.

⁴ **Tandoğan**, s. 182; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 124; **Akyiğit**, Ercan; Yeni Borçlar Kanunu'na Göre Satış-Mal Değişimi ve Bağışlama Sözleşmeleri, Ankara 2011, s. 91; "...kesim sırasında ortaya çıkacak ayıplardan davacı satıcı sorumlu değildir." 13.HD., T:10.7.2001, E:2001/4444, K:2001/7575 (Kazancı İçtihat Bankası).

⁵ **Aydoğdu/Kahveci**, s. 146.

⁶ **Reisoğlu**, Safa; Türk Eşya Hukuku, 6. Baskı, Ankara 1980, s. 7; **Sungurbey**, İsmet; Hayvan Hakları, İstanbul 1992, s. 75; **Ertas**, Şeref; Eşya Hukuku, İzmir 2012, s. 7; **Yılmaz**, Halil; Hayvan Haklarına Bakış, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 62, 2006, s. 221.

lara da uygulanabileceğini belirtmektedir⁷. Bu sebeple, Yeni TKHK’da ayıba karşı tekeffülün hangi hayvanlar için söz konusu olacağını maddenin lafzından anlamamız mümkün değildir. Kanımca, Borçlar Kanunu’nda ayıptan sorumluluk, nasıl her türden hayvanı kapsıyorsa TKHK’da canlı hayvanların tümünü kapsamalıdır.

II. AYIBA KARŞI TEKEFFÜLÜN MADDİ ŞARTLARI

Hayvan satış sözleşmesinde, satıcının üç borcu bulunmaktadır. Bunlar; satılan hayvanı teslim ve mülkiyetini alıcıya geçirme borcu, başkalarının hayvanda hak ileri süremeyeceğini üstlenme (zapta karşı tekeffül-zapttan sorumluluk) borcu ve çalışmamızın konusunu oluşturan hayvandaki ayıbı üstlenme borcudur. Satıcının, satılan hayvandaki zikir ve vaad edilen vasıfların bulunmamasından veya satılan hayvanın değerini yahut sözleşme gereğince ondan beklenen faydaları azaltan veya kaldıran noksanların bulunmasından, ancak yazılı olarak ayıbı üstlenmişse veya ağır kusuru varsa sorumluluğu doğmaktadır⁸.

Yukarıdaki tanımda da belirtildiği üzere her ne kadar hayvan satışında satıcının, ayıba karşı sorumluluğunun doğabilmesi için, TBK m. 220’de belirtildiği üzere ancak yazılı olarak üstlenmesi veya ağır kusurunun varlığı aransa da, ayıba karşı tekeffülün genel anlamdaki maddi şartlarının da bulunması gerekmektedir.

A. Söz Verilen (Zikir ve Vaad Edilen) Vasıflardan Dolayı Tekeffül

“*Vasıf*” deyiminden, sadece hayvanı diğer hayvanlardan ayırt eden doğal özellikler değil, işlerde yaygın telakkiye göre o hayvanla ilgili olan ve

⁷ **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, hayvanların eşya olamayacağını, ancak aksine düzenleme bulunmadığı takdirde eşyalara uygulanan hükümlerin hayvanlara da uygulanacağını belirtmiştir (**Oğuzman**, Kemal/**Seliçi**, Özer/**Oktay-Özdemir**, Saibe; Eşya Hukuku, 15. Baskı, İstanbul 2012, s. 9-10); **Koçhisarhoğlu/Sögütlü Erişgin**de hayvana ilişkin özel düzenlemeler getirilmediği sürece, hayvanın eşya statüsünde olduğunu kabul etmektedir. (**Koçhisarhoğlu**, Cengiz/**Sögütlü Erişgin**, Özlem; “Hayvanın Hukuki Konumu”, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi: Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan (Özel Sayı), Cilt: 2, s. 1719; **Gürpınar**, Damla; “Ev ve Süs Hayvanı Sahiplerinin Hakları ve Yükümlülükleri”, İzmir Barosu Dergisi, Sayı: 72, 2007, s. 141.

⁸ **Ayan**, Nurşen; “Taşınır Satımında Satıcının Kanundan Doğan Ayıba Karşı Tekeffül Borcu”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:15, Sayı: 1, 2007, s. 13.

onun değerini etkilediği kabul edilen her türlü iktisadi ilişkileri de anlamamız gerekir⁹. Böylece, hayvandan sağlanan verim, hayvandan belli zamanda sağlanan kâr gibi, satılanın hayvan olarak taşıdığı doğal vasıflar ile doğrudan doğruya ilgili olmayan haller de buradaki vasıf kavramına girer¹⁰. Söz konusu duruma örnek olarak, kendi cinsine göre daha fazla süt vereceği vaadiyle yurt dışından ithal edilen süt ineklerinin çok zayıf ve süt verimlerinin çok düşük çıkmasını gösterebiliriz¹¹.

Vasıfların zikir ve vaadi, ciddi ve sözleşmenin yapılmasında etkileyici olmalıdır. Satıcının, hayvanı satmak için teamülden olan ve genel bir mahiyet taşıyan güzel gösterme çabaları, vasıf vaadi olarak göz önünde tutulmaz. Başka bir deyişle, satıcıların sattıkları hayvanları övmek için söyledikleri sözler, ilke olarak söz verilen nitelikler biçiminde değerlendirilemez¹². Satıcının, satım konusu mala ilişkin zikir ve vaatlerinden sorumlu olabilmesi için, bu zikir ve vaatlerin açık veya örtülü olmasının bir önemi yoktur. Örneğin, alıcı sözleşmenin kurulması sırasında belli vasıfların varlığını açıkça aramış olup, satıcı, bir beyanda bulunmaksızın sözleşmeyi yapmışsa, istenen vasıfları örtülü olarak tekeffül etmiş olur¹³.

Borçlar Kanununda, zikir ve vadin şekli herhangi bir kurala bağlanmış değildir. Ancak, Türk ve İsviçre doktrinindeki hakim görüşe göre; sözleşmenin şekli ile zikir ve vadin şekli arasında bir bağlılık bulunmayıp, zikir ve vaad tek taraflı ve şekle tabi olmaksızın yapılabilmelidir¹⁴. Bununla birlikte, Borçlar Kanununda, zikir ve vadin asıl sözleşmeye bağlı olmaksızın şekle tabi olunmadan yapılabilmemesinin iki istisnası bulunmaktadır. 6098 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 220. maddesine göre(818 Sayılı Borçlar Kanunu m.

⁹ **Yavuz**, Cevdet; Türk Borçlar Hukuku: Özel Hükümler, 10. Baskı, İstanbul 2012, s. 69; **Aral**, Fahrettin/**Ayrancı**, Hasan; Borçlar Hukuku: Özel Borç İlişkileri, 9. Baskı, Ankara 2012, s. 104.

¹⁰ **Tandoğan**, s. 164.

¹¹ 13.HD., T.3.5.1994, E.1994/142, K.1994/4394 (**Karahasan**, Mustafa Reşit; Türk Borçlar Hukuku – Özel Borç İlişkileri, Cilt: III, İstanbul 2004, s. 325).

¹² **Zevkliler/Gökyayla**, s. 117.

¹³ **Tandoğan**, s. 166.

¹⁴ **Edis**, 51; **Tandoğan**, s. 164; diğer görüşler için bkz. **Aral/Ayrancı**, s. 106-107.

195) hayvan alım satımında tekeffül yükümlülüğü, ancak satıcı alıcıya yazı ile teminat vermiş veya onu kasten aldatmış ise mevcuttur.

B. Lüzumlu Vasıflardan Dolayı Tekeffül

Satıcı, çoğu defa satılan hayvanın belli bir vasfının bulunduğu veya bazı eksikliklerinin olmadığına ilişkin bir beyanda bulunmaz. Oysa satılan hayvanın, satıştan beklenen amacı temin edecek vasıfları taşıması dürüstlük kuralı gereğidir. Lüzumlu vasıflardan dolayı tekeffülün doğması için, aşağıdaki beş şartın bulunması gereklidir.

1. Hayvanın Ayıplı Olması

Ayıp; satılan hayvanda ortaya çıkan ve alıcının o hayvandan tümüyle ya da gerektiği gibi yararlanmasını engelleyen eksiklikler ve bozukluklar anlamına gelmektedir¹⁵. Hayvanın ne amaçla kullanılacağı, tarafların ortak niyetlerinden çıkarılabilir. Tarafların niyetlerinin tespit edilemediği durumlarda da hayvanın hangi yaygın işlerde kullanıldığına bakılması gerekir¹⁶. Örneğin, erkek hayvanların dölleme yeteneksizliği, atların önemli göz iltihapları, inek memelerindeki bozukluk ve damızlık boğanın aşım yeteneksizliğine (iktidarsızlığına) sahip olması hayvanın kullanma yönü bakımından onun değerini veya elverişliliğini azaltmakta veya kaldırmaktadır¹⁷. Hayvanın değerinin veya elverişliliğinin azalması, eğer ilerde yaygın kullanıma göre bu eksiklik yüzünden sözleşmenin yapılmamasına yol açıyorsa veya fiyatın daha az olarak tespit edilmesi gerekiyorsa önemli sayılır¹⁸. Yukarıda belirtilen inek memelerindeki bozukluk veya boğanın iktidarsızlığa sahip olması, ineğin süt için kullanılması ve boğanın üretmek için kullanım amacına göre bir eksiklik teşkil etmektedir.

¹⁵ Feyzioğlu, s. 242; Tunçomağ, Kenan; Borçlar Hukuku: Özel Borç İlişkileri, Cilt: II, 2. Baskı, İstanbul 1974, s. 97; Aral/Ayrancı, s. 104; Zevkliler/Gökyayla, s. 117; Gümüş, Borçlar, s. 123; Yavuz, Borçlar, s. 69; Aydoğdu/Kahveci, s. 144.

¹⁶ Tandoğan, s. 167.

¹⁷ Bilge, s. 60; 13.HD., T.18.12.1995, E.1995/11280, K.1995/11441 (Karahasan, s. 324).

¹⁸ Aydoğdu/Kahveci, s. 138.

2. Hayvandaki Ayıbın Gizli Olması

Alıcı, bildiği veya bilmesi gereken ayıplar için ayıba karşı tekeffül hükümlerinden yararlanamaz. Alıcının, hayvan satışındaki normal ve makul derecede dikkati sonucunda fark edebileceği ayıplar, gizli ayıp sayılmaz¹⁹. Başka bir deyişle, hayvandaki ayıbın “gizli” olmasından maksat, ilgili kişinin hayvanı, olağan bir şekilde gözden geçirmiş olmasına rağmen ayıbı fark edememesidir²⁰. Örneğin, hayvanın satımdan önce veteriner kontrolünden geçirilmiş olmasına rağmen ayıbın fark edilmemiş olması, hayvandaki gizli ayıbın göstergesidir²¹.

Alıcının dikkatinin yeterlilik derecesi satım konusu hayvanın türüne, cinsine, alıcının mesleğine ve bu gibi işlere alışık olup olmamasına göre değişmektedir. Örneğin mesleği çiftçilik olan ve yıllardır hayvan satın alan bir kişinin göstereceği dikkat ve özen, ilk kez hayvan alacak bir kişinin göstereceği dikkat ve özeninden farklıdır. Alıcının iyi görmemesi veya duymaması gibi duyu bozukluklarının bulunması da muayenede ona daha fazla dikkatli olması mükellefiyetini yüklemektedir²². Bir hayvanın tıknefes olması durumunda, bunu alıcının, hayvanı satın aldığı anda bilip bilemeyeceğinin bilirkişiye incelettirilerek tespiti gerekir²³.

Alıcının ayıbı satış zamanında bilip bilemeyeceğinin, hayvanı muayene eden veteriner hekime de sorulması gerekir²⁴. Örneğin, soluğan hastalığına sahip ayıplı bir hayvanı muayene eden veteriner hekime, hayvanın ayıplı olup olmadığını teşhis etmesinin yanında, alıcının var olan ayıbı bilip bilemeyeceği ve bu ayıbı anlayıp anlayamayacağına ilişkin soru sorulması gereklidir²⁵.

¹⁹ **Gümüş**, Borçlar, s. 138; **Yavuz**, Borçlar, s. 71.

²⁰ **Bilge**, s. 59; **Tunçomağ**, s. 92; **Aral/Ayrancı**, s. 111-112; **Aydoğdu/Kahveci**, s. 144.

²¹ HGK, T. 16.5.2001, E. 2001/13-419, K. 2001/420 (Kazancı İċtihat Bankası).

²² **Tandoğan**, s. 174; **Gümüş**, Borçlar, s. 138.

²³ 3. HD., T. 24.6.1995, E. 1995/5347, K. 1995/3825 (**Tandoğan** s. 174).

²⁴ **Olgaç**, Senai; Borçlar Hukuku Akdin Muhtelif Nevileri: Satış ve Trampa, İstanbul 1966, s. 85.

²⁵ 3. HD., T:25.2.1957, E:1957/1716, K:1957/1441 (**Olgaç**, s. 85).

3. Hayvandaki Ayıbın Yarar ve Hasarın Geçmesinden Önce Mevcut Olması

Satılan hayvandaki ayıp, yarar ve hasarın geçişinden önce mevcut olmalıdır²⁶. Eğer yazılı tekeffül bulunmuyorsa hasarın geçişinden sonra ortaya çıkan ayıplarda, alıcı korumadan yoksun kalır ve satıcı sorumlu olmaz. Hayvanın önceden mevcut fakat bilinemeyen hastalığında(örneğin, hayvan hasta ise ve bu hastalık sonucu sakat kalırsa) satıcı bundan sorumlu olmaktadır²⁷. Yargıtay da, satılan atın bakar kör olup olmadığının, attaki eksikliğin davacıya tesliminden önce mi yoksa sonra mı ortaya çıktığının birlikişi raporuyla araştırılması gerektiğini belirterek konunun önemine işaret etmiştir²⁸.

Yargıtay, canlı hayvan borsalarında yarar ve hasarın geçiş anını tartıya çıkma aşamasına göre belirlemiştir. Hukuk Genel Kurulu, bu konuya ilişkin olarak, “...Canlı hayvan alım satımlarında hayvanlar tartıya girinceye kadar satıcıya, tartıdan çıkınca alıcıya aittir. Tartıdan çıkan hayvanın teslim ve tesellümü yapılmış sayılır²⁹.” açıklamasına yer vermiştir. Tartıdan çıkan hayvanın teslim ve tesellümü yapılmış sayılır. Teslimle birlikte sorumluluk da satıcıdan alıcıya geçecektir.

4. Ayıba Karşı Tekeffülün Sözleşmeyle Kaldırılmamış Olması

Hayvandaki ayıbı üstlenme borcu kural olarak sorumsuzluk anlaşmasıyla kaldırılabilir ve bu durumda satıcı, artık ayıptan sorumlu olmaz³⁰. Eğer satıcı, satılan hayvanı ayıplı olarak devrederken ağır kusurlu ise, sorumluluğu sınırlandıran veya kaldıran sözleşme kesin hükümsüzdür. Hayvan

²⁶ Bilge, s. 60; Tunçomağ, s. 87; Gümüş, Borçlar, s. 135; Yavuz, Borçlar, s. 69; Zevkliler/Gökyayla, s. 120.

²⁷ Gümüş, Borçlar, s. 183.

²⁸ 3.HD., T:23.3.1988, E:1988/11517, K:1988/3805 (Uygur, Turgut; Açıklamalı - İçtihatlı Borçlar Kanunu: Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, Cilt: IV, 3. Baskı, Ankara 2010, s. 4774).

²⁹ HGK, T.6.12.2000, E. 2000/13-1742, K.2000/1782 (Kazancı İçtihat Bankası); HGK, T. 16.5.2001, E. 2001/13-419, K. 2001/420 (Kazancı İçtihat Bankası).

³⁰ Gümüş, Borçlar, s. 140; Yavuz, Borçlar, s. 72; Aral/Ayrancı, s. 144; Aydoğdu/Kahveci, s. 143; Zevkliler/Gökyayla, s. 120.

satışında satıcının ağır kusurunun olması, çalışma konumuzun temelini oluşturan 220.madde içinde uygulama alanı bulmaktadır. Buna göre satıcı ağır kusurlu ise ayıptan sorumlu olacaktır³¹.

5. Satıcının Hayvandaki Ayıbı Yazılı Olarak Üstlenmesi veya Ağır Kusurunun Olması

Hayvan satışındaki ayıba karşı sorumluluk, her ne kadar konusu hayvan olmayan satış sözleşmelerindeki ayıbın maddi şartlarına uygun olması gerekse de, satıcının ayıptan sorumlu olabilmesinin asıl şartı, TBK m. 220’de (mülga BK m.199) belirtildiği üzere, satıcının ya ayıbı yazılı olarak üstlenmesinden ya da ağır kusurlu olmasından kaynaklanmaktadır.

a. Satıcının Ayıbı Yazılı Olarak Üstlenmesi

Hayvan alım satımında satıcı, yazılı olarak üstlenmedikçe hayvanın ayıbından sorumlu olmaz. Buradaki şekil şartı, geçerlilik şartı olup adi yazılı şekilde yapılır. Yazılı şekil şartına uyulmazsa TBK m. 27’ye göre kesin hükümsüzlük yaptırımına tabidir. Mülga Borçlar Kanununun 195. maddesindeki bu şart, 6098 sayılı Kanunu’nun 220. maddesinde de kendine yer bulmuştur. Fakat hayvan satışında sorumluluğun yazılı olması şartından, hayvan satımının da yazılı şekle bağlı olduğu sonucu çıkartılmamalıdır³². Hayvan satışı, Türk Borçlar Kanunu’nda yazılı şekle tabi tutulmamıştır³³.

Satıcının hayvanın ayıbını yazılı olarak üstlenmesi şartının Yargıtay’ın kararlarına nasıl yansıdığına baktığımızda, Yargıtay’ın bu konuda oldukça katı bir tutum sergilediğini, hem eski yıllarda hem de yakın zamanda verdiği kararlara bakarak anlayabiliriz. Yargıtay’a göre satıcının, hayvandaki ayıp-

³¹ **Akyiğit**, s. 91; **Gümüş**, Borçlar, s. 165; **Öz**, Turgut; “Yeni Borçlar Kanununda Satım ve Eser Sözleşmesi Bakımından Ayıba Karşı Tekeffül Düzenlemesindeki Değişiklikler”, Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan, İstanbul 2013, s. 857.

³² **Bilge**, s. 78; **Feyzioğlu**, s. 279; **Gümüş**, Borçlar, s. 165.

³³ Gerçi Hayvan Hırsızlığının Men’i Hakkındaki 5617 sayılı Kanun hükümleri (RG: 27.03.1950, Sayı:7467), bu kanunun kapsamına giren katır, deve, eşek, at, sığır ve koyun gibi hayvanların alım satımının hayvan satış belgesiyle yapılacağını düzenlemek-
teyse de, bu belge de bir geçerlilik şartı değildir (**Bilge**, s. 79; **Feyzioğlu**, s. 279).

tan sorumlu olabilmesi için ayıbbı yazılı olarak üstlenmesi şarttır³⁴. Hayvanın satıştan evvel veterinerine muayene ettirilmesi de yazılı sorumluluğun yerini tutmamaktadır³⁵.

Daha önce de ifade ettiğimiz gibi, yazılı sorumluluk bulunmayan hal-lerde hayvanın önceden mevcut fakat bilinmeyen bir hastalığının sonradan ortaya çıkması halinde alıcı hukuki korumadan yoksun kalmaktadır³⁶. TANDOĞAN'a göre, önceden belli olmayan bir hastalığın sonradan ortaya çıkması halinde yazılı sorumluluğun bulunmadığının ileri sürülmesi, halin gereklerine göre hakkın kötüye kullanılması sayılmalıdır³⁷. Yargıtay, satıcının yazılı bir taahhüdünün bulunup bulunmadığının ispatını alıcıya yüklemiştir. Eğer alıcı, satıcının yazılı bir sorumluluğunun bulunduğunu ispat edemez ise satıcı, hayvandaki ayıptan sorumlu olmayacaktır³⁸. Bütün bunlara ek olarak, satıcı yazılı olarak hayvanın belli vasıflarını, örneğin şu kadar litre süt verdiğini, hayvanın gebe olup olmadığını beyan edebileceği gibi hayvanın iyi ya da ayıpsız olduğunu da beyan edebilir; bu sonuncu halde, sözleş-

³⁴ “Davacı, davalıdan satın aldığı hayvanların hasta olması nedeniyle imha edildiğini iddia ederek ödediği bedelin tahsilini talep etmiştir. Borçlar Kanunu'nun 195. maddesi uyarınca hayvan alım satımında satıcı tahriren kefalet etmedikçe yahut alıcıyı işgal etmiş olmadıkça tekeffül etmiş addolunmaz. Davacı alıcı, satıcı olan davalının yazılı tekeffülünü veya kendisinin satım sırasında işgal edildiğini ispat edemediğinden, mahkemece davanın reddine karar verilmesi gerekir.” 13.HD., T. 7.10.2004, E. 2004/5816, K. 2004/13931 (Kazancı İçtihat Bankası); 13.HD., T.18/12/1995, E.1995/11280, K.1995/11441 (Günay, Cevdet İlhan; Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Ankara 2012, s. 833); 13.HD., T.13.6.1985, E.1985/3724, K.1985/4210 (Karahasan, s. 327).

³⁵ 4.HD., T.7.11.1949, E.1949/6316, K.1949/5971 (Tandoğan, s. 183).

³⁶ Atamer, Yeşim M.; Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu Makaleler - Tebliğler: Taşınır Satımı Sözleşmesi, 1. Baskı, İstanbul 2012, s. 199; 13.HD., T. 5.2.1986, E. 1986/122, K. 1986/586 (Tandoğan, s. 183).

³⁷ Tandoğan, s. 183; Aydoğdu/Kahveci'ye göre yasakoyucu ağır kusur hallerini de dahil ettiğinden, hastalığın bilinmemesinde satıcının ağır kusuru varsa sorumluluğu kabul edilmeli, aksi takdirde, hasarın alıcıya intikalinde olduğu gibi bu hastalıktan satıcı sorumlu olmalıdır. (Aydoğdu/Kahveci, s. 146).

³⁸ 13.HD., T.16.4.2002, E. 2002/2367, K. 2002/4125 (Kazancı İçtihat Bankası); 13.HD., T. 18.12.1995, E. 1995/11280, K. 1995/11441 (Kazancı İçtihat Bankası); 19. HD., T. 13.6.2003, E. 2002/2986, K. 2003/6302 (Kazancı İçtihat Bankası).

meyle güdülen kullanma amacına göre hayvanın elverişliliğini veya değerini azaltan bir eksiklik bulunmamalıdır³⁹.

b. Satıcının Ağır Kusurunun Olması

Satıcının, hayvan satışında ayıptan sorumlu tutulabilmesinin bir diğer şekli, satıcının ağır kusurlu olmasıdır. 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 195. maddesinde kullanılan "iğfal etmiş olmadıkça" şeklindeki ibare, TBK m. 220'de "ağır kusuru olmadıkça" şeklinde ifade edilmiştir.

Bir kimsenin hukuk düzeni tarafından tasvip edilmeyen ve uygun bulunmayan davranış biçimi olan kusur, dereceleri bakımından ağır kusur ve hafif kusur şeklinde ikiye ayrılmaktadır⁴⁰. Hafif kusur, çok dikkatli ve özenli kişilerin aynı olayda gösterdiği dikkat ve özenin gösterilmemesini ifade eden hafif ihmali içine almaktadır. Konumuzla doğrudan bağlantılı olan ağır kusur ise, sözleşmeye aykırı davranan kişinin, zararlı sonucu bilerek ve isteyerek hareket etmesini ifade eden kastı ve bir kimsenin aynı olayda göstermesi gereken basit dikkat ve özenin gösterilmemesini ifade eden ağır ihmali kapsamaktadır⁴¹.

Hayvan satışında satıcının, ağır kusuru varsa, hayvandaki ayıbı yazılı olarak üstlenip üstlenmediğine bakılmaksızın sorumluluğu doğar. Çünkü burada alıcı kasten hataya düşürülmüştür ve aldatılmıştır. Yargıtay ağır kusurun (iğfalın) var olup olmadığını her somut olaya göre farklı şekilde değerlendirmektedir. Örneğin, satıcının hasta olduğunu bildiği hayvanların hastaliksız olduklarını alıcıya temin etmiş olması hile olarak kabul edilmiştir⁴². Davalının pedigrisi⁴³ olmayan atı, yarış atı diye satması, 5883 sayılı

³⁹ Gümüüş, Borçlar, s. 183.

⁴⁰ Kılıçoğlu, Ahmet M.; Borçlar Hukuku: Genel Hükümler, 16. Baskı, Ankara 2012, s. 305-307.

⁴¹ Kılıçoğlu, s. 199, 306-307.

⁴² Y.Tic. D., T.5.6.1944, E.1944/54, K.1944/2281 (Fezyioğlu, s. 284).

⁴³ 4631 Sayılı Hayvan Islahı Kanunu

Madde 3: Tanımlar

Pedigri: Soy kütüğüne kayıt edilen damızlıklarla, safkan atların numara, isim, orijin, ırk, renk, eşkal, cinsiyet, doğum tarihi, verim kayıtları, yetiştirici ve sahibi ile hayvanın cetlerine ait bilgileri ve verimlerini belirten belge.

Hayvanları Islah Kanunu'nun 25.maddesine göre böyle bir hayvanın yarış atı sayılmaması nedeniyle alıcının kandırılması⁴⁴ veya satıcının satılan atın bakar kör olduğunu söylemeyip alıcının aldatılması⁴⁵ konuya ilişkin diğer örneklerdir. Fakat satıcı, alıcıya örneğin kaz yerine ördek teslim etmişse, satıcının alıcıyı aldatması amacı söz konusu olmadığı için, burada ayıplı ifa değil, satılan hayvandan başka bir hayvanın teslimi (aliud) söz konusu olur⁴⁶. Bu noktada ayıplı ifa ile yanlış ifa ayrımı yapılmalıdır. Borçlunun borçlanılan edimden başka bir şey teslim etmesi anlamına gelen aliud ifanın, ayıplı ifadan ayrılan en önemli farkı, ayıplı ifade satıcı hayvandaki ayıba rağmen bir ifade bulunduğu halde bir aliud tesliminde ifade bulunmamaktadır⁴⁷. Aliud ifa (yanlış ifa) halinde teslim borcu yerine getirilmediğinden, alıcı bu hayvanı teslim almaktan kaçınıp satıcıyı (teslim borcunda) temerrüt haline sokabilir. Ancak alıcı, açıkça bu durumu kabul ederse, asıl ifa yerine geçen edim (*datio in solutum*) nedeniyle, teslim borcu yerine getirilmiş olur⁴⁸.

III. AYIBA KARŞI TEKEFFÜLÜN ŞEKLİ ŞARTLARI

Hayvan satışında ayıptan doğan sorumluluğun maddî koşulları oluşsa dahi kanunda öngörülen muayene ve ihbar külfetleri yerine getirilmezse satıcının ayıptan doğan sorumluluğu bulunmamaktadır. Ayıptan kaynaklanan seçimlik hakların doğumu sadece maddî koşulların oluşması ile değil, ancak bunların varlığına dayalı olarak alıcının şekli koşullar olan muayene ve ihbar külfetlerini de yerine getirmesi hâlinde söz konusu olur⁴⁹.

Muayene ve ihbar külfetini düzenleyen 818 sayılı Borçlar Kanunumuzun 199. maddesi, mehz kanun olan İsviçre Borçlar Kanunu'na uymamış ve anlam itibariyle bir sakatlık oluşmuştur. İsviçre Borçlar Kanunu'nun 202. maddesine göre 9 günlük ihbar müddeti hayvanın gebelikten başka olan

⁴⁴ 4.HD., T.10.11.1959, E.1959/3844, K.1959/143 (Tandoğan, s. 183).

⁴⁵ 4.HD., T.1.2.1951, E.1951/1-128, K.1951/803 (Tandoğan, s. 183).

⁴⁶ Aral/Ayrancı, s. 104.

⁴⁷ Acemoğlu, Kevork; "Aliud" ve Federal Mahkemenin "Aliud" Konusundaki Tutumu Üzerine", İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt: 6, Sayı: 9, 1972, s. 20.

⁴⁸ Tandoğan, s. 122; Zevkililer/Gökyayla, s. 115.

⁴⁹ Bilgin, s. 395; Gümüş, Borçlar, s. 148; Aral/Ayrancı, s. 120.

vasıfları hakkındaki tekeffül içindir. İsviçre Borçlar Kanunu'nun “tekeffül hayvanın gebeliğine taalluk etmiyorsa” düzenlemesi, Türkçe metne “kefalet hayvanın bir vasfına müteallik değilse” şeklinde geçmiş ve böylece madde anlaşılabilir hale gelmiştir⁵⁰. TANDOĞAN, eski BK m. 199'daki “kefalet hayvanın bir vasfına müteallik değilse” ibaresini İsviçre Borçlar Kanunu'ndaki “handelt es nicht um Gewährleistung für Trächtigkeit” ifadesini göz önünde tutarak anlamamız gerektiğini, aksi takdirde hiçbir vasıf için dokuz günlük sürenin uygulanmayacağını ve mülga BK m. 199'un anlam ifade etmeyeceğini belirtmiştir⁵¹. Kanun koyucu bu konudaki eksikliği görerek, muayene ve ihbar külfetini düzenleyen Türk Borçlar Kanunu'nun 224. maddesini söz konusu tartışmalara son verecek şekilde düzenlemiştir. Kanun koyucu, 224. maddede “hayvanın bir vasfı” yerine “hayvanın gebeliğine” şeklinde bir düzenlemede bulunmuştur.

Türk Borçlar Kanunu'nun 224. maddesi; “Hayvan satışında satıcının sorumlu olacağı süre yazılı olarak belirlenmemiş ve ayıp da hayvanın gebeliğine ilişkin değilse satıcı, ancak ayıbın devrin yapıldığı veya alıcının devralmada temerrüdünün gerçekleştiği günden başlayarak dokuzgün içinde kendisine bildirilmesi ve ayrıca, hayvanın bilirkişilerce gözden geçirilmesinin aynı süre içinde yetkili makamdan istenmesi hâlinde sorumlu olur” şeklinde düzenlenmiştir⁵². Doktrin buradaki tekeffül süresini (TBK m. 224-mülga BK m. 199) farklı açılardan incelemektedir. Bazı yazarlar, sadece hayvanın gebeliği ile ilgili bozukluklar ve gebelik dışındaki bozukluklar şeklinde incelerken⁵³, bazıları sadece tekeffül süresinin yazılı olarak belir-

⁵⁰ Bilge, s. 79; Gümüş, Borçlar, s. 185; Aydoğdu/Kahveci, s. 153.

⁵¹ Tandoğan, s. 184.

⁵² **818 Sayılı Borçlar Kanunu**
Keşif ve Muayene ve Bayie İhbar

b) Hayvan Alım Satımında

Hayvan alım satımında kefalet müddeti tahriren tayin edilmemiş olupta kefalet hayvanın bir vasfına müteallik değil ise mebide keşfedilen ayrıtan bayiin mesuliyeti, teslim vaki olduğu veya müşterinin kabızda temerrüdü tahakkuk ettiği günden itibaren dokuz gün içinde bayie ihbar edilmekle beraber hayvanın ehli vukuf marifetiyle muayenesinin icrası yine bu müddet zarfında merciinden talep olunmasına mütevakkıftır.

Hakim, ehli vukuf raporunu serbestçe takdir eder.

⁵³ Tunçomağ, s. 97; Yavuz, Borçlar, s. 73.

tilip belirtilmediğine göre tekeffül süresini incelemiştir⁵⁴, bazıları da hem hayvanın gebelik vasfına hem de tekeffül süresinin yazılı olarak belirtilip belirtilmediğine göre, yani maddedeki her iki hukuki olguyu bir arada incelemiştir⁵⁵. Kanımca, söz konusu maddeyi lafzi olarak yorumladığımızda, her iki hukuki olgunun da bir arada incelenmesi gerektiği sonucu çıkmaktadır.

Hayvan satışında satıcının ayıptan sorumlu olabilmesi için, hem ayıplar teslimden veya alıcının hayvanı teslim almakta temerrüdünden itibaren dokuz gün içinde satıcıya ihbar edilmiş olmalı⁵⁶, hem de hayvanın bilirkişi tarafından muayenesinin yapılması için aynı sürede yetkili mercie başvurmuş olunmalıdır. Bu dokuz günlük sürenin uygulanması için iki şartın birlikte bulunması gerekir.

1) Hayvandaki ayıp, hayvanın gebeliğiyle ilgili olmamalıdır. Hayvanın gebeliğinin her zaman dokuz günlük süre içinde anlaşılması mümkün olmayacağı için, gebe olduğu tekeffül edilip de durumun böyle olmadığı anlaşılınca, ihbarın yapılma süresinin başlangıcı hayvanın teslim anı olmamalıdır⁵⁷. Buna ek olarak, ihbar için sözleşmede dokuz günden uzun veya kısa bir süre kararlaştırılmamış olmalı, kararlaştırılmış ise de ona uyulmalıdır⁵⁸. Hayvanın gebeliğine ilişkin olmayan ayıplar için öngörülen dokuz günlük süre, sözleşmeyle uzatılabilir veya kısaltılabilir⁵⁹.

2) Hayvan satışında hayvanın muayenesinin yapılması için teslimden veya alıcının teslim almada temerrüdünden itibaren dokuz gün içinde muayene mercisine müracaat edilmiş olmalıdır⁶⁰. Alıcının bu davranışı, bir külfet

⁵⁴ Feyzioğlu, s. 285.

⁵⁵ Gümüş, Borçlar, s. 165; Erzurumluoğlu, Erzan; Sözleşmeler Hukuku (Özel Borç İlişkileri), 2. Baskı, Ankara 2012, s. 65; Öz, s. 857; Aydoğdu/Kahveci, s. 152.

⁵⁶ 4.HD., T.22.12.1949, E.1949/7321, K.1949/8771 (Tandoğan, s. 184).

⁵⁷ Tandoğan, s. 184.

⁵⁸ Tandoğan, s. 184; Bilge, s. 61; Yavuz, Borçlar, s. 61.

⁵⁹ 13.HD., T:13.6.1985, E:1985/3724, K:1985/4210 (Yavuz, Borçlar, s. 106); HGK, T:22.9.1999, E:1999/13-567, K:1999/000595 (Yavuz, Borçlar, s. 106); HGK., T:16.5.2001, E:2001/13-419, K:2001/000420 (Yavuz, Borçlar, s. 106); HGK, T:23.3.1987, E:1987/3-1, K:1987/664 (Yavuz, Borçlar, s. 106); Zevkliler, s. 124.

⁶⁰ Yavuz, Borçlar, s. 73.

niteliğinde olduğu için alıcı bu süre içinde külfetini yerine getirmezse, kanun tarafından kendisine tanınan seçimlik hakları tamamen kaybeder⁶¹. Fakat alıcının zamanında muayene ve ihbar külfetlerini yerine getirmemesi, TBK m.49'a veya TBK m. 112'ye ya da TBK m. 96'ya dayanamayacağını göstermez. Başka bir deyişle, muayene ve ihbar külfetlerinin yerine getirilmemesi, haksız fiile veya sözleşmeye aykırılığa dayanan tazminat taleplerinin de ortadan kalkması sonucunu doğurmayacaktır⁶².

TBK m. 224'ye göre muayene mercii, yetkili makamdır. Doktrinden ve Yargıtay kararlarından anlaşıldığı üzere bu yetkili makam, mahkemedir ve tekeffülle ilgili davaya bakacak mahkemeye müracaat edilerek bilirkişi tayin ettirilmelidir⁶³. “Gözden geçirme” bir teşhis niteliğinde olduğu için bilirkişiler, 5199 sayılı Hayvanları Koruma Kanunu'nun 12. maddesinin birinci fıkrasına göre veteriner hekimler olabilmektedir.

Satılan hayvanın muayene masrafları, teslim masraflarındandır. Çünkü muayene, satılanı teslim almayı hazırlayan bir safhadır⁶⁴.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 382/II-d-5 bendine göre ayıplı hayvanın bilirkişi tarafından muayenesi, borçlar hukukundaki çekişmesiz yargı işlerinden sayılmıştır. Söz konusu çekişmesiz yargıda görevli mahkeme sulh hukuk mahkemesiyken; yetkili mahkeme, kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, talepte bulunan alıcının veya ilgililerden birinin oturduğu yer mahkemesidir (HMK m. 383-384)⁶⁵.

⁶¹ **Tandoğan**, s. 176; **Aktürk**, İpek; Satım ve Eser Sözleşmelerinde Gözden Geçirme ve Bildirim Külfetleri, Ankara 2012, s. 67; **Canbaz**, s. 63.

⁶² **Bucher**, Eugen/**Buz**, Vedat; “Mağdur Edilen Alıcı: Türk/İsviçre Borçlar Kanununun İki Özelliğinin Eleştirisi: Muayene ve İhbar Külfeti (Art. 201 OR; BK. m. 198), BK.202/II (Art. 205/II OR)'ye Göre Dönme Yerine Bedel İndirimine Karar Verilmesinin Masraflara İlişkin Sonuçları”, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan, Ankara 2004, s. 172; **Yavuz**, Borçlar, s. 73.

⁶³ **Bilge**, s. 80; **Feyzioğlu**, s. 185; 13.HD., T.13.6.1985, E. 1985/3724, K. 1985/4210 (Kazancı İçtihat Bankası).

⁶⁴ **Yavuz**, Ayıp, s. 112; **Aral/Ayrancı**, s. 118.

⁶⁵ **Kuru**, Baki/**Arslan**, Ramazan/**Yılmaz**, Ejder; Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 24. Baskı, Ankara 2013, s. 738; **Pekcanitez**, Hakan/**Atalay**, Oğuz/**Özkes**, Muhammet; Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2013, s. 72.

Borçlar Kanunu'nun yukarıda belirtilen hükümleri, ticari hayatın gereklerine uygun düşmemektedir. Çabuk işleme gereken ticari hayatta satıcı, teslim ettiği hayvanın alıcı tarafından kabul edilip edilmeyeceğini kısa bir süre içinde öğrenmek ve buna göre gerekli tedbirleri almak durumundadır.

Türk Ticaret Kanunu ve ilgili mevzuat, hayvanlara özgü bir muayene ve ihbar süresi belirtmediği için genel ihbar ve muayene sürelerine bakılması gerekir. Türk Ticaret Kanunu'nun 23. maddesinin birinci fıkrasının c bendi uyarınca tacirler arasında ticari satışlarda hayvanın ayıplı olduğunun teslimi sırasında açıkça belli olduğu hallerde tacir, durumu iki gün içinde satıcıya bildirmekle yükümlüdür. Söz konusu iki günlük süre malın teslim alındığı tarihi izleyen günden itibaren hesaplanır⁶⁶. Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre satılan hayvanın ayıplı olduğunu teslim sırasında anlamak mümkün değilse alıcı, malı teslim aldıktan sonra sekiz gün içinde incelemek ve gene bu süre içerisinde durumu satıcıya ihbar etmekle yükümlüdür. Bu ihbar sekiz günlük süre içinde yapılmazsa, alıcı hayvanı ayıp ile birlikte kabul etmiş sayılır.

TTK m. 23/I-c'ye göre yapılacak ayıp ihbarının, ticari anlamda hayvan satışıyla ilgili özel bir düzenleme olmaması sebebiyle ve TTK m. 18/III' teki şekilde (noter aracılığıyla, taahhütlü mektupla, telgrafla ya da güvenli elektronik imza kullanılarak elektronik posta sistemiyle) yapılmasına gerek yoktur⁶⁷.

Yukarıda da belirtildiği gibi hayvan satış sözleşmesi,6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamına da girebilmektedir. Söz konusu satış sözleşmesinde tüketicinin muayene ve ihbar külfetlerine ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır⁶⁸.Fakat tüketici ayıptan doğan haklarını kullanmak için zaten 2 yıllık zamanaşımı süresi içinde satıcıya başvurmalıdır⁶⁹.

⁶⁶ 19.HD., T.11.6.2002, E.2001/6969, K.2002/4564 (Kazancı İçtihat Bankası).

⁶⁷ Arkan, Sabih; Ticari İşletme Hukuku, 18. Baskı, Ankara 2013, s. 161.

⁶⁸ 4077 sayılı TKHK m. 4'e bakıldığında tüketicinin seçimlik haklarından faydalanabilmesi için malı belirli bir süre içinde muayene etmesi gereği açık olarak ifade edilmemişken, yine 4. maddeye göre "malın teslimi tarihinden itibaren otuz gün içerisinde" ayıbın bildirilmesi gerekmektedir.

⁶⁹ Atamer, Yeşim/Baş, Ece; "Avrupa Birliği Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak 6502 Sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Satım Sözleşmesinde

IV. ALICININ AYIBA KARŞI TEKEFFÜLDEN DOĞAN HAKLARI

818 sayılı Borçlar Kanunu zamanında hayvan satışında ayıptan sorumluluk halinde alıcının hakları özel bir düzenlemeye tabi tutulmadığı gibi, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda da alıcı için özel bir düzenleme yapılmamıştır. Alıcı 227. maddede var olan seçimlik hakları, uygun düştüğü ölçüde kullanmaktadır. Buna ek olarak yeni kanunla birlikte alıcı ücretsiz tedavi ettirme hakkını da elde etmiştir. Seçimlik haklara ek olarak alıcı, satıcıdan genel hükümlere göre maddi ve manevi tazminat da talep edebilir.

Alıcı, söz konusu seçimlik hakları mutlaka dava yoluyla satıcıya karşı ileri sürmek zorunda değildir. Alıcı dürüstlük kuralı gereğince öncelikle satıcıdan, ayıptan doğan anlaşmazlık sebebiyle seçimlik hakkını talep etmeli, satıcı alıcının isteğini kabul etmezse o zaman dava açma yoluna gidilmelidir.

A. Sözleşmeden Dönme Hakkı

Hayvanı geri vermeye hazır olduğunu bildirerek dönme hakkı, dava yoluyla ileri sürülebileceği gibi⁷⁰ dava açılmadan da kullanılabilir. Bu noktada, dönmeyle birlikte sözleşmenin yapılış amacı değişir ve geri vermeye ilişkin talepler, buna dayanan bir alacak hakkı niteliği kazanır⁷¹. Alıcının dönme beyanı, bozucu yenilik doğurucu beyan olarak satıcıya vardığı anda hükümlerini doğurur ve sözleşmeyi ortadan kaldırır. Alıcı, dönme hakkını kullandığında, sözleşme tasfiye ilişkisine girer⁷².

Dönme halinde, alıcı teslim aldığı hayvanı elde ettiği yararlarla birlikte (ineğin sütü gibi) satıcıya geri vermekle yükümlüdür (TBK m. 229/I). Alıcı zapttan sorumlulukta elde etmeyi ihmal ettiği semerelerden sorumluyken (TBK m. 217/I) ayıplı hayvan tesliminde sorumlu değildir. Çünkü ayıplı çıkan hayvanı geri verme düşüncesiyle sözleşmeden dönen alıcıdan elde etmeyi ihmal ettiği yararlar talep edilebilseydi, bu durum alıcının hayvandan

Ayıptan Doğan Sorumluluk", İstanbul Barosu Dergisi, Cilt:88, Özel Sayı:1, 2014, s. 31-32.

⁷⁰ 13.HD., T.10.11.1981, E.1981/6531, K.1981/7063 (**Karahasan**, s. 328).

⁷¹ **Serozan**, Rona; Sözleşmeden Dönme, 2. Baskı, İstanbul 2007, s. 612.

⁷² **Gümüş**, Borçlar, s. 173; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 127.

yararlanmasını teşvik etmek manasına gelir ve söz konusu durum da hayvandaki ayıbın daha da artmasına neden olurdu⁷³. Fakat alıcı elde ettiği semereler yanında hayvanı kullanmışsa (mandanın tarlada sürülmesinde kullanılması gibi), kullanmış olması nedeniyle de uygun bir tazminat ödemelidir⁷⁴.

Dönme halinde satıcı, daha önce kendisine ödenen bedeli faiziyle birlikte geri vermek zorundadır (TBK m. 229/I). Ayrıca satıcı, yargılama giderleri ve alıcının satılan hayvan için yaptığı diğer masrafları da ödemek zorundadır (TBK m. 229/ II). Buna ek olarak, satıcı, hayvanın ayıplı olarak tesliminden dolayı alıcının doğrudan doğruya uğradığı diğer zararları da kusuru olmasa bile, tazmin etmekle yükümlüdür (TBK m. 229/I-3). Burada kusursuz sorumluluk söz konusudur. Hayvanın ayıplı olması sebebiyle alıcının doğrudan doğruya uğradığı zararlardan satıcının kusursuz da olsa sorumlu olduğu, TBK m. 229/II hükmünün zıt anlamından çıkmaktadır⁷⁵.

Alıcı, ayıplı hayvan nedeniyle uğradığı doğrudan doğruya zararları dışında kalan dolayısıyla zararları (hasta bir hayvanın tesliminden dolayı alıcının diğer hayvanlarına hastalığın geçmesi gibi) isteyebilir. Ancak satıcı kusursuzluğunu (tüm özeni göstermesine rağmen ayıbın varlığını bilemediğini) ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir (TBK m. 229/II)⁷⁶.

Satılan hayvanın ayıplı çıkması sebebiyle yahut beklenmedik hal veya mücbir sebep sonunda ağır biçimde zarara uğraması, alıcının sözleşmeden dönme hakkını kullanmasını engellemektedir⁷⁷. Örneğin, satılan Afrika at vebasına sahip ayıplı ata yıldırım çarpması ve atın sakat kalması, alıcının sözleşmeden dönme hakkını kullanmasını engellemez.

B. Bedelin İndirilmesini (Semenin Tenzilini) İsteme Hakkı

Alıcı, satın aldığı hayvanı kendisinde alıkoymak niyetindeyse, ayıp nedeniyle hayvanın değerinde meydana gelen azalmayı satıcıdan talep edebilir. TBK m. 227/IV'e göre hakim, alıcı dönme hakkını kullanmasına rağmen

⁷³ Tandoğan, s. 191; Zevkliler/Gökyayla, s. 128.

⁷⁴ Tandoğan, s. 191-192.

⁷⁵ Zevkliler/Gökyayla, s. 128.

⁷⁶ Aral/Ayrancı, s. 134.

⁷⁷ Gümüş, Borçlar, s. 174; Zevkliler/Gökyayla, s. 125, 129.

durum ve şartlar söz konusu hakkın kullanılmasını haklı göstermiyorsa, satış bedelinden indirilme kararı verebilir. Bedelden indirilecek miktarın belirlenmesi hâkime aittir⁷⁸. Her ne kadar kanunda belirli bir hesaplama yöntemi gösterilmese de, doktrinde üç ayrı yöntem kabul edilmektedir. Söz konusu yöntemler; Mutlak Metod, Tazminat Metodu ve NisbiMetod'dur.

1) Mutlak Metod: Hayvanın ayıpsız ve ayıplı olarak kıymeti takdir edilir ve ikisi arasındaki fark, karşılaştırılan semenden indirilir.

$$\begin{aligned} \text{Semen} &= 1000 \text{ TL} \\ \text{Ayıpsız Değer} &= 800 \text{ TL} \\ \text{Ayıplı Değer} &= 400 \text{ TL} \\ \text{İndirilecek Miktar} &= \text{Ayıpsız Değer} - \text{Ayıplı Değer} \\ &= 800 \text{ TL} - 400 \text{ TL} = 400 \text{ TL} \\ \text{Ödenecek Semen} &= 1000 \text{ TL} - 400 \text{ TL} = 600 \text{ TL} \end{aligned}$$

Söz konusu metod, hayvan çok ucuz veya çok pahalı satıldığı takdirde hakkaniyete aykırı sonuçlar doğuracaktır. Hayvan ne kadar ucuza satılmışsa, bu usulün sonuçları satıcı için o kadar ağır olur; ne kadar pahalıya satılmışsa, bu sonuçlar onun için o kadar hafif olur⁷⁹.

2) Tazminat Metodu: Karşılaştırılan semen ile şeyin ayıplı değeri arasındaki fark semenden indirilir. Başka bir deyişle, alıcı sadece ayıplı değeri öder.

$$\begin{aligned} \text{İndirilecek Miktar} &= 1000 \text{ TL} - 400 \text{ TL} = 600 \text{ TL} \\ \text{Ödenecek Semen} &= 1000 \text{ TL} - 600 \text{ TL} = 400 \text{ TL} \end{aligned}$$

Tazminat metodunun sakıncası hayvanın gerçek değerinden ucuza satılması halinde kendini gösterir. Buna göre semenin indirilmesine imkân kalmayabilir⁸⁰.

3) Nisbi Metod: Bu metoda göre ayıplı ve ayıpsız değer arasındaki oran, karşılaştırılan semene uygulanarak ödenecek semen bulunur.

⁷⁸ Zevkliler/Gökyayla, s. 130.

⁷⁹ Feyzioğlu, s. 290; Tandoğan, s. 196.

⁸⁰ Feyzioğlu, s. 290; Tandoğan, s. 196.

Ayıpsız Değer = Kararlaştırılan Semen

Ayıplı Değer Ödenecek Semen

Ödenecek Semen = Karlaştırılan Semen X Ayıplı Değer
Ayıpsız Değer

Ödenecek Semen = 100 TL x 400 TL = 500 TL
800 TL

İndirilecek Semen= Kararlaştırılan Semen-Ödenecek Semen = 1000 TL
- 500 TL = 500 TL⁸¹

Nisbi metod yöntemi, satılan hayvanın ucuz veya pahalı olmasına göre sağlanan karın göz önünde tutulması bakımından adalete ve hakkaniyete en uygun metod olduğu için öğretide oy birliğiyle kabul edilen görüş halini almıştır⁸². Yargıtay da yerleşik kararlarında bu yöntemi uygulamaktadır⁸³. GÜMÜŞ'e göre 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 11.maddesinin birinci fıkrasının b bendinde "ayıp oranında" ifadesinin bulunması sebebiyle tüketici satışına konu olan uyuşmazlıklarda da nispi metod kullanılmalıdır⁸⁴.

C. Ücretsiz Tedavi Ettirme Hakkı⁸⁵

Bu yola, hayvandaki ayıbın tedavi yoluyla giderilebileceği ve hayvanın, alıcının ondan beklediği yararı sağlayabileceği duruma getirilmesinin müm-

⁸¹ Feyzioğlu, s. 230; Tandoğan, s. 197; Gümüş, Borçlar, s. 183.

⁸² Bilge, s. 74-76; Feyzioğlu, s. 218; Edis, s. 124; Tandoğan, s. 197; Gümüş, Borçlar, s. 181; Aral/Ayrancı, s. 136, Yavuz, Borçlar, s. 99; Aydoğdu/Kahveci, s. 184; Zevkliler/Gökyayla, s. 131.

⁸³ 15. HD., T.23.10.1976, E.1976/1644, K.1976/3316 (Kazancı İçtihat Bankası); 13.HD., T.2.10.2013, E.2012/24807, K.2013/24.013 (Kazancı İçtihat Bankası).

⁸⁴ Gümüş, Mustafa Alper; 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Cilt: I, İstanbul 2014, s. 133-114.

⁸⁵ Türk Borçlar Kanunu'nun 227. maddesine göre alıcının sahip olduğu üçüncü seçimlik hakkın asıl adı, ücretsiz onarım hakkıdır. TDK'ya göre tamirat anlamına gelen ve hayvanın doğası gereği diğer eşyalar gibi tamir edilmesinin mümkün olmaması sebebiyle onarım sözcüğü yerine tedavi etme sözcüğünün kullanılması gerekir.

kün olduğu hallerde gidilmesi gerekir. Eğer hayvanın tedavisi imkânsızsa da aşırı gideri gerektiriyorsa (neredeyse satış parasına yakınsa) veya tedavi sonucu kullanılabilir duruma gelmekle birlikte değeri önemli ölçüde azalmışsa, alıcının diğer seçeneklere yönelmesi yerinde olacaktır. Alıcının bu seçeneği kullanması halinde, satıcı hayvanı ücretsiz tedavi ettirecektir ve alıcıdan herhangi bir tedavi ücreti isteyemeyecektir. Eğer sözleşme tüketici satışı kapsamında ise, alıcı hayvanın ücretsiz tedavisini, Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'un 11.maddesinin ikinci fıkrasında belirtilmiş olan üreticiden veya ithalatçıdan da talep edebilir. Çünkü kanunun da belirttiği üzere 11. fıkradaki hakların yerine getirilmesi konusunda satıcı, üretici ve ithalatçı müteselsilen sorumludur. Bu noktada kanun koyucu, üretici ve ithalatçıya sorumluluktan kurtulma imkânı tanımıştır. Üretici veya ithalatçı, malın kendisi tarafından piyasaya sürülmesinden sonra ayıbın doğduğunu ispat ettiği takdirde sorumlu tutulmayacaktır.

Ne Borçlar Kanunumuzda ne de 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'da ayıplı hayvanın tedavisinin süresi ve yeri belirtilmiştir.

İlk olarak tarafların tedavinin süresi ve yeri konusunda kendi aralarında bir anlaşma yapmış olup olmadığına bakılmalıdır. Eğer taraflar, kendi aralarında tedavi ettirilecek yer konusunda anlaşma yapmışlarsa satıcı, sözleşmede belirtilen yerdeki veteriner hekime⁸⁶ ayıplı hayvanı tedavi ettirecektir. Taraflar, ayıplı hayvanı tedavi ettirecek yeri belirlememişlerse bu durumda 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümleri uygulanacaktır. Satıcının satım konusu ayıplı hayvanı tedavi ettirme borcu bir yapma borcudur⁸⁷. Bu durumda satıcı satım konusu ayıplı hayvanı tedavi ettirme borcunu, hayvanın cins ya da parça borcu olduğuna bakılmaksızın her durumda, TBK m. 89/I-3 kapsamında borçlunun yerleşim yerindeki veteriner hekim tarafından ayıplı hayvanı tedavi ettirerek yerine getirecektir.

Satıcının ayıplı hayvanı tedavi ettirme süresi de, tarafların kendi aralarında herhangi bir süre belirleyip belirlemediklerine göre değişir. Süre belir-

⁸⁶ 5199 Sayılı Hayvanları Koruma Kanunu'nun 7.maddesinin birinci fıkrasına ve Ev Hayvanlarının Korunmasına Dair Avrupa Sözleşmesi'nin 10. maddesine göre, hayvanlara her türlü tıbbi ve cerrahi müdahale veteriner hekimler tarafından yapılacaktır.

⁸⁷ **Arbek**, Ömer; Satım Konusu Ayıplı Malın Tamir Edilmesi, Ankara 2005, s. 212.

lenirken taraflar veteriner hekimlerden de yardım alabilirler. Taraflar kendi aralarında süre belirlememişlerse süre, söz konusu ayıbın büyüklüğüne ve önemine göre tespit edilir⁸⁸. Örneğin bir kedide çıkan mantar hastalığı bir günde tedavi edilebilecek bir ayıp değildir.

Türk Borçlar Kanunu'nda, satım konusu ayıplı hayvanın tedavi edilmesi borcunun gereği gibi ifa edilmemesinin sonuçlarına ilişkin olarak, özel her hangi bir hüküm öngörülmemiştir. Fakat öğretisi ve uygulamada, ücretsiz tedavi ettirme hakkı dışındaki diğer seçimlik hakların kullanılması ile Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerinden olan 112 vd. (mülga Borçlar Kanunu'nun 96. maddesi) maddelerinin yarışarak uygulanacağı kabul edilmektedir⁸⁹. Tüketici işlemi bakımından ise, hayvan gereği gibi tedavi edilmezse tüketici, Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanunun 11. maddesindeki diğer seçimlik haklarını kullanabilir.

D. Ayıplı Hayvanın Ayıpsız Benzeriyle Ücretsiz Değiştirilmesini İsteme Hakkı

Mülga Borçlar Kanunu'nun 203. maddesinin 1. fıkrasında, yalnızca çeşit satışları için tanınmış olan bu hak, 6098 Sayılı Borçlar Kanunu'ndan sonra herhangi bir ayırıma tabi olmaksızın kural olarak tüm satışlar için alıcıya tanınmıştır⁹⁰. Alıcı, imkân varsa bu hakkını kullanabilmektedir; örneğin söz konusu satış bir hayvan satışı ise ve hayvan parça borcu olarak belirlenmişse, hayvanın bir başka hayvana benzememesi nedeniyle uygulanmamaktadır. Örneğin, rengi, cinsiyeti, yaşı ve diğer ayırt edici özellikleri konusunda anlaşılmış olan ve parça borcu niteliğinde olan golden retriever

⁸⁸ 13 Haziran 2014 Tarihli ve 29029 Sayılı Satış Sonrası Hizmetler Yönetmeliği'nde hayvanın azami tedavi süresi belirtilmediği gibi Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 11. maddesinde de ücretsiz tedavi için azami süre 30 gündür. Kanımca, bu süre hayvan satışıyla bağdaşmamaktadır. Ayıbın tedavi olmadığı her dakika, hayvanın yaşam hakkı bakımından aleyhine sonuçlar doğuracaktır. Bu sebeple tüketici ücretsiz tedavi hakkını kullandığı zaman hayvan, hiç vakit kaybetmeksizin bir an önce tedavi ettirilmelidir.

⁸⁹ **Arbek**, s. 220.

⁹⁰ **Feyzioğlu**, s. 295; **Edis**, s. 67; **Yavuz**, Borçlar, s. 101; **Aydoğdu/Kahveci**, s. 184; **Çetiner**, Bilgehan; "Yeni Türk Borçlar Kanunu'nda Yarar ve Hasarın İntikali ile Satıcının Ayıptan Sorumluluğuna İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 67, Sayı: 1-2, 2009, s. 110.

cinsi köpeğim ayıpsız bir başka golden retriever cinsi köpekle değiştirilme imkânı bulunmamaktayken, cins borcu niteliği taşıyan ayıplı Hollanda ineği, imkân varsa, ücretsiz olarak ayıpsız bir başka Hollanda ineğiyle değiştirilebilir.

Satılan ayıplı hayvanın değiştirilmesi, TBK m. 227/V hükmüne göre dönme hakkının kullanılmasının mümkün olduğu hallerde talep edilebilir. Çünkü ayıpsız benzeriyle değiştirme talebi, dönme talebine benzer sonuçlar doğurmaktadır ve dönme hakkının kullanılmadığı durumlarda, değiştirme hakkını tanımak kanunun amacına aykırıdır. Buna göre satılan ayıplı hayvan, alıcının kusuruyla telef olmuşsa, alıcı değiştirme talebinde bulunamaz⁹¹.

TBK m. 227/III'e göre "*Satıcı, alıcıya aynı malın ayıpsız bir benzerini hemen vererek ve uğradığı zararın tamamını gidererek seçimlik haklarını kullanmasını önleyebilir*". Söz konusu düzenleme, kıyasen hayvan satın alma amaçlı tüketici sözleşmelerine de uygulanmalıdır⁹².

E. Maddi ve Manevi Zararların Tazminini Talep Hakkı

Yukarıda belirttiğimiz seçimlik haklara ek olarak, alıcı ayıplı hayvan yüzünden uğradığı müspet, doğrudan ve dolaylı zararlarının giderilmesini isteyebilir. Ayıplı hayvan alan alıcı, sözleşmeden dönmediği gibi, bedel indirimi, ayıpsız benzeri ile değiştirme veya ücretsiz tedavi haklarından hiçbirini kullanmadan, doğrudan ve sadece ayıp nedeniyle uğradığı zararın tazminini isteyebilecektir. Uygulamaya baktığımızda, Yargıtay kararlarından da anlaşılacağı üzere alıcıların daha çok sadece zararların tazminini talep ettikleri görülmektedir⁹³. Burada alıcının isteyebileceği tazminat, genel hüküm olan TBK m. 112 (eski BK m.96) çerçevesinde, borca aykırılık sebebiyle uğradığı olumlu zararın tazminidir⁹⁴. Sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi nedeniyle gerçekleşen müspet zarar, fiili zarar ve yoksun

⁹¹ Tandoğan, s. 199; Zevkliler/Gökyayla, s. 132; Aydoğdu/Kahveci, s. 187.

⁹² Gümüş, Tüketici, s. 122.

⁹³ 13. HD., T.13.3.2003, E. 2002/13958, K. 2003/2751 (Kazancı İçtihat Bankası); 13.HD., T.16.4.2002, E. 2002/2367, K. 2002/4125 (Kazancı İçtihat Bankası); 13.HD., T.7.10.2004, E. 2004/5816, K. 2004/13931 (Kazancı İçtihat Bankası); 13.HD., T. 18.12.1995, E. 1995/11280, K. 1995/11441 (Kazancı İçtihat Bankası).

⁹⁴ Öz, s. 863.

kalınan kar şeklinde ortaya çıkmaktadır (ayıplı çıkan hayvanı başkasına satarak kazanç elde etme imkânını kaybetmiş olma gibi)⁹⁵. Alıcı, sözleşmeden dönme dışındaki üç seçimlik hakkından birini kullanır ise, yine söz konusu hükme göre olumlu zararının tazminini isteyebileceksede, burada zararı hesaplanırken kullandığı seçimlik hakkın sonuçları da dikkate alınacaktır. Örneğin, bedel indirimi yaptığıında ayıplı hayvanın yol açtığı olumlu zarar hesaplanırken, bedelden indirilen tutar hesaptan düşülecektir⁹⁶.

Ayıplı hayvanın değer kaybı, ayıbın neden olduğu diğer malvarlığı zararları, ayıp sebebiyle kazanç kaybı gibi malvarlığı zararlarına uğrayan alıcı sözleşmedeki bedeli indirilen kısım kadar eksik ödeyerek bir maliyetten kurtulmuştur. Alıcı, tedavi hakkını seçmişse, olumlu zarar hesaplanırken artık satılan hayvanın ayıplı değeri ile ayıpsız değeri arasındaki fark bir zarar kalemi olarak hesaba eklenmeyecektir. Burada tartışılması gereken bir diğer nokta, henüz hiçbir seçimlik hakkını kullanmamış olan, fakat ayıbı ihbar yükümünü zamanında yerine getirmiş olup seçimlik haklarını kullanma imkânını muhafaza eden alıcının, ayıptan doğan olumlu zararının tazminini isterken sahip olduğu bu imkânın, talebinde indirim sebebi sayılıp sayılmayacağıdır. ÖZ'e göre, bedel indirimi, tedavi ve ayıpsız misli ile değiştirme (mümkünse) imkânlarından hiç birini hesaba katmaksızın sadece olumlu zararının tam olarak tazminini talep eden alıcı, artık bu seçimlik haklarından feragat etmiş sayılacaktır⁹⁷. Zira, sözleşmedeki bedeli tam olarak ödeyip ayıplı hayvanı o haliyle elinde kalmış sayarak zararını hesaplayıp buna göre tazminat talep eden alıcı, söz konusu seçimlik haklarını kullanmaktan vazgeçmiş demektir. Sözleşmeden dönme hakkından ise, esasen olumlu zararının tazminini talep etmekle vazgeçmiş sayılır⁹⁸.

Her ne kadar Yargıtay, alıcının hayvanın ayıplı çıkmasından dolayı manevi tazminat talep edemeyeceğini belirtse de⁹⁹ kanımca alıcı, nasıl

⁹⁵ **Aydos**, Oğuz Sadık; "Ayıplı Mal Nedeniyle Ortaya Çıkan Malvarlığı Zararları", Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan, Cilt: I, Ankara 2010, s. 321.

⁹⁶ **Öz**, s. 863.

⁹⁷ **Öz**, s. 863.

⁹⁸ **Öz**, s. 864.

⁹⁹ "Davalının ayıplı malı bilerek davacıya satması sonucunda, satılan hayvanın ölmesi nedeniyle manevi tazminata karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

seçimlik haklara ek olarak maddi zararlarının giderilmesini talep edebiliyorsa, hayvanın ayıplı olmasından duyduğu acı, elem ve kederden dolayı da satıcıdan manevi zararın giderilmesini talep edebilmelidir. Alıcının duygu yaşamında uğradığı bir kayıp olan manevi zararın miktarının her ne kadar somut olarak kanıtlanması mümkün olmasa da, hakim somut olaya göre alıcının manevi zararını takdir edecek ve ona göre alıcı lehine uygun bir manevi tazminata hükmedecektir¹⁰⁰.

V. UYUŞMAZLIĞA BAKMAKLA GÖREVLİ VE YETKİLİ MERCİLER

Yukarıda bahsettiğimiz gibi satıcı, alıcının talep ettiği hakkı ifa ederse alıcının dava açmasına gerek yoktur. Fakat satıcı, alıcının hayvandaki ayıptan doğan haklarını yerine getirmekten ve zararlarını tazmin etmekten kaçınırsa alıcı mecburen dava yoluna gidecektir.

6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 2/I maddesine göre, dava konusu para ile değerlendirilebildiği için (malvarlığına ilişkin olması sebebiyle) görevli mahkeme asliye hukuk mahkemesiyken, 6. maddeye göre yetkili mahkeme, davalının (satıcının) yerleşim yeri mahkemesi veya özel yetki kuralı gereğince (m.10) sözleşmenin ifa yeri (hayvanın teslim yeri) mahkemesidir. İfa yerini taraflar kararlaştırmış iseler, davanın kararlaştırılan ifa yerinde de açılması mümkündür. Taraflar ifa yerini kararlaştırmamış iseler, ifa yeri, Türk Borçlar Kanunu'nun 89. maddesine göre belirlenecektir¹⁰¹.

Tüketici işlemi kapsamına giren hayvan satışlarından doğan olası uyuşmazlıkların çözümü için, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun tüketici hakem heyeti ve tüketici mahkemeleri kısımlarına bakılması gerekir. Kanunun 68. maddesinin birinci fıkrasına göre uyuşmazlığın miktarı değeri iki bin Türk Lirasının altında bulunuyorsa ilçe tüketici hakem

Zira, manevi tazminata hükmedebilmek için, kişinin kişilik haklarının hukuka aykırı bir şekilde tecavüze uğraması gerekir. Somut olayda böyle bir durum söz konusu olmayıp, malvarlığına yönelik hak ihlalden dolayı manevi tazminata karar verilemez.” 3.HD., T.27.2.2001, E.2000/1572, K.2000/1905 (Kazancı İçtihat Bankası).

¹⁰⁰ Kılıçoğlu, s. 293.

¹⁰¹ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 104.

heyetlerine, üç bin Türk Lirasının altında bulunuyorsa 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. Eğer uyuşmazlık konusu hayvanın değeri bu miktarların üzerinde ise uyuşmazlığın çözümü için tüketici hakem heyetine başvuru yapılamamakta ve uyuşmazlık, tüketici mahkemesinde görülmektedir. Hayvan satışından doğan tüketici davaları 6502 sayılı Kanun'un 73. maddenin dördüncü fıkrasına göre, tüketicinin yerleşim yerinin bulunduğu yerdeki tüketici mahkemesinde de açılabilir.

VI. ZAMANAŞIMI

Türk Borçlar Kanunumuzda kanun koyucu, hayvan satışında alıcının dava yoluyla seçimlik haklarını kullanabilmesi için özel bir zamanaşımı düzenlenmemiştir. Bu sebeple yürürlükte olan Türk Borçlar Kanunu dönemindeki seçimlik hakların kullanılması sebebiyle açılması muhtemel davaların zamanaşımı süreleri uygulanmalıdır. 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun 231. maddesinin birinci fıkrasına göre, ayıp dolayısıyla satıcıyı sorumlu tutmak üzere açılacak muhtemel davaların, satılanının devrinden¹⁰² itibaren 2 yıl içinde açılması gerekir. Satıcının hayvandaki ayıpla ilgili ağır kusuru varsa, bu süre içinde dava açılmadığını ileri sürerek sorumluluktan kurtulmaz (TBK m. 231/II).

6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 12. maddesinin birinci fıkrasına göre, tıpkı mülga TKHK'da olduğu gibi, kanunlarda veya taraflar arasındaki sözleşmede daha uzun bir süre belirlenmemişse ayıplı hayvandan sorumluluk, ayıp daha sonra ortaya çıkmış olsa bile, malın tüketiciye teslim tarihinden itibaren iki yıllık zamanaşımı süresine tabidir. 12. maddenin üçüncü fıkrasına göre hayvandaki ayıp ağır kusur ya da hile ile gizlenmişse zamanaşımı uygulanmayacaktır; bu, genel zamanaşımı hükmü olan 10 yıllık zamanaşımı süresinin uygulanacağı şeklinde anlaşılmalıdır (TBK m. 146)¹⁰³. 6502 Sayılı Kanunda, tüketicinin ayıplı malın neden olduğu her türlü zararlardan dolayı yapacağı talepler, Ürün Güvenliği ve

¹⁰² “Devir” den fiili teslimin anlaşılması gerektiği hakkında **Atamer**, Tebliğ, s. 217.

¹⁰³ **Zevkliler/Gökyayla**, s. 139.

Teknik Düzenlemeler Kanunu Taslağı yasalastığı takdirde TBK'nın haksız fiil zamanaşımı süreleri olan 2 ve 10 yıla tabi olacaktır.

Yukarıda da belirtildiği gibi 6098 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 231/I. maddesinde zamanaşımı süresi satılan hayvanın devrinden itibaren başlar-ken, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 12. maddesine göre zamanaşımı süresi, satılan hayvanın alıcıya tesliminden itibaren başlamak-tadır. Fakat geciktirici koşula bağlı hayvan satışında teslim ya da devir önce gerçekleşse bile, zamanaşımı süresi koşulun gerçekleşmesinden itibaren işlemeye başlar¹⁰⁴.

VII. HAYVAN SATIŞINDA AYIBA KARŞI TEKEFFÜLE DAYANAN DAVALARDA HATA, HİLE VEYA GABİNE YAHUT SÖZLEŞMENİN GEREĞİ GİBİ İFA EDİLMEMESİNE DAYANAN DAVALARIN İLİŞKİSİ

Hayvan satışında ayıbı üstlenme borcunun şartlarıyla, esaslı yanılma, hile hatta bazı durumlarda gabin şartları (alıcının kurban bayramının son gününde zor durumda kalması ve deneyimsizliği sebebiyle satıcıdan, kalan son koyunu almak zorunda olması gibi) bir arada gerçekleşmiş olabilir. Bu hükümlerin birbiriyle yarışmalı olarak uygulanması mümkündür. Bunun gibi ayıplı ifa, gereği gibi ifa etmemenin bir türü olduğundan, ayıplı ifanın olduğu her durumda TBK m. 112 vd. hükümlerinin yarışmalı olarak uygulanması da mümkündür¹⁰⁵.

Ayıp hükümleriyle temel hatası veya hile hükümleri yarıştığı zaman, şu noktayı gözden kaçırmamak gereklidir: Ayıp hükümlerinin uygulanabilmesi her şeyden önce "geçerli" bir satış sözleşmesinin varlığına bağlıdır. Geçersiz hayvan satış sözleşmelerinde, satıcının ayıp hükümlerine dayalı bir sorumluluğundan söz edilemez. Hata veya hile hallerinde ise karşımızda "iptal

¹⁰⁴ **Zevkliler/Gökyayla**, s. 138; **Tandoğan**, bu konuda farklı düşünmektedir. **Tandoğan**'a göre zamanaşımı kural olarak, teslimden itibaren işlemeğe başlamakla beraber, geciktirici şarta bağlı satımda teslim daha önce vaki olsa bile, şartın gerçekleşmesinden önce yürümez (**Tandoğan**, s. 200).

¹⁰⁵ **Tandoğan**, s. 203; **Kılıçoğlu**, s. 205; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 139; **Aral/Ayrancı**, s. 151; **Aydoğdu/Kahveci**, s. 133; **Aslan**, Yılmaz; 6502 Sayılı Kanuna Göre Tüketici Hukuku, 4. Baskı, Bursa 2014, s. 206.

edilebilir”, buna göre “geçersiz” bir hayvan satış sözleşmesi yer almaktadır¹⁰⁶. Bu durumda, seçimlik hakkını baştan (hataya veya hileye hiç değinmeksizin) ayıp hükümleri lehine kullanan ve bu hükümlerin kendisine verdiği hakları kullanan alıcının kötü bir sürprizle karşılaşması tehlikesi vardır. Şöyle ki, sözleşmenin geçerli olduğu faraziyesine dayanıp ayıp hükümlerine başvurulması, alıcının bu sözleşmeye geçerli bir sözleşme gözüyle baktığı, dolayısıyla hata veya hile sebebiyle iptal hakkından örtülü biçimde vazgeçtiği, başka deyişle irade bozukluğu sonucu sakatlanmış sözleşmeye TBK m. 31 çerçevesinde icazet verdiği şeklinde değerlendirilebilir. Bu bakımdan bu gibi hallerde hata veya hileye dayalı haklar saklı kalmak üzere harekete geçildiğinin belirtilmesinde büyük yarar vardır. Buna karşın, hata veya hile sonucu kurulmuş sözleşmeye icazet veren ve onu geçerli hale getiren alıcının, bu defa ayıp hükümlerinden yararlanmasına bir engel yoktur¹⁰⁷.

SONUÇ

Satın alınan hayvanda ortaya çıkan ve alıcının o hayvandan tümüyle ya da gerektiği gibi yararlanmasını engelleyen eksiklikler ve bozukluklar anlamına gelen ayıptan sorumluluğun doğabilmesi için ayıba karşı tekeffülün hem maddi hem de şekli şartlarının bir arada bulunması gereklidir. Her ne kadar, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 220. maddesinde hayvan satışındaki ayıbın maddi şartları (yazılı olarak üstlenme veya satıcının ağır kusuru olması) özel olarak düzenlenmiş olsa da, konusu hayvan satışı olmayan diğer satış sözleşmelerindeki sözleşme konusu şeyde çıkan ayıpların maddi şartlarının da belli ölçüde hayvan satışına uygulanması gerekir. Şekli şartlara baktığımızda, kanun koyucunun tıpkı maddi şartları özel olarak düzenlediği gibi şekli şartları da özel olarak düzenlediği görülmektedir. Muayene ve ihbar külfetini düzenleyen 224. maddeye göre, sorumlu olunan süre yazılı olarak belirtilmemiş ve hayvanın gebelik vasfına ilişkin değilse, ayıplı hayvanın devrinin yapıldığı veya alıcının devralmada temerrüdünün gerçekleştiği günden başlayarak 9 gün içinde satıcıya bildirilip hayvanın

¹⁰⁶ Tekinay, Selahattin Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Altop, Atilla; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993, s. 441.

¹⁰⁷ Tandoğan, s. 203; Kocayusufpaşaoğlu, Necip; Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem ve Sözleşme, Cilt: I, 4. Baskı, İstanbul 2008, s. 414.

birlikte olan veterinerlerce gözden geçirilmesini ve aynı süre içinde yetkili makam olan mahkemelerden istenmesi halinde satıcı sorumlu olacaktır. Hayvan satışı tüketici satışına konu olduğunda 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da herhangi bir muayene ve ihbar süresi düzenlenmediğinden tüketici, ayıptan doğan haklarını kullanmak için zaten 2 yıllık zamanaşımı süresi içinde satıcıya başvurmalıdır. Dar anlamda ticari satışa konu olan hayvan satışında ise tacir, Türk Ticaret Kanunu'nun 23. maddesinin birinci ve ikinci fıkrasına göre, hayvanın ayıplı olduğu teslimi sırasında açıkça belli ise iki gün içinde, satılan hayvanın ayıplı olduğunu teslim sırasında anlamak mümkün değilse, malı teslim aldıktan sonra sekiz gün içinde satıcıya bildirmekle yükümlüdür.

Seçimlik haklardan olan bedelin indirilmesi hakkına göre, alıcı, satın aldığı hayvanı kendisinde alıkoyarak, ayıp nedeniyle hayvanın değerinde meydana gelen azalmayı satıcıdan talep edebilir. Diğer bir seçimlik hak ise, hayvandaki ayıp tedavi yoluyla giderilebilecekse ve hayvanın, alıcının ondan beklediği yararı sağlayabileceği duruma getirilmesinin olanak dâhilinde bulunması hallerinde ücretsiz tedavi isteme hakkıdır. Alıcının sahip olduğu bir başka seçenek ise hayvanın cins borcu niteliği taşıması koşuluyla ayıplı hayvanın ayıpsız benzeriyle ücretsiz değiştirilmesini isteme hakkıdır. Alıcının kullanabileceği dördüncü seçimlik hak olan dönme hakkı, teslim alınan hayvanı elde ettiği yararlarla birlikte (ineğin sütü gibi) satıcıya geri verme yükümlülüğünden ve satıcının da daha önce kendisine ödenen bedeli faiziyle birlikte geri verme zorunluluğundan ve satılan hayvan için yapılan diğer masrafların ödenmesinden ibarettir. Alıcı söz konusu seçimlik haklara ek olarak hayvanın ayıplı olmasından doğan maddi ve manevi zararlarının da tazminini isteyebilir.

Hayvan satışında ayıbı üstlenme borcunun şartlarıyla, esaslı yanılma, hile veya gabinin şartları bir arada gerçekleşmiş olabilir. Söz konusu duruma göre ayıplı ifa, gereği gibi ifa etmemenin bir türü olması sebebiyle, ayıplı ifanın olduğu her durumda TBK m. 112 vd. hükümleri yarışmalı olarak uygulanabilmektedir.

Türk Borçlar Kanunu'nda hayvan satışında alıcının dava yoluyla seçimlik haklarını kullanabilmesi zamanaşımı düzenlenmediği için, seçimlik hakların kullanılması sebebiyle açılması muhtemel davalarda iki yıllık zamanaşımı (TBK m. 231) uygulanır. Fakat satıcının hayvandaki ayıpla ilgili ağır

kusuru varsa, bu süre içinde dava açılmadığını ileri sürerek sorumluluktan kurtulamamaktadır. Tüketici satışı açısından ise 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 12. maddesinin birinci fıkrasına göre, kanunlarda veya taraflar arasındaki sözleşmede daha uzun bir süre belirlenmemişse ayıplı hayvandan sorumluluk, ayıp daha sonra ortaya çıkmış olsa bile, malın tüketiciye teslim tarihinden itibaren iki yıllık zamanaşımı süresine tabi iken, hayvandaki ayıp ağır kusur ya da hile ile gizlenmişse zamanaşımı 10 yıl olacaktır.

Kaynakça

- Acemoğlu**, Kevork; “*Aliud*”ve Federal Mahkemenin “*Aliud*” Konusundaki Tutumu Üzerine”, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt:6, Sayı: 9, 1972, s. 19-29.
- Aktürk**, İpek; Satım ve Eser Sözleşmelerinde Gözden Geçirme ve Bildirim Külfetleri, Yetkin Yayınevi, Ankara 2012.
- Akyiğit**, Ercan; Yeni Borçlar Kanunu’na Göre Satış-Mal Değişimi ve Bağışlama Sözleşmeleri, Seçkin Yayınevi, 1. Baskı, Ankara 2011.
- Aral**, Fahrettin/**Ayrancı**, Hasan; Borçlar Hukuku: Özel Borç İlişkileri, Yetkin Yayınevi, 9. Baskı, Ankara 2012.
- Arbek**, Ömer; Satım Konusu Ayıplı Malın Tamir Edilmesi, Yetkin Yayınevi, Ankara 2005.
- Arkan**, Sabih; Ticari İşletme Hukuku, 18. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 2013.
- Aslan**, Yılmaz; 6502 Sayılı Kanuna Göre Tüketici Hukuku, 4. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa 2014.
- Atamer**, Yeşim M.; Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu Makaleler - Tebliğler: Taşınır Satımı Sözleşmesi, On iki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul 2012.
- Atamer**, Yeşim/**Baş**, Ece; “Avrupa Birliği Hukuku İle Karşılaştırmalı Olarak 6502 Sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Satım Sözleşmesinde Ayıptan Doğan Sorumluluk”, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt:88, Özel Sayı: 1, 2014, s. 19-61.
- Ayan**, Nurşen; “Taşınır Satımında Satıcının Kanundan Doğan Ayıba Karşı Tekeffül Borcu”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:15, Sayı: 1, 2007, s. 11-38.
- Aydoğdu**, Murat/**Kahveci**, Nalân; Türk Borçlar Hukuku: Özel Borç İlişkileri, İleri Yayınevi, 1. Baskı, İzmir 2013.
- Aydos**, Oğuz Sadık; Ayıplı Mal Nedeniyle Ortaya Çıkan Malvarlığı Zararları, Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan, Cilt: I, Turhan Kitabevi, Ankara 2010, s. 317-335.

- Becker**, Herman; İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi: Borçlar Hukuku II. Bölüm: Çeşitli sözleşme ilişkileri: Madde 184-551, Yargıtay Yayınları, No:24, İstanbul 1993.
- Bilge**, Necip; Borçlar Hukuku Dersleri: Hususi Borç Münasebetleri, Ankara 1958.
- Bucher**, Eugen/**Buz**, Vedat; “Mağdur Edilen Alıcı: Türk/İsviçre Borçlar Kanununun İki Özelliğinin Eleştirisi: Muayene ve İhbar Külfeti (Art. 201 OR; BK. m. 198), BK.202/II (Art. 205/II OR)’ye Göre Dönme Yerine Bedel İndirimine Karar Verilmesinin Masraflara İlişkin Sonuçları”, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan, Ankara 2004, s. 145-179.
- Çetiner**, Bilgehan; “Yeni Türk Borçlar Kanunu’nda Yarar ve Hasarın İntikali ile Satıcının Ayıptan Sorumluluğuna İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 67, Sayı: 1-2, 2009, s. 97-113.
- Edis**, Seyfullah; Türk Borçlar Hukukuna Göre Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1963.
- Ertaş**, Şeref; Eşya Hukuku, Fakülteler Yayınevi, 10. Baskı, İzmir 2012.
- Erzurumluoğlu**, Erzan; Sözleşmeler Hukuku (Özel Borç İlişkileri), Yetkin Yayınevi, 2. Baskı, Ankara 2012.
- Feyzioğlu**, Feyzi Necmeddin; Borçlar Hukuku: Özel Borç İlişkileri, İstanbul Üniversitesi Yayınları, Cilt: I, 3. Baskı, İstanbul 1978.
- Gümüş**, Mustafa Alper; Borçlar Hukuku: Özel Hükümler, Vedat Kitapçılık, Cilt: I, İstanbul 2008, (Borçlar).
- Gümüş**, Mustafa Alper; 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Vedat Kitapçılık, Cilt: I, İstanbul 2014, (Tüketici).
- Günay**, Cevdet İlhan; Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Yetkin Yayınları, Ankara 2012.
- Gürpınar**, Damla; “Ev ve Süs Hayvanı Sahiplerinin Hakları ve Yükümlülükleri”, İzmir Barosu Dergisi, Sayı: 72, 2007, s. 170-212.
- Karahasan**, Mustafa Reşit; Türk Borçlar Hukuku - Özel Borç İlişkileri, Beta Yayıncılık, Cilt: III, 1. Baskı, İstanbul 2004.

- Kılıçoğlu**, Ahmet M.; Borçlar Hukuku : Genel Hükümler, Turhan Kitabevi, 16. Baskı, Ankara 2012.
- Kocayusufpaşaoğlu**, Necip; Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem ve Sözleşme, Filiz Kitabevi, Cilt: I, 4. Baskı, İstanbul 2008.
- Koçhisarlıoğlu**, Cengiz/**Söğütü Erişgin**, Özlem; “Hayvanın Hukuki Konumu”, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi: Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan (Özel Sayı), Cilt: 2, s. 1691-1724.
- Kuru**, Baki/**Arslan**, Ramazan/**Yılmaz**, Ejder; Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Yetkin Yayınları, 24. Baskı, Ankara 2013.
- Oğuzman**, Kemal/**Seliçi**, Özer/**Oktay-Özdemir**, Saibe; Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi, 15. Baskı, İstanbul 2012.
- Olgaç**, Senai; Borçlar Hukuku Akdin Muhtelif Nevileri: Satış ve Trampa, İstanbul 1966.
- Öz**, Turgut; “Yeni Borçlar Kanununda Satım ve Eser Sözleşmesi Bakımından Ayıba Karşı Tekeffül Düzenlemesindeki Değişiklikler”, Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan, Filiz Kitabevi, İstanbul 2013, s. 854-875.
- Pekcanitez**, Hakan/**Atalay**, Oğuz/**Özeker**, Muhammet; Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Yetkin Yayınları, 1. Baskı, Ankara 2013.
- Reisoğlu**, Safa; Türk Eşya Hukuku, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 6. Baskı, Ankara 1980.
- Remzi**, Mehmet/**Aydın**, Sezer; Borçlar Hukuku: Özel Hükümler, İkinci Sayfa Yayınları, 4. Baskı, İstanbul 2012.
- Serozan**, Rona; Sözleşmeden Dönme, Vedat Kitapçılık, 2. Baskı, İstanbul 2007.
- Sungurbey**, İsmet; Hayvan Hakları, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1992.
- Tandoğan**, Haluk; Borçlar Hukuku: Özel Borç İlişkileri, Vedat Kitapçılık, Cilt: I, 6. Baskı, İstanbul 2008.
- Tekinay**, Selahattin Sulhi/**Akman**, Sermet/**Burcuoğlu**, Haluk/**Altop**, Atilla; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Filiz Kitabevi, 7. Baskı, İstanbul 1993.

- Tunçomağ**, Kenan; Borçlar Hukuku: Özel Borç İlişkileri, İstanbul Üniversitesi Yayınları, Cilt: II, 2. Baskı, İstanbul 1974.
- Uygur**, Turgut; Açıklamalı - İçtihatlı Borçlar Kanunu: Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, Seçkin Yayınevi, Cilt: IV, 3. Baskı, Ankara 2010, (**Kısaltma**: Sorumluluk).
- Uygur**, Turgut; 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Seçkin Yayınevi, Cilt: I, 2. Baskı, Ankara 2012, (Borçlar).
- Yavuz**, Cevdet; Türk Borçlar Hukuku: Özel Hükümler, Beta Yayınları, 10. Baskı, İstanbul 2012, (Borçlar).
- Yavuz**, Cevdet; Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu, Beta Yayınevi, İstanbul 1989, (Ayıp).
- Yavuz**, Nihat; Ayıplı İfa, Seçkin Yayınevi, 3. Baskı, Ankara 2012.
- Yılmaz**, Halil; “Hayvan Haklarına Bakış”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı:62, 2006, s. 212-229.
- Zevkliler**, Aydın/**Gökyayla**, Emre; Borçlar Hukuku: Özel Borç İlişkileri, Turhan Kitabevi, 13. Baskı, Ankara 2013.